

Sygn. akt: KIO 1704/21

## WYROK

z dnia 1 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: PORR S.A, M. & R. Sp. z o.o., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Teatr Dramatyczny im. Aleksandra Węgielki w Białymstoku, ul. Elektryczna 12, 15-080 Białystok**, przy udziale wykonawcy: **Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1704/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: PORR S.A, M. & R. Sp. z o.o., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa**, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: PORR S.A, M. & R. Sp. z o.o., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 1704/21

## Uzasadnienie

Zamawiający: Teatr Dramatyczny im. Aleksandra Węgielki w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja budynku Teatru Dramatycznego im. Aleksandra Węgielki w Białymstoku, zlokalizowanego przy ul. Elektrycznej 12 - Etap I”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 17 lutego 2021 r. pod nr 2021/S 033-081138.

Zamawiający w dniu 28 maja 2021 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: PORR S.A. M. & R. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2019; „Pzp”), wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez Budimex S.A. jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona oraz wobec zaniechania wykluczenia Budimex S.A. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na przedłożenie w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika Kontraktu i Kierownika Budowy, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego oraz wobec zaniechania wykluczenia Budimex S.A. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, z uwagi na przedłożenie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika Kontraktu i Kierownika Budowy, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Budimex S.A. z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika Kontraktu i Kierownika Budowy, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu;

2) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Budimex S.A. z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika Kontraktu i Kierownika Budowy, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Budimex S.A. jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Budimex S.A. jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a więc złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia wyboru oferty Budimex S.A. jako oferty najkorzystniejszej;
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- c) wykluczenia Budimex S.A. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i odrzucenia oferty Budimex S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp;
- d) odrzucenia oferty Budimex S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kubaturowego, złożył w postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem wybór oferty wykonawcy Budimex S.A., który powinien zostać wykluczony z postępowania, uniemożliwia Odwołującemu pozyskanie niniejszego zamówienia publicznego. Pozbawienie Odwołującego szansy na realizację niniejszego zamówienia publicznego wynika z naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych (kierownik kontraktu, kierownik budowy) w pkt I.1.3) ogłoszenia „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe” oraz rozdziale IV ust. 3 pkt 3.2 ppkt 2 lit. a) i b) Specyfikacji Warunków Zamówienia W rozdziale IV pkt 2.2 SWZ Zamawiający przewidział fakultatywne przestanki wykluczenia z postępowania, określone w art. 109 ust. 1 pkt 1,4,6-10 Pzp.

Przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający wezwał Budimex S.A. do złożenia:

- a) dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, w tym wykazu osób stanowiącego załącznik nr 7 (wezwanie z dnia 19 maja 2021 r.);
- b) uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Pzp (wezwanie z dnia 21 maja 2021 r.) w zakresie dotyczącym potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia przez osoby wyznaczone do pełnienia funkcji Kierownika Kontraktu oraz Kierownika Budowy wskazane w wykazie osób przekazanym dnia 19 maja 2021 r. oraz wskazania podstaw dysponowania tymi osobami.

Wykonawca Budimex S.A. w pierwotnie złożonym wykazie w odniesieniu do Kierownika Kontraktu – P. D. oraz Kierownika Budowy – J. C. złożył jedynie oświadczenia, że odpowiednio:

- a) P. D. spełnia wymogi określone w tym zakresie w SWZ pkt 3.2. 2) a) SWZ - Rozdział IV;
- b) J. C. spełnia wymogi określone w tym zakresie w SWZ pkt 3.2. 2) b) SWZ - Rozdział IV.

W złożonych dokumentach Budimex S.A. nie zamieścił informacji potwierdzających, że osoby wskazane do pełnienia funkcji Kierownika Kontraktu i Kierownika Budowy posiadają wymagane doświadczenie, a więc że:

- a) Kierownik Kontraktu (P. D.) - pełnił funkcję Kierownika Kontraktu w zakresie remontu, przebudowy, rozbudowy, odbudowy, nadbudowy co najmniej dwóch obiektów kubaturowych których wartość robót budowlanych wynosiła minimum 20 000 000,00 zł netto każdy;
- b) Kierownik Budowy (J. C.) - pełniła funkcję Kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie remontu, przebudowy, rozbudowy, odbudowy, nadbudowy, co najmniej dwóch obiektów kubaturowych będących pod ochroną/nadzorem konserwatora zabytków lub wpisanych do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków lub inwentarza muzealiów, których wartość robót budowlanych wynosiła minimum 20 000 000,00 zł netto każdy.

Ponadto, w treści złożonego wykazu wykonawca Budimex S.A. nie określił podstaw dysponowania ww. osobami skierowanymi do realizacji zamówienia.

Budimex S.A. w odpowiedzi na wezwanie dnia 26 maja 2021 r. przedłożył nowy wykaz osób, w którym jako osoby skierowane do realizacji zamówienia wskazał jako Kierownika Kontraktu – R. S. oraz Kierownika Budowy – P. B. wraz ze szczegółowym opisem doświadczenia posiadanego przez te osoby. Jednocześnie wykonawca poinformował, że wykaz osób został zaktualizowany w wyniku zmian organizacyjnych w Spółce.

Z informacji pozyskanych przez Odwołującego wynika, że rzeczywistą przyczyną zmiany osób wskazanych na stanowisko Kierownika Projektu oraz Kierownika Budowy jest brak doświadczenia na poziomie określonym w SWZ przez osoby wskazane w pierwotnym wykazie osób. W przypadku bowiem P. D. - uzyskał on uprawnienia budowlane w 2009 r. i po tej dacie, legitymuje się doświadczeniem w realizacji dwóch inwestycji o wartości powyżej 20 mln zł:

- Przebudowa i modernizacja dworca kolejowego w Białymstoku o wartości 45 mln zł w okresie listopad 2018r.-październik 2020r.;
- Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Białymstoku o wartości 333 mln zł w okresie grudzień 2013r. - grudzień 2015r.

Druga spośród ww. inwestycji polegała na wykonaniu całkowicie nowego obiektu, a więc w jej ramach nie został wykonany remont, przebudowa, rozbudowa, odbudowa lub odbudowa istniejącego obiektu kubaturowego.

Pani J. C. wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy uzyskała uprawnienia budowlane w 1991 r. Na podstawie ogólnodostępnych informacji, nie jest możliwe przyjęcie, że posiada doświadczenie zawodowe na poziomie określonym w pkt 3.2. 2) b) SWZ - Rozdział IV, tj. dwa obiekty kubaturowe o wartości powyżej 20 mln zł będące pod ochroną/nadzorem konserwatora zabytków lub wpisane do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków lub inwentarza muzealiów. W ocenie Odwołującego, wskazana osoba legitymuje się doświadczeniem w realizacji jednej inwestycji spełniającej ww. kryteria, tj. Przebudowa i modernizacja dworca kolejowego w Białymstoku o wartości 45 mln zł w okresie listopad 2018r.- październik 2020r.

Oświadczenia złożone przez Budimex S.A. w pierwotnym wykazie osób dotyczące doświadczenia zawodowego posiadanego przez Kierownika Projektu oraz Kierownika Budowy zawierają zatem nieprawdziwe informacje.

Z uwagi na powyższe Budimex S.A. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp.

Fakt przedstawienia nieprawdziwych informacji należy oceniać na podstawie dokumentów przedstawionych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający swoją decyzję o spełnieniu przez Budimex S.A. warunków udziału w postępowaniu podjął bowiem tylko i wyłącznie w oparciu o dokumenty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwotnie złożonym wykazie osób wykonawca wskazał osoby, które nie legitymowały się doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Fakt, że Budimex S.A. na dzień składania ofert spełniał wymagane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, dysponując osobami na stanowisko kierownika budowy i kierownika kontraktu (wskazane następnie w nowym wykazie osób złożonym w trybie art. 128 ust. 1 Pzp), nie ma istotnego znaczenia, wobec braku prawidłowego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pierwotnym wykazie osób.

W ocenie Odwołującego, nawet bowiem w sytuacji, gdy nie było zamiarem Budimex S.A. wprowadzenie Zamawiającego w błąd, to faktem jest, że wprowadzenie w błąd miało miejsce w wyniku działania wykonawcy.

Konsekwencją przyjęcia prawdziwości tych informacji było bowiem wezwanie przez Zamawiającego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, a następnie akceptacja zastąpienia tych osób, z uwagi na zmiany organizacyjne ww. wykonawcy, innymi osobami w nowym wykazie.

Powyższe informacje są informacjami o doniosłym znaczeniu w postępowaniu, ponieważ miały na celu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2. 2) a) i b) SWZ, i niewątpliwie miały istotny wpływ na decyzję Zamawiającego co do wyniku postępowania - wyboru oferty Budimex S.A.

Natomiast zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 128 ust. 1 Pzp (uprzednio: art. 26 ust. 3 Pzp.), np. wyroki Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 2003/17, KIO 2430/17, KIO 1978/17, KIO 1139/19.

Powyższej interpretacji nie zmienia fakt, że obecnie ww. przesłanki stanowią fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania. W przypadku bowiem, gdy zamawiający (tak jak w niniejszym postępowaniu) przewidzi zastosowanie tych podstaw wykluczenia z postępowania w dokumentacji przetargowej, nie może zrezygnować z oceny wykonawców na ich podstawie w toku postępowania.

Działanie Budimex S.A. należy oceniać w kategoriach zachowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy - profesjonalisty. Nie można bowiem przyjąć, że wykonawca działał w powyższym zakresie z należyłą starannością, skoro nie miał pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie potrafił danych okoliczności wykazać, czego wyrazem jest wskazanie innych osób na wezwanie Zamawiającego. W ocenie Odwołującego ww. wykonawca w ten sposób zastąpił podane informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego - nowymi informacjami, co jest działaniem nieprawidłowym i jest sprzeczne z celem ww. regulacji, jakim jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, wprowadzających zamawiającego w błąd na skutek celowego albo lekkomyślnego lub niedbałego zachowania nie znajdujące umocowania w obowiązujących przepisach.

Z uwagi na powyższe należy uznać, że złożenie przez ww. wykonawcę nieprawdziwej informacji co do doświadczenia osób wskazanych na stanowisko kierownika budowy i kierownika kontraktu stanowi wyraz co najmniej niedbalstwa z jego strony. W związku z tym uzupełnienie wykazu osób przez Budimex S.A. nie wywołuje żadnych skutków, gdyż wezwanie w tym zakresie nie miałoby miejsca, gdyby Zamawiający nie był w błędzie, co do faktu, że pierwotnie złożony wykaz osób zawierał prawdziwe informacje.

Pismem z dnia 28 czerwca 2021 r. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe, zawierające uzupełnienie uzasadnienia odwołania, w którym podtrzymał stanowisko przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca Budimex S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 28 czerwca 2021 r. Zgłaszający przystąpienie wykonawca przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Wskazał, że stan faktyczny sprawy zasadniczo pozostaje pomiędzy stronami bezsporny. Odwołujący nie podważa ani faktu możliwości aktualizacji przez wykonawcę wykazu osób w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na modyfikacji osób wskazanych na poszczególne stanowiska, ani faktu zaistniałych w spółce Budimex S.A. zmian organizacyjnych. Odwołujący w żaden sposób nie skonkretyzował jakie informacje i z jakich źródeł rzekomo pozyskał i jakie konkretnie okoliczności dały asumpt do wyprowadzania zarzutów względem Przystępującego. Niepoparte uzasadnieniem i dowodami twierdzenia stanowią jedynie insynuacje oparte na wybiórczej analizie okoliczności istotnych dla rozpoznania sprawy, będąc gołosłownymi dywagacjami nie mającymi w istocie waloru prawidłowo i profesjonalnie skonstruowanego odwołania.

Przystępujący podkreślił, że aktualizując wykaz osób kierował się dokonanymi w ramach zarządu i rady nadzorczej spółki Budimex S.A. zmianami, które zostały dokonane w dniu 20 maja 2021 r., a które w oczywisty sposób oddziaływały na sposób zarządzania i alokacji poszczególnych zasobów w ramach spółki. Dodatkowo, chociaż Przystępujący z uwagi na wrażliwość przedmiotowych danych nie eksploatował tej argumentacji na wcześniejszym etapie postępowania, wskazał, że dokonana aktualizacja umotywowana była również poważnymi problemami zdrowotnymi jednej z osób wskazanych w pierwotnym wykazie.

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący nie czyni zarzutu z dokonanej aktualizacji wykazu osób i nie precyzyjnie temu, że Przystępujący osobami wskazanymi w zaktualizowanym wykazie osób (p. R. S. oraz p. P. B.) dysponował już na moment składania ofert. Bezspornym jest to, że Przystępujący spełniał warunki udziału w postępowaniu i dysponował osobami wskazanymi w zaktualizowanym wykazie osób już w dacie składania oferty i miał równocześnie prawo do dokonania przy omówionych uwarunkowaniach aktualizacji wykazu osób przedkładanego w postępowaniu.

Przystępujący wskazał, że zarzuty odwołania posiadają charakter blankietowy, stanowią zarzuty o nieprawidłowej konstrukcji, determinując brak możliwości uwzględnienia odwołania. Zarzuty Odwołującego sprowadzają się wyłącznie do twierdzenia, że w ocenie Odwołującego, osoby pierwotnie wskazane w wykazie osób przez Przystępującego, tj. p. J. C. oraz p. P. D. nie posiadają wymaganego doświadczenia, a Przystępujący, deklarując spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez ww. osoby, posłużył się nieprawdziwymi informacjami. Zarzut w tym zakresie opiera się na dywagacjach i przypuszczeniach Odwołującego, w ramach odwołania nie zostały przywołane fakty, które miałyby potwierdzać tezę Odwołującego.

Przystępujący podniósł, że w okolicznościach tej sprawy żadna z przesłanek konstytuujących treść przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp nie została przez Odwołującego wykazana, przy czym nie została wykazana nieprawdziwość oświadczenia, że p. P. D. i p. J. C. posiadają doświadczenie na dwóch realizacjach zdefiniowanych w SWZ odpowiednio dla osoby kierownika kontraktu oraz kierownika budowy.

Wbrew stanowisku Odwołującego, złożone przez Przystępującego oświadczenie dotyczące doświadczenia p. P. D. i p. J. C., stanowi oświadczenie zgodne z rzeczywistością, referujące do pełnego spectrum doświadczenia zawodowego tych osób.

Nie jest prawdą, że inwestycja dotycząca przebudowy dworca kolejowego w Białymstoku oraz inwestycja dotycząca budowy zakładu unieszkodliwiania odpadów komunalnych w Białymstoku były jedynymi inwestycjami o wartości robót ponad 20 000 000,00 zł netto, w których p. P. D. pełnił funkcję kierownika kontraktu. Nie jest też prawdą, że p. P. D. w ramach swojego doświadczenia zawodowego posiada wyłącznie jedną inwestycję spełniającą wymagania zdefiniowane przez Zamawiającego w SWZ dla osoby kierownika kontraktu, gdyż zaangażowany był w takiej roli w inne realizacje, które odpowiadają treści wymagań zdefiniowanych w SWZ dla kierownika kontraktu. Przystępujący wyjaśnił, że składając oświadczenie o posiadaniu przez p. P. D. doświadczenia wymaganego w SWZ nie brał pod uwagę inwestycji dotyczącej budowy zakładu unieszkodliwiania odpadów komunalnych w Białymstoku, stąd rozważania Odwołującego dotyczące tej inwestycji są bezprzedmiotowe;

Również p. J. C. w ramach swojego doświadczenia zawodowego zaangażowana była w wymaganej roli również

w inne realizacje, które odpowiadają treści wymagań zdefiniowanych w SWZ dla kierownika budowy.

Żadne z twierdzeń Odwołującego w uzasadnieniu odwołania (które wyznaczają granice rozpoznania odwołania) nie polegają na prawdzie, stanowiąc twierdzenia gołosłowne. Przystępujący określił, że ciężar wykazania zaistnienia wskazanych okoliczności spoczywa, zgodnie z art. 6 k.c., w całości na Odwołującym. W przedmiotowym przypadku Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania prawidłowości twierdzeń, na których opiera swoje odwołanie.

Przystępujący wyjaśnił, że choć nie jest to jego rolą procesową, pozostaje w gotowości do przedstawienia w toku postępowania stosownych dowodów, jednoznacznie dyskwalifikujących sugestie o braku posiadania wymaganego doświadczenia przez p. D. i p. C. . Podkreślił, że oświadczenie złożone przez Przystępującego dotyczące doświadczenia p. D. i p. C. odpowiadają rzeczywistości i z samego tego faktu wynika brak jakiegokolwiek podstawy do konstruowania zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) czy 10) Pzp

Ponadto, Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania zawinienia, które miałyby obciążać Przystępującego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8) czy 10) Pzp. Odwołujący ograniczył się w tym zakresie do zacytowania brzmienia przepisów, w żaden sposób nie indywidualizując zarzutów w kontekście tego konkretnego przypadku. Samo zacytowanie przez Odwołującego treści przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8) czy 10) Pzp (wcześniejszy art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp) i przedstawienie własnych opinii, odwołujących się do bliżej nieskonkretyzowanych źródeł wiedzy nie jest wystarczające dla wykazania, iż dana informacja miałaby mieć walor informacji nieprawdziwej, a jej podanie miałyby być wyrazem zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, niedbalstwa czy chociażby lekkomyślności.

Zdaniem Przystępującego, wątpliwości budzi również możliwość oceny zaistniałych w sprawie okoliczności przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 8) czy 10) Pzp. Informacje, które oceniane są poprzez dyspozycje wskazanych przepisów, muszą bowiem charakteryzować się możliwością istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie chodzi więc, o pośredni wpływ czy wpływ nieistotny, ale wyłącznie o rzeczywiste przełożenie danej informacji na konkretne decyzje mające znaczenie z perspektywy danego postępowania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ramach uzasadnienia wniesionego odwołania Odwołujący takiego wpływu nie wykazał, przyjmując go poniekąd automatycznie. Z uzasadnienia wniesionego odwołania wynika przy tym jednocześnie, że sam Odwołujący, co do istotności wpływu kwestionowanych przez niego informacji zdaje się mieć wątpliwości — pisze bowiem o „przyczynieniu się” danych informacji do wyboru oferty Przystępującego, a nie o istotnym ich przełożeniu na ten proces.

Zamawiający nie poddawał analizie merytorycznej wykazu przedstawionego przez Przystępującego dnia 19 maja 2021 r. Informacje zawarte w tym dokumencie, którym Odwołujący przypisuje charakter informacji nieprawdziwych, nie były dla Zamawiającego podstawą podejmowania jakichkolwiek decyzji istotnych z punktu widzenia prowadzonego postępowania. Kadra, którą dysponuje Przystępujący, a którą Zamawiający ocenił przed podjęciem decyzji o wyborze oferty Przystępującego w postępowaniu, spełnia wymagania Zamawiającego. Świadomość tego ma sam Odwołujący, który sam wskazuje, że spółka Budimex S.A. posiada i posiadała na dzień składania ofert wymagany potencjał osobowy spełniający warunki udziału w postępowaniu (vide pkt III. 5 uzasadnienia odwołania) i żadnych zarzutów względem doświadczenia tej kadry nie formułuje.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania. Podkreślił, że w toku postępowania nie naruszył żadnych przepisów Pzp. Podniósł, że Odwołujący nie wykazał przesłanek i okoliczności potwierdzających wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp, które Odwołujący podtrzymał na rozprawie oraz z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 Pzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Budimex S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 3 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Budimex S.A. z postępowania. Izba uznała za bezpodstawne twierdzenia Odwołującego, iż wykonawca Budimex S.A. przedłożył w postępowaniu w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika Kontraktu i Kierownika Budowy lub że wykonawca Budimex S.A. przedłożył w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika Kontraktu i Kierownika Budowy, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Budimex S.A. jako najkorzystniejszej. Brak jest bowiem podstaw do stwierdzenia, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu lub nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c Pzp, zamawiający odrzuca bowiem ofertę, jeżeli, została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych osób wskazanych do realizacji zamówienia (kierownik kontraktu, kierownik budowy) w pkt I.1.3) ogłoszenia „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe” oraz w rozdziale IV ust. 3 pkt 3.2 ppkt 2 lit. a) i b) Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W rozdziale IV pkt 2.2 SWZ Zamawiający przewidział fakultatywne przestanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, określone w art. 109 ust. 1 pkt 1,4,6-10 Pzp.

W rozdziale IV pkt 4.3.10 lit. b SWZ Zamawiający wymagał złożenia Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych oraz uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (sporządzony zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 7 do SWZ), jako podmiotowego środka dowodowego.

Załącznik nr 7 do SWZ zawiera formularz do wypełnienia – „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w celu oceny spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej (dotyczy warunku opisanego w rozdziale IV SWZ pkt 3.2. ppkt 2) lit. a), b), c), d).”

W dniu 11 maja 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Budimex S.A. do złożenia dokumentów – podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, w tym m.in. wykazu osób, stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ.

W dniu 19 maja 2021 r. Wykonawca Budimex S.A. złożył Załącznik nr 7 (Wykaz osób) w którym wskazał osoby (P. D. – na stanowisko Kierownika Kontraktu i J. C. – na stanowisko Kierownika Budowy), oświadczając, że spełniają one wymogi określone w SWZ, odpowiednio pkt 3.2.2) lit a i pkt 3.2.2) lit.b. Wykonawca nie podał w wykazie podstawy dysponowania tymi osobami.

W dniu 21 maja 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Budimex S.A. „do złożenia dokumentów i oświadczeń wymaganych postanowieniami SWZ w zakresie dotyczącym potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia przez osobę Kierownika Kontraktu oraz Kierownika Budowy wskazanych w przekazanych w dniu 19.05.2021 r. dokumentach oraz wskazania podstaw dysponowania osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”.

Zamawiający w uzasadnieniu podał, że „Wykonawca, składając na wezwanie zamawiającego, dokumenty przekazał wymagany wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego sporządzony zgodnie z wymaganiami SWZ w treści którego w odniesieniu do osoby Kierownika Kontraktu pana P. D. oraz Kierownika Budowy pani J. C. zawarł jedynie adnotację, że odpowiednio:

–osoba Kierownika Kontraktu spełnia wymogi określone w tym zakresie w SWZ pkt 3.2. 2) a) SWZ - Rozdział IV.

–osoba Kierownika Budowy spełnia wymogi określone w tym zakresie w SWZ pkt 3.2. 2) b) SWZ - Rozdział IV.

Poza powyższymi oświadczeniami, zamawiający badając złożone dokumenty nie znalazł informacji potwierdzających, że:

- 1.Kierownik Kontraktu pan P. D. pełnił funkcję Kierownika Kontraktu w zakresie remontu, przebudowy, rozbudowy, odbudowy, nadbudowy co najmniej dwóch obiektów kubaturowych których wartość robót budowlanych wynosiła minimum 20 000 000,00 zł netto każdego;
- 2.Kierownik Budowy pani J. C. pełniła funkcję Kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie remontu, przebudowy, rozbudowy, odbudowy, nadbudowy, co najmniej dwóch obiektów kubaturowych będących pod ochroną/nadzorem konserwatora zabytków lub wpisanych do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków lub inwentarza muzealiów, których wartość robót budowlanych wynosiła minimum 20 000 000,00 zł netto każdego;

Ponadto, w treści złożonego wykazu wykonawca nie wskazał podstaw dysponowania osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich wskazanych osób.

Wobec powyższego, zamawiający wzywa Państwa do złożenia uzupełnionego wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego o brakujące informacje.”

W dniu 26 maja 2021 r. wykonawca Budimex S.A. złożył wykaz osób, w którym wskazał inne osoby do pełnienia wskazanych funkcji wraz z podaniem informacji wymaganych w SWZ jak i w wezwaniu Zamawiającego.

Odwołujący nie kwestionował faktu, że osoby te spełniają wszystkie wymagania określone w SWZ, w szczególności w zakresie posiadanego doświadczenia, stosownie do postanowień pkt 3.2. ppkt 2 lit. a i b SWZ oraz że wykonawca Budimex S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucał, że oświadczenie co do spełnienia ww. warunków doświadczenia ww. osób wskazanych w pierwotnym wykazie jest nieprawdziwe.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Zgodnie z art. 125 ust. 1 Pzp, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Ust. 2 wskazuje, że oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”. Zgodnie z ust. 3 tego artykułu, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Przepis art. 128 ust. 1 Pzp wskazuje, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W świetle powyższego, w pierwszej kolejności należy wskazać, że podmiotowe środki dowodowe składane na

wezwanie zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, zatem w przypadku uzupełniania tych dokumentów, powyższa zasada pozostaje nadal obowiązująca. Nie można bowiem przyjąć, że w terminie wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów, powinny zostać złożone dokumenty z datą wsteczną, tj. datowane na dzień, w którym były składane pierwotnie.

Wobec powyższego, skoro wykaz osób składany w ramach uzupełnienia musi być aktualny na dzień jego złożenia, to należy przyjąć, że informacje w nim zawarte także muszą być aktualne na ten moment, a tym samym dopuszczalna jest zmiana przez wykonawcę osób wskazanych do realizacji zamówienia, jak i wymaganych informacji dotyczących tych osób.

Z powyższych względów, wykonawca Budimex S.A. w wykazie złożonym w dniu 26 maja 2021 r. był uprawniony do wskazania innych osób niż wskazane w pierwotnie złożonym wykazie, który zawierał błędy (braki co do podstawy dysponowania).

Podkreślić również należy, że z treści wezwania z dnia 21 maja 2021 r. jednoznacznie wynika, że Zamawiający wezwał wykonawcę Budimex S.A. do „złożenia wykazu osób”, a zatem dopuścił możliwość złożenia wykazu zawierającego nowe (aktualne) informacje.

Wymóg, aby składane przez wykonawcę dokumenty były aktualne na dzień ich złożenia, oznacza że Ustawodawca przewidział możliwość wystąpienia zmiany okoliczności faktycznych w czasie pomiędzy terminem składania ofert, a terminem składania środków dowodowych, w tym też – terminem ich uzupełniania.

Jak to ma miejsce w niniejszym przypadku, zarówno zmiany organizacyjne, jak i choroba jednej ze wskazanych pierwotnie osób, stanowiły obiektywne przyczyny uzasadniające zmiany wprowadzone przez wykonawcę Budimex S.A. do wykazu osób.

Izba uznała za bezpodstawne i nieudowodnione przez Odwołującego twierdzenia, że rzeczywistą przyczyną zmiany osób wskazanych na stanowisko Kierownika Kontraktu oraz Kierownika Budowy był brak doświadczenia na poziomie określonym w SWZ osób wskazanych w pierwotnym wykazie osób.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że wskazane pierwotnie w wykazie przez Budimex S.A. osoby nie spełniały wymagań co do doświadczenia określonego w SWZ, w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji zamówienia na stanowisko Kierownika Kontraktu i Kierownika Budowy, a tym samym, że wykonawca Budimex S.A. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nie znajdują potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym w tej sprawie również twierdzenia Odwołującego, że wykonawca Budimex S.A. w powyższym zakresie złożył nieprawdziwe informacje co do doświadczenia wskazanych osób, wprowadzając Zamawiającego w błąd, co mogło mieć wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu, w szczególności na wybór oferty najkorzystniejszej. W szczególności nie potwierdzają zarzucanych okoliczności złożone przez Odwołującego artykuły publikowane w Internecie, których wydruki przedstawił Odwołujący na rozprawie odnośnie p. P. D. . W odniesieniu do p. J. C. Odwołujący także nie wykazał, że osoba ta w ramach posiadanego doświadczenia legitymuje się tylko jedną realizacją spełniającą wymagania SWZ. Przedłożone przez Odwołującego informacje o tym, że osoba ta była powoływana do pracy w komisji na Uniwersytecie Medycznym w Białymstoku w latach 2008 -2014 nie dowodzi tego, że nie uczestniczyła ona w żadnych innych zadaniach. Powyższym głośnym twierdzeniom Odwołującego przeczą także oświadczenia p. P. D. z dnia 25 czerwca 2021 r. i p. J. C. z dnia 23 czerwca 2021 r. złożone przez Przystępującego na rozprawie. Odwołujący nie wykazał faktu, że wykaz osób złożony przez Budimex S.A. w dniu 19 maja 2021 r. zawierał nieprawdziwe informacje. Badanie pozostałych przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp stało się w tych okolicznościach bezprzedmiotowe.

Z uwagi na powyższe należało uznać, że wykonawca Budimex S.A. nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp, a w konsekwencji oferta złożona przez tego wykonawcę nie podlega odrzuceniu.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty zawarte w odwołaniu, a zatem biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący: .....**