

Sygn. akt: KIO 1822/23

WYROK
z dnia 12 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 czerwca 2023 roku** przez wykonawcę **PRIMOST Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Będzinie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę i Miasto Ulanów z siedzibą w Ulanowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- po stronie Zamawiającego: (1) Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (Lider Konsorcjum) oraz (2) Wolmost Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (Partner Konsorcjum)

- po stronie Odwołującego: (1) Swietelsky Rail Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (Lider Konsorcjum) oraz (2) Swietelsky AG. z siedzibą w Linz, Republika Austrii (Partner Konsorcjum)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie

0 punktów ofercie Konsorcjum Mostostal w ramach kryterium oceny ofert wskazanego

w 20.1.2. IDW;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża **Przystępującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (Lider Konsorcjum) oraz (2) Wolmost Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (Partner Konsorcjum)

i Odwołującego - PRIMOST Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Będzinie, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - PRIMOST Południe Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Odwołującego - PRIMOST Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie** na rzecz **Zamawiającego – Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Toruniu z siedzibą w Toruniu** kwotę **2 400 zł 00 gr** (słownie: dwóch tysięcy czterystu złotych 00/100 groszy) stanowiącą wysokość 2/3 uzasadnionych kosztów Strony poniesionych tytułem części wynagrodzenia pełnomocnika,

c) zasądza od **Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (Lider Konsorcjum) oraz (2) Wolmost Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (Partner Konsorcjum)** na rzecz **Odwołującego - PRIMOST Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie** kwotę **7 867 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy osmiuset sześćdziesięciu siedmiu złotych 00/100 groszy) stanowiącą wysokość 1/3 uzasadnionych kosztów Strony poniesionych tytułem części wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 1822/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina i Miasto Ulanów z siedzibą w Ulanowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa mostu na rzece San wraz z przebudową drogi gminnej ul. Św. Wojciecha w miejscowości Bieliny w km 1+256 - 2+406”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2023 r. pod nr 2023/S 051-151028.

W dniu 26 czerwca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zmianami, dalej jako „Pzp”), odwołanie złożył wykonawca PRIMOST Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

(1) nieprawidłowego badania i oceny oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców

w składzie: Mostostal Kielce S.A. z siedzibą w Kielcach – Lider Konsorcjum oraz Wolmost Sp. z o.o.– Partner Konsorcjum (łącznie „Konsorcjum Mostostal”) i, w efekcie, przyjęcia, że oferta Konsorcjum Mostostal w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert – pkt 20.1.2. Instrukcji dla wykonawców („IDW”) - „Doświadczenie Kierownika Budowy” winna otrzymać 20 punktów w sytuacji, w której w rzeczywistości Konsorcjum Mostostal nie wykazało, że dysponuje osobą o wymaganym doświadczeniu, które uprawniałoby do przyznania ofercie 20 punktów (oferta Konsorcjum Mostostal w ramach badanego kryterium nie powinna otrzymać dodatkowych punktów, lub - ewentualnie – powinna otrzymać 10 punktów);

(2)zaniechania wykluczenia Konsorcjum Mostostal z postępowania w sytuacji, w której Konsorcjum Mostostal przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, polegające na przedstawieniu w ofercie, na potrzeby kryterium oceny ofert w pkt 20.1.2.

IDW- „Doświadczenie Kierownika Budowy”, osoby, która, wbrew oświadczeniu Konsorcjum Mostostal, nie pełniła funkcji kierownika robót mostowych w ramach drugiego zadania wskazanego w Formularzu 2.2 („Optymalizuj i buduj – Budowa kładki pieszo-rowerowej na wyspę Bolko przez Kanał Ulgi wraz z budową ścieżki rowerowej; zakres zadania budowa kładki”);

(3)wyborze oferty Konsorcjum Mostostal jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, w której oferta Konsorcjum Mostostal została błędnie oceniona przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert - pkt 20.1.2. IDW - „Doświadczenie Kierownika Budowy”, co skutkowało przyznaniem jej najwyższej punktacji w toku badania

i oceny ofert, podczas gdy oferta Konsorcjum Mostostal winna otrzymać mniejszą liczbę punktów i tym samym zostać sklasyfikowana na niższej pozycji w rankingu ofert.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

(1)art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Mostostal na skutek nieuzasadnionego przyznania mu 20 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”, podczas gdy osoba wskazana i na to stanowisko (p. M. P.) nie nabyła doświadczenia, o którym mowa w pkt 20.1.2 IDW, gdyż:

(a)Pan M. P. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych w ramach zadania pn. „Optymalizuj i buduj – Budowa kładki pieszo-rowerowej na wyspę Bolko przez Kanał Ulgi wraz z budową ścieżki rowerowej; zakres zadania budowa kładki”; oraz, nawet gdyby uznać, że w ramach powyższej inwestycji Pan P. nabył oczekiwane przez Zamawiającego doświadczenie;

(b)łączone doświadczenie zdobyte przez Pana P. w ramach zadania pn. „Optymalizuj i buduj – Budowa kładki pieszo-rowerowej na wyspę Bolko przez Kanał Ulgi wraz z budową ścieżki rowerowej; zakres zadania budowa kładki” oraz zadania

pn. „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej – Prace na moście Gdańskim w Warszawie; zakres zadania remont mostu” nie uzasadnia przyznania ofercie Konsorcjum Mostostal 20 punktów; co powinno prowadzić do przyznania Konsorcjum Mostostal 0 lub 10 punktów

(przy uwzględnieniu doświadczenia nabytego w pierwszej wymienionej powyżej inwestycji);

(2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Mostostal z postępowania i - w konsekwencji - odrzucenia Jego oferty, w sytuacji w której Konsorcjum Mostostal, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadziło Zamawiającego w błąd, przedstawiając w złożonej ofercie nieprawdziwą informację, iż p. M. P. pełnił funkcję kierownika robót mostowych w toku realizacji inwestycji pn. „Optymalizuj i buduj – Budowa kładki pieszo-rowerowej na wyspę Bolko przez Kanał Ulgi wraz z budową ścieżki rowerowej; zakres zadania budowa kładki”;

a w konsekwencji

(3)art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1)unieważnienia czynności oceny i badania ofert w postępowaniu;

(2)przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert w postępowaniu;

(3)odrzucenie oferty Konsorcjum Mostostal oraz wykluczenie Konsorcjum Mostostal z postępowania;

ewentualnie, tj. na wypadek, w którym Izba uznałaby, że nie istnieją podstawy do wykluczenia Konsorcjum Mostostal;

(4)przyznanie w ramach powtórzonej czynności oceny i badania ofert 0 punktów ofercie Konsorcjum Mostostal w ramach kryterium oceny ofert wskazanego w 20.1.2. IDW

ewentualnie, tj. na wypadek, w którym Izba uznałaby, że nie istnieją podstawy do przyznania Konsorcjum Mostostal 0 punktów w ramach kryterium, o którym mowa w pkt. 20.1.2 IDW;

(5)przyznanie w ramach powtórzonej czynności oceny i badania ofert 10 punktów ofercie Konsorcjum Mostostal w ramach kryterium oceny ofert wskazanego w 20.1.2. IDW.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności podjęte w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp i prawidłowo ocenił stan faktyczny, doszłoby do odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal i wykluczenia tego wykonawcy lub chociażby sklasyfikowania oferty Konsorcjum Mostostal na niższej pozycji listy rankingowej, co wówczas umożliwiłoby uzyskanie zamówienia przez Odwołującego.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane przez Zamawiającego w dniu 15 czerwca 2023 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania został zachowany. Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podkreślono, że pkt. 20.1.2. IDW, Zamawiający przewidział jedno z pozacenowych kryteriów oceny ofert, w ramach którego postanowił premiować dodatkowo (tj. wykraczające poza doświadczenie wykazywane na okoliczność spełnienia warunków udziału) doświadczenie osoby predestynowanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy.

Zamawiający określił w pkt 20.1.2. w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”, że będzie ono rozpatrywane na podstawie deklaracji Wykonawcy złożonej w Formularzu „Kryteria pozacenowe”. W tym kryterium Wykonawca może uzyskać maksymalnie 20 punktów.

Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy osoby posiadającej większe doświadczenie niż wymagane w warunkach przetargu określonych w pkt 8.2.4.b IDW Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:

- doświadczenie spełniające warunek przetargu na 1 zadaniu – 0 pkt;

- doświadczenie spełniające warunek przetargu na 2 zadaniach – 10 pkt;

- doświadczenie spełniające warunek przetargu na 3 zadaniach – 20 pkt.

Jeżeli wykonawca nie wskaże doświadczenia Kierownika Budowy, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia kierownika budowy z wymaganym minimalnym doświadczeniem (zgodnie z warunkiem określonym w pkt 8.2.4b IDW) i przyzna w tym kryterium 0 pkt.

Warunek udziału odnoszący się do osoby kierownika budowy sformułowany został

w pkt. 8.2.4 b) IDW następująco: „wykonawca, na funkcję wymienioną poniżej, wskaże osobę, którą musi mieć dostępną na etapie realizacji zamówienia, spełniającą następujące wymagania:

Osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy: (1 osoba)

- doświadczenie zawodowe: minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych przy realizacji co najmniej 1 zadania w ramach którego wykonano budowę lub przebudowę lub remont mostu, wiaduktu, estakady lub kładki o konstrukcji stalowej, każde zadanie o wartości robót mostowych nie mniejszej niż 12 500 000,00 zł brutto, na którym osoba ta pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót mostowych lub inspektora nadzoru robót branży mostowej”.

Na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów Konsorcjum Mostostal wskazało doświadczenie Pana M. P. zdobyte w ramach następujących zadań:

- „Rozbiórka i budowa północnego wiaduktu drogowego w ciągu ul. Wojska Polskiego (droga powiatowa nr 3034C) nad Al. Jana Pawła II (droga krajowa nr 5) w trybie zaprojektuj i wybuduj; zakres zadania budowa wiaduktu” („Inwestycja Bydgoszcz”);
- „Optymalizuj i buduj – Budowa kładki pieszo-rowerowej na wyspę Bolko przez Kanał Ulgi wraz z budową ścieżki rowerowej; zakres zadania budowa kładki” („Inwestycja Opole”);
- „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej – Prace na moście Gdańskim w Warszawie; zakres zadania remont mostu” („Inwestycja Most Gdański”).

Celem potwierdzenia, że Pan M. P. faktycznie pełnił wymaganą przez Zamawiającego funkcję w toku powyższych zadań, Zamawiający wystosował do odpowiednich zamawiających stosowne pisma w drodze wniosków o dostęp do informacji publicznej. Zamawiający pytał:

- Czy Pan M. P. pełnił funkcję kierownika robót mostowych w ramach przedmiotowej inwestycji;
- Jaka była wartość brutto robót w zakresie budowy kładki;
- Jaki był rodzaj konstrukcji budowanej kładki.

Odwołujący w tym miejscu zauważył, że Konsorcjum Mostostal w kilku miejscach przedstawiło informacje odbiegające od tych uzyskanych przez Zamawiającego.

Zamawiający otrzymał następujące informacje:

• w ramach Inwestycji Bydgoszcz, Pan M. P. pełnił funkcję kierownika budowy od dnia 19 lipca 2021 r. do dnia 31 lipca 2022 r. (co daje łącznie 12 miesięcy i 12 dni, przy założeniu wykładni preferencyjnej dla Konsorcjum Mostostal - 13 miesięcy),

a wartość robót wyniosła 23 010 724,65 zł brutto;

• w ramach Inwestycji Opole, Pan M. P. został zatwierdzony przez Inwestora jako kierownik robót mostowych w dniu 13 listopada 2019 r., natomiast roboty budowlane zakończono 10 sierpnia 2020 r. (co daje łącznie 8 miesięcy i 28 dni, przy założeniu wykładni preferencyjnej dla Konsorcjum Mostostal 9 miesięcy), zamawiający w odpowiedzi wskazał przy tym, że nie jest w stanie podać dokładnej liczby dni, w ciągu których p. P. pełnił funkcję w ramach inwestycji z uwagi na brak posiadania zamawiającego listy obecności pracowników wykonawcy. Podkreślono również,

że Kierownikiem Budowy była inna osoba, Pan M. P. był dodatkowo zgłoszony przez wykonawcę realizującego inwestycję). Wartość robót mostowych w ramach Inwestycji Opole wyniosła 18 400 402,55 zł brutto.

• w ramach Inwestycji Most Gdański, Pan M. P. pełnił funkcję kierownika robót mostowych na zadaniu w terminie od dnia 7 grudnia 2018 r. do dnia 3 października 2019 r., (co daje łącznie 8 miesięcy i 26 dni, przy założeniu wykładni preferencyjnej dla Konsorcjum Mostostal 9 miesięcy), a wartość robót wyniosła 95 220 297,80 zł brutto.

W dniu 15 czerwca 2023 r. Zamawiający opublikował na platformie zakupowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, z której wynika, że na pierwszej pozycji rankingowej uplasowała się oferta złożona przez Konsorcjum Mostostal. Oferta Odwołującego zajęła 2 miejsce na liście rankingowej.

Oferta Konsorcjum Mostostal otrzymała maksymalną liczbę punktów w kryterium

w pkt. 20.1.2. IDW – „Doświadczenie Kierownika Budowy” (20 punktów). Oznacza to,

że Zamawiający uznał, że Konsorcjum Mostostal spełniło (osobą Pana P.ego) zarówno warunek udziału w postępowaniu, jak i kryterium oceny w stopniu maksymalnym (odpowiadającym wymogom z 20.1.2. IDW).

W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie przyznał maksymalną liczbę punktów ofercie Konsorcjum Mostostal.

Intencją Odwołującego jest wykazanie, że:

(a) Konsorcjum Mostostal powinno zostać wykluczone z postępowania (Pan P., wbrew oświadczeniu Konsorcjum Mostostal, nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych w ramach Inwestycji Opole);

(b) nawet jeśli uznać, że Konsorcjum Mostostal nie powinno zostać wykluczone, powinno otrzymać 0 punktów w ramach pozacenowego kryterium odnoszącego się do doświadczenia Kierownika Budowy, przyznana przez Zamawiającego punktacja jest skutkiem nieuzasadnionego uwzględnienia Inwestycji Opole oraz wadliwej wykładni kryterium oceny ofert (niekwestionowane przez Odwołującego doświadczenie zdobyte w ramach zadania Most Gdański nie pozwala bowiem na przyznanie Konsorcjum Mostostal dodatkowych punktów);

(c) nawet jeśli uznać, że Konsorcjum Mostostal nie powinno zostać wykluczone, a Inwestycja Opole może być brana pod uwagę w ramach oceny pozacenowego kryterium, Konsorcjum Mostostal powinno otrzymać jedynie 10 punktów w ramach tego kryterium, przyznana przez Zamawiającego punktacja jest skutkiem nieuzasadnionego uwzględnienia Inwestycji Opole oraz wadliwej wykładni kryterium oceny ofert.

Odwołujący zaznaczył również, że brak instrukcji w IDW odnoszącego się do sposobu obliczania liczby miesięcy, które można zaliczyć na okres pełnienia określonych funkcji na przedmiotowych inwestycjach. Odwołujący przyjął najkorzystniejszy dla Konsorcjum Mostostal wariant – zaokrąglając finalną liczbę miesięcy pełnionej funkcji „w górę” już od pierwszego rozpoczętego dnia w danym miesiącu.

ZDANIEM ODWOŁUJĄCEGO INWESTYCJA OPOLE NIE SPEŁNIA KRYTERIUM OCENY OFERT Z PKT IDW – KONSORCJUM MOSTOSTAL WPROWADZIŁO ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD

Odwołujący uważa, że p. P., wbrew oświadczeniu zawartemu przez Konsorcjum Mostostal w formularzu 2.2, nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych, czym Konsorcjum Mostostal wprowadziło w błąd Zamawiającego.

Oświadczenie Konsorcjum Mostostal w postaci wypełnionego Formularza 2.2.,

w którym przyznano, że p. P. pełnił funkcję kierownika robót mostowych w toku realizacji Inwestycji Opole, zestawień należy z odpowiedzią zamawiającego w ramach inwestycji oraz samym wnioskiem Zamawiającego w tej sprawie.

Pismem z dnia 23 maja 2023 r., Zamawiający zwrócił się do Miejskiego Zarządu Dróg Opole celem ustalenia m.in.

czy p. P. pełnił funkcję kierownika robót mostowych

w toku realizacji Inwestycji Opole, na które została udzielona odpowiedź de facto potwierdzająca, że było odmiennie – „Pan M. P. został zatwierdzony przez Inwestora jako kierownik robót mostowych dniem 13.11.2019 r.”

Użyte przez Zarząd Dróg Opole „został zatwierdzony” z całą pewnością nie potwierdza pełnienia samodzielnej funkcji w budownictwie. Sformułowanie to odczytywać należy w kontekście wyrażenia zgody, na przyszłe pełnienie funkcji kierownika robót mostowych. W żadnym wypadku jednak, nie można na podstawie „zatwierdzenia” mówić o podjęciu obowiązków kierownika robót.

Z faktycznym podjęciem pełnienia obowiązków kierownika robót mamy do czynienia w momencie wpisu danej osoby do dziennika budowy na przedmiotowym stanowisku.

Ma to swoje szerokie uzasadnienie – w chwili wpisu kierownika robót do dziennika budowy, przejmuje (ponosi) on odpowiedzialność za wszelkie szkody, które będą miały miejsce

z uwagi na nierzetelną kontrolę prowadzonych prac budowlanych czy niedbałą analizę dokumentacji technicznej.

Obarczenie go odpowiedzialnością za częściową realizację robót, wiąże się z pewnego stopnia formalizmem i przewidzianą ku temu procedurą nałożoną przez przepisy prawa. Pełnienie samodzielnej funkcji w budownictwie, czemu generalną doniosłość nadaje ustawa Prawo budowlane, nie można łączyć z zaledwie „zatwierdzeniem”, co znaczy tylko tyle co zaakceptowanie.

Immanentne powiązanie odpowiedzialności kierownika robót z pełnieniem w związku z tym faktycznych funkcji, co powiązane jest z dokonaniem w tym przedmiocie wpisu do dziennika budowy, zostało dostrzeżone przez KIO, tak przykładowo w wyroku z dnia 27 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1399/18 oraz wyroku Izby z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1635/18.

O powiązaniu odpowiedzialności za przeprowadzone prace z pełnieniem funkcji

w budownictwie przesądziła również Izba wyrokiem z dnia 13 sierpnia 2020 r. (sygn. akt KIO 1644/20), potwierdzając jednocześnie, że przedstawienie w ramach kryterium oceny ofert osoby, która nie spełnia wymaganego doświadczenia stanowi wprowadzenie zamawiającego w błąd ergo wykonawca, który dopuścił się takiego działania podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający, otrzymując odpowiedź od Zarządu Dróg Opole dot. roli w toku Inwestycji Opole p. P. nie otrzymał zatem potwierdzenia, że pełnił on funkcję kierownika robót mostowych, zgodnie z definicją ustawy Prawo budowlane.

Wręcz przeciwnie – instytucja przekazała Zamawiającemu niejako najdalej idący (najważniejszy) status, jaki p. P. uzyskał w toku realizacji Inwestycji Opole. Wszak gdyby p. P. faktycznie został wpisany do dziennika budowy i pełnił określone funkcje techniczne w budownictwie, to Zarząd Dróg Opole właśnie do takiej jego działalności by zreferował, a nie jedynie do „zatwierdzenia” jego osoby przez Inwestora.

Niezależnie jednak od treści korespondencji Odwołujący wskazał, że, jak wynika

z dzienników budowy, Pan P. nie wpisywał się do nich, nie sposób zatem uznać, że rzeczywiście nabywał doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych.

Na szczególną uwagę zasługuje, że Pan P. jest pracownikiem członka Konsorcjum Mostostal, zatem podmiot ten miał pełną i nieograniczoną wiedzę na temat faktycznego zaangażowania Pana P. w Inwestycję Opole. Tym bardziej więc zasadny

w ocenie Odwołującego jest wniosek o celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

Dodatkowo podniesiono, że Zamawiający w dokumentacji postępowania konsekwentnie posługuje się pojęciem „funkcja” Kierownika Budowy/Kierownika Robót,

w tym m.in. w ramach warunków udziału w postępowaniu czy kryterium oceny ofert,

co implikuje przekonanie, że jego celem był wybór takiego wykonawcy, który dysponuje osobą, która pełniła funkcje przewidziane i regulowane ustawą Prawo budowlane.

Tym samym, osoby, którymi wykazują się wykonawcy, winny być rozpatrywane (oceniane) pod kątem pełnienia niezależnej funkcji w budownictwie ergo wpisane w dzienniku budowy w ramach wykazywanych inwestycji.

Konsorcjum Mostostal wbrew faktycznej roli p. P. w ramach Inwestycji Opole, zdecydowało się kategorycznie wskazać właśnie tę osobę w Formularzu kryterium pozacenowego, celem uzyskania dodatkowych punktów, jak się wydaje, zakładając,

że Zamawiający zrówna osobę pełniącą funkcję kierownika robót mostowych (zgodnie

z ustawą Prawo budowlane) z osobą „zatwierdzoną” przez Inwestora jako kierownik robót mostowych (niepełniącą jednak faktycznie funkcji), co było działaniem niedopuszczalnym, podjętym z nastawieniem na poprawę własnej sytuacji w postępowaniu kosztem pozostałych wykonawców.

Takie zachowanie Konsorcjum Mostostal miało wpływ na dalsze działanie Zamawiającego. Zamawiający dał wiarę oświadczeniu w Formularzu 2.2 dotyczącym kryterium pozacenowego Konsorcjum Mostostal. Dlatego też przyznał Konsorcjum dodatkowe (maksymalne) punkty za realizację inwestycji przez p. P. i finalnie wybrał ofertę Konsorcjum Mostostal jako najkorzystniejszą.

W tej sytuacji wydaje się nie budzić wątpliwości według Odwołującego, że wobec Wykonawcy wystąpiła co najmniej podstawa wykluczenia opisana w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, o ile Izba nie uzna, że właściwą jest wręcz ta wyrażona w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Konsorcjum Mostostal wprowadziło bowiem Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że p. P. pełnił funkcję kierownika robót mostowych podczas realizacji Inwestycji Opole, w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa. Warunek udziału (a w ślad za nim, kryterium oceny ofert) wprost referuje do pojęcia „funkcja” kierownika robót mostowych. Takim samym pojęciem posługuje się ustawodawca

w rozdziale 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Okoliczność ta nie jest pozbawiona znaczenia. Gdyby bowiem Zamawiający nie posługiwał się pojęciem „funkcja”, lecz innym, niereferującym wprost do siatki pojęciowej Prawa budowlanego

(np. „stanowisko”), to rozważać by można jąka rzeczywiście intencją stała za tym postanowieniem. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia – Zamawiający konsekwentnie domaga się wykazania doświadczenia w pełnieniu określonej funkcji.

Bezsporne jest również, że właśnie do pełnienia funkcji referował w Formularzu 2.2 Konsorcjum Mostostal, bowiem wskazał, że dana osoba sprawowała funkcję kierownika robót mostowych.

W ocenie Odwołującego, członkowie Konsorcjum Mostostal z pewnością zdają sobie sprawę, jako profesjonalni uczestnicy rynku z segmentu budownictwa, jakie prawa/obowiązki konstytuuje wpis danej osoby do dziennika budowy jako kierownik robót, a co powoduje jego brak. Mimo tych okoliczności, Konsorcjum Mostostal zdecydowało się podjąć

działania zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Rażące niedbalstwo to „kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. Oczywiście do oceny tego, czy dana osoba powinna przewidzieć stosowne skutki, przyjmuje się – zgodnie z treścią art. 355 k.c. – wzorzec osoby działającej z należytą starannością, w sposób profesjonalny, rzetelny i uczciwy. W świetle tego należy zakładać, że Konsorcjum Mostostal powinien co najmniej liczyć się ze skutkami swojego działania.

Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach.

Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych.

Zmaterializowały się również w takiej sytuacji skutki, o których mowa w obu analizowanych przepisach. Art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wskazuje bowiem, że skutkiem tym musi być „wprowadzenie zamawiającego w błąd”. Efekt, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp zaistniał, czego dowodem jest dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Mostostal, przyznając jednocześnie jego ofercie maksymalną liczbę punktów (na skutek wprowadzenia Zamawiającego w błąd). Tym samym spełniony jest również skutek, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – ten przepis nie wymaga bowiem wprowadzenia w błąd, a jedynie przedstawienia informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

Potwierdza to orzecznictwo Izby, przykładowo wyrok Izby z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2007/17, KIO 2014/17, podobnie w wyroku z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. KIO 185/18.

Ponadto, jak wynika z orzecznictwa Izby, „przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania” (K. Różowicz, Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Komentarze praktyczne, LEX.). Istotą „błędu” jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały/nie miały miejsca, podczas gdy w rzeczywistości tak było/nie było. Do takiego stanu doprowadza swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości.

Spełniona jest także w ocenie Odwołującego przesłanka odnosząca się do zakresu informacji. Jak wynika z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp informacje, o których mowa w tym przepisie, muszą odnosić się do określonego zakresu przedmiotowo istotnego w kontekście czynności w postępowaniu, w tym odnoszących się do oceny podstaw wykluczenia

z postępowania. Takiego ograniczenia nie zawiera art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, który wskazuje jedynie na szeroko rozumiane decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Spełnione zatem zostały przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy Konsorcjum Mostostal w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Kończono w ramach tego zarzutu Odwołujący podniósł także, że na obecnym etapie nie istnieją podstawy do sanowania zidentyfikowanej wadliwości (abstrahując już od faktu, że uzupełnienie oferty o informacje służące ocenie w kryterium oceny ofert pozostawałoby w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców). Procedura samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 Pzp nie może być bowiem traktowana jako forma ratowania wykonawcy, który wprowadził instytucję zamawiającą

w błąd. Wskazuje na to jednoznacznie w swoim orzecznictwie Izba, np. w wyroku z dnia

13 sierpnia 2019 r. „*Samooczyszczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 8 p.z.p.*

i niepodleganie wykluczeniu z art. 24 ust. 9 p.z.p. w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest niemożliwe, gdyż wykonawca w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wprowadził Zamawiającego w błąd nie może jednocześnie rzetelnie wykazywać,

że przedsięwziął takie środki zaradcze, aby Zamawiający mógł uznać samooczyszczenie uznać za dopuszczalne”. Podobnie w wyroku z dnia 28 lutego 2018 r.: „Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 p.z.p. prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 p.z.p. służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten usładowi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy drugiej szansy”.

Gdyby bowiem uznać, że wykonawca, nawet gdy wprowadzi zamawiającego w błąd, dostanie kolejną szansę, stanowiłoby to niczym nieuzasadnione i niebezpieczne

z perspektywy systemu zamówień publicznych przyzwoleń na przedstawianie instytucji zamawiającej nieprawdziwych informacji (wykonawcy mogliby wówczas liczyć, że nawet jeśli zamawiający orientuje się, że podane mu informacje są nieprawdziwe, to i tak dostanie kolejną szansę).

Odwołujący stanął na stanowisku, że względem Konsorcjum Mostostal zmaterializowały się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, a Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w kontekście rzekomego pełnienia funkcji kierownika robót mostowych przez p. P.

INWESTYCJA OPOLE NIE SPEŁNIA KRYTERIUM OCENY OFERT Z PKT 20.1.2. IDW

Jednocześnie, kierując się ostrożnością, Odwołujący wskazał, że nawet gdyby Izba uznała, że Konsorcjum Mostostal nie wprowadziło Zamawiającego w błąd i w związku z tym nie podlega wykluczeniu z postępowania (a oferta Konsorcjum Mostostal nie powinna zostać odrzucona), to nie sposób uznać, że Inwestycja Opole może zostać powołana w ramach kryterium oceny ofert.

Nawet w przypadku uznania, że nie zmaterializowały się wszelkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, to Inwestycję Opole poddać należy odrębnej ocenie

w kontekście sformułowanego przez Zamawiającego warunku.

Zamawiający wskazał, że przyzna dodatkowe punkty za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy osoby posiadającej większe doświadczenie niż wymagane w warunkach przetargu określonym w pkt 8.2.4 b) IDW.

Przywołane przez Zamawiającego „warunki przetargu” w odniesieniu do Kierownika budowy (pkt 8.2.4 b) IDW) dotyczą w istocie nie tylko charakteru czy kwoty zrealizowanej przez powołaną osobę inwestycji, ale co równie ważne,

funkcji, jaką dana osoba podczas jej realizacji pełniła. Wprost wskazano, że osoba, którą dysponuje wykonawca i która uzasadniać będzie naliczenie dzięki temu ofercie wykonawcy dodatkowych punktów musiała pełnić funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót mostowych lub Inspektora nadzoru robót branży mostowej. W ocenie Odwołującego p. M. P. nie pełnił żadnej

z przedmiotowych funkcji, wbrew temu, co usiłuje wywieść Konsorcjum Mostostal.

Wobec powyższego, Inwestycja Opole nie powinna być brana pod uwagę w ramach oceny warunku udziału kryterium oceny ofert w postępowaniu.

WŁAŚCIWY SPOSÓB INTERPRETACJI KRYTERIUM OCENY OFERT

Niezależnie jednak od powyższych zarzutów, Odwołujący podkreślił także, że całkowicie niezależnym uchybieniem Zamawiającego było uznanie, że inwestycje wskazane przez Konsorcjum Mostostal w Formularzu 2.2 pozwalają na przyznanie temu wykonawcy maksymalnej liczby punktów. U podstaw takiej (błędnej) konstatacji leży całkowicie nieuzasadniona i nielogiczna wykładnia wymogów, których autorem jest sam Zamawiający.

Zgodnie z literalną treścią warunku udziału wskazanego w pkt 8.2.4 IDW, wykonawcy powinni wykazać się jedną osobą, która skierowana zostanie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy o określonym doświadczeniu zawodowym – „Minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych przy realizacji co najmniej 1 zadania w ramach którego wykonano budowę lub przebudowę lub remont mostu, wiaduktu, estakady lub kładki o konstrukcji stalowej, każde zadanie o wartości robót mostowych nie mniejszej niż 12 500 000,00 zł brutto, na którym osoba ta pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót mostowych lub Inspektora nadzoru robót branży mostowej”.

Odwołujący uważa, że przytoczona treść warunku udziału nie budzi zasadniczo żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Wyrażeniem „określone doświadczenie zawodowe” objęto szeroki katalog okoliczności, który winien być rozpatrywany łącznie. Sumarycznie rzecz ujmując, zaproponowanym Kierownikiem Budowy powinna być osoba, która:

- pełniła określoną funkcję przez 12 miesięcy;
- podczas co najmniej 1 zadania;
- które objęło budowę/przebudowę/remont;
- mostu/wiaduktu/estakady/kładki o konstrukcji stalowej;
- o wartości nie mniejszej niż 12 500 000,00 zł brutto (każde zadanie).

Co istotne w kontekście sformułowanych zarzutów – wykonawcy byli uprawnieni do wykazywania na potrzeby powyższego warunku udziału doświadczeń kierownika nabytych

w ramach kilku zadań. Świadczą o tym dwa fragmenty warunku udziału: „co najmniej”, oraz „każde zadanie”. Oznacza to, że okres 12 miesięcy mógł zostać zsumowany z kilku zadań danego kierownika, przy czym każde z nich musiało spełniać wymagania w zakresie wartości, przedmiotu inwestycji oraz pełnionej funkcji.

Bezsporne jest, że Pan P. spełnia warunek udziału już dzięki pierwszemu zadaniu wskazanemu w Formularzu 2.2., tj. Inwestycji Bydgoszcz (pełnił w jej trakcie funkcję kierownika budowy przez okres 12 miesięcy).

Na marginesie jednak Odwołujący podkreślił, celem rozwiania ewentualnych wątpliwości Izby, że Konsorcjum Mostostal wskazało w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia/poprawienia/uzupełnienia dokumentów z dnia 26 maja 2023 r., jakoby

p. P. pełnił funkcję kierownika budowy od 23 kwietnia 2021 r. do 1 sierpnia 2022 r. w ramach realizacji Inwestycji Bydgoszcz (przyjmując metodologię obliczenia ww. okresu Odwołującego – przez 16 miesięcy). Nie sposób jednak uznać tak wskazany okres za prawidłowy.

Jak czytamy w przytoczonej odpowiedzi na wezwanie z dnia 26 maja 2023 r. – „Referencje znak IR/M/0506/63/22 potwierdzające że wskazany Kierownik Budowy sprawował funkcję kierownika budowy w okresie od 23.04.2021 do 01.08.2022 na zadaniu „Rozbiórka i budowa północnego wiaduktu drogowego w ciągu ul. Wojska Polskiego”.

Nic jednak bardziej mylnego. Referencje, do których odnosi się Konsorcjum Mostostal faktycznie zawierają ww. okres – 23.04.2021 r. – 01.08.2022 r., ale jest to cały okres trwania inwestycji (a nie okres piastowania funkcji przez Pana P.).

Identyfikując informację znaleźć można w referencjach z dnia 30 grudnia 2020 r. wystawionych przez Zarząd Drog Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy – „Termin realizacji zadania: 23.04.2021 – 01.08.2022”. Wbrew zatem twierdzeniom Konsorcjum Mostostal, nie sposób z nich odczytywać okresu pełnionej funkcji przez

p. P. Zasadnie należy zatem za podstawę ustaleń faktycznych przyjąć okres od dnia 19 lipca 2021 r. do dnia 31 lipca 2022 r. jako okres pełnienia przez p. P. funkcji kierownika budowy, co potwierdził jednocześnie ten sam podmiot, który wystawił przedmiotowe referencje w drodze odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji publicznej z dnia 13 czerwca 2023 roku.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący wskazał również, że Konsorcjum Mostostal przedłożyło wraz z odpowiedzią na wezwanie do poprawienia/uzupełnienia dokumentów z dnia 26 maja 2023 r. referencje dot. należytego wykonania Inwestycji Most Gdański oraz Inwestycji Opole. Nie ulega jednak wątpliwości, że zakres przedmiotowych dokumentów nie odpowiadał dyspozycji wezwania z dnia 26 maja 2023 r. Jak wynika bowiem z jego literalnej treści – Zamawiający wymagał przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających posiadane doświadczenia przez osobę skierowaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy (w tym m.in. dokumentów dot. okresu pełnionej funkcji, typu zrealizowanego obiektu czy jego wartości). W przedłożonych przez Konsorcjum Mostostal referencjach dot. Inwestycji Most Gdański oraz Inwestycji Opole, nie sposób znaleźć jednak jakiegokolwiek odniesienia do p. P., (posiadanego przez niego rzekomo doświadczenia). Wręcz przeciwnie – przedłożona dokumentacja odnosi się stricte do realizacji inwestycji przez Lidera Konsorcjum Mostostal – spółkę Mostostal Kielce S.A.

O wadliwości działania Konsorcjum Mostostal, czego wyraz stanowi przedłożenie ogólnych referencji wystawionych na wykonawcę, w ramach wymogu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych dot. osoby fizycznej (p. P.) świadczy przede wszystkim fakt, że przedłożone referencje w żadnym wypadku nie potwierdzają, jakoby w uwzględnionym okresie, p. P. pełnił określone przez Konsorcjum Mostostal funkcje. Zarówno bowiem w ramach referencji dot. Inwestycji Opole wskazano,

że: „Zamówienie zostało zrealizowane w terminach od 22.05.2019 r. do 15.09.2020 r.”

jak i w ramach Inwestycji Most Gdański podkreślono, iż: „Konsorcjum firm [...] wykonał

w ramach udzielonego zamówienia publicznego w okresie od 08.11.2018 r. do 28.09.2019 r. zadanie pn. [...]”

Powyższe daty realizacji inwestycji w żadnym wypadku nie mogą być utożsamiane

z okresem pełnienia na nich funkcji przez p. P. W powszechnej praktyce rynkowej, zasadniczo często dochodzi bowiem do zmian kadrowych w toku realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego czy de facto „wymiany” ekspertów z

uwagi na stopień zaawansowania prac i aktualne zapotrzebowanie inwestora. Przykładowo, kierownik robót mostowych „weźmie udział” w realizacji danej inwestycji dopiero w momencie, kiedy zgodnie z harmonogramem robót, rozpoczną się „roboty mostowe”, co może stanowić zaledwie fragment realizacji całości robót.

Przechodząc do treści kryterium oceny ofert, o którym mowa w 20.1.2 IDW, to Zamawiający sformułował je następująco: „*Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy osoby posiadającej większe doświadczenie niż wymagane w warunkach przetargu określonym w pkt 8.2.4 b) IDW Zamawiający przyzna następującą ilość punktów: [...]*”

Z powyższego w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że Zamawiający oczekiwał, iż punkty zostaną przyznane wykonawcy, który dysponować będzie osobą posiadającą doświadczenie wykraczające ponad to uwzględnione w odniesieniu do spełnienia warunków udziału, określone w pkt 8.2.4 b) IDW.

Bezsporne jest więc również, że Inwestycja Bydgoszcz nie może być zatem brana pod uwagę przy wyliczaniu dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert.

W tym celu przeanalizować należy więc Inwestycję Opole (9 miesięcy doświadczenia Pana P.ego – przy założeniu, że doświadczenie to w ogóle powinno być brane pod uwagę) oraz Inwestycję Most Gdański (9 miesięcy doświadczenia Pana P.ego).

W dalszej części kryterium czytamy:

– „*doświadczenie spełniające warunek przetargu na 1 zadaniu – 0 punktów; – doświadczenie spełniające warunek przetargu na 2 zadaniach – 10 punktów; – doświadczenie spełniające warunek przetargu na 3 zadaniach – 20 punktów*”.

Zamawiający wprost napisał, iż premiował będzie zadania wykraczające poza wykazane potrzeby warunku udziału oraz że intencją Zamawiającego było punktowanie dodatkowego doświadczenia, zgodnego z wymaganiami określonymi w warunku. Aby ustalić zatem prawidłową liczbę punktów należy więc „odciąć” zadanie wykazywane na potrzeby warunku udziału (w przypadku Konsorcjum Mostostal – Inwestycja Bydgoszcz) oraz ocenić pozostałe przez pryzmat spełnienia parametrów określonych w warunku. Przedstawienie 2 zadań (1 ponad warunek) spełniających warunek daje 10 punktów, przedstawienie 3 zadań (2 ponad warunek) daje 20 dodatkowych punktów.

Sformułowanie użyte przez Zamawiającego w pkt 20.1.2 IDW należy więc rozumieć jako obowiązek powielenia doświadczenia Kierownika Budowy, które zostało wykazane celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.2.4 b) IDW, z tym jednak zastrzeżeniem, że musi być ono zdobyte na innym zadaniu (musi się różnić podmiotowo, przy jednoczesnym obowiązku utrzymania zbliżonego zakresu przedmiotowego – z wyłączeniem wymogu w kontekście pełnienia funkcji na jednym zadaniu przez 12 miesięcy). Na takie rozumienie kryterium oceny ofert wprost wskazuje treść pkt. 20.1.2 IDW, gdzie jest mowa, że punktowane dodatkowo jest „doświadczenie spełniające warunek”. Zatem, oczywistą intencją Zamawiającego jest premiowanie wykonawców za wykazanie określonej krotności (dwukrotności lub trzykrotności) wymagań niezbędnych na spełnienie warunku udziału.

Odwołujący podkreślił, że literalna treść kryterium wskazuje, że na potrzeby dodatkowych punktów nie jest możliwe sumowanie zadań (w odróżnieniu od treści warunku, Zamawiający mówi tutaj o konkretnej liczbie zadań – 1, 2 lub 3). Prowadzi to do prostego wniosku, że Konsorcjum Mostostal powinno otrzymać 0 dodatkowych punktów.

Inwestycja Opole ani Inwestycja Most Gdański nie pozwalają uznać warunku za spełniony, nie potwierdzają bowiem wymogu 12 miesięcy. Odwołujący, chcąc uniknąć jakichkolwiek wątpliwości, rozważył jednak dodatkowo wariant korzystny dla Konsorcjum Mostostal, dopuszczając sumowanie miesięcy z poszczególnych zadań (jak w ramach warunku udziału), aby pokazać, że nawet w takim przypadku działanie Zamawiającego jest błędne.

Zatem przyznanie Konsorcjum Mostostal 20 punktów z tytułu doświadczenia nabytego przez Pana P. jest działaniem całkowicie nieuzasadnionym:

(a) jeśli nawet dopuścić premiowanie Inwestycji Opole, to Pan P. dodatkowo (ponad warunek) nabył 18 miesięcy doświadczenia (Inwestycja Opole oraz Inwestycja Most Gdański), co pozwala przyznać Konsorcjum Mostostal 10 dodatkowych punktów;

(b) jeśli nie dopuścić premiowania Inwestycji Opole (co, w opinii Odwołującego jest prawidłowe), to Pan P. dodatkowo (ponad warunek) nabył 9 miesięcy doświadczenia (Inwestycja Most Gdański), co nie pozwala przyznać Konsorcjum Mostostal jakichkolwiek dodatkowych punktów.

Zamawiający zdecydował się wystosować do Konsorcjum Mostostal wezwanie (pismo z 23 maja 2023 r.) dotyczące właśnie doświadczenia Pana P. W odpowiedzi Konsorcjum Mostostal (pismo z 26 maja 2023 r.) stwierdza m.in., że z treści SWZ nie wynika, aby każde zadanie, którym posługuje się kierownik musiało obejmować okres 12 miesięcy (jest więc możliwe sumowanie tego okresu z kilku zadań). Ale zdaniem Odwołującego nawet przyjęcie takiej koncepcji (dopuszczalność sumowania okresu 12 miesięcy z różnych zadań) nie pozwala na przyznanie Konsorcjum Mostostal maksymalnej liczby punktów.

Z całkowicie nieuzasadnionych natomiast przyczyn Konsorcjum Mostostal przyznaje sobie prawo do punktowania odrębnie każdego zadania, niezależnie od tego, jaki był faktycznie okres pełnienia funkcji kierowniczej. Taka wykładnia pozostaje w sprzeczności z treścią analizowanego kryterium, ale i warunku udziału, do którego to kryterium referuje. Konsorcjum Mostostal stwierdza, że przeciwna interpretacja nie miałaby sensu, posługując się następującym przykładem: „*W przypadku przyjęcia, że koniecznym jest wykazanie 12 miesięcznego doświadczenia na każdym zadaniu, może dojść do sytuacji kiedy uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który wskazał osobę o większym doświadczeniu (np. kierownik który ma łączne doświadczenie 40 miesięcy na 4 zadaniach – na każdym po 10 miesięcy) nie spełni wymaganego kryterium, natomiast uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który wskazał osobę o mniejszym doświadczeniu (np. kierownik, który ma doświadczenie 13 miesięcy na jednym zdaniu) będzie spełniał kryteria*”. Oczywiście przykład powyższy można traktować jako budzący wątpliwości. Jednakże jeśli nawet dopuścić sumowanie zadań, nadal jednak muszą się one sumować do 12 miesięcy – tylko wtedy (oraz w przypadku krotności 12 miesięcy) wykonawca ma prawo liczyć na uznanie warunku lub kryterium za spełniony.

Według Odwołującego pominać należy dodatkowe zadania, które w wyjaśnieniach przypisało Panu P. Konsorcjum Mostostal. Wykonawcy nie są bowiem upoważnieni do zmiany (rozszerzania) oświadczeń złożonych na potrzeby kryterium oceny ofert, równa się to bowiem z niedopuszczalną ingerencją w treść złożonej oferty. Stanowisko to jest niekwestionowane w orzecznictwie Izby, np. w wyroku KIO z dnia 21 stycznia 2022 r., czy w wyroku KIO z dnia 5 września 2018 r.

Odwołujący zaznaczył także, że Zamawiający w piśmie z dnia 23 maja 2023 r. (wezwanie do wyjaśnień) prosił o podanie „okresu doświadczenia zawodowego dla wskazanej osoby”, tymczasem Konsorcjum Mostostal w przesłanej odpowiedzi przedstawia referencje, które, co wydaje się oczywiste, dotyczą doświadczenia wykonawcy a nie osoby.

Również zatem ta okoliczność zdaje się potwierdzać, że Konsorcjum Mostostal świadome było, iż nie spełnia wymogów sformułowanych przez Zamawiającego.

Odwolujący odniósł się także do treści opinii prawnej, znajdujące się w aktach postępowania (przygotowanej właśnie na okoliczność oceny doświadczenia Pana P.).

Opinia ta bazuje na błędnie zdefiniowanym problemie. Jej autor stwierdza, że „jedynym problemem prawnym (...) jest tutaj kwestia tego kryterium doświadczenia kierownika budowy na co najmniej jednym albo dwóch albo trzech i więcej zadaniach,

tj. czy należy odczytywać odrębnie dla każdego zadania, czy też łącznie”. Odwołujący nie zgadza się z tak zdiagnozowanym problemem. Pytanie, na które opinia jednak nie odpowiada brzmi – czy z faktu, że na potrzeby warunku sumuje się doświadczenia z różnych zadań wyprowadzić należy wniosek, że w zakresie oceny kryterium przyznaje się dodatkowe punkty za każde dodatkowe zadanie (niezależnie od faktycznego okresu pełnienia funkcji) czy też może za dodatkowe 12 lub 24 miesiące doświadczenia zdobytego w ramach tych zadań?

W opinii Odwołującego na takie pytanie powinien znaleźć odpowiedź Zamawiający. Odwołujący uważa, że odpowiedź ta jest oczywista (każda „krotność” 12 miesięcy może oznaczać dodatkowe punkty – a i to przy wykładni korzystnej dla Konsorcjum Mostostal).

Nie należy również pomijać, że konstrukcja zaproponowana przez autora opinii przeczy idei premiowania dodatkowego doświadczenia (istotnego z perspektywy zadania), dopuszczając możliwość uzyskania dodatkowych punktów w sposób sprzeczny z minimalnymi wymaganiami opisanymi w treści IDW.

Odnosząc się do podnoszonej zarówno w treści wyjaśnień Konsorcjum Mostostal, a także w przywołanej opinii prawnej zasady rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść wykonawców, podkreślić należy, że reguła ta ma zastosowanie jedynie wtedy, gdy takie wątpliwości rzeczywiście istnieją w oparciu o treść sformułowanych przez zamawiającego postanowień. W przeciwnym razie (tj. w sytuacji nadużywania tej zasady) dochodzi do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz poszanowania uczciwej konkurencji (przykładowo wyrok KIO z dnia 9 września 2019 r., sygn. akt KIO 1642/19).

Stanowisko Zamawiającego jest całkowicie niezasadne, przeczy ono treści SWZ. Zamawiający dysponował kompletem dokumentów pozwalających prawidłowo ocenić doświadczenie Pana P., z niezrozumiałych jednak przyczyn zdecydował się potraktować tego wykonawcę w preferencyjny sposób, naruszając jednak tym samym przepisy wskazane w petitum odwołania.

Wobec powyższego odwołanie zdaniem Odwołującego zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, nieprawidłowa ocena ofert w postępowaniu i niewłaściwy sposób przyznania punktów w ramach ustalonych pozacenowych kryteriów oceny ofert innym Wykonawcom, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci braku uzyskania zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożyli następujący Wykonawcy:

- po stronie Zamawiającego (1) Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (Lider Konsorcjum) oraz (2) Wolmost Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (Partner Konsorcjum) – dalej jako „Konsorcjum Mostostal” lub „Przystępujący”;

- po stronie Odwołującego: (1) Swietelsky Rail Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (Lider Konsorcjum) oraz (2) Swietelsky A.G. z siedzibą w Linz, Republika Austrii (Partner Konsorcjum) – dalej jako „Konsorcjum Swietelsky”.

Izba dokonała sprawdzenia wypełnienia przesłanek skuteczności zgłoszenia przystąpienia i dopuściła oba podmioty zgłaszające przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut naruszenia art. 239 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Mostostal Kielce S.A oraz Wolmost Sp. z o.o. na skutek niezasadnego przyznania konsorcjum 20 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący na posiedzeniu złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnionego zarzutu i wniósł o oddalenie odwołania w całości. W piśmie procesowym przedstawił argumentację, która jego zdaniem przemawiała za oddaleniem odwołania.

Izba ustaliła także, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył fragmenty SWZ oraz innych dokumentów istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu i nie zachodziła konieczność ich powtarzania.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia, Izba uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby Odwołujący wykazał i udowodnił zarzut naruszenia art. 239 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Treść ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu nie była sporna między Stronami. Zamawiający wymagał wskazania na stanowisko kierownika budowy osoby, która spełniała następujące wymagania:

- posiadała doświadczenie minimum 12 miesięcy w okresie trwania robót budowlanych,
- przy realizacji co najmniej 1 zadania,
- w ramach którego wykonano budowę lub przebudowę lub remont mostu, wiaduktu, estakady lub kładki o konstrukcji stalowej,
- każde zadanie o wartości robót mostowych nie mniejszej niż 12 500 000,00 zł brutto,
- osoba ta pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót mostowych lub inspektora nadzoru robót branży mostowej.

Następnie Zamawiający, w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, wskazał, że premiował będzie dodatkowe doświadczenie opisane w następujący sposób: skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy osoby posiadającej większe doświadczenie niż wymagane w warunkach przetargu określonych w pkt 8.2.4.b IDW Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:

- doświadczenie spełniające warunek przetargu na 1 zadaniu – 0 pkt;

- doświadczenie spełniające warunek przetargi na 2 zadaniach – 10 pkt;

- doświadczenie spełniające warunek przetargu na 3 zadaniach – 20 pkt.

Istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia w jakich sytuacjach Zamawiający uprawniony był do przyznania Wykonawcom dodatkowych punktów w ramach ustalonych kryteriów i czy Przystępujący przedstawił takie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia określonej funkcji, za które można było uzyskać dodatkowe punkty.

Zdaniem składu orzekającego Izby ani doświadczenie nabyte przez Pana P.ego na zadaniu referencyjnym w Opolu ani doświadczenie zdobyte w ramach zadania referencyjnego Most Gdański nie uprawniało Wykonawcy do uzyskania dodatkowych punktów.

Dostrzeżenia wymaga przede wszystkim, iż to spełnienie ustalonych przez Zamawiającego cech w warunku podstawowym uprawniało Wykonawców do uzyskania dodatkowych punktów. Dopiero spełnienie wszystkich tych cech łącznie umożliwiało przyznanie punktów. Zamawiający jasno i klarownie podkreślił, że premiowane będzie doświadczenie większe niż wymagane w warunku podstawowym. Zatem to treść warunku podstawowego była bazą wyjściową a premiowana była liczba zadań. Tym samym w ocenie Izby wszystkie warunki opisane jako bazowe czyli podstawowe musiały być spełnione,

by dany wykonawca mógł uzyskać wyższą ocenę oferty. Taką wykładnię kryterium potwierdził również Zamawiający na rozprawie przed Izbą.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego Konsorcjum Mostostal, że treści zawartego w IDW warunku, nie wynika, aby okres 12 miesięcy doświadczenia odnosił się do każdego zrealizowanego zadania odrębnie. Użyte wyrażenie „na co najmniej jednym zadaniu” oznacza, że okres 12 miesięcy doświadczenia jakim powinna wykazać się osoba proponowana na funkcję kierownika budowy, może być spełniony zarówno na jednym zadaniu jak i łącznie na kilku zadaniach. Nic bardziej mylnego.

Irrelevantne jest, że Zamawiający w kryterium oceny ofert nie wspominał o okresie 12 miesięcy pełnienia funkcji. Użyte sformułowanie „na co najmniej jednym zadaniu” odnosi się do liczby zadań a nie do długości okresu 12 miesięcy. Oznacza to więc, że pełnienie danej funkcji przez okres 12 miesięcy musiało mieć miejsce „na co najmniej jednym zadaniu”,

a gdyby Wykonawca chciał uzyskać wyższą punktację – na więcej niż jednym zadaniu,

ale w każdym przypadku musiało to być co najmniej 12 miesięcy, a nie suma zamykająca się w 12 miesiącach przy większej liczbie zadań. Z opisu kryterium w żadnym wypadku nie wynika, że długość pełnienia funkcji na zadaniu mogła być sumowana w ramach większej liczby zadań. Jak zauważył sam Przystępujący – to liczba zadań była decydująca dla wyższej punktacji, natomiast zdaniem Izby okres 12 miesięcy pozostawał „stały” dla każdego zadania. Gdyby Zamawiający chciał premiować wielokrotność okresu doświadczenia rozumianego jako więcej niż 12 miesięcy, to do tego elementu odnosiłby się opis kryterium. Tymczasem kryterium wskazywało na położenie nacisku na ilość zadań przy stałym okresie pełnienia funkcji przez co najmniej 12 miesięcy na każdym zadaniu. Wbrew twierdzeniom Przystępującego Zamawiający nie powiązał możliwości sumowania długości okresu pełnienia funkcji z ilością zadań. Czas pełnienia funkcji był elementem stałym, zmienną była liczba zadań.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, że treść ustalonego kryterium oceny ofert była niejasna, a wobec tego warunek należy interpretować na korzyść wykonawcy, który w dobrej wierze podjął się wykazania jego spełnienia.

Zamawiający ustalił bazę

i wymagania dodatkowe. Wyższą punktację można było uzyskać w sytuacji, gdy Wykonawca przedstawił większą liczbę zadań, spełniającą wszystkie cechy zadania bazowego. Takich zadań Przystępujący nie przedstawił. Nie ulega wątpliwości Izby, że pozacenowe kryterium oceny ofert musi być powiązane z warunkiem udziału w postępowaniu, stanowiącym podstawę do oceny, czy dany wykonawca w ogóle posiada wymagane doświadczenie. Skoro Zamawiający w warunku klarownie zaznaczył, że w jego ocenie, wystarczające będzie wykazanie posiadania doświadczenia na poziomie co najmniej 12 miesięcy na jednym zadaniu, a decydujące znaczenie ma multiplikacja liczby zadań, to brak podstaw,

by w ramach kryterium pozacenowego pomijać część warunku odnoszącego się do 12 miesięcy. Dla Zamawiającego nie była bowiem ważna jedynie liczba zadań o nieokreślonym bliżej okresie pełnienia funkcji, ale liczba zadań, na której dana osoba sprawowała funkcję co najmniej 12 miesięcy i to przesądziło o nabyciu przez nią punktowanego doświadczenia zawodowego. Innymi słowy Zamawiający powiązał długość pełnienia funkcji z liczbą zadań, na którym osoba takie doświadczenie nabyła.

Nie przesądzając w tym momencie, czy na inwestycji w Opolu wykazano pełnienie danej funkcji przez Pana P., wskazano dla tej inwestycji na 9 miesięcy, natomiast na inwestycji na Moście Gdańskim również wskazano na 9 miesięcy.

Oznacza to, że żadna z tych inwestycji nie uprawniała do uzyskania dodatkowych punktów

z uwagi na brak spełnienia przesłanki 12 miesięcy. Co więcej, w przedstawionych dokumentach referencyjnych nawiązano do czasu realizacji samych zadań a nie do pełnienia określonej funkcji przez daną osobę. W tym zakresie Przystępujący przedstawił dokumenty, z których wynikało jedynie w jakiej dacie dana osoba została zatwierdzona na zadaniu, a nie w jakim okresie pełniła daną funkcję. Na podstawie zgromadzonych dokumentów można jedynie pośrednio wnioskować, że okres pełnienia danej funkcji na obu zdaniach kończył się w momencie podanych dat końcowych i wynosił w każdym przypadku około 9 miesięcy. Taka długość nie uprawniała w ocenie Izby do przyznania dodatkowej punktacji.

Na marginesie tylko Izba podkreśla, że te dwa zadania przedstawione w formularzu nie uprawniały Przystępującego do przyznania mu 10 punktów, skoro jego doświadczenie sumowało się do 18 miesięcy. Jak już zaznaczono w niniejszym uzasadnieniu, okres pełnienia funkcji na poszczególnych zadaniach w ocenie Izby nie podlegał sumowaniu. Nawet więc wskazanie większej liczby zadań, przy których okres pełnienia funkcji przez daną osobę przekraczał próg 12 miesięcy nie uprawniał do uzyskania dodatkowej punktacji.

Izba wyraża także stanowisko, iż w ramach zadania referencyjnego w Opolu Przystępujący przede wszystkim (podkreśl.włas.) nie wykazał, że osoba wskazana w formularzu pełniła funkcję kierownika robót mostowych.

Z dokumentów przedstawionych Zamawiającemu wynika, że Pan P. został w określonej dacie zatwierdzony przez Inwestora jako kierownik robót mostowych.

Izba podziela stanowisko przedstawione w odwołaniu, że sformułowanie to nie potwierdza, że dana osoba pełniła na zadaniu określoną samodzielną funkcję w budownictwie.

Izba nie ma wątpliwości, że zarówno w warunku udziału w postępowaniu, jak również w ustalonym pozacenowym kryterium oceny ofert Zamawiający referował do wymagań wynikających z ustawy Prawo budowlane a nie potocznego

rozumienia wyrażenia „pełnienie określonej funkcji”. Izba, za Odwołującym, nie przeczy, iż Pan P. wykonywał określone czynności na zadaniu referencyjnym, pracował na tej inwestycji, realizował przydzielone mu obowiązki, jednakże Przystępujący nie wykazał, że pełnił on funkcję kierownika robót mostowych. Jednocześnie całokształt dokumentacji postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego przemawiał za tym, iż intencją Zamawiającego było pozyskanie do wykonywania przedmiotu zamówienia Wykonawcy, który dysponuje osobami o określonym doświadczeniu i kwalifikacjach zawodowych definiowanych przez ustawę Prawo budowlane. Tym samym ponoszących w reżimie przywołanej regulacji odpowiedzialność za wykonywanie nałożonych obowiązków, gdzie analiza dokumentów składających się na dziennik budowy pozwala zweryfikować należyte wykonanie obowiązków, a osoba pełniąca samodzielną funkcję w budownictwie podlega odpowiedzialności zawodowej regulowanej przez odrębne przepisy. Okoliczności

te Przystępujący całkowicie pomija w przedstawionym Izbie stanowisku procesowym. Odróżnić bowiem należy ponoszenie odpowiedzialności zawodowej przez osoby posiadające szczególne uprawnienia do wykonywania zawodu (za takie zaś należy uznać wykonywanie samodzielną funkcji technicznych w budownictwie) od odpowiedzialności pracowniczej czy podległości służbowej. Nie można także zapomnieć, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia z profesjonalistami, którzy posiadają rozległą wiedzę jakie cechy muszą być spełnione by mówić o zawodowym wykonywaniu określonych czynności.

Odwołujący celnie w odwołaniu i na rozprawie przywołał treść art. 45 ustawy Prawo budowlane (w brzmieniu na stan prowadzenia inwestycji referencyjnej) oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy (w tym rozporządzenia w sprawie dziennika budowy), z których wynika, że przed rozpoczęciem robót budowlanych konieczne jest dokonanie wpisów do dziennika budowy przez osoby, którym powierzono określone funkcje. Tylko wówczas takie osoby ponoszą odpowiedzialność zawodową za należyte wykonywanie obowiązków

i możliwa jest weryfikacja wykonywania tych obowiązków i przypisanie odpowiedzialności. Inne dokumenty, w tym dokumenty wewnętrzne, na które powoływał się Przystępujący, świadczą jedynie o pracy przy danej inwestycji a nie ponoszeniu odpowiedzialności określonej regulacjami rangi ustawowej. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w orzecznictwie przywołanym w odwołaniu.

Owszem, Przystępujący mógł skorzystać z uprawnienia wyrażonego w art. 42 ust. 4 ustawy Prawo budowlane, ale konsekwencją tego było nabycie doświadczenia przez kierownika budowy, który posiadał odpowiednie uprawnienia budowlane w branży mostowej Pana P., a nie Pana P. Dodatkowo Izba przypuszcza, że skoro właśnie

z powodu posiadania odpowiednich uprawnień przez kierownika budowy, niecelowe wydalało się mnożenie funkcji na inwestycji, Pan P. wykonywał obowiązki niejako dodatkowo obok Pana P., ale formalnie kierownikiem robót mostowych nie był a za wszystkie prace w tej branży odpowiedzialność zawodową ponosił Pan P., co potwierdzał odpowiednimi wpisami w dokumentach budowy. Poza sporem jest natomiast, że inne przedstawione przez Przystępującego dokumenty potwierdzają, że Pan P. pracował w ramach zadania inwestycyjnego i należycie realizował obowiązki pracownicze.

Właśnie do takich obowiązków należało zapewne prowadzenie dziennika montażu konstrukcji stalowej czy składanie wewnętrznych zapotrzebowań materiałów na budowę oraz odbiór prac od podwykonawców. Jednak wykonywanie takich obowiązków nie uprawniało do uzyskania dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Konkludując, Izba z tych powodów uwzględniła odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie 0 punktów ofercie Konsorcjum Mostostal w ramach kryterium oceny ofert wskazanego w 20.1.2. IDW

Izba oddaliła w pozostałym zakresie zarzuty odwołania wskazujące na naruszenie

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska odwołania, że Przystępujący Konsorcjum Mostostal wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, albo nawet w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania.

Dokonując analizy, czy wystąpiła przesłanka mniejszego uchybienia, dostrzeżenia wymaga, iż by zamawiający mógł zastosować art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne było ustalenie, czy:

- 1) Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego,
- 2) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

W przypadku działania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wymagane jest wystąpienie kwalifikowanej formy niedbalstwa lub zamierzone działanie Wykonawcy.

Zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowym postępowaniu mieliśmy raczej do czynienia z odmiennym sposobem rozumienia ustalonego w postępowaniu pozacenowego kryterium oceny ofert. Przystępujący błędnie wnioskował, że uprawniony był do przedstawienia doświadczenia osoby, która pod względem formalnym nie pełniła wymaganej samodzielnej funkcji technicznej na zadaniu referencyjnym w Opolu.

Nie wynikało to jednak z niedbalstwa Wykonawcy ale raczej z postrzegania treści warunków i kryterium odmiennie od pozostałych Uczestników sporu.

Nie ulega wątpliwości, że wskazana osoba pracowała na zadaniu referencyjnym,

na co Przystępujący przedstawił odpowiednie dokumenty (dziennik montażu, zapotrzebowania materiałowe, oświadczenie kierownika budowy). Osoba ta posiada także odpowiednie uprawnienia budowlane, na podstawie których daną funkcję mogła pełnić. Dodatkowo Inwestor potwierdził, że praca tej osoby na zadaniu została mu zgłoszona. Nie można więc Przystępującemu przypisać niedbalstwa lub lekkomyślności, bowiem nie przedstawił danych fikcyjnych lub nie odpowiadających rzeczywistości. Przystępujący uważał, że pełnienie funkcji można powiązać z wykonywaniem

obowiązków także na podstawie innych dokumentów niż wynikające z wpisów do dziennika budowy. Z powodów wskazanych już w niniejszym uzasadnieniu, Izba tego stanowiska nie podzieliła. Natomiast odmienna interpretacja warunków wskazanych w kryteriach oceny ofert nie oznacza zamierzonego lub choćby lekkomyślnego działania Wykonawcy celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Zamawiający nie został pozbawiony samodzielnej oceny całokształtu przedstawionych dokumentów, Przystępujący wezwany, składał dodatkowe wyjaśnienia, nie ukrywał żadnych okoliczności odnoszących się do zadania referencyjnego.

Dodatkowo można zauważyć, iż Zamawiający samodzielnie weryfikował przedstawione mu w formularzu informacje, zwracając się do zamawiających referencyjnych. Tym samym Zamawiający pierwotnie nie podjął decyzji o przyznaniu Przystępującemu punktów, tylko na podstawie przedstawionych wraz z ofertą formularzy, ale także po analizie stanowiska pisemnego Przystępującego i wyjaśnień uzyskanych od podmiotów prowadzących inwestycje referencyjne. Natomiast posługiwanie się przez Wykonawców siatką pojęciową występującą w opisie kryteriów oceny ofert nie jest działaniem niespotykanym czy nadzwyczajnym. Nie może także świadczyć o zamierzonym działaniu Wykonawcy czynionym, by wywołać u Zamawiającego mylne wyobrażenie o rzeczywistym stanie.

Podkreślić również należy, że o ile działanie noszące cechy lekkomyślności lub niedbalstwa polegające na nieumyślności, a więc na niezamierzonym działaniu strony można wywnioskować z całokształtu przedstawionych okoliczności, o tyle działanie w sposób umyślny należy danemu Wykonawcy udowodnić. Odwołujący, nie przedstawił przesądzających dowodów, z których wynikałoby, że Przystępujący działał w sposób celowy, z winy umyślnej, godząc się do wystąpienia po jego stronie działań, którym można przypisać cechy rażącego niedbalstwa. Złożone w poczet materiału dowodowego kopie dzienników budowy rzeczywiście nie potwierdzały obecności Pana P. na zadaniu referencyjnym. Ale Przystępujący konsorcjum Mostostal nie ukrywał, że spełnieniu warunków posiadania doświadczenia w kryterium oceny wnioskował na podstawie innych dokumentów niż dzienniki budowy. Przystępujący wyjaśnił także, dlaczego w dzienniku budowy Pan P. wpisów nie dokonywał. Przebieg postępowania przed Izłą i zgromadzony tam materiał dowodowy pokazał, że Strony inaczej interpretowały treść i opis kryterium oceny ofert, co w efekcie doprowadziło Przystępującego do przedstawienia określonych danych w formularzach zawierających opis doświadczenia zawodowego osób skierowanych do wykonywania funkcji na danym zamówieniu.

Uznanie za bezzasadne zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp było jednoznaczne z oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Skoro Przystępujący konsorcjum Mostostal nie podlegało zdaniem składu orzekającego Izby wykluczeniu, to nie ziszcila się przesłanka zastosowania regulacji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Analizując zasadność zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp, Izba uznała, że nie został on potwierdzony.

Zdaniem Izby Zamawiającego dokonany przyznania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert na podstawie tych samych reguł wobec każdego z Wykonawców. Nie można więc Zamawiającemu zarzucać, że postąpił wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców. Każdemu z Wykonawców umożliwiono swobodne wypowiedzenie się w zakresie informacji ujętej w formularzach a podlegającej dodatkowej ocenie punktowej.

Nie stanowi natomiast uchybienia zasadom prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odmienna ocena przedstawionych informacji, bowiem wynik badania sytuacji podmiotowej i przedmiotowej danego Wykonawcy zależy od wielu czynników, między którymi zachodzić może istotna różnica w stanie faktycznym. Nie ma jednej miary oceny przedstawionych informacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 2 pkt 3 oraz § 7 ust. 4 pkt 1 i 6, a także ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Przystępującego Konsorcjum Mostostal i Odwołującego.

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł, oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, co łącznie dawało kwotę 23 600,00 zł. Zamawiający wnioskował o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3 600 zł na podstawie załączonego do akt sprawy rachunku. Przystępujący nie wnioskował o zasądzenie kosztów, nie składał rachunków do akt.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 2/3 kwoty całości kosztów postępowania odwoławczego, czyli kwoty 15 734,00 zł. Przystępujący powinien ponieść koszty w wysokości 7 867,00 zł (1/3 wysokości wpisu i 1/3 wysokości kosztów zastępstwa Odwołującego w ramach zarzutu uwzględnionego przez Izłą, do którego Przystępujący wnosil sprzeciw).

Izba zasądziła od Przystępującego – konsorcjum Mostostal na rzecz Odwołującego kwotę 7 867,00 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku (koszty 1/3 wpisu oraz 1/3 kosztów zastępstwa – odwołanie uwzględnione w zakresie jednego z 3 zarzutów).

Następnie Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 2 400 zł tytułem 2/3 wysokości kosztów zastępstwa procesowego (2 zarzuty odwołania oddalone). Zamawiający poniósł koszty wysokości 3 600,00 zł, podczas gdy winien je ponieść w wysokości 1200,00 zł, co równa się kosztowi zarzutu uwzględnionego. Izba uznała, że wysokość kosztu zarzutu, który doprowadził do uwzględnienia odwołania w części obciąża Zamawiającego skoro zarzut ten potwierdził się i zasadnie został podniesiony w odwołaniu.

Przewodniczący:

.....