

Sygn. akt: KIO 2079/11

WYROK
z dnia 12 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2011 r. przez wykonawcę **MGGP S.A. w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inwestycje, Budownictwo, Handel Inwest-Complex sp. z o.o. w Gliwicach oraz Lafrentz Polska sp. z o.o. w Poznaniu**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inwestycje, Budownictwo, Handel Inwest-Complex sp. z o.o. w Gliwicach oraz Lafrentz Polska sp. z o.o. w Poznaniu**,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inwestycje, Budownictwo, Handel Inwest-Complex sp. z o.o. w Gliwicach oraz Lafrentz Polska sp. z o.o. w Poznaniu** i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **MGGP S.A. w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inwestycje, Budownictwo, Handel Inwest-Complex sp. z o.o. w Gliwicach oraz Lafrentz Polska sp. z o.o. w Poznaniu** na rzecz **MGGP S.A. w Tarnowie** kwotę **18.793 zł 50 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt

groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów stawiennictwa na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Jastrzębie-Zdrój prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest Budowa drogi głównej południowej na odcinku od DW 933 - ul. Pszczyńska w Jastrzębiu Zdroju do węzła autostrady A1 w Mszanie - Etap II.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 25 maja 2011 r. nr 2011/S 100-164204.

W dniu 16 września 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy MGGP S.A. w Tarnowie zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inwestycje, Budownictwo, Handel Inwest-Complex sp. z o.o. w Gliwicach oraz Lafrentz Polska sp. z o.o. w Poznaniu, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec zaniechania dokonania czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu przystępującego, a także wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego odwołujący wniósł w dniu 26 września 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przystępującego, jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania - poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia, iż pan Daniel Ł., zaproponowany do pełnienia stanowiska Inspektora Nadzoru Robót Drogowych brał w okresie 12.2007 -05.2008 udział jako „inspektor nadzoru robót drogowych” w realizacji zadania przebudowa skrzyżowania ul. Ozimskiej z ul. Plebiscytową w m. Opole, a ponadto naruszenie art. 24 ust 4 ustawy Pzp wskutek zaniechania uznania za odrzuconą oferty przystępującego jako złożonej przez wykonawcę, który winien zostać z postępowania wykluczony,
- b) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przystępującego, jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania - poprzez złożenie nieprawdziwego

oświadczenia, iż pan Ireneusz K., zaproponowany do pełnienia stanowiska Inspektora Nadzoru Robót Mostowych brał w okresie 01.2008 -09.2009 udział jako „inspektor nadzoru robót mostowych” w realizacji zadania „nadzór nad robotami związanymi z realizacją obiektów mostowych na kontrakcie pn: Prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad budową obwodnicy m Nowe Skalmierzyce w ciągu drogi krajowej nr 25 od km 0+000,00 do km 7+355,25” oraz poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia, iż pan Ireneusz K., zaproponowany do pełnienia stanowiska Inspektora Nadzoru Robót Mostowych brał w okresie 12-2006 - 07.2008 udział jako „inspektor nadzoru robót mostowych” w realizacji zadania „nadzór nad robotami związanymi z realizacją obiektów mostowych na kontrakcie pn: Prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad rozbudową drogi krajowej nr 25, obwodnica Konina w obrębie gminy Stare Miasto ”, jak również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskutek zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo niewykazania przez przystępującego w powyższym zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ponadto naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp wskutek zaniechania uznania za odrzuconą oferty przystępującego jako złożonej przez wykonawcę, który winien zostać z postępowania wykluczony.

- c) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia z postępowania przystępującego, jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a w wskutek tego nie wykazał w powyższym zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- d) naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty złożonej przez przystępującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp,
- e) naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy przystępującego, który złożył nieprawdnie informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania i wskutek tego nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

- b) powtórzenia badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- c) wykluczenia z postępowania przystępującego,
- d) uznania oferty złożonej przez przystępującego za odrzuconą, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Ponadto, z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą przedstawionych powyżej zarzutów, odwołujący wniósł odwołanie również od dodatkowych zaniechań czynności i czynności zamawiającego, polegających na:

- a) zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia z postępowania przystępującego, jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, w ewentualnym związku z
- b) zaniechaniem przez zamawiającego wezwania przystępującego do złożenia w wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że przystępujący dysponuje osobami o doświadczeniu i kwalifikacjach wymaganych w SIWZ, w ewentualnym związku z
- c) zaniechaniem przez zamawiającego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów odnoszących się do doświadczenia i kwalifikacji personelu wskazanego przez przystępującego,
- d) zaniechaniu uznania oferty złożonej przez przystępującego za ofertę odrzuconą,
- e) wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez przystępującego w sytuacji, gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą.

Zaskarżanym dodatkowym czynnościami i zaniechaniami zamawiającego odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przystępującego, jako wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a to w sytuacji gdy wbrew warunkom postawionym przez zamawiającego w SIWZ wykonawca ten nie wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował odpowiednio wykwalifikowanym personelem, któremu zostanie powierzone wykonanie niniejszego zamówienia w odniesieniu do następujących stanowisk określonych w SIWZ:
 - a) Kierownik Zespołu Inżyniera Projektu - wykonawca nie wykazał, że pani Jolanta S. posiada doświadczenie na stanowisku kierowniczym Inżyniera Projektu, w tym nadzorowanie co najmniej jednego kontraktu w zakresie budowy dróg, obiektów mostowych, zakończonego protokołem odbioru końcowego na wartość robót budowlanych co najmniej 20 mln PLN brutto przy współudziale środków unijnych,

b) Zastępca Kierownika Zespołu Inżyniera Projektu - wykonawca nie wykazał, że pan Krystian B. posiada doświadczenie, licząc od daty uzyskania uprawnień, na stanowiskach: Inżynier Projektu w tym w nadzorowaniu, co najmniej jednego kontraktu w zakresie budowy dróg, obiektów mostowych, zakończonego protokołem odbioru końcowego robót na wartość robót budowlanych, co najmniej 10 mln PLN brutto,

c) Inspektor Nadzoru Robót Drogowych - wykonawca nie wykazał, że pan Daniel Ł. posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe, licząc od daty uzyskania uprawnień, w nadzorowaniu/kierowaniu robotami drogowymi na drogach co najmniej klasy Z. przy czym, że przynajmniej jeden kontrakt miał wartość robót brutto co najmniej 10 mln PLN i został pomyślnie zakończony i rozliczony przy udziale pana Daniela Ł.,

d) Inspektor Nadzoru Robót Mostowych - wykonawca nie wykazał, że pan Ireneusz K. posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe, licząc od daty uzyskania uprawnień, w nadzorowaniu/kierowaniu robotami drogowymi-mostowymi na drogach co najmniej klasy Z,

e) Inspektor Nadzoru Robót Torowych - wykonawca nie wykazał, że pan Piotr S. posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe licząc od daty uzyskania uprawnień, w nadzorowaniu/kierowaniu robotami torowymi, przy czym, że przynajmniej jeden kontrakt miał wartość robót brutto co najmniej 3 mln PLN, został zakończony i rozliczony przy udziale pana Piotra S.;

f) Inspektor ds. Rozliczeń - wykonawca nie wykazał, że pan Andrzej K. posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w obmiarach i wycenie robót budowlanych, rozliczaniu robót w kontraktach przy współdziale środków unijnych, w tym, że co najmniej 2 lata doświadczenia obejmować mają pracę na stanowisku ds. rozliczeń w tym:

- przy rozliczaniu co najmniej jednego kontraktu drogowo - mostowego o wartości robót brutto 10 mln PLN;
- doprowadzenie do ostatecznego rozliczenia przynajmniej jednego kontraktu przy współdziale środków unijnych.

2. ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że przystępujący dysponuje osobami o doświadczeniu i kwalifikacjach wymaganych w SIWZ, oraz zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów odnoszących się do doświadczenia i kwalifikacji personelu wskazanego przez przystępującego,

3. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 i 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia z postępowania

przystępującego, jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

4. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty złożonej przez przystępującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp,

5. naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem obowiązku wykluczenia przystępującego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- c) wykluczenia z postępowania przystępującego, jako wykonawcy który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- d) uznania oferty złożonej przez przystępującego za odrzuconą jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że wskazanego przez przystępującego na stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Drogowych pana Daniela Ł. nie było w składzie Inspektorów Nadzoru na zadaniu „Przebudowa skrzyżowania ul. Ozimskiej z ul. Plebiscytową w m. Opole”. Zatem oświadczenie przystępującego w tym zakresie było nieprawdziwe. Wywodził, że w przypadku pominięcia doświadczenia Daniela Ł. na zadaniu dla Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu osoba Daniela Ł. nie spełniałaby wymogu 5 letniego doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu/kierowaniu robotami drogowymi na drogach co najmniej klasy Z.

Odwołujący wywodził również, że wskazany przez przystępującego na stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Mostowych pan Ireneusz K. na zadaniu „Prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad budową obwodnicy m. Nowe Skalmierzyce w ciągu drogi krajowej nr 25 od km 0+000,00 do km 7+355,25” pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót mostowych jedynie w okresie od 8.05.2008 do 19.09.2009 r., a nie w okresie 01.2008 - 09.2009, jak oświadczył przystępujący. Podnosił również, że na zadaniu „Prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad rozbudową drogi krajowej nr 25,

obwodnica Konina w obrębie gminy Stare Miasto” pan Ireneusz K. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót mostowych jedynie w okresie od 25.02.2008 do 25.08.2008r., a nie w okresie 12.2006 - 07.2008 jak oświadczył przystępujący. Wywodził, że mając na względzie wykazane przez przystępującego zadania zrealizowane przy udziale pana Ireneusza K., należy stwierdzić, że Ireneusz K. posiada jedynie 58 miesięcy wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, zamiast wymaganych 60 miesięcy.

Uzasadniając zarzuty i wnioski podniesione z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów podstawowych odwołujący w odniesieniu do osoby proponowanej przez przystępującego na stanowisko Kierownika Zespołu Inżyniera Projektu - pani Jolanty S. podnosił, że przystępujący nie wykazał, że pani Jolanta S. posiada wymagane przez zamawiającego w SIWZ doświadczenie. Z przedłożonego przez przystępującego wykazu (załącznika nr 4a) nie wynika, by pani Jolanta S. posiadała doświadczenie na stanowisku kierowniczym Inżyniera Projektu co najmniej jednego kontraktu w zakresie budowy dróg, obiektów mostowych, zakończonego protokołem odbioru końcowego na wartość robót budowlanych co najmniej 20 mln PLN brutto przy współudziale środków unijnych. Wywodził, że w przypadku zadania „Pełnienie nadzoru nad budową obwodnicy m. Oleśnica, obejmującej budowę dróg i obiektów mostowych, w ciągu drogi krajowej nr 8 Kudowa Słone - Wrocław - Warszawa Etap U odcinek Węzeł Dąbrowa - Cieśle od km 4 + 800 do km 12 + 750” przystępujący nie wskazał wyraźnie, że pani Jolanta S. realizowała przedmiotowy kontrakt aż do zakończenia protokołem odbioru końcowego, a co istotniejsze - w kolumnie „czas trwania” wskazano daty 11.2004 - 10.2006. Tymczasem, weryfikując doświadczenie osoby wskazanej przez przystępującego na stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Mostowych - pana Ireneusza K. wywnioskował, że osoba ta brała udział w realizacji tego samego zadania tyle, że w okresie 11.2004-12.2006 co w ocenie odwołującego wskazywało, że zadanie to w październiku 2006 roku nie było jeszcze zakończone protokołem odbioru końcowego.

Odnosnie doświadczenia osoby wskazanej przez przystępującego na stanowisko Zastępcy Kierownika Zespołu Inżyniera Projektu - pana Krystiana B. odwołujący wskazywał, że przystępujący nie wykazał by w stosunku do któregośkolwiek z sześciu zadań w których wykonaniu brał udział pan Krystian B. doszło do jego zakończenia protokołem odbioru końcowego.

Odnosnie doświadczenia osoby wskazanej przez przystępującego na stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Drogowych pana Daniela Ł. odwołujący wskazywał, że osoba ta brała udział jako inspektor nadzoru robót drogowych jedynie przy 6 pozycjach (6 zadaniach), z wyłączeniem pozycji (zadania) „Przebudowa skrzyżowania ul. Ozimskiej z ul. Plebiscytową w m. Opole”, na którym to zadaniu pan Daniel Ł. nie piastował stanowiska inspektora

nadzoru robót drogowych. Ponadto wywodził, że przystępujący nie wykazał, by w stosunku do któregośkolwiek z zadań wskazanych w wykazie doszło do jego pomyślnego zakończenia i rozliczenia przy udziale pana Daniela Ł.

Odnośnie doświadczenia osoby wskazanej przez przystępującego na stanowisko Inspektor Nadzoru Robót Mostowych - pana Ireneusz K. odwołujący wywodził, że pan Ireneusz K. posiada jedynie 58 miesięcy doświadczenia w nadzorowaniu/kierowaniu robotami drogowymi-mostowymi, zamiast wymaganych 60 miesięcy (5 lat).

Odnośnie doświadczenia osoby wskazanej przez przystępującego na stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Torowych pana Piotra S. odwołujący wywodził, że uzyskał on uprawnienia budowlane Nr ew. 1510/94 dopiero w dniu 6.12.1994 r., a więc jedynie dwa z trzech wykazanych przez przystępującego zadań były realizowane przy udziale pana Piotra S. po dacie uzyskania przez niego uprawnień. Ponadto przystępujący nie wykazał, by w stosunku do któregośkolwiek z zadań wskazanych w wykazie doszło do jego zakończenia i rozliczenia przy udziale pana Piotra S.

Odnośnie doświadczenia osoby wskazanej przez przystępującego na stanowisko Inspektora ds. Rozliczeń - pana Andrzeja K. odwołujący wywodził, że na żadnym z przedstawionych w wykazie 5 zadań, przy prowadzeniu których pan Andrzej K. brał udział nie wykazano by doszło do jego „doprowadzenia do ostatecznego rozliczenia” przez osobę pana Andrzeja Kries.

Zamawiający przesłał faksem w dniu 6 października 2011 r., a następnie wniósł w dniu 7 października 2011 r. w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie z dnia 6 października 2011 r., w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący w trakcie posiedzenia Izby zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wybór oferty innego wykonawcy prowadzi do powstania szkody po stronie pozostałych uczestników postępowania w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem ofert i ich udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była pierwszą w kolejności, za wybraną ustalenie, iż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylecia tej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za zasadne.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że *„dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”*.

Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być

zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Izba podziela także pogląd wyrażony w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w których podnosi się, że fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu, bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Nie będzie również miał znaczenia zamiar wykonawcy, stan jego świadomości lub stopień zawinienia. Wreszcie wskazać należy, iż w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp chronione jest dobro jakim jest zaufanie zamawiającego do składanych przez wykonawców dokumentów. Zgodzić należy się zatem także ze stanowiskiem wyrażonym w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1778/09) iż „Jest to związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, muszą więc działać w zaufaniu do tych dokumentów”.

Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, w którym Izba orzekła, że, złożenie *„nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować”*. Podobny pogląd Izba reprezentowała m.in. w wyroku z dnia 5 lutego 2009r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/09.

I.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwej informacji, iż pan Daniel Ł. zajmował stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych w trakcie zadania „przebudowa skrzyżowania ul. Ozimskiej z ul. Plebiscytową w mieście Opole”

Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Stosownie do pkt 5. 2. lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych określił następujące wymagania: „Inspektor Nadzoru

Robót Drogowych wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności drogowej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe, licząc od daty uzyskania uprawnień, w nadzorowaniu/kierowaniu robotami drogowymi na drogach co najmniej klasy Z, przy czym przynajmniej jeden kontrakt miał wartość robót brutto co najmniej 10 mln PLN, został pomyślnie zakończony i rozliczony przy udziale osoby wykazującej doświadczenie w tym punkcie".

Przystępujący złożył wraz z ofertą załącznik nr 4 „potencjał kadrowy”, w którym do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót drogowych zaproponował osobę pana Daniela Ł. W załączniku numer 4a do oferty - w „Informacji o doświadczeniu i kwalifikacjach personelu wskazanego w załączniku nr 4” przystępujący w odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych – pana Daniela Ł. wskazał osiem zadań, w celu potwierdzenia spełnienia wymogu doświadczenia opisanego przez zamawiającego.

Odwołujący w odwołaniu zakwestionował prawdziwość złożonego przez przystępującego oświadczenia, iż pan Daniel Ł. zajmował stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych w trakcie zadania „przebudowa skrzyżowania ul. Ozimskiej z ul. Plebiscytową w mieście Opole” (zadanie wymienione w wierszu 4 i powtórzone w wierszu 5 wykazu). Odwołujący w celu poparcia swego twierdzenia złożył pismo Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu z dnia 22 września 2011 r. nr MZD/TN/BB-703/NA-6113/201. W piśmie tym znalazło się oświadczenie, iż na zadaniu „przebudowa skrzyżowania ul. Ozimskiej z ul. Plebiscytową w Opolu” w składzie inspektorów nadzoru prowadzących nadzór na zadaniu nie było pana Daniela Ł.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do ustosunkowania się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, pismem z dnia 4 października 2011 r. znak: DOZ/EW/439/O-43/697/2011 wyjaśnił, iż pan Daniel Ł. na ww. inwestycji pełnił obowiązki inspektora nadzoru jako personel dodatkowy (m.in. w celu zapewnienia nadzoru nad robotami prowadzonymi całodobowo) na podstawie wewnętrznego zarządzenia spółki Inwest-Complex. Ponadto przystępujący w trakcie rozprawy złożył zarządzenie wewnętrzne nr 1/2008 Prezesa Inwest-Complex sp. z o.o. w Gliwicach z dnia 10 stycznia 2008 r. zgodnie z którym pan Daniel Ł. w trakcie rozpatrywanej inwestycji miał pełnić funkcję zastępcy inspektora nadzoru w zakresie robót drogowych oraz technologa. Stosownie do ww. zarządzenia wewnętrznego funkcję inspektora nadzoru w zakresie robót drogowych miał pełnić pan Bartłomiej Niwicki. Ponadto w trakcie rozprawy przystępujący oświadczył, że pan Daniel Ł. nie dokonywał wpisów w dzienniku budowy jak inspektor nadzoru robót drogowych, natomiast był obecny na terenie budowy faktycznie wykonując obowiązki przewidziane na takim stanowisku.

Biorąc powyższe ustalenia faktyczne pod uwagę Izba stwierdziła, że w informacji o doświadczeniu i kwalifikacjach personelu wskazanego w załączniku nr 4 przystępujący w sposób niezgodny z rzeczywistością oświadczył, że na zadaniu „przebudowa skrzyżowania ul. Ozimskiej z ul. Plebiscytową w Opolu” pan Daniel Ł. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych. Nie ulegało wątpliwości, że w składzie inspektorów nadzoru na przedmiotowym zadaniu nie było pana Daniela Ł., co wynikało z oświadczenia inwestora. Przystępujący dopiero w trakcie rozprawy przyznał, pan Daniel Ł. w rzeczywistości pełnił jedynie „faktycznie obowiązki inspektora nadzoru”, określając zajmowane przez niego stanowisko jako „zastępca inspektora nadzoru”. Jednakże, w ocenie Izby doświadczenia związanego z pełnieniem funkcji inspektora nadzoru w zakresie wynikającym z powszechnie obowiązujących przepisów nie można utożsamiać z ewentualnym doświadczeniem nabytym wskutek „faktycznego wykonywania obowiązków inspektora” na stanowisku nieznanym obowiązującym przepisom prawa. W tym miejscu stwierdzić należy, że inspektor nadzoru inwestorskiego jest jednym z ustawowych uczestników procesu budowlanego (art. 17 ustawy Prawo budowlane). Pełnienie funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego jako uczestnika procesu budowlanego prawnie reprezentującego inwestora na budowie związane jest z wyposażeniem go w szczególne obowiązki. Wśród podstawowych obowiązków wymienić należy reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej czy sprawdzanie jakości wykonywanych robót i wbudowanych wyrobów budowlanych. Do inspektora nadzoru inwestorskiego należy również konieczność sprawdzania i odbioru robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających. Wreszcie uczestniczy on w próbach i odbiorach technicznych oraz przygotowuje i bierze udział w czynnościach odbioru i przekazywania obiektów do użytkowania, zajmuje się również potwierdzaniem faktycznie wykonanych robót.

Z powyższymi obowiązkami korelują przyznane inspektorowi nadzoru uprawnienia jako narzędzia konieczne w celu kontroli prawidłowości wykonywanych robót budowlanych. I tak przykładowo inspektor nadzoru inwestorskiego może wydawać kierownikowi budowy lub kierownikowi robót polecenia, potwierdzone wpisem do dziennika budowy, dotyczące: usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń, wykonania prób lub badań, także wymagających odkrycia robót lub elementów zakrytych, oraz przedstawienia ekspertyz dotyczących prowadzonych robót budowlanych i dowodów dopuszczenia do stosowania w budownictwie wyrobów budowlanych oraz urządzeń technicznych. Inspektor może żądać od kierownika budowy lub kierownika robót dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót, a także wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła wywołać zagrożenie bądź spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę. Uczestnictwo inspektora nadzoru inwestorskiego w

nadzorowaniu robót, ich odbiorze, procedurze przejęcia do użytkowania daje inwestorowi gwarancję tego, że inwestycję zrealizowano zgodnie z prawem i oczekiwaniami inwestora. Z powyższym łączy się może odpowiedzialność inspektora wobec inwestora za zdarzenia, które miały miejsce w czasie, gdy pełnił on powierzoną mu funkcję, przykładowo w sytuacji odebrania przez inspektora prac które okażą się wadliwe. Wyłączenie odpowiedzialności inspektora nadzoru inwestorskiego za szkody wyrządzone wskutek zaniechania wykonania ustawowych nie będzie skuteczne. W doktrynie prawa administracyjnego zwraca się bowiem uwagę, że obowiązki przypisane poszczególnym uczestnikom procesu budowlanego w ustawie Prawo budowlane są obowiązkami, których żaden z nich nie może się zrzec bez zrzeczenia się funkcji. Biorąc zatem pod uwagę szczególne obowiązki, uprawnienia i odpowiedzialność jaką ponosi inspektor nadzoru doświadczenia w sprawowaniu tej funkcji nie można uznać za tożsame z doświadczeniem nabytym w związku z jedynie faktycznym wykonywaniem tych obowiązków niejako obok ustanowionego w odpowiednim trybie inspektora. Obowiązujące przepisy nie znają bowiem instytucji zastępcy inspektora nadzoru, a zatem nie łączą z nią uprawnień, obowiązków i odpowiedzialności.

Nieprawdziwa informacja, iż pan Daniel Ł. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych w trakcie zadania przebudowa skrzyżowania ul. Ozimskiej z ul. Plebiscytową w mieście Opole w okresie od grudnia 2007 r. do maja 2008 r. miała wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Bez zakwestionowanego doświadczenia przystępujący wykazał bowiem jedynie 59 zamiast wymaganych przez zamawiającego 60 miesięcy doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu robót drogowych (tj. od lutego 2006 do grudnia 2007 r. oraz od marca 2008 r. do lutego 2011 r.). Przy ocenie wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania Izba nie mogła wziąć pod uwagę przedstawionej przez przystępującego w toku postępowania odwoławczego na rozprawie nowej Informacji o doświadczeniu i kwalifikacjach personelu wskazanego w załączniku nr 4, w której wskazywano na znacznie bogatsze doświadczenie zawodowe pana Daniela Ł. aniżeli wykazane w dokumentach załączonych do oferty. Dostrzeżenia wymaga, iż w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności

zamawiającego. Zamawiający dokonał oceny oferty przystępującego z uwzględnieniem załączonych do niej informacji o doświadczeniu personelu i prawidłowość tej oceny jest przedmiotem badania na skutek wniesionego odwołania. Zatem przedstawienie przez wykonawcę w toku postępowania odwoławczego, a więc po dokonaniu przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert nowego wykazu osób w którym wskazywał na dodatkowe doświadczenie zawodowe jakim dysponuje pan Daniel Ł. nie mogło podlegać ocenie zamawiającego, w konsekwencji również Izby. Zatem Izba uznała je za nieistotne dla rozstrzygnięcia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że złożenie przez przystępującego nieprawdziwej informacji miało wpływ na wynik postępowania, albowiem w jej wyniku zamawiający uznał, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą. W konsekwencji Izba stwierdziła, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Konsekwencją naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

II.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwej informacji, iż pan Ireneusz K. na zadaniu „prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad budową obwodnicy m. Nowe Skalmierzyce w ciągu drogi krajowej nr 25 od km 0+000,00 do km 7+355,25” zajmował stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych w okresie od 01.2008r. do 09.2009r., zaś na zadaniu „prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad rozbudową drogi krajowej nr 25, obwodnica Konina w obrębie gminy Stare Miasto”, zajmował stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Mostowych w okresie od 12.2006r. do 07.2008r.

Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Zgodnie z treścią SIWZ pkt 5. 2. b) IV) zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych określił następujące wymagania: „Inspektor Nadzoru Robót Mostowych, wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności mostowej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe licząc od daty uzyskania uprawnień, w nadzorowaniu/kierowaniu

robotami drogowymi-mostowymi na drogach co najmniej klasy Z, przy czym przynajmniej jeden kontrakt miał wartość robót brutto co najmniej 5 mln PLN, został zakończony i rozliczony przy udziale osoby wykazującej doświadczenie w tym punkcie".

Przystępujący, w złożonej ofercie, w załączniku numer 4 do oferty: „potencjał kadrowy" wskazał na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych pana Ireneusza K. W załączniku numer 4a do oferty - w „Informacji o doświadczeniu i kwalifikacjach personelu wskazanego w załączniku nr 4" przystępujący w odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych - Ireneusza K. wymienił 7 pozycji (zadań), w celu potwierdzenia spełnienia wymogu doświadczenia ww. osoby wymaganego przez zamawiającego.

Odwołujący w odwołaniu zakwestionował prawdziwość złożonego przez przystępującego w załączniku nr 4a do oferty oświadczenia, iż pan Ireneusz K. na zadaniu „prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad budową obwodnicy m. Nowe Skalmierzyce w ciągu drogi krajowej nr 25 od km 0+000,00 do km 7+355,25", zajmował stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych w okresie 01.2008 r.- 09.2009r. Wywodził, że na ww. zadaniu pan Ireneusz K. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych jedynie w okresie od 8.05.2008r. do 19.09.2009r. Na poparcie swego stanowiska złożył pismo Naczelnika Wydziału Realizacji Inwestycji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad znak: GDDKiA-O/PO-R1-kh-4100-67/11 z dnia 26.09.2011 r., zgodnie z którym pan Ireneusz K. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych na omawianej inwestycji w okresie od 8 maja 2008 r. do zakończenia budowy tj. do 19 sierpnia 2009 r.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do ustosunkowania się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, pismem z dnia 5 października 2011 r. znak: DOZ/EW/443/O-43/703/2011 wyjaśnił, iż pan Ireneusz K. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych na ww. zadaniu od stycznia 2007 r. do października 2009 r. Na poparcie swego twierdzenia złożył w trakcie rozprawy zawiadomienie GDDKiA o rozpoczęciu robót budowlanych z dnia 19 stycznia 2007 r. skierowane do Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Poznaniu zawierające adnotację o przyjęciu tego pisma przez adresata w dniu 29 stycznia 2007 r. (pismo znak GDDKiA O/PO-21-gs-4100-28K-4/07, do którego załączono oświadczenie pana Ireneusza K. z dnia 16 stycznia 2007 r. zgodnie z którym pan Ireneusz K. podjął się pełnienia obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego ww. robót. Ponadto przystępujący przedstawił wypis z dziennika budowy nr 26/03 z 30.11.2006r. t. II, w którym znajdują się wpisy z dnia 5 kwietnia 2007 r., z dnia 15 września 2008 r., z dnia 5 kwietnia 2009 r., dnia 31 lipca 2009 r. podpisane przez inspektora nadzoru robót mostowych pana Ireneusza K. Złożył także wypis z dziennika budowy nr 165 2007 r. (tom III) wydany 13.09.2007 r. w którym w którym znajdują się wpisy z dnia 15.04.2009 r.,

31.07. 2009 r., a także obmiar końcowy na którym widnieje podpis pana Ireneusza K. z dnia 24 .10. 2009 r.

Izba biorąc pod uwagę zebrany materiał dowodowy stwierdziła, iż w omawianym zakresie zarzut podniesiony przez odwołującego nie został wykazany. Oceniając przedstawione przez odwołującego i przystępującego dowody tj. pismo inwestora i wypisy z dzienników budowy Izba stwierdziła bowiem, iż zachodzą pomiędzy nimi niedające się usunąć sprzeczności. W tej sytuacji Izba uznała za wiarygodny dowód w postaci wypisów z dzienników budowy złożonych przez przystępującego. Izba wzięła pod uwagę, iż dziennikowi budowy jako elementowi dokumentacji budowy można przypisać status dokumentu urzędowego, z którym należy łączyć domniemanie prawdziwości jego treści. Co istotne w dzienniku budowy należy, przed rozpoczęciem robót, dokonać wpisu osób, którym powierzono sprawowanie funkcji kierowniczych i kontrolnych na budowie (art. 45 ust. 2 prawa budowlanego). Ponadto dziennik budowy prowadzony zgodnie z właściwymi przepisami stanowi odzwierciedlenie najistotniejszych zdarzeń w trakcie procesu budowlanego. Izba nie znalazła podstaw aby odmówić wiarygodności temu dokumentowi. Za wiarygodne uznano również zawiadomienie GDDKiA o rozpoczęciu robót budowlanych z dnia 19 stycznia 2007 r. skierowane do Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Poznaniu (pismo znak GDDKiA O/PO-21-gs-4100-28K-4/07), do którego załączono oświadczenie pana Ireneusza K. z dnia 16 stycznia 2007 r. zgodnie z którym pan Ireneusz K. podjął się pełnienia obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego ww. robót. Zawiadomienie to zawierało bowiem adnotację o przyjęciu tego pisma przez adresata tj. Wielkopolski Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego w Poznaniu w dniu 29 stycznia 2007 r., co można było uznać za datę pewną w rozumieniu art. 82 § 2 pkt 2 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. W konsekwencji, w omawianym zakresie Izba nie uznała za wiarygodnego dowodu złożonego przez odwołującego. Zatem zarzut iż przystępujący złożył nieprawdliwe oświadczenie, iż pan Ireneusz K. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych na zadaniu „prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad budową obwodnicy m. Nowe Skalmierzyce w ciągu drogi krajowej nr 25 od km 0+000,00 do km 7+355,25”, w okresie od stycznia 2008 r. do września 2009 r., okazał się niezasadny.

Odwołujący w odwołaniu zakwestionował również prawdziwość złożonego przez przystępującego w załączniku nr 4a do oferty oświadczenia, iż pan Ireneusz K. na zadaniu „prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad rozbudową drogi krajowej nr 25, obwodnica Konina w obrębie gminy Stare Miasto”, zajmował stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych w okresie od 12.2006 r. - 07.2008 r. Wywodził, że na ww. zadaniu pan Ireneusz K. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych jedynie w okresie od 25.02.2008 r. do 25.08.2008 r. Na poparcie swego stanowiska złożył pismo Naczelnika

Wydziału Realizacji Inwestycji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad znak: GDDKiA-O/PO-R1-kh-4100-67/11 z dnia 26.09.2011 r., zgodnie z którym pan Ireneusz K. na omawianej inwestycji pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych od 25.02.2008 r. do zakończenia budowy czyli do 25.08.2008 r. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do ustosunkowania się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, pismem z dnia 5 października 2011 r. znak: DOZ/EW/443/O-43/703/2011 wyjaśnił, iż popełnił omyłkę, albowiem w rzeczywistości pan Ireneusz K. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych od lutego 2008 r. do sierpnia 2008 r. Pismo to zostało złożone przez zamawiającego w trakcie rozprawy.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, iż informacja złożona przez przystępującego w omawianym zakresie okazała się nieprawdziwa, albowiem okoliczność ta została przyznana przez przystępującego. W tym miejscu powtórzyć należy, że fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu, bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Przywoływana przez przystępującego okoliczność, iż popełnił omyłkę nie mogła być zatem uwzględniona przez Izbę. Izba oceniając zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie bada zamiaru wykonawcy, stopnia zawinienia, stanu świadomości wykonawcy. Jak zostało to wskazane w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1778/09) „Jest to związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, muszą więc działać w zaufaniu do tych dokumentów”.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż przedstawiona przez przystępującego nieprawdziwa informacja nie miała i nie może mieć wpływu na wynik prowadzonego postępowania, albowiem nawet pomijając zakwestionowane przez odwołującego doświadczenie jakim legitymuje się pan Ireneusz K. przystępujący wykazał posiadanie przez tę osobę 60 miesięcy doświadczenia zawodowego (tj. w okresie od października 2003 r. do grudnia 2006 r. i od stycznia 2008 r. do września 2009 r.).

III. Zarzuty podniesione przez Odwołującego w trakcie rozprawy

Izba nie rozpoznała podniesionych przez odwołującego w trakcie rozprawy zarzutów:

- 1) odnośnie doświadczenia osoby wykazanej na stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych pana Daniela Ł. iż:
 - a) w pozycji pierwszej załącznika nr 4a przystępujący niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, że inwestycja została zakończona w lutym 2011 r.,

- b) w pozycji drugiej załącznika nr 4a przystępujący niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, że pan Daniel Ł. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych i mostowych,
 - c) w pozycji trzeciej załącznika nr 4a przystępujący niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, że pan Daniel Ł. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych od marca 2008 r.,
 - d) w pozycji szóstej i siódmej załącznika nr 4a przystępujący niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, że pan Daniel Ł. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych,
 - e) w pozycji ósmej załącznika nr 4a przystępujący niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, że pan Daniel Ł. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych od lutego 2006 r.,
- 2) odnośnie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych pana Ireneusza K., w pozycji trzeciej załącznika nr 4a przystępujący niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, iż pan Ireneusz K. pełnił funkcję inżyniera robót mostowych,
- 3) odnośnie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru robót torowych pana Piotra S. w pozycji pierwszej załącznika nr 4a przystępujący niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, iż pan Piotr S. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót torowych,
- 4) odnośnie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko inspektora ds. rozliczeń pana Andrzeja K. w pozycji pierwszej załącznika nr 4a przystępujący niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, iż pan Andrzej K. pełnił funkcję inspektora ds. rozliczeń finansowych i obmiarów,
- 5) odnośnie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko zastępcy kierownika nadzoru inżyniera projektu pana Krystiana B. w pozycji drugiej załącznika nr 4a przystępujący niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, iż pan Krystian B. pełnił funkcję od lipca 2008 r.

Izba oceniając tak ustalony stan faktyczny stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty zostały przedstawione dopiero w trakcie postępowania odwoławczego na rozprawie, a zatem nie mogły być przedmiotem rozpoznania w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przytoczone wyżej zarzuty zostały przedstawione w odwołaniu. Należy zwrócić uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10).

IV. Zarzuty dodatkowe podniesione w odwołaniu

Izba nie rozpoznała zarzutów i nie orzekła o żądaniach określonych przez odwołującego jako dodatkowe. Odwołujący w treści odwołania w sposób wyraźny stwierdził, co potwierdził również na rozprawie, iż zarzuty dodatkowe podniósł wyłącznie z ostrożności procesowej i tylko na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą rozpoznanych wyżej zarzutów określonych przez niego jako podstawowe. Izba stwierdziła zatem, iż w ten sposób odwołujący sformułował zarzuty i towarzyszące im żądania ewentualne. Żądanie ewentualne charakteryzuje się tym, że wykonawca występuje z żądaniem głównym, a wyłącznie na wypadek niezasadności i oddalenia takiego żądania wysuwa inne żądanie. Zatem uwzględnienie przez Izbę jednego z zarzutów zasadniczych i orzeczenie o żądaniu podstawowym jako dalej idącym wyłączyło potrzebę orzekania o pozostałych zarzutach, zgodnie z intencją odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp. Izba uwzględniła koszty wpisu od odwołania, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, oraz koszty dojazdu na rozprawę w wysokości 193,50 zł na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b 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).

Przewodniczący: