

WYROK
z dnia 26 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Energopol-Szczecin S. A ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego ul. S. Klonowica 5, 71-241 Szczecin,**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Kobierzycach oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Energopol-Szczecin S. A. z siedzibą w Szczecinie, w tym unieważnienie czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego ul. S. Klonowica 5, 71-241 Szczecin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Energopol-Szczecin S. A ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego ul. S. Klonowica 5, 71-241 Szczecin** na rzecz **Energopol-Szczecin S. A ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** kwotę 15 153 zł 17 gr (słownie: piętnaście tysięcy sto pięćdziesiąt trzy złotych siedemnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Gminę Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa układu drogowego wschodniej jezdni al. Niepodległości na odcinku od pl. Brama Portowa do pl. Żołnierza w Szczecinie”. Wykonawca Energopol-Szczecin SA. [Odwołujący lub wykonawca Energopol], zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust.4 Pzp z uwagi na jego zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji uznanie oferty wykonawcy za odrzuconą;

- 2) art. 26 ust. 4 Pzp z uwagi na zaniechanie dogłębnego wyjaśnienia faktycznych powodów, dla jakich Odwołujący wskazał na Kierownika robót sanitarnych Pana D. K.;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na niedokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego (oferta ta na podstawie kryteriów oceny ofert zastosowanych przez Zamawiającego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą] i wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EUROVTA POLSKA SA z siedzibą w Kobierzycach;
- 4) art. 92 ust 1 pkt 3 Pzp z uwagi na nie wskazanie podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu (brak opisanie, z jakich powodów Zamawiający uznał, że Pan D. K. nie ma doświadczenia na stanowisku kierownika robót na wskazanych w jego doświadczeniu inwestycjach, oraz brak dowodów, które miałyby potwierdzać te okoliczności; ewentualnie
- 5) art. 26 ust 3 Pzp z uwagi na błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą i tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, i tym samym zaniechaniu uznana uzupełnionego Wykazu osób w zakresie Kierownika robót sanitarnych, ewentualnie - zaniechania wystosowania stosownego wezwania do Odwołującego o uzupełnienie Wykazu osób o kierownika robót sanitarnych spełniającego oczekiwania Zamawiającego opisane w warunku udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą; (2) unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EUROVIA POLSKA SA z siedzibą w Kobierzycach; (3) dokonania ponownego badania i

3

oceny ofert; oraz (4) wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego; ewentualnie (5) nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia jego oferty w trybie art. 26 ust 3 Pzp o nowy Wykaz osób w zakresie kierownika robót sanitarnych, a także (6) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie; oraz (7) zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący stwierdził również, że w wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających w wskazane przepisy Pzp jego interes doznał uszczerbku, albowiem pomimo posiadania doświadczenia w wykonywaniu robót stanowiących przedmiot zamówienia, i złożenia najkorzystniejszej oferty, został on pozbawiony możliwości otrzymania zamówienia, co w konsekwencji oznacza, że poniósł on szkodę z tym związaną.

W uzasadnieniu zarzutów z odwołania, w szczególności wskazał, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania był zobligowany stosowanie do art. 92 ust 1 pkt 3) Pzp wskazać uzasadnienie faktyczne dla czynności wykluczenia. Zamawiający nie wypełnił dyspozycji tej normy, albowiem pismo o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 10 czerwca 2015 r. zawierało tylko krótką i zdawkową informacją, że tu cyt.: Z uzyskanych przez Zamawiającego informacji potwierdzonych jednoznaczными dowodami wynika, że osoba wskazana przez spółkę Energopol (D. K.) nie pełniła na trzech z czterech podanych robót funkcji na stanowisku kierownika robót sanitarnych w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych nu inwestycjach oraz w terminach wskazanych ww. załączniku, co automatycznie oznacza, iż osoba ta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu a mianowicie 3 lat doświadczenia wskazanego w SIWZ" [Dowód: pismo z dnia 10 czerwca 2015 r.] Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący może się tylko domyślać, jakie były faktyczne powody na podstawie, których Zamawiający uznał, że podał on nieprawdziwe informacje w zakresie wskazanej na stanowisko Kierownika robót sanitarnych osoby Pana D. K. . Chodzi najprawdopodobniej o to, że Pan K. na trzech z czterech wskazanych w jego doświadczeniu inwestycjach wykonywał obowiązki kierownika robót, choć nie były wpisane w Dzienniku budowy, taką bowiem informacją Zamawiający otrzymał od samego Odwołującego w jego wyjaśnieniach z dnia 02 czerwca 2015 r. [Dowód: wyjaśnienia Odwołującego z dnia 02 czerwca 2015 r.] Odwołujący wskazał, że Zamawiający w siwz w rozdziale V pkt 3 ppkt 3) lit b) wśród opisanego sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał m.in. tego, aby wykonawcy dysponowali osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w postaci Kierownika robót sanitarnych. Osoba

ta miała się wykazać uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, oraz co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe na

4

stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych. [Dowód: SIWZ] Odwołujący w ofercie w Wykazie osób (załącznik nr 6) wskazał na to stanowisko osobę, która posiada wyższe wykształcenie oraz uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń uzyskanych na podstawie decyzji z dnia 30 grudnia 2009 r. Ponadto w Wykazie wskazano, że Pan D. K. posiada ponad 3 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych oraz wskazano 4 inwestycje na których pełnił on funkcję kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych: 1) „Przebudowa ulic: Potulicka, Narutowicza w Szczecinie” w okresie: październik 2014 r. do marzec 2015r. 2) „Modernizacja i udrożnienie kanału powodziowego oraz Starej Odry od jazu Psie Pole do mostów kolejowych Poznańskich” w okresie: styczeń 2013 r. do wrzesień 2014 r., 3) „Projekt i budowa drogi ekspresowej nr 7 na odcinku Olsztynek - Nidzica (km 175+800 do km 203+600) wraz z obwodnicą Olsztynek w ciągu drogi krajowej nr 51 (109+500 do km 115+500) „ w okresie od maja 2010r. do grudnia 2012 r., 4) „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej dla lewobrzeżnej części Szczecina - Kolektor deszczowy - „Zbiorczy” w dzielnicy Niebuszewo” w okresie od stycznia 2010 r. do maja 2010 r. [Dowód: decyzja z dnia 30 grudnia 2009 r. nadająca D. K. uprawnienia budowlane; oraz Wykaz osób z oferty Odwołującego]. Reasumując stwierdził, że tym samym, że kandydat spełnia warunki dla Kierownika robót sanitarnych albowiem postawiony warunek udziału, w postępowaniu dla osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót sanitarnych odnosi się tylko i wyłącznie do nabycia przez osobę, którą wskaże wykonawca określonego faktycznego doświadczenia zawodowego tej osoby. Zdaniem wykonawcy, dla Zamawiającego nie było istotne to, aby osoba ta była wpisana do Dziennika Budowy, albowiem gdyby taka była intencja to winien to wyraźnie wskazać w opisie sposobu oceny spełnienia warunku udziału, podając, że przez doświadczenie w kierowaniu robotami rozumie on tylko doświadczenie zdobyte przez osobę, która figuruje w Dzienniku Budowy dla danej inwestycji. Tymczasem zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ takiego wymogu nie zawierało oraz, że niedopuszczalne jest na tym etapie postępowania (badanie i ocena ofert) stosowanie przez Zamawiającego odmiennej od literalnej wykładni opisanego przez niego warunku udziału w postępowaniu. Przyzwolenie na takie zachowania zamawiającego oznaczałoby wypaczenie jednej z podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych, czyli zasady zachowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem wykonawcy, z przepisów ustawy Prawo budowlane, jak również z przepisów aktów wykonawczych do niej, a w szczególności rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia nie wynika, że warunkiem koniecznym aby

5

faktycznie kierować robotami budowlanymi w danej branży, jest to, aby osoba ta była wpisana do Dziennika Budowy. Przepisy Prawa budowlanego są przepisami o charakterze administracyjnym, i tej materii prawa dotyczą. Wpis określonej osoby do Dziennika Budowy wiąże się z określonymi obowiązkami narzuconymi na uczestników procesu budowlanego. Ma to znaczenie tylko i wyłącznie w kwestii ewentualnej odpowiedzialności danej osoby przed organami budowlanymi i oceny podejmowanych przez nią czynności. Brak wpisu nie może żadną miarą negować doświadczenia określonej osoby, która pomimo braku formalnego wpisu wykonywała faktyczne czynności w kierowaniu robotami z branży wodociągowo-kanalizacyjnej. Nie jest bowiem niczym nadzwyczajnym, że w danej branży funkcjonuje przy danej robocie budowlanej, kilka osób, które faktycznie kierują tymi robotami, ale tylko jedną z nich wpisuje się do Dziennika Budowy. Nie oznacza to jednak, że pozostałe osoby, które posiadają stosowne uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, i które wykonują określone czynności faktyczne, nie zdobywają doświadczenia w kierowaniu robotami. Odwołujący wskazał na stanowisko w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, powołując się na wyrok KIO/UZP 432/10.

Podkreślił, że Pan D. K., pomimo braku wpisania go Dzienniku Rudowy na inwestycjach nr 1), 3) i 4) wykonywał faktycznie czynności kierownika robót na sieci wodociągowej i kanalizacyjnej z ramienia Odwołującego, mając do tego odpowiednio uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i o tym, że faktycznie kierował robotami w zakresie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej z ramienia Odwołującego, świadczą liczne dowody: 1) Przebudowa ulic: Potulicka, Narutowicza w Szczecinie: uczestniczył m.in. w dokonanych próbach szczelności przewodów wodociągowych z ramienia Odwołującego jako Kierownik Robót. Reprezentował Odwołującego w zakresie robót sanitarnych na naradach technicznych z Inwestorem. Reprezentował Odwołującego podczas narad koordynacyjnych z podwykonawcami. Również jego umowa o pracę wskazuje, że jest on zatrudniony na stanowisku Kierownika robót. Potwierdzają to również karty pracy podpisywane przez niego jako Kierownika Robót Aneks z dnia 01 października 2014 r. do umowy o pracę z 20 grudnia 2012 r. zmienił miejsce pracy Pana D. K., zatrudnionego przez Odwołującego, jako Kierownik Robót na innym kontrakcie. Z Wrocławia Pan D. K. został przeniesiony jako Kierownik robót właśnie na inwestycje „Przebudowa ulic: Potulicka, Narutowicza w Szczecinie. [Dowód: zaświadczenie z dokonaniu próby szczelności przewodu wodociągowego - w ilości 2 szt.; protokoły z narad technicznych - w ilości 4 szt.; protokoły z narad koordynacyjnych z podwykonawcami - w ilości 7 szt.; karty pracy w ilości szt. 5; umowa o pracę z 20 grudnia 2012 r. wraz z aneksem do niej z dnia 01 października 2014 r.; 2) „Modernizacja i udrożnienie kanału powodziowego oraz Starej Odry od jazu Psie Pole do mostów kolejowych Poznańskich”: umowa o pracę z dnia 20 grudnia 2012 r. wskazuje, że na takie właśnie stanowisko [kierownika robót] Pan D. K. został zatrudniony;

6

został także oficjalnie wpisany do Dziennika Budowy jako kierownik robót sanitarnych. [Dowód: umowa o pracę z dnia 20 grudnia 2012 r.; wyciągi z Dziennika Budowy w ilości szt. 3; 3) „Projekt i budowa drogi ekspresowej nr 7 na odcinku Olszyny - Nidzica [km 175+800 do km 203+600] wraz z obwodnicą Olszynyka w ciągu drogi krajowej nr 51 (109+500 do km 115+500) „, faktyczne stanowisko na jakim został zatrudniony Pan D. K. wynika z umowy o pracę z dnia 31 grudnia 2010 r.] Podkreślił, że Pan K. wśród wielu czynności jakie wykonywał, jako Kierownik robót sanitarnych z ramienia Odwołującego, obejmowały one m.in.: uczestnictwo w naradach produkcyjnych, odbiór robót sanitarnych od podwykonawców Odwołującego, oraz potwierdzanie zakresu wykonanych przez nich robót [Dowód: umowa o pracę z 31 grudnia 2010 r.; protokoły odbioru robót od podwykonawców w ilości szt. 6; faktura VAT wraz z protokołem zaawansowania robót; protokoły z narad produkcyjnych w ilości szt. 5.]. Odwołujący stwierdził ponadto, że nawet gdyby uznać, że intencją Zamawiającego było, aby doświadczenie, którym ma się legitymować osoba wskazana na stanowisko Kierownika robót sanitarnych odnosiło się tylko do doświadczenia zdobytego, jako kierownik robót wpisany do Dziennika Budowy, czego konsekwencją byłoby nieuznanie zdobytego przez Pana D. K. doświadczenia, to zachowanie Odwołującego nie może być uznane w zaistniałych okolicznościach za podanie przez niego nieprawdziwych informacji, w rozumieniu przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp. Informacje te są bowiem zgodne ze stanem rzeczy, jaki miał miejsce, a ewentualne rozbieżności są efektem odmiennego rozumienia opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca podniósł, że zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Aby jednak dokonać właściwej interpretacji przywołanego przepisu Pzp, należy zastosować pro wspólnotową wykładnię i sięgnąć do przepisu art. 45 ust 2 lit g) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Zgodnie z tym przepisem, z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy. Z przepisu tego wynika zatem (co ma oczywiście przełożenie na sposób interpretacji przepisów Pzp, które są efektem implementacji do polskiego porządku prawnego m.in. tej dyrektywy), że nie każde przedstawienie w ofercie nieprawdziwych informacji powinno skutkować wykluczeniem z postępowania, ale jedynie takie, których podanie jest ewidentnie zawinione, czyli ich podanie następuje w sposób zamierzony, w ściśle określonym celu, służącym wprowadzeniu w błąd jego odbiorcy (tu Zamawiającego). Zamawiający nie może bowiem w sposób arbitralny, automatycznie wykluczyć wykonawców. W tym kontekście

2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12), podkreślając, że przy ocenie przestanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu, złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd." Wskazał także na wyrok Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział II Cywilno-Odwoławczy (wyrok z dnia 25 stycznia 2013 r. sygn. akt: 1285/12), w którym Sąd stwierdził, że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 cytowanej ustawy wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlega jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając." Podobnie, Sąd Okręgowy w Toruniu (sygn. akt: VI Ga 134/12) w uzasadnieniu którego podano, że funkcją art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który poprzez podanie nieprawdziwych informacji mających na celu wprowadzeniu zamawiającego w błąd, dąży do uzyskania korzystnego dla siebie wyniku postępowania oraz, że przepis ten. znajduje zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożone przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie [art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp), a uzyskanie stosownej wiedzy w tym kierunku służyć powinno postępowanie wyjaśniające przeprowadzone w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Dokonując oceny dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie zamawiający powinien w pierwszej kolejności wykluczyć zaistnienie błędnej interpretacji istotnych warunków zamówienia lub omyłki wykonawcy i ocenić, czy omyłka ta wpływa/może wpływać/ na wynik postępowania. W przypadku dokonania przez wykonawcę wadliwej interpretacji SIWZ w zakresie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i pozostawanie w przekonaniu o spełnieniu tychże warunków, a w konsekwencji przedstawienie dokumentów, które nie potwierdzałyby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca taki automatycznie objęty zostałby sankcją wykluczenia z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Wskazał także na doktrynę oraz wyrok KIO 2932/13, w którego uzasadnieniu KIO wskazała m.in., że „ustawodawca, także w prawie krajowym zezwolił na poprawianie dokumentów oraz oświadczeń wiedzy i woli składanych w ofercie, nawet gdy będą zawierały informację niezgodną z rzeczywistością. Zdaniem Izby, wobec podnoszonych okoliczności prawnych, można postawić tezę, że podlega wykluczeniu z

udziału w postępowaniu tylko taki wykonawca, który przekazuje (celem wykazania spełnienia warunku, w tym przypadku przez p. S.) informacje niezgodne z rzeczywistością, mając świadomość nieprawdziwości takich informacji, w celu uzyskania korzyści (uzyskanie zamówienia) oraz podejmując czynności zmierzające obiektywnie do ukrycia rzeczywistego stanu rzeczy. Zdaniem Izby w stanie faktycznym tej sprawy należy przyjąć, że podane informacje w poz. 3 Wykazu były skutkiem błędnej interpretacji warunku z sekcji III. 2.3) Ogłoszenia o zamówieniu." Reasumując Odwołujący stwierdził, że Pan D. K. rzeczywiście wykonywał czynności na stanowisku Kierownika robót w zakresie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, a w kontekście opisanych okoliczności i przedstawionych dowodów, nie da się żadną miarą wyprowadzić wniosku, że działanie Odwołującego było celowe i umyślne, nakierowane na celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego, w celu niejako „wymuszenia" na Zamawiającym udzielenie mu rzeczonożego zamówienia. Podkreślił także, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie osoby Kierownika robót budowlanych, (...) nie stanowi wygórowanego warunku, i co istotne nie dotyczy on jakiejś szczególnej, rzadko spotykanej w robotach budowlanych specjalizacji, czy doświadczenia. Na rynku funkcjonuje wiele osób, które posiadają wymagane przez Zamawiającego uprawnienia i doświadczenie w kierowaniu tego typu robotami. Sam Odwołujący dysponuje, co najmniej kilkoma takimi osobami, i tym

samym nie musiał się uciekać do celowego i świadomego działania nakierowanego na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Odwołujący działał w przekonaniu, że podstawowym celem jaki wynikał z opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika robót sanitarnych, było to, aby osoba ta miała odpowiednie uprawnienia do samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz posiadała stosowne doświadczenie w kierowaniu tego typu robotami. Gdyby Zamawiający w inny sposób opisał rzeczony warunek, poprzez wyraźne wskazanie, że zdobycie doświadczenie jest uzależnione od uprzedniego wpisania tej osoby w Dzienniku Budowy, to Odwołujący z całą pewnością wskazałby inną osobę na to stanowisko". Ponadto, w tym przypadku świadome działanie Odwołującego, przeczyłoby zasadom logiki i doświadczenia życiowego, albowiem te informacje mogły być zweryfikowane przez zamawiającego: dwie z czterech wskazanych w doświadczeniu Pana D. K. inwestycji, to inwestycje lokalne wykonywane na terenie Miasta Szczecina. Kolejnym argumentem przemawiającym za tym, że Odwołujący nie działał ze świadomością wprowadzenia w błąd Zamawiającego jest to, że w wyniku w swoich wyjaśnieniach (pismo z dnia 02 czerwca 2015 r.) wskazał, że na czterech wskazanych inwestycjach, Pan D. K. wykonywał z ramienia Odwołującego czynności Kierownika robót, ze wskazaniem jednocześnie, że na trzech z nich osoba ta nie była wpisana do Dziennika Budowy. Gdyby taki był zamiar Odwołującego to nie wskazywałby tej okoliczności w wyjaśnieniach. Podniósł również, że opis doświadczenia kandydata został opracowany na podstawie dokumentu przesłanego przez niego samego. Pan D. K. bowiem kierując bowiem faktycznie robotami w

9

zakresie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej po za poznaniu się warunkami udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika robót sanitarnych w przedmiotowym postępowaniu, działał w przekonaniu, że spełnia on postawiony warunek. Mając bowiem wymagane uprawnienia budowlane i doświadczenie w faktycznym kierowaniu tymi robotami, biorąc również pod uwagę to w jaki sposób Zamawiający opisał ów warunek, uznał że nadaje się on do pełnienia tej funkcji. [Dowód: mail z dnia 13 maja 2015 r. od Pana D. K. wraz z załącznikiem w postaci doświadczenia zawodowego]. Okoliczność ta również, zdaniem wykonawcy, przesądza o tym, że trudno uznać zachowanie Odwołującego za zamierzone i celowe. W tym. miejscu przywołał wyrok KIO 2297/14, w którego uzasadnieniu podano, (...) nie każda informacja nieprawdziwa musi być przyczyną wykluczenia wykonawcy, dlatego konieczne jest badanie przez zamawiających, czy podanie niezgodnych z rzeczywistością informacji było świadomym działaniem wykonawcy, czy stanowiło np. zwykłą pomyłkę pracownika". Wskazano także, że (...) Z powodu braku wykazania winy umyślnej czy nawet winy z zamiarem ewentualnym Izba nie mogła zakwalifikować powyższego zachowania Przystępującego, jako mieszczącego się w dyspozycji przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp." Zdaniem wykonawcy, Zamawiający zaniechał przeprowadzenia szczegółowej i wnikliwej procedury wyjaśnienia zaistniałych okoliczności. Naruszył także przepis art. 26 ust 3 Pzp, albowiem nie rozpatrywał w ogóle kwestii dokonanego przez Odwołującego uzupełnienia wykazu osób, [wskazanie alternatywnie innej osoby na stanowisko Kierownika robót sanitarnych, którą Odwołujący dysponował w momencie złożenia oferty tj. osoby Pana R. Ś., który posiada wymagane uprawnienia oraz wymagane doświadczenie. Zdaniem wykonawcy nie ma przeszkód natury prawnej, aby uznać za skuteczne uzupełnienie dokumentów dokonane również bez stosownego wezwania do uzupełnienia. Podkreślił, że Zamawiający był zobligowany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty o nowy wykaz osób w zakresie Kierownika robót sanitarnych, czego Zamawiający jednak zaniechał. [Dowód: wyjaśnienia Odwołującego z dnia 02 czerwca 2015 r. wraz z uzupełnionym Wykazem osób]. W konsekwencji nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp doprowadziło do tego, że wybrał on jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który w świetle opisanych kryteriów oceny ofert, nie złożył oferty najkorzystniejszej, a którą to ofertę złożył Odwołujący, czym naruszył przepis art. 91 ust 1 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, wskazując na wymaganie z rozdziału V pkt 3 ppkt 3 lit. b) specyfikacji podniósł w szczególności, że posiadając własną wiedzę, co do realizacji inwestycji na terenie Szczecina powziął wątpliwości co do prawdziwości powyższych oświadczeń wykonawcy złożonych na

10

potwierdzenie tego warunku i wystosował zapytania do wszystkich podmiotów realizujących wymienione powyżej inwestycje. W udzielanych wyjaśnieniach podano, co następuje:

1) spółka NBQ sp. z o.o., jako inżynier kontraktu, wskazała, że p. K. nie pełnił funkcji kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych na zadaniu „Przebudowa ulic Potulicka, Narutowicza w Szczecinie.” Zostało to potwierdzone pismem Wydziału Inwestycji Miejskich UM w Szczecinie z dnia 8 czerwca 2015 r., w którym wskazano, iż pan D. K. nie pełnił samodzielnych funkcji technicznych na ww. zadaniu, a dodatkowo została wskazana osoba, która takową funkcję pełniła. Ponadto w ogłoszeniu warunkach siwz dla przetargu na realizację powyższego zadania (ogłoszenie o zamówieniu nr 2013/S 031-048535), na stanowisko kierownika robót sanitarnych Zamawiający (Wydział Inwestycji Miejskich - Gmina Miasto Szczecin) wymagał nie mniej niż 5-letniego doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Biorąc pod uwagę termin uzyskania przez Pana D. K. uprawnień budowlanych w dniu 30.12.2009 r. oraz moment wpisu na listę Członków Izby Inżyniera Budownictwa w lutym 2010 r., p. K. w październiku 2014 r. nie mógł posiadać doświadczenia wymaganego na powyższe stanowisko, a tym samym pełnić takowej funkcji;

2) Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu potwierdził, że p. K. był kierownikiem robót na zadaniu pn. „Modernizacja i udrożnienie kanału powodziowego oraz Starej Odry od jazu Psie Pole do mostów kolejowych Poznańskich”. [Tą informację Zamawiający uznał za wystarczającą];

3) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad poinformowała, że p. K. nie był zatwierdzany na stanowisku kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych na zadaniu „Projekt i budowa drogi ekspresowej nr 7 na odcinku Olsztynek - Nidzica (km 175+800 do km 203 + 600) wraz z obwodnicą Olsztyńka w ciągu drogi krajowej nr 51 (109+500 do km 115+500)”. Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu na powyższe roboty (2008/S 150-202041), zamawiający (GDDKiA) w zdolnościach technicznych niezbędnych do dopuszczenia do składania ofert wymagał na stanowisko Kierownika Robót sanitarnych 2 osoby, z minimalnym doświadczeniem na stanowisku kierownika robót - 3 lata. Biorąc pod uwagę termin uzyskania przez p. K. uprawnień budowlanych [w dniu 30.12.2009 r.] oraz moment wpisu na listę Członków Izby Inżyniera Budownictwa [w lutym 2010 r.], w maju 2010 r. nie mógł posiadać doświadczenia wymaganego na powyższe stanowisko, a tym samym pełnić takowej funkcji. Dodatkowo Zamawiający wskazał na Personel wykonawcy otrzymany od GDDKiA, w którym brak jest osoby p. D. K.;

4) Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Szczecinie wskazał, iż D. K. nie pełnił funkcji kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych na zadaniu „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej dla lewobrzeżnej części Szczecina - kolektor deszczowy

11

- zbiorczy w dzielnicy Niebuszewo”. W piśmie tym wskazano również, że powyższe roboty zakończone zostały we wrześniu 2009 r., co przeczy oświadczeniu wykonawcy w zakresie rzekomego pełnienia funkcji przez D. K. w okresie od stycznia 2010 r. do maja 2010 r. Ponadto w styczniu 2010 r. Pan D. K. nie był członkiem Izby Inżynierów Budownictwa, co jest niezbędnym wymogiem wraz z posiadaniem uprawnień budowlanych do pełnienia funkcji Kierownika Budowy lub Robót zgodnie z art. 12 ust.7 ustawy Prawo Budowlane).

Zamawiający zwrócił uwagę, że w zapytaniach kierowanych do podmiotów realizujących poszczególne inwestycje, pytał o potwierdzenie faktycznie pełnionej funkcji kierownika robót, nie zaś o potwierdzenie wpisów do Dziennika Budowy [Dowód: zapytanie Zamawiającego do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, zapytanie Zamawiającego do NBQ sp. z o.o., zapytanie Zamawiającego do Wydziału Inwestycji Miejskich, zapytanie Zamawiającego do RZGW, a także uzyskane informacje: z dnia 28 maja 2015 r. z Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad przesłana pocztą elektroniczną wraz z potwierdzeniem w formie listowej z dnia 8 czerwca 2015 r., pismo spółki NBQ sp. z o.o. z dnia 28 maja 2015 r., pismo Wydziału Inwestycji Miejskich Urząd Miasta Szczecin z dnia 8 czerwca 2015 r., pismo Zakładu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Szczecinie z dnia 27 maja 2015 r. i wydruk ze strony internetowej, umożliwiającej potwierdzenie członkostwa w Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa oraz sprawdzenie historii przynależności członka w Izbie), i wydruk ze strony Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - tekst ogłoszenia nr 2008/s 150-202041, i wydruk ze strony Urzędu Miasta

Szczecin - tekst ogłoszenia o zamówieniu nr 2013/S 031-048535, wykaz Personelu Wykonawcy na zadaniu pn. "Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S-7 Olsztynek - Nidzica wraz z obwodnicą Olsztyńka w ciągu drogi krajowej nr 51" otrzymany od GDDKiA]. Dalej podał, że w związku z powyższym, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zauważonych nieprawidłowości, wskazując jednoznacznie, że wątpliwości dotyczą prawdziwości informacji wykazanych w załączniku nr 6 (wykaz osób), dotyczących p. D. K. . Wezwanie to tym samym dotyczyło potwierdzenia informacji, że p. K. pełnił funkcję na stanowisku kierownika robót sanitarnych w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych na wszystkich wskazanych inwestycjach wymienionych w załączniku nr 6 (wykaz osób). Pismem z dnia 01 czerwca 2015 r., wykonawca potwierdził, że p. D. K. pełnił wskazane funkcje na wymienionych inwestycjach, jednak nie był wpisany do dziennika budowy, a wspomniane funkcje pełnił z ramienia firmy Energopol Szczecin SA. Dodatkowo Wykonawca przedstawił alternatywnie inną osobę na stanowisko kierownika robót ww. branży. Reasumując zamawiający stwierdził, że „W zaistniałym stanie rzeczy Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uzyskanych przez Zamawiającego informacji potwierdzonych jednoznacznie dowodami wynika, że osoba wskazana przez spółkę Energopol (D. K.) nie

12

pełniła na trzech z czterech podanych robót funkcji na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych na inwestycjach oraz w terminach wskazanych ww. załączniku co automatycznie oznacza, iż osoba ta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu a mianowicie 3 lat doświadczenia wskazanego w SIWZ. Zamawiający wymagał, aby wskazana w ofercie osoba miała doświadczenie właśnie jako kierownik budowy lub kierownik robót sanitarnych. Powyższą funkcję należy rozpatrywać w rozumieniu art. 17 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, a nie jako jakąkolwiek osobę pełniącą funkcje związane z czynnościami kierowniczymi na budowie, czy też ogólnie posiadającą „doświadczenie zawodowe”. Zamawiający oraz każdy doświadczony wykonawca realizujący roboty budowlane, użyte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określenia „kierownik budowy” lub „kierownik robót” jednoznacznie interpretuje właśnie w ten sposób. Wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1178/10) – dowód - wyjaśnienia Odwołującego z dnia 01.06.2015 r. Podniósł także, że „Złożenie nieprawdziwych informacji przez Wykonawcę jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy. Istotne znaczenie ma okoliczność, że rozpatrywana informacja miała rzeczywisty wpływ na wynik postępowania. Oferta wykonawcy była bowiem ofertą najtańszą i gdyby Zamawiający dał wiarę oświadczeniu wykonawcy i tym samym uznał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, oferta wykonawcy mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza”. Stwierdził również, że uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane, a zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 1223/09, złożenie „nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywiania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp ów Odwołujący podał m.in., że w uzasadnieniu wyniku postępowania Zamawiający wyraźnie wskazał, na podstawie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i szczegółowo uzasadnił swoją decyzję oraz, że wykonawca w toku postępowania, wobec wezwania go do wyjaśnienia, miał świadomość, iż budzi ona wątpliwości Zamawiającego. Ponadto w dniu 12.06.2015 r. Odwołujący zapoznał się z protokołem wraz z załącznikami dotyczącymi postępowania, co dodatkowo przeczy jego twierdzeniu o braku wiedzy na temat przyczyn wykluczenia go z postępowania [Dowód: pismo z dnia 29.05.2015 r. - wezwanie do złożenia wyjaśnień, pismo z dnia 10.06.2015 r. - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, wnioski Odwołującego z dnia 11.06.2015r. w sprawie udostępnienia protokołu wraz z załącznikami dotyczącego określonego postępowania, potwierdzenie wglądu do Protokołu

13

wraz z załącznikami]. Także jego zdaniem, postawiony warunek udziału w postępowaniu dla

osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych został opisany jasno i wyraźnie. Zaskakująca jest w ocenie Zamawiającego interpretacja Odwołującego, jakoby dla oceny spełnienia tego warunku nie miał znaczenia fakt, czy osoba pełniąca funkcję kierownika robót pełniła taką funkcję zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, zaś potwierdzeniem pełnienia funkcji kierownika robót było samowolne określenie tej funkcji przez wykonawcę robót realizującego dane roboty budowlane i znajdujące swoje uzasadnienie w samowolnym ustalaniu takiej funkcji przez dane przedsiębiorstwo. Funkcja kierownika robót/ budowy przypisana w umowie o pracę nie jest tożsama z funkcją kierownika budowy/robót określoną w ustawie Prawo budowlane. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego inwestycji budowlanej Zamawiający posługuje się nomenklaturą fachową. Podkreślił, że w takim postępowaniu udział biorą podmioty będące profesjonalistami w swojej dziedzinie, znające specyfikę procesów budowlanych, wymogów związanych z poszczególnymi funkcjami i rozumiejące podstawowe pojęcia z zakresu prawa budowlanego. W świetle obowiązujących przepisów ustawy prawo budowlane zgodnie art.17 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, kierownik robót jest osobą pełniącą samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, będącą jednym z uczestników procesu budowlanego, która jako osoba uprawniona, świadoma odpowiedzialności zawodowej i karnej wynikającej z posiadanych uprawnień i niewywiązywania się z przewidzianych prawem obowiązków, dokonuje wpisów do dziennika budowy oraz podlega zgłoszeniu właściwemu organowi (art.18, art. 41 ust. 4, art. 42 ust. 2, art. 44). Wywodzi, że wpis określonej osoby do dziennika budowy ma znaczenie tylko w kwestii ewentualnej odpowiedzialności danej osoby przed organami budowlanymi i oceny podejmowanych przez nią czynności jest nieuzasadnione. Podkreślił także, że nazwanie pracownika kierownikiem robót i nadanie mu takiego stanowiska w strukturze organizacyjnej przedsiębiorstwa nie może oznaczać, że osobie tej przysługują prawa i obowiązki kierownika robót ani także, że ponosi za swoje działania odpowiedzialność. Tylko pełnienie tej funkcji zgodnie z przepisami prawa budowlanego, tj. po wpisaniu go do dziennika budowy, daje gwarancję, iż osoba ta rzeczywiście posiada wymagane doświadczenie. Zdaniem Zamawiającego powoływane przez Odwołującego orzeczenie KIO z 9 kwietnia 2010 r. zapadło na kanwie określonego stanu faktycznego, odmiennego od niniejszego. Przede wszystkim kwestionowane tam informacje i tak nie miały wpływu na wynik postępowania, bowiem wykonawca spełniał określony warunek na podstawie pozostałych robót wymienionych w wykazie, a z treści orzeczenia nie można jednoznacznie wywnioskować, jakie było dokładne brzmienie spornego warunku określonego w SIWZ, co ma istotne znaczenie w kontekście rozstrzygnięcia Izby. Powołał się na wyrok KIO/UZP 1178/10), który zapadł – jego zdaniem - na tle analogicznego do niniejszego stanu faktycznego i zgodnie z którym „użycie w

14

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określenia "kierownik budowy" lub "kierownik robót" czy to przez zamawiającego, czy wykonawcę jednoznacznie jest interpretowane w rozumieniu art. 17 pkt 4 p.b." Nadto w ocenie Izby „Wykonawcy zobowiązani są do przygotowania dokumentów z należytą, a wręcz szczególną starannością, a podanie informacji nieprawdziwych i wprowadzających zamawiającego w błąd powinno być traktowane rygorystycznie." Wskazał także na wyrok KIO 118/11), którego rozważania, co prawda dotyczą kierownika budowy, ale w ocenie Zamawiającego znajdują zastosowanie także do kierownika robót zgodnie z art. 24 ust. 2 Prawa budowlanego. Wedle powyższego wyroku „zgodnie z artykułem 17 pkt 4 ustawy Prawo budowlane - kierownik budowy jest jednym z uczestników procesu budowlanego, a jego prawa i obowiązki są ściśle określone w prawie budowlanym, w szczególności w artykule 21 a, 22 i 23 ustawy. Dlatego w ocenie Izby za kierownika budowy może być uznana wyłącznie osoba, której zakres praw i obowiązków na budowie odpowiada zakresowi przewidzianemu dla kierownika budowy w prawie budowlanym". Ponownie podkreślił, że wewnętrzne (tj. w ramach pracy danej firmy) mianowanie takiej osoby kierownikiem robót w żadnym razie nie dowodzi jeszcze, funkcję tę pełniła w odpowiednim zakresie. Powyższe nie wynika także z dowodów przedłożonych przez wykonawcę. Sam fakt założenia przez p. K. podpisu na listach obecności podczas narad (na których podpisanych jest także szereg innych osób, także występujących w imieniu tego samego wykonawcy) nie dowodzi funkcji pełnionej przez niego, ani tym bardziej czasu i zakresu wykonywanych obowiązków. Ponadto podnoszony przez Odwołującego dowód w postaci umowy o pracę p. K. z dnia 31.12.2010 r., w istocie dodatkowo świadczy, iż dokumenty tego typu nie mogą poświadczać posiadanego doświadczenia na stanowisku

kierownik robót bądź kierownik budowy wymaganego zgodnie z warunkami SMZ. Zgodnie z tą umową p. K. pełnił już nie tylko funkcję Kierownika Robót, ale również funkcję Kierownika budowy na zadaniu Budowa Drogi Ekspresowej S7 od stycznia 2011 r., podczas gdy wykazywał doświadczenie na stanowisku kierownika robót od maja 2010 r. Zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyprowadza wniosek, iż okoliczność złożonego przez siebie oświadczenia w zakresie rzekomego pełnienia przez p. K. funkcji kierownika robót na zadaniu „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej dla lewobrzeżnej części Szczecina - kolektor deszczowy - zbiorczy w dzielnicy Niebuszewo” świadczy wręcz o jego działaniu w dobrej wierze, albowiem zamawiający sam miał wiedzę, iż D. K. na tej inwestycji nie pełnił funkcji kierownika robót. Jak wskazano już powyżej, roboty na tym zadaniu zakończone zostały we wrześniu 2009 r., co jednoznacznie przeczy oświadczeniu wykonawcy w zakresie rzekomego pełnienia funkcji przez P. K. w okresie od stycznia 2010 r. do maja 2010 r. Odwołujący podtrzymał to oświadczenie w składanych przez siebie wyjaśnieniach w dniu 01 czerwca 2015 r. Powyższe zatem, wskazuje na celowe działanie wykonawcy, ukierunkowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Odpowiadając

15

natomiast na argumentację Odwołującego, iż w niniejszej sprawie należy zastosować pro wspólnotową wykładnię przepisów, wskazał, że powoływane orzeczenia zapadły na kanwie określonych stanów faktycznych, które niewątpliwie różnią się od stanu niniejszego i tym samym nie można bezkrytycznie przenosić prezentowanych w nich rozważań na przedmiotową sprawę. Stwierdził także, że nie jest zrozumiałe twierdzenie Odwołującego, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie osoby kierownika robót budowlanych nie stanowi „nie wiadomo” jak wygórowanego warunku i nie dotyczy jakiejś szczególnej, rzadko spotykanej specjalizacji. Nie ma tu bowiem znaczenia czy warunek ten jest wygórowany, ani czy dotyczy rzadkiej specjalizacji. Warunek został postawiony i wykonawca przystępujący do postępowania powinien wykazać, iż go spełnia oraz [skoro Odwołujący twierdzi, że dysponuje co najmniej kilkoma takimi osobami], że nie jest zrozumiałe dlaczego takiej osoby nie wykazał w swojej ofercie od początku. Podkreślił, że „Wyjaśnienia wykonawcy złożone w trakcie postępowania pogłębiły przekonanie zamawiającego, co do nieprawdziwości omawianych informacji. Oświadczenie wykonawcy, iż wskazany przez niego p. K. pełnił funkcję kierownika robót z ramienia firmy, ale nie był wpisany do dziennika budowy, jest jedynie nieudolną próbą wytłumaczenia złożonej nieprawdziwej informacji w tym zakresie. Podkreślił, że złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, to czynność dokonana przez wykonawcę w sposób zamierzony - z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu, omyłki czy niedbalstwa (wyrok KIO 552/14). Zdaniem zamawiającego, złożone w postępowaniu dokumenty zawierające nieprawdziwe informacje, są wynikiem celowego, zamierzonego, zawinonego działania wykonawcy skierowanego na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, nie zaś wynikiem niezrozumienia treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji oraz w jego ocenie trudno dopatrywać się w działaniu wykonawcy usprawiedliwionej omyłki, która podlegałaby naprawieniu w trybie wezwania do uzupełnienia oferty o nowy Wykaz osób w zakresie kierownika robót sanitarnych. Podkreślił, że wykonawca, jako podmiot profesjonalny, działający na rynku od wielu lat, biorący udział w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie ma wiedzę, w jaki sposób należy prawidłowo złożyć ofertę w postępowaniu a przede wszystkim ma szczegółową wiedzę na temat funkcji pełnionych w budownictwie i określonych wymogów i uprawnień z nimi związanych, w tym wynikających z art. 41 i następnych prawa budowlanego.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

16

W odwołaniu wnoszący odwołanie wykonawca Energopol-Szczecin SA. [Odwołujący lub wykonawca Energopol], zarzucił Zamawiającemu - Gminie Miastu Szczecin - Zarządowi Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie, działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp z uwagi na wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą z naruszeniem art. 24 ust.2 pkt 3 oraz art. 24 ust.4 tej ustawy. Wskazał także na naruszenie

art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na niedokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz art. 92 ust 1 pkt 3 Pzp z uwagi na nie wskazanie podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Podniósł również zarzut naruszenia art. 26 ust 3 Pzp z uwagi, z jednej strony, na błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, oraz ewentualnie – z uwagi na błędną interpretację warunku udziału w postępowaniu - opisanego w rozdziale V ust. 3 pkt 3 lit b) SIWZ - zaniechania wystosowania stosownego wezwania do Odwołującego o uzupełnienie Wykazu osób o kierownika robót sanitarnych, spełniającego warunek według interpretacji Zamawiającego.

Rozpoznając to odwołania, Izba w szczególności miała na uwadze dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko, co do podniesionych w odwołaniu zarzutów. Rozpatrując z kolei podnoszone w nim zarzuty, Izba zobowiązana była uwzględnić dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą **kontradyktoryjności**, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z którą strony toczące spór przed KIO mają obowiązek przedstawiać dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie ciężar dowodu spoczywał w pierwszej kolejności na Zamawiającym, wobec podnoszonego zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Energopol skutkiem czego wykonawca ten został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Rozpoznając podnoszone w odwołaniu zarzuty Izba stwierdziła, że Zamawiający w specyfikacji – w rozdziale V pkt 3 ppkt 3 lit b) – w odniesieniu do kierownika robót sanitarnych podał, co następuje: „Wymagane kwalifikacje: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń. Co najmniej 3. letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie

17

sieci wodociągowych i kanalizacyjnych”. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający [zgodnie z pkt 4 ppkt 3 rozdziału V specyfikacji] w załączniku nr 6 [Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia] wymagał podania informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami. Wykonawca Energopol odnośnie kandydata na stanowisko kierownika robót sanitarnych [p. D. K.] wskazał, w kolumnie 2, że będzie on pełnił taką funkcję, oraz, że ma on wykształcenie wyższe oraz, że posiada stosowne uprawnienia [opis jak w specyfikacji] bez ograniczeń o numerze ZAP/0254/WOS/09. Z kolei w kolumnie 3 przeznaczonej do opisu zakresu wykonywanych w wymaganym 3.letnim okresie czynności, Odwołujący podał, że kandydat: „Posiada 3 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych i jednocześnie podał, że na wymienionych w pozycji trzeciej tego Wykazu czterech inwestycjach pełnił funkcję: „Kierownik robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych”. Z kolei w kolumnie 4, co do podstaw dysponowania wykonawca wskazał na „Dysponowanie bezpośrednie” - na podstawie umowy o pracę. Do oferty wymagane było także załączenie oświadczenia według załącznika nr 7 do siwz – w treści którego wykonawca miał oświadczyć, że (...) osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia(wymienione w Załączniku nr 6 do siwz) posiadają wymagane uprawnienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień) niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, określone w rozdziale V pkt ppkt 3 siwz”. Zamawiający w piśmie z dnia 29 maja 2015 r. stwierdził, że w toku badania i oceny ofert powziął wątpliwości, co do prawdziwości informacji złożonych w ofercie przez wykonawcę odnośnie kandydata na stanowisko kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, co do jego doświadczenia i w związku z tym wezwał do złożenia (...) wyjaśnień w zakresie potwierdzenia informacji, że Pan D. K. pełnił funkcję na stanowisku kierownika robót

sanitarnych w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych na wszystkich wskazanych inwestycjach wymienionych (...) i „okresach zgodnie z wykazem w załączniku nr 6 do SIWZ (wykaz osób) – kolumna (zakres wykonywanych czynności). W odpowiedzi, wykonawca w piśmie z dnia 1 czerwca 2015 r. podał, że „Pan D. K. wskazany w załączniku numer 6 SIWZ (wykaz robót), jako kierownik robót sanitarnych pełnił na wszystkich wskazanych inwestycjach wymienionych w kolumnie załącznika nr 6 – zakres wykonywanych czynności, funkcję kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych.” Przyznał jednocześnie, że w przypadku inwestycji z poz. 1 oraz 3 i 4 Wykazu (.....) nie był faktycznie wpisany do dziennika budowy, jako kierownik robót, lecz wskazaną funkcję pełnił z ramienia firmy Energopol – Szczecin S.A., mając do tego stosowne uprawnienia oraz wiedzę i doświadczenie”. Stwierdził także, że jego zdaniem, funkcja jaką pełnił wskazany kandydat

18

oraz czas (...) powinny zostać wliczone w jego doświadczenie zawodowe”. Jednocześnie, na wypadek nie uznania stanowiska wykonawcy, wskazał alternatywnie innego kandydata na to stanowisko, uzupełniając w pozycji 3 Wykazu o wymagane w odniesieniu do tego kandydata informacje. Izba stwierdziła również, że Zamawiający w odniesieniu do inwestycji z poz. 1 oraz 3 i 4 Wykazu skierował odrębnie zapytania do przedstawicieli Inwestorów [odpowiednio: Wydziału Inwestycji Miejskich w Urzędzie Miasta Szczecin, Zakładu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Szczecinie oraz Kierownika Projektu GDDKiA]. W odpowiedzi na zapytanie o tej samej treści: „W związku z weryfikacją ofert ZDTiM prosi o informację czy Pana D. K. pełnił funkcję Kierownika Robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych na zadaniu (...) i „w okresie (...) uzyskał informację, że kandydat nie pełnił takiej funkcji (poz. 1 i 4 Wykazu) lub nie był zatwierdzony na to stanowisko (poz. 3 Wykazu), W odniesieniu do pozycji 1 i 3 Wykazu dodatkowo wskazano osobę, która pełniła funkcję kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i sanitarnych. W decyzji o wykluczeniu wykonawcy Energopol z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający w szczególności podał, że dokonał weryfikacji podanych przez wykonawcę informacji w załączniku nr 6 do oferty i z uzyskanych informacji potwierdzonych, jego zdaniem, jednoznaczными dowodami wynika, że osoba wskazana jako kandydat na stanowisko kierownika robót sanitarnych nie pełniła takiej wymaganej funkcji na trzech z czterech podanych inwestycji oraz w terminach wskazanych w załączniku nr 6. Podał jednocześnie, że (...) złożenie nieprawdziwych informacji przez Wykonawcę jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy.” Zamawiający przyznał jednocześnie, że wykonawca w składanych wyjaśnieniach podtrzymując prawdziwość złożonych informacji w załączniku nr 6 potwierdził, że (...) wskazana przez niego osoba pełniąc wymaganą funkcję na wszystkich robotach jednak nie była wpisana do dziennika budowy.

Izba stwierdza, że w okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku wymaganego w rozdziale V pkt 3 ppkt 3 lit. b) specyfikacji. Przede wszystkim – jak słusznie stwierdził Zamawiający – osoby o przypisanej w umowie o pracę funkcji kierownika robót czy kierownika budowy nie można uznać tylko z tego powodu za uczestnika procesu budowlanego danej inwestycji w rozumieniu art. 17 pkt 4 ustawy – Prawo budowlane, pełniącą samodzielną funkcję techniczną. Zdaniem Izby, tylko taka osoba może legitymować się doświadczeniem zawodowym w zakresie wszystkich czynności wymaganych przepisami prawa budowlanego, o którym to doświadczeniu stanowi warunek specyfikacji, albowiem stanowisko kierownika robót/budowy przypisane w umowie o pracę nie jest tożsame z funkcją kierownika budowy/ robót określoną w ustawie Prawo budowlane, która to ustawa wymaga przypisania osoby z powierzoną funkcją do danej budowy

19

[inwestycji], i która, jako osoba uprawniona, świadoma odpowiedzialności zawodowej i karnej wynikającej z posiadanych uprawnień i niewywiązywania się z przewidzianych prawem obowiązków, podlega zgłoszeniu właściwemu organowi (odpowiednio art. 18, art. 41 ust. 4, art. 42 ust. 2, art. 44). Izba zwraca uwagę, że na gruncie przepisów prawa budowlanego rozpoczęcie robót budowlanych powinno być poprzedzone dokonaniem przez inwestora wpisu w dzienniku budowy osób, którym zostało powierzono kierownictwo, a więc jako uczestnika procesu budowlanego – kierownika budowy (robót budowlanych), inspektora

nadzoru inwestorskiego, a także osób upoważnionych do kontroli technicznej robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem w dzienniku budowy przyjęcie powierzonych im funkcji. Izba zwraca uwagę, że Inwestor także jest obowiązany bezzwłocznie zawiadomić właściwy organ o zmianie m.in. kierownika robót. Jednakże w okolicznościach faktycznych tej sprawy, Izba uznała, że przedłożonych przez wykonawcę Energopol informacji, niepotwierdzających wymaganego specyfikacją doświadczenia zawodowego dla kandydata na stanowisko kierownika robót sanitarnych, nie można bezspornie uznać za informacje nieprawdziwe, o których stanowi art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym przypadku Izba nie mogła wykluczyć, że powoływanie się na doświadczenie kandydata do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych było podyktowane błędną interpretacją wymagania określonego w specyfikacji, jako trzy letnie „doświadczenie zawodowe na stanowisko kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych,” podczas, gdy przepisy prawa budowlanego stanowią o pełnieniu funkcji [vide: art. 45 ust.5 ustawy Prawo budowlane], czy też o sprawowaniu kierownictwa robót [vide: § 6 ust.2 rozporządzenia ministra infrastruktury w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia]. W świetle przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, w tym umów o pracę oraz protokołów z odbiorów i narad – wynika, że w strukturze przedsiębiorstwa Energopol wyodrębniono dla p. D. K. – w zakresie inwestycji z poz. 3 Wykazu - stanowisko kierownika robót, a od 1.01.2011 – kierownika budowy. Izba zwraca również uwagę, że błędna interpretacja wymagania mogła być skutkiem postanowienia pkt 4 ppkt 3 rozdziału V specyfikacji, zgodnie z którym Zamawiający wymagał nie tylko podania informacji na temat kwalifikacji zawodowych i wykształcenia oraz doświadczenia - niezbędnych do wykonania zamówienia, ale także zakresu wykonywanych przez kandydata czynności, co mogło sugerować możliwość legitymowania się przez niego węższym zakresem faktycznie wykonywanych obowiązków, aniżeli ustawowo przypisanych dla kierownika robót budowlanych [potwierdzanych w świetle Prawa budowlanego każdorazowo podpisem przyjęcia powierzonej funkcji].

20

Izba zauważa, że wykonawca – na gruncie ustawy Pzp - mógł wymagać wyjaśnień do tak sformułowanego warunku, jednakże brak zapytania nie może wskazywać na zamiar złożenia nieprawdziwej informacji, lecz na skorzystanie z możliwej jego interpretacji, szczególnie w sytuacji, gdy praktyka powierzania czynności - przypisanych kierującemu robotami sanitarnymi - osobie nieujawnionej w dzienniku budowy oraz na tablicy informacyjnej - nieprzewidziana przepisami prawa budowlanego - była stosowana dotychczas na budowach przez tego wykonawcę i nie była kwestionowana, przykładowo przez inwestora, kierownika budowy, czy organ uprawniony do nadzoru. Przykładowo, w zakresie inwestycji z poz. 1 Kierownik budowy, w oświadczeniu stwierdza, że p. D. K. wykonywał w imieniu Energopol Szczecin S.A. czynności Kierownika Robót Sanitarnych na inwestycji (...)], a w zakresie inwestycji z poz.4 Wykazu – Kierownik kontraktu, informuje, że p. K. (...) wykonywał czynności równorzędne z czynnościami Kierownika Robót”, zaznaczając, że na inwestycji głównie zajmował się usuwaniem usterek i likwidacją zaplecza budowy. Zdaniem Izby, podobna sytuacji dotyczy również newralgicznej dla tej sprawy – wpływu na możliwość potwierdzenia wymaganego warunku z rozdziału V siwz] - inwestycji z poz. 3 Wykazu, aczkolwiek w tym przypadku oświadczający nie stwierdzają, że kandydat kierował robotami sanitarnymi, jednakże informują, jakie czynności były wykonywane. W tych okolicznościach, uwzględniając interpretację warunku przyjętą przez Odwołującego i informacje ujęte w załączniku nr 6, Izba stwierdza, że nie można uznać, że podane informacje są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. W tym przypadku, zdaniem Izby, możemy bezspornie mówić wyłącznie o informacjach, która nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, w tym przypadku możliwe było wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunek. Izba nie odnosi się do przedłożonego przez wykonawcę kandydata, albowiem jego oceny powinien w pierwszej kolejności dokonać Zamawiający, i to na podstawie informacji, co do kandydata, uzyskanej uprzednim wezwaniem w ramach właściwości Zamawiającego, celem uniknięcia ewentualnych sporów, co do poprawności zastosowanych procedur w toku badania i oceny tej oferty.

Zarzut naruszenia art. 92 ust.1 pkt 3 Pzp nie jest zasadny. W części dotyczącej oceny oferty Odwołującego zawartej w piśmie z dnia 10 czerwca 2015 r. wskazano z jakich przyczyn wykluczono wykonawcę z tego postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, nawiązując do weryfikacji informacji zawartych w Wykazie, co do kandydata na stanowisku kierownika robót sanitarnych, która to weryfikacja następowała także z udziałem wykonawcy oraz w oparciu o dostępne wykonawcy informacje.

21

Izba stwierdza także, że nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp oparty na twierdzeniu, co do możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej, informacją prawdziwą, w przypadku, gdy jej złożenie ma [miało] wpływ na wynik postępowania. Tak jak słusznie podniósł Zamawiający wskazując na orzecznictwo, uzupełnieniu w trybie powołanego przepisu, podlega tylko dokument niezłożony lub dokument wadliwy, niepotwierdzający wymaganego warunku. Takiemu uzupełnieniu nie podlega dokument zawierający nieprawdziwe dane. W tym przypadku ma przede wszystkim zastosowanie przepis art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiący wyjątek od generalnego obowiązku, wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, wzywania do uzupełnienia dokumentu, a w myśl którego, nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą, albowiem stwierdzenie złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konkluzji Izba stwierdza, że w stanie faktycznym tej sprawy należało przyjąć, że podane przez Odwołującego informacje w Wykazie osób były skutkiem błędnej interpretacji warunku z rozdziału V pkt 3 ppkt lit. b) specyfikacji w zw. z pkt 4 ppkt 3 tego rozdziału i z tego względu wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji nie było zasadne, a w związku z tym nie było także uzasadnionych podstaw do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą. To oznacza, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A. podjęta została z naruszeniem art. 91 ust.1 tej ustawy Pzp i podlega unieważnieniu. Z kolei w ramach czynności badania i oceny ofert, podlega także unieważnieniu, czynność wykluczenia Odwołującego z tego postępowania podjęta na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp oraz uznanie tej oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust.4 ustawy Pzp, a zastosowanie w ramach badania i oceny ofert procedurę z art. 26 ust.3 ustawy Pzp, powoduje, że wykonawca Energopol zostanie wezwany do uzupełnienia dokumentów dla potwierdzenia warunku wymaganego w rozdziale V pkt 3 ppkt lit. b) specyfikacji.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

22

.....

23