

WYROK

z dnia 5 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 września 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2022 r. przez: wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155 lok. U3 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencję Rozwoju Miasta Krakowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królewska 57

przy udziale wykonawcy Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Plac Gen. Władysława Sikorskiego 3/8 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2214/22 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BBC Best Building Consultants

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155 lok. U3 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155 lok. U3 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) 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 2214/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na wyłonienie wykonawcy usług projektowych w zakresie opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosz-

torysowej dla zadania pn.: „Remont, modernizacja i adaptacja budynku Czerwonej Chirurgii na potrzeby siedziby Krakowskiego Biura Festiwalowego” wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę; zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15.06.2022r. - 2022/BZP 00210040/01

W dniu 18 sierpnia 2022 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 23 sierpnia 2022 r. wykonawca BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155 lok. U3 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu komplementariusza spółki upoważnionego do reprezentacji komplementariusza, zgodnie ze złożonymi odpisami z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 23 sierpnia 2022 r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8) ustawy przez ich zastosowanie i

bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego wynikające z uznania, że odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu i) zawinonego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważa uczciwość odwołującego, ii) nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniej zawartych umów w sprawie zamówień publicznych, co doprowadziło do zapłaty kar umownych, iii) zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa odwołującego skutkującego wprowadzeniem w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego podczas, gdy prawidłowa ocena oferty odwołującego, złożonych dokumentów i wyjaśnień winna prowadzić do wniosku, że odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy, przez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunku podczas, gdy w świetle złożonych przez odwołującego dokumentów należy uznać, że wykazał on spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz dokonał właściwego uzupełnienia dokumentów;

3) art. 128 ust. 4 ustawy, przez jego niezastosowanie i zaniechanie żądania złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie udziału odwołującego w realizacji wskazanych usług pomimo stwierdzenia w decyzji o odrzuceniu, że wyjaśnienia były niepełne, powierzchowne i sprzeczne a tym samym winny budzić wątpliwości zamawiającego i zostać przez niego wyjaśnione.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, którego oferta, po odrzuceniu innych ofert, uplasowałaby się na pierwszym (1) miejscu w rankingu ofert pod względem kryteriów oceny ofert, a zatem posiada interes w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem. Gdyby zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w petitum odwołania to oferta odwołującego zostałaby uznana, jako oferta najkorzystniejsza. Wskutek odrzucenia oferty odwołującego oraz w świetle powyższego, odwołujący może ponieść szkodę w związku z niezgodnym z prawem działaniem zamawiającego, która powinna być rozumiana jako utrata możliwości wygenerowania przez niego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podał, że zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania pn.: „Remont, modernizacja i adaptacja budynku Czerwonej Chirurgii na potrzeby siedziby Krakowskiego Biura Festiwalowego”. Pismem z dnia 18.08.2022r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

W treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 2a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8) ustawy .

Zamawiający wskazał, że według jego opinii, odwołujący zataił w swojej ofercie i dokumen-

tach składanych w toku postępowania fakt nienależytego wykonania usług realizowanych w ramach zamówień publicznych na rzecz Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego i Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej sp. z o.o. Odnosząc się do usługi na rzecz Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego, zamawiający wskazał, że na podstawie dokumentów uzyskanych od ówczesnego zamawiającego, stwierdził, że w związku z realizacją Etapu II i III odwołującemu zostały naliczone kary umowne za nienależyte wykonanie umowy, przy czym kar za Etap II, odwołujący nie zakwestionował w żaden sposób, co doprowadziło zamawiającego do przekonania, że usługa została wykonana nienależycie.

W odniesieniu do usługi na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej sp. z o.o., zamawiający stwierdził na podstawie informacji pochodzących od ówczesnego zamawiającego, że usługa została wykonana nienależycie i zostały naliczone kary umowne.

Zamawiający ponadto stwierdził na str. 4 uzasadnienia swojej decyzji, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie wskazując jednak o jaki warunek miałoby chodzić i dlaczego uznał, że warunek ten nie został spełniony.

Również na str. 4, zamawiający wskazał, że „W świetle opisanego stanu faktycznego i prawnego oraz posiadanych oświadczeń i dokumentów zamawiający uznał, że Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, gdyż nienależycie wykonał zamówienia, co zamawiający wykazał.”, nie przedstawiając w żaden sposób, jakie obowiązki zawodowe zostały naruszone, kiedy, w ramach której umowy lub usługi.

Zamawiający uznał również, że wobec odwołującego zachodzą przesłanki do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy .

W uzasadnieniu tej podstawy prawnej, zamawiający wskazał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i nie uzupełnił na żądanie zamawiającego dokumentów w tym zakresie. Jak wskazał zamawiający, podstawa takiej decyzji był fakt, że usługi wskazane w wykazie usług były realizowane przez konsorcjum, w skład którego wchodził odwołujący, ale złożone dokumenty i wyjaśnienia - zdaniem zamawiającego - nie potwierdziły, że to właśnie odwołujący nabył stosowne doświadczenie w ramach realizacji tych usług, które potwierdzałoby spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut jest zasadny, a decyzja zamawiającego jest błędna.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania fakultatywne przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy . Wskazać jednak należy, że żadna z tych podstaw wykluczenia nie ma zastosowania wobec odwołującego.

Jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia w tym zakresie, podstawą decyzji zamawiającego było uznanie, że odwołujący w sposób nienależyty zrealizował usługi wskazane w wykazie usług, o czym nie poinformował zamawiającego, a tym samym zataił te informacje.

Z tezą taką odwołujący się nie zgodził. Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym i zgodnie z dokumentami zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia m.in. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Odwołujący, zgodnie z faktycznym stanem rzeczy, oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odnosnie usługi na rzecz Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego, odwołujący wskazał, że kwestia „nienależytego wykonania tej umowy” była już przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z dnia 28 marca 2022r. w sprawie sygn. akt KIO 665/22, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że realizacja tej umowy „wpisywałaby” się w przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy .

Wskazał przy tym, że kara umowna za Etap II dotyczyła opóźnienia w przekazaniu ostatecznej decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Odwołujący kwestionował fakt naliczenia tej kary umownej wobec ówczesnego zamawiającego, jednak nie dochodził jej zwrotu przed sądem. Brak dochodzenia zwrotu tej kary przed sądem nie oznacza przy tym w żaden sposób, że była ona należna, a jedynie, że wykonawca nie podjął środków prawnych w celu odzyskania tej kwoty.

Dodatkowo kara umowna dla Etapu II została naliczona w dniu 26.09.2017r., tak więc nie mogła mieć żadnego wpływu na możliwość wykluczenia wykonawcy z uwagi na okres „ka-

rencji" wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy. Tak więc wskazywanie na tę karę umowną i nienależyte wykonanie umowy stanowiące podstawę jej naliczenia jest całkowicie irrelewantne z punktu widzenia podejmowanych przez zamawiającego decyzji w tym postępowaniu.

W zakresie kary umownej dotyczącej Etapu III, odwołujący wskazał, że jest ona przedmiotem sporu przed Sądem Rejonowym dla m.st. Warszawy pod sygn. akt VIII GC 3249/21, w której odwołujący kwestionuje zasadność naliczonej kary z tytułu zwłoki w realizacji Etapu III.

Odnosząc się do kary umownej za Etap III, wskazał również, że zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty w żaden sposób nie odnosi się do tej kwestii w swoim uzasadnieniu, stąd odwołujący nie jest w stanie wywnioskować, czy również kary za Etap III (pomimo trwającego sporu sądowego w tej sprawie) uznał za przejaw nienależytego wykonania umowy. Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący przywołał wskazany powyżej wyrok KIO, w którym Izba uznała, że kara ta nie potwierdza ziszczenia się przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Nawiązując do naliczonej przez inwestora kary umownej należy przedstawić kontekst realizacji umowy, która została zawarta w 2017 r.

Inwestor w toku realizacji umowy nie zgłaszał zastrzeżeń do sposobu realizacji prac przez odwołującego.

Do 2021 r. współpraca stron przebiegała bez zastrzeżeń, a odwołujący ukończył wszystkie prace w terminie określonym w umowie. Jednakże z przyczyn nieznanых odwołującemu inwestor zwlekał z podpisaniem protokołu odbioru za Etap III zamówienia, który to protokół pozwalałby odwołującemu na wystawienie faktury za wykonane prace w ramach tego etapu. Inwestor ostatecznie w dniu 19 lutego 2022 r. podpisał protokół odbioru wskazując rzekome uchybienia po stronie odwołującego oraz członka konsorcjum wspólnie z odwołującym realizującego zamówienie. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem inwestora, czego dał wyraz zgłaszając zastrzeżenie do protokołu.

Inwestor poinformował odwołującego o naliczonej karze umownej za opóźnienie dopiero w odpowiedzi na przesłaną przez odwołującego fakturę za odebrany Etap III świadczenia usługi nadzoru. Zamawiający wcześniej nie wzywał odwołującego do zaprzestania naruszeń postanowień umownych, jak również nie sugerował, że odwołujący znajduje się w jakimkolwiek opóźnieniu w realizacji swoich obowiązków w wykonaniu zamówienia.

Odwołujący przy tym wskazał, że z oświadczenia inwestora nie sposób wywieść w jakim okresie odwołujący pozostawał w opóźnieniu i jaki konkretnie czasookres stanowił podstawę do przyjętych przez inwestora wyliczeń. Odwołujący wskazał, że wszystkie czynności w trakcie realizacji zamówienia były wykonywane terminowo, a inwestor nie miał podstaw do naliczenia kary umownej z tytułu rzekomego opóźnienia.

Z dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy wynika, że przesłanka do wykluczenia wskazana w przepisie zachodzi, gdy wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyte wykonał albo długotrwale w sposób nienależyty wykonywał istotne zobowiązania umowne.

Niezależnie więc od powyższego, zamawiający nie wykazał w żaden sposób, aby kary umowne naliczone w ramach tej umowy wypełniały przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając odwołującego, zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do naliczenia kary umownej. Zamawiający musi także wykazać, że do naliczenia kary umownej (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał na czas. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, które wykonawca wykonał nienależyte, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca wykonał umowę nienależyte w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące.

Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Ocena zasadności przesłanek wykluczenia nie może opierać się wyłącznie na subiektywnej ocenie sytuacji dokonanej przez inny podmiot zamawiający. Podkreślił, że interes zamawia-

jącego nie zawsze jest tożsamy z interesami wykonawców realizujących zamówienia. Choć co do zasady dążą oni do realizacji jednego celu tj. wykonania zamówienia publicznego, to jednak, jak w każdym zobowiązaniu kontraktowym, pojawić się mogą spory co do interpretacji postanowień umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych czy prawnych, to skutkować może sporami w trakcie realizacji umowy. Obiektywna zaś ocena danej sytuacji, to próba podjęcia analizy stanowisk obu stron sporu, analiza materiału dowodowego i ocena mocy dowodowej poszczególnych dokumentów jak i stanowisk stron.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: "Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że zamawiający zobligowany jest wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące." (KIO 454/18)

Odnosząc się do umowy realizowanej na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej sp. z o.o., odwołujący wskazał, że w dniu 14.09.2021r. ówczesny zamawiający obciążył odwołującego karą umowną w wysokości 28.966,26 zł za rzekome 114 dni opóźnienia w przekazaniu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zakwestionował zasadność naliczenia tej kary odsyłając notę w tej sprawie oraz finalizuje złożenie powództwa o zwrot tej kwoty.

Odwołujący wskazał, że na etapie realizacji przedmiotowej umowy z uwagi na opóźnienia organów administracji, wystąpienie robót dodatkowych, bezzasadne żądania zamawiającego wprowadzania zmian w dokumentacji projektowej wnioskował do zamawiającego o wprowadzenie odpowiednich zmian w zakresie terminu umownego (pisma z dnia 18.12.2019, 05.03.2020r., 14.10.2020r., 26.01.2021r., 30.07.2020r.). Podstawą wydłużenia czasu realizacji Umowy były również okoliczności związane z COVID - 19, o czym odwołujący informował w pismach z dnia 18.11.2020r., 01.12.2020r., 18.12.2020r., 04.02.2021r.

Zasadność roszczeń odwołującego znalazła również potwierdzenie w prywatnej opinii biegłego z dnia 26.05.2021r.

Łódzka Spółka Infrastrukturalna sp. z o.o. całkowicie zignorowała wnioski odwołującego i odmówiła zawarcia stosownych Aneksów, wykazując całkowity brak współdziałania przy realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że dochował należytej staranności przy wykonywaniu tej usługi, a wydłużenie terminu realizacji wynikało z przyczyn całkowicie niezależnych od niego.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że w żaden sposób nie podał nieprawdziwych informacji w złożonych przez siebie dokumentach, ani nie zataił informacji mających znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Nadmieniał, że w przedmiotowym postępowaniu

wykonawcy nie składali dokumentu JEDZ, w którym - zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej - należałoby wskazać również na te usługi, co do których wprowadzie nie zachodzi przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy ale doszło przykładowo do naliczenia kar umownych - nieważne czy zasadnych czy też nie. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani jedynie do złożenia stosownego oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu, a skoro wobec odwołującego takie przesłanki nie zachodzą był on uprawniony do złożenia stosownego oświadczenia.

Odnosząc się natomiast do podstawy wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy, to odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu brak jest jakiegokolwiek informacji na czym zdaniem zamawiającego miałyby polegać poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych przez odwołującego. Brak jest również informacji, których umów i jakich czynności miałyby dotyczyć to naruszenie obowiązków, stąd odwołujący nie jest w stanie odnieść się do tej podstawy wykluczenia. Co więcej, zamawiający również nie wskazał, w jaki sposób to ewentualne naruszenie obowiązków zawodowych, które dodatkowo musi mieć charakter zawiniony i poważny, podważa uczciwość odwołującego.

Jedyny fragment, w którym zamawiający wskazał na naruszenie obowiązków zawodowych to treść zawarta na str. 4 uzasadnienia, w którym zamawiający stwierdził:

W świetle opisanego stanu faktycznego i prawnego oraz posiadanych oświadczeń i doku-

mentów zamawiający uznał, że wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, gdyż nienależycie wykonał zamówienia, co zamawiający wykazał. Przy czym powyżej zamawiający opisał kwestię realizacji usług na rzecz Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego i Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej sp. z o.o. i nie sposób doszukać się elementów odnoszących się do zawinionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i podważających uczciwość odwołującego. Jeżeli intencją zamawiającego było wskazanie, że podanie - zdaniem zamawiającego - nieprawdziwych informacji w tym postępowaniu wpisuje się w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy, to takie stanowisko jest całkowicie błędne, gdyż przepis ten odnosi się do wcześniej realizowanych zamówień, w toku których wykonawca dopuściłby się takich naruszeń. Kary umowne naliczone w toku realizacji poprzednich umów, uznając nawet ich zasadność - z czym odwołujący się nie zgadza - dotyczą wyłącznie opóźnień w realizacji przedmiotu zamówienia a nie obowiązków zawodowych.

Odwołujący wskazał ponadto, że w żadnej świadczonej przez niego usłudze, w tym również wymienionych w wykazie usług, nie doszło do żadnego naruszenia obowiązków zawodowych.

W zakresie nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał, że zamawiający nie wskazał na czym miałyby polegać owo uchybienie. Jeżeli intencją zamawiającego było wskazanie, że skoro te dwie usługi były wykonane nienależycie to brak jest możliwości powoływania się na nie (z uwagi na nieczytelność uzasadnienia odrzucenia, ta treść odnosi się zarówno do zarzutu pierwszego, jak i drugiego), to wskazać należy, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia obejmował wymóg wykazania się co najmniej dwoma usługami polegającymi na wykonaniu dwie kompletne dokumentacje projektowo-kosztorysowe w zakresie adaptacji/przebudowy/remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego i złożeniem wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę lub zaświadczenia o niewniesieniu sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych dla wykazanych dwóch dokumentacji.

W odniesieniu do umowy realizowanej na rzecz Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego wymagana wiedza i doświadczenie odnosiły się do Etapu I umowy, a zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje jakości wykonania tego Etapu. Dodatkowo odwołujący przedłożył stosowne referencje w tym zakresie.

W odniesieniu natomiast do usługi na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej sp. z o.o. to podtrzymując stanowisko w zakresie należytego wykonania umowy, wskazać należy, że przedmiotem oceny w ramach warunku nie jest kwestia realizacji umowy a kwestia nabycia określonej wiedzy i doświadczenia z zakresu projektowania. Jak wynika z protokołu załączonego przez odwołującego do postępowania, wskazany zamawiający nie miał żadnych uwag do złożonej dokumentacji projektowej, nie stwierdził żadnych wad czy usterek a tym samym stwierdzić należy, że usługa projektowa została wykonana należycie.

Fakt naliczenia kar umownych z tytułu opóźnienia, abstrahując od ich zasadności, nie ma żadnego przełożenia na wiedzę i doświadczenie w zakresie projektowania. Jest to kwestia zupełnie obojętna z punktu widzenia warunku, co więcej fakt naliczenia kar umownych - co jest podnoszone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - nie stanowi samoistnej i wystarczającej przesłanki do stwierdzenia, że usługa została wykonana nienależycie. Odwołujący podkreślił, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, co wykazał za pomocą stosownych dokumentów.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia obejmował wymóg wykazania się co najmniej dwoma usługami polegającymi na wykonaniu dwie kompletne dokumentacje projektowo-kosztorysowe w zakresie adaptacji/przebudowy/remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego i złożeniem wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę lub zaświadczenia o niewniesieniu sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych dla wykazanych dwóch dokumentacji.

Obie wskazane w wykazie usługi spełniają przedmiotowy warunek. Nadmienić w tym miejscu należy, że dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy oraz dokument potwierdzający należyte ich wykonanie. Jak rozumie odwołujący, zamawiający kwestionuje fakt, że usługi te zostały wykonane przez odwołującego, który realizował je wspólnie z innym podmiotem w ramach tzw. konsorcjum. Odwołujący ponosi, że jak wskazywał w swoich wyjaśnieniach z dnia 22 lipca 2022r. był podmiotem realizującym praktycznie w 100% prace projektowe, w związku z czym nabył niezbędne doświadczenie, którym może się legitymować. Zamawiający, odrzucając ofertę wykonawcy z powołaniem tej podstawy winien wykazać, że odwołujący nie nabył stosownego

doświadczenia, a tego nie uczynił.

Odwołujący nie jest w stanie odnieść się do twierdzenia zamawiającego:

„Zdaniem zamawiającego Wykonawca sam potwierdził, że podmiot udostępniający samodzielnie nie zrealizował wykazanych usług stwierdzając wprost „(...) że Wykonawca realizował niemalże 100% zakresu prac projektowych dla realizacji przywołanych w wykazie usług i może w pełni dysponować samodzielnie referencjami w tym zakresie. (...)”.

Odwołujący wskazywał bowiem, że nie korzysta z zasobów podmiotu trzeciego przy wykonywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem skoro sam praktycznie w 100% wykonał dokumentację projektową to udział podmiotu trzeciego był zbędny.

Zdanie to raczej przemawia na korzyść odwołującego i jeżeli zamawiający go nie kwestionuje, to znaczy, że uznał, że odwołujący posiada stosowne doświadczenie.

Jeżeli jednak zamawiający uznał, że składane wyjaśnienia są powierzchowne i budzą jego wątpliwości to jego obowiązkiem było w dalszym ciągu stosować procedurę wyjaśnień, czego nie uczynił.

Odwołujący podkreślił, że to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że odwołujący nie nabył stosownego doświadczenia w ramach świadczonych przez konsorcjum usług. Odwołujący nie wie, z jakich to złożonych przez niego dokumentów w toku postępowania miałyby wynikać, że nie nabył wymaganego doświadczenia. Zamawiający nie wykazał tego w decyzji o odrzuceniu, nie przywołał tych dokumentów, a uzupełnienie decyzji o nowe treści należy uznać za niedopuszczalne.

Odnosnie braku uzupełnienia dokumentów podmiotowych, to odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SWZ oraz przepisami ustawy i rozporządzenia wykonawczego w sprawie dokumentów, zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jedynie wykazu usług oraz tzw. referencji. Odwołujący złożył te dokumenty i potwierdzały one spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Z uzasadnienia nie sposób wyczytać, jakich innych dokumentów podmiotowych odwołujący nie złożył, przy czym wskazać należy, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 lipca 2022r., odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe takie, których zamawiający mógł wymagać zgodnie z postanowieniami SWZ, ustawy oraz przepisami wykonawczymi.

Tym samym, zarzut według odwołującego należy uznać za zasadny.

W dniu 24 sierpnia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 29 sierpnia 2022 r. wykonawca Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Plac Gen. Władysława Sikorskiego 3/8 zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości i utrzymanie w mocy decyzji zamawiającego o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem zamawiający w następstwie czynności badania i oceny ofert wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą. Zgłoszenie zostało wniesione przez prokurenta ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 1 września 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie w całości odwołania,
2. zasądzenie kosztów postępowania według norm przypisanych.

Zamawiający poinformował ponadto, iż mimo stosownego zawiadomienia, po stronie odwołującego, nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o., Plac Gen. Władysława Sikorskiego 3/8 31-115 Kraków.

Ad. 1 Zamawiający poinformował, że zebrane w toku postępowania oświadczenia i dokumenty wskazują bezspornie, że odwołujący w sposób nienależyty zrealizował usługi wskazane w wykazie usług, o czym nie poinformował zamawiającego, a tym samym zataił te

informacje.

Po pierwsze realizacja usługi na rzecz Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego wykonana była nie tylko nieterminowo, ale i nienależycie, a ponadto nie została wykonana w całości.

Zdaniem zamawiającego w sprawie, która była przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą (Wyrok z dnia 28.03.2022 r., sygn. akt KIO 665/22), odwołujący jednostronnie przedstawił informacje i dokumenty wprowadzając w błąd strony postępowania i samą Izbę.

Faktem jest, iż umowa na rzecz Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego została wykonana z opóźnieniem wynoszącym co najmniej 210 dni, a z tego tytułu doszło do wypłaty odszkodowania w postaci potrącenia kar umownych. Odwołujący nie zakwestionował kar umownych potrąconych za Etap II, przyznając tym samym iż były one zasadne, gdyż nienależycie wykonał swoje obowiązki wynikające z umowy, a spór dotyczy kar za Etap III. Niemniej skierowanie sprawy do sądu nie świadczy o należytych wykonaniu zamówienia i niezasadności naliczenia i potrącenia kar.

Dodał, że Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego wystawił referencje jedynie za Etap I realizacji umowy, a odwołujący posługuje się nimi poniekąd jako dowodem na wykonanie całości zamówienia. Ponadto uprzedni zleceniodawca wskazuje, że współpraca nie przebiegała dobrze, wykonana dokumentacja okazała się między innymi wadliwa, niekompletna, błędna, nieskoordynowana i odwołujący wielokrotnie był wzywany do jej poprawienia, a przy tym obowiązków z tytułu nadzoru autorskiego również nie wykonywał należycie. Stwierdzenia te stoją w rażącej sprzeczności ze stanowiskiem odwołującego, który wskazuje jakoby „Do 2021 r. współpraca stron przebiegała bez zastrzeżeń, a odwołujący ukończył wszystkie prace w terminie określonym w umowie.”

Zwrócił uwagę, że odwołujący stwierdza, iż „(e..) przedmiotem oceny w ramach warunku nie jest kwestia realizacji umowy a kwestia nabycia określonej wiedzy i doświadczenia z zakresu projektowania.”. Dowodzi to temu, iż nie rozumie treści warunku udziału w postępowaniu, który stanowi o wykonaniu dwóch "kompletnych dokumentacji projektowo-kosztorysowych. Tymczasem referencja Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego z dnia 06.06.2017r. dotyczy jedynie Etapu I umowy, tj. projektu budowlanego i pozwolenia na budowę, a nie jak wynika z warunku udziału w postępowaniu kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej, czyli projektów wykonawczych, przedmiarów i kosztorysów, które obejmował dopiero Etap II.

Po drugie usługa świadczona przez odwołującego na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o. o., ul. Wólczyńska 17, 90-731 Łódź, również była wykonywana nienależycie zarówno w aspekcie terminowości, jak i jakości przekazywanej dokumentacji oraz niewłaściwej współpracy, a przy tym nie została zrealizowana w całości. Pomimo niewykonania należycie w całości tego świadczenia odwołujący świadomie i celowo składa oświadczenie nie tylko o jej wykonaniu, ale i o należyтым spełnieniu obowiązków wynikających z poprzednio udzielonego zamówienia.

Natomiast uprzedni zleceniodawca wprost oświadcza, iż umowa nie została w całości zrealizowana oraz że zamówienie nie zostało zakończone, a odwołujący zrealizował jedynie jedną z trzech części umowy. Z jego oświadczenia wynika ponadto, że ramach realizacji części dotyczącej dokumentacji projektowej Odwołujący wielokrotnie przekazywał do weryfikacji projekt niekompletny, niskiej jakości, zawierający liczne powtarzające się błędy. Ponadto obecnie podczas przygotowania postępowania na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych, stwierdzono kolejne nieścisłości i braki w dokumentacji, wymagające wyjaśnienia i uzupełnienia. Odwołujący nie wykonał także części umowy dotyczącej dokumentacji projektowej w terminie za co został obciążony karami umownymi za 114 dni zwłoki, których nie zakwestionował skutecznie, ani dobrowolnie nie uiścił.

Ponadto przywołany zleceniodawca stwierdził, iż nie wystawił i nie wystawi referencji firmie BBC, ze względu na nieterminowość oraz nierzetelność firm BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa i BBC Best Building Consultants. Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z.

W tym miejscu zamawiający podkreślił, iż w dokumentacji postępowania znajduje się protokół odbioru dokumentacji z dnia 10.06.2021 r., którym odwołujący posługuje się jako dowodem na należyte wykonanie usługi na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o. o., a fakty wskazują, iż umowa w owym czasie nie była wykonana w całości, czym wprowadził zamawiającego w błąd. Poza tym, jak się okazało później przekazana dokumentacja był wadliwa, co świadczy o nienależyтым wykonaniu umowy.

Zamawiający podkreślił, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty wykazał, że do naliczenia kar umownych doszło z powodu nienależytego wykonania umów przez odwołującego.

Posiadane przez zamawiającego dokumenty przeczą twierdzeniom odwołującego i teżom wynikającym z uzasadnienia zarówno odwołania, jak i z uzasadnienia przywołanego wyroku, a wskazują one jednoznacznie, iż odwołujący jest winien poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość i winien jest nienależytego wykonania, a nawet długotrwałego nienależytego wykonania istotnych zobowiązań wynikających z zawartych umów w sprawie zamówień publicznych, co doprowadziło do zapłaty kar umownych. Ponadto z dokumentów tych wynika brak profesjonalizmu i rzetelności w wykonywaniu zamówień, ich nienależyta realizacja zarówno w aspekcie terminowości, jak i przede wszystkim w aspekcie jakości i prawidłowości, co świadczy o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, a w efekcie podważa jego uczciwość.

Zdaniem zamawiającego z rynku zamówień publicznych należy eliminować wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówień. To wręcz jedno z założeń przepisów o Pzp.

Zamówienia powinny być udzielane podmiotom kompetentnym i wykonującym swoje zobowiązania należycie, celem spełnienia zasad wynikających z obowiązujących przepisów, a w szczególności celowości i efektywności wydatkowania środków publicznych oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji pomiędzy uczestnikami rynku zamówień publicznych.

Dlatego też, zdaniem zamawiającego zarzut jest bezzasadny i należy go oddalić.

Ad. 2 i Ad. 3

Zamawiający wskazał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż przedstawił dwie usługi, które nie zostały zrealizowane w całości i nie zostały zrealizowane należycie.

W tym miejscu ponownie wskazał, iż warunek udziału w postępowaniu wymagał wykazania się wykonaniem dwóch kompletnych dokumentacji projektowo-kosztorysowych. Tymczasem referencja Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego z dnia 06.06.2017r. dotyczy jedynie Etapu I umowy, tj. projektu budowlanego i pozwolenia na budowę. Nie obejmuje ona więc kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej, czyli projektów wykonawczych, przedmiarów i kosztorysów, które miały być zrealizowane dopiero w Etapie II, tym samym nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie zamawiającego wykonanie jedynie części umowy nie może stanowić podstawy do stwierdzenia jej realizacji.

Odwołujący zupełnie pomija fakt, iż złożył ofertę samodzielnie i wykazał, iż w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych oraz doświadczenia niezbędnego do realizacji usługi będzie korzystał z zasobu podmiotu trzeciego, na dowód czego złożył wraz z ofertą zobowiązanie. Dodał, że zobowiązanie to było niekompletne i zamawiający wezwał do jego uzupełnienia, czego odwołujący jednak nie uczynił. Odwołujący nie zakwestionował również zasadności wezwania do uzupełnienia tego zobowiązania i nie skorzystał ze środków ochrony prawnej dla zaskarżenia tej czynności.

Podkreślił, że niezgodne z prawdą jest twierdzenie odwołującego, iż „Odwołujący wskazywał bowiem, że nie korzysta z zasobów podmiotu trzeciego przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem skoro sam praktycznie w 100% wykonał dokumentację projektową to udział podmiotu trzeciego był zbędny”, gdyż przeczą temu wprost dokumenty złożone wraz z ofertą oraz zebrane w toku postępowania, a w szczególności przywołane zobowiązanie podmiotu trzeciego.

Ponadto wykazane usługi realizowane były przez Konsorcjum Firm, a odwołujący, pomimo skierowanego wezwania, nie był w stanie wyjaśnić, który z członków konsorcjum i w jaki zakresie był odpowiedzialny za wykonanie określonego elementu lub części tych umów. Zauważył, że sam odwołujący stwierdza, iż „(...) sam praktycznie w 100% wykonał dokumentację projektową (...)”, co potwierdza że nie wykonał samodzielnie wykazanych usług. Potwierdza ją to również umowy zawarte z uprzednimi zleceńdodawcami, które wprost wskazują, iż realizował je wspólnie Konsorcjum Firm BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa i BBC Best Building Consultants. Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., a nie samodzielnie odwołujący.

Zdaniem zamawiającego zebrane oświadczenia i dokumenty potwierdzają zasadność decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o przywołane podstawy prawne, gdyż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący pomimo skierowanego wezwania nie

złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w aspekcie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz nie uzupełnił zobowiązania podmiotu trzeciego pomimo wyraźnego wezwania.

Nie można więc podzielić stanowiska odwołującego, iż należało dalej prowadzić procedurę wyjaśnień, gdyż przeprowadzona dotychczas dowodzi jednoznacznie, iż zasadnie odrzucono ofertę.

Zamawiający wskazał, że odwołujący stwierdza, że „Należy podkreślić, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że Odwołujący nie nabył stosownego doświadczenia w ramach świadczonych przez Konsorcjum usług.” Dowodzi to wprost, że usługi realizował Konsorcjum Firm, a nie samodzielnie odwołujący, ani nie samodzielnie podmiot udostępniający zasoby. Zamawiający wykazał, że odwołujący nie nabył wymaganego doświadczenia, co potwierdzają kierowane wezwania i złożone w odpowiedzi na nie oświadczenia i dokumenty, jak i materiały zgromadzone w toku postępowania, a znajdujące się w aktach sprawy.

Dlatego też, również te zarzuty są bezzasadne i należy je oddalić.

W załączeniu zamawiający przedstawił dowody stanowiące potwierdzenie zasadności decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Przystępujący w stanowisku pisemnym z dnia 1 września 2022 r. wniósł o oddalenie w całości odwołania z dnia 23.08.2022 r. wniesionego przez Odwołującego i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Na gruncie tej sprawy, w ocenie przystępującego, nie istnieją bowiem podstawy faktyczne i prawne pozwalające na uwzględnienie zarzutów zawartych w treści odwołania. Odwołujący nie spełnił bowiem szeregu warunków udziału w postępowaniu, co w sposób prawidłowy skutkowało odrzuceniem jego oferty przez zamawiającego.

Po pierwsze odwołujący w sposób intencjonalny wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie informacji o rzekomym niepodleganiu przez niego wykluczeniu z postępowania, a zarazem spełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu. W sposób niepełny przedstawił on informacje o realizowanych wcześniej inwestycjach, wykorzystując je w sposób instrumentalny, mający na celu wykazanie spełnienia przesłanek spełnienia warunków udziału w postępowaniu wbrew ich treści. Zebrane w toku postępowania oświadczenia i dokumenty wskazują jednoznacznie, iż odwołujący w sposób nienależyty zrealizował usługi wskazane w wykazie usług, o czym nie poinformował jednak zamawiającego, tym samym zatajając przedmiotowe informacje.

Brak rzetelności po stronie odwołującego należy ocenić jako rażący, gdyż po pierwsze przywoływana usługa świadczona na rzecz Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego wykonana była nie tylko nieterminowo, ale także nienależycie, a przede wszystkim w sposób niepełny. Mając na względzie zasady doświadczenia życiowego trudno zarazem uznać, aby brak zakwestionowania naliczania kar umownych nie mógł być odczytany inaczej jak uznanie swojej odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy oraz zasadności kar. Co istotne, wyżej wymieniony podmiot wystawił referencje jedynie za Etap I realizacji umowy, z czego jednak odwołujący w sposób nieuprawniony wywodzi posiadanie przezeń dowodu na wykonanie całości zamówienia. Analogicznie ocenić należy realizację zamówienia przez odwołującego na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej sp. z o.o., bowiem usługa ta realizowana była także nienależycie. Gdyby umowa została zrealizowana w sposób prawidłowy, to z pewnością zamawiający potwierdziłby to wystawieniem stosownych referencji.

Niewątpliwie więc odwołujący dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co bezsprzecznie podważa jego uczciwość, zwłaszcza w zakresie terminowości, a także jakości świadczonych usług. Trudno uznać, aby tego rodzaju wskazywane działania polegające na częściowym zatajeniu informacji poprzez ich instrumentalne wykorzystanie stanowiły przejaw należytej staranności, a co za tym idzie uczciwości oraz rzetelności we wzajemnych relacjach gospodarczych.

Takie działanie odwołującego jako naruszające elementarne zasady uczciwości w obrocie gospodarczym nie może korzystać z ochrony prawnej przewidzianej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Okoliczność ta znajduje wyraz w orzecznictwie, tytułem przykładu w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 18.09.2018 r. (do sygn. akt KIO 1747/18), zgodnie z którym: „Uznanie, że podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest wprowadzeniem w błąd tego zamawiającego, prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 p.z.p.” Przystępujący powołał również orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.03.2022 r. w sprawie do sygn. akt KIO 665/22. Zauważył, że przedmiotowe orzeczenie, po pierwsze, nie ma mocy precedensu, a co

za tym idzie nie jest rozstrzygające na gruncie tej sprawy. Po drugie, wobec jego wydania na gruncie odmiennego stanu faktycznego nie powinno ono stanowić przedmiotu rozważań w przedmiotowym postępowaniu.

W dalszej kolejności wskazać trzeba na niewykazanie przez odwołującego przesłanek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Przedstawione przez niego usługi nie zostały zrealizowane w całości oraz w sposób należyty. Warunek udziału w postępowaniu wymagał wykazania się wykonaniem dwóch, co istotne, kompletnych dokumentacji

projektowo-kosztorysowych.

Jak wskazano powyżej, referencja Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego obejmowała jedynie Etap I umowy, tj. projektu budowlanego i pozwolenia na budowę, nie obejmując tym samym kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej, tj. projektów wykonawczych, przedmiarów oraz kosztorysów (które miały być wykonane dopiero w Etapie II). W świetle powyższego nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W tym miejscu istotne znaczenie ma zwłaszcza treść niejasnych wyjaśnień udzielonych przez odwołującego w toku postępowania, które tym bardziej przemawiają za brakiem wypełnienia przez niego wymogów z zakresu posiadanej zdolności zawodowej.

Odwołujący zupełnie pomija fakt wykazania przez niego, iż w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych oraz doświadczenia niezbędnego do realizacji usługi będzie on korzystał z zasobu podmiotu trzeciego, na dowód czego przedłożył on wraz z ofertą stosowne zobowiązanie. Przedmiotowe zobowiązanie było niepełne, ogólnikowe wobec czego zamawiający wezwał do jego uzupełnienia, czego odwołujący jednak nie uczynił. Wbrew wezwaniu do uzupełnienia informacji o korzystaniu przez odwołującego z zasobu podmiotu trzeciego, nie uzupełnił on żądanych danych. Bierność odwołującego w tym zakresie nie może przybierać aktualnie podstaw dla konstruowania zarzutów odwoławczych, skoro wynikała ona jedynie z faktu nierzetelnego postępowania zarówno na etapie składania oferty, a następnie etapu wzywania do złożenia wyjaśnień jej treści. Przystępujący zważył na obowiązek aktywnego działania wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego: „To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania usług, które są własnym doświadczeniem oferenta nabytym przez samodzielne ich realizowanie, a także wskazanie jakie czynności były wykonywane przez niego w ramach tych usług, które stanowiły efekt prac konsorcjum” (Wyrok KIO z 1.04.2019 r., KIO 459/19).

Odwołujący w ramach czynności podejmowanych przez zamawiającego miał pełną możliwość wyjaśnienia wszelkich nieścisłości zawartych w jego ofercie, w tym także sanowania jej braków, czemu w sposób ewidentny nie sprostał, więc powinien ponieść tego konsekwencje w postaci odrzucenia jego oferty.

Co zarazem istotne, odwołujący nie zakwestionował również wówczas zasadności wezwania do uzupełnienia tego zobowiązania oraz nie skorzystał z żadnego ze środków ochrony prawnej w tym zakresie, a więc akceptował takie działanie i świadomie narażał się na jego skutki. Nie sposób zarazem zaakceptować stanowiska odwołującego, że koniecznym było dalsze prowadzenie procedury składania wyjaśnień, gdyż przeprowadzona dotychczas dowodziła w sposób niewątpliwy, że zasadnie zamawiający przedmiotową ofertę odrzucił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, informacji z otwarcia ofert, oferty odwołującego, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, złożonych podmiotowych środków dowodowych, wezwania zamawiającego do wyjaśnień skierowanego do odwołującego i udzielonych wyjaśnień wraz z załącznikami, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W SWZ zamawiający postanowił:

12) Opis sposobu przygotowywania oferty.

3. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:

3.1 oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia - odpowiednio wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ,

3.2 zobowiązanie innego podmiotu, o ile dotyczy - odpowiednio wzoru stanowiącego Za-

łącznik nr 3 do SWZ,

3.3 oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o ile dotyczy - odpowiednio wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ

15) Podstawy wykluczenia.

1. O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp.

3. Zamawiający przewiduje dodatkowe podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4), 5), 7), 8), 9) i 10) ustawy Pzp, tj. wykluczy Wykonawcę:

3.1 w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury,

3.2 który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów,

3.3 który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady,

3.4 który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych,

3.5 który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3.6 który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

4. Wykluczenie Wykonawcy następuje na okres czasu podany w art. 111 ustawy Pzp.

5. Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

6. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1), 2) i 5) lub art. 109 ust. 1 pkt 2)-5) i 7)-10) ustawy Pzp, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

21) Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

2.4 zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

2.4.2 posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, czyli:

2.4.2.1 wykażą, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej dwie kompletne dokumentacje projektowo-kosztorysowe w zakresie adaptacji/przebudowy/remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego i złożeniem wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę lub zaświadczenia o niewniesieniu sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych dla wykazanych dwóch dokumentacji.

Ocena spełnienia warunku będzie dokonywana metodą 0-1, tj. nie spełnia/spełnia, w oparciu o oświadczenie Wykonawcy złożone wraz z ofertą odpowiednio do treści wzoru stanowiącego Załącznik 2 do SWZ oraz dokumenty i oświadczenia złożone przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego odpowiednio do treści wzoru stanowiącego Załącznik 6 do SWZ.

22) Informacja o podmiotowych środkach dowodowych.

1. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj.:

1.3 wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy,

W terminie składania ofert zostały złożone następujące oferty:

Zamawiający informuje o ofercie złożonej w postępowaniu:

1. BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. k., Al. Jerozolimskie 155 lok.U3, 02-326 Warszawa,
2. Pas Projekt Sp. z o.o., Ul. Plantowa 5, 05-830 Nadarzyn,
3. Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o., Plac Gen. Władysława Sikorskiego 3/8 31-115 Kraków,
4. KB-Projekty Konstrukcyjne sp. z o.o., Ul. Władysława Łokietka 8c/70 30-010 Kraków.

W ofercie odwołującego zawarto następującą informację:

17. Załączniki:

Wadium

Zobowiązanie

Samooczyszczenie

Samooczyszczenie ŁZ

Załączniki do Samooczyszczenia

Tajemnica Przedsiębiorstwa

Załączniki do Tajemnicy Przedsiębiorstwa

Informacje o Sprawach Spornych

Informacje o Sprawach Spornych ŁZ

Załączniki do Informacji o Sprawach Spornych

Oświadczenia wykonawcy

Do oferty dołączono:

BBCOświadczenia wykonawcy

BBCWadium

BBC Zobowiązanie

Z dokumentu BBCOświadczenia wykonawcy wynika, że odwołujący oświadczył, że:

- spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w SWZ.

- w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w SWZ, polega na zasobach następującego podmiotu:

BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z.

ul. Gen Bema 42A 96-300 Żyrardów w następującym zakresie: zdolności techniczne lub zawodowe

- w stosunku do podmiotu, na którego zasoby powołuje się, tj.:

BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z.

ul. Gen Bema 42A 96-300 Żyrardów NIP: 8381743853

nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto oświadczył, że:

- spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ustawy Pzp i opisane w SWZ, a w szczególności:

- znajduje się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej pozwalającej, na realizację zamówienia, tj.:

1.1 posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 150.000,00 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych brutto),

1.2 jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, przy czym kwota ubezpieczenia jest nie mniejsza niż 450.000,00 zł (słownie: czterysta pięćdziesiąt tysięcy złotych).

2. posiada zdolność techniczną lub zawodową pozwalającą na realizację zamówienia, tj.:

2.1 dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia,

2.2 posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, czyli iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonaliśmy dwie kompletne dokumentacje projektowo-kosztorysowe w zakresie adaptacji/przebudowy/remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego i złożeniem wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę lub zaświadczania o niewniesieniu sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych dla wykazanych dwóch dokumentacji.

- nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp.

- nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4), 5), 7), 8), 9) i 10) ustawy Pzp.

- nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dziennik Ustaw z 2022r., poz. 835),

Nie wykazał środków naprawczych. Dodatkowo oświadczył, że powierza podwykonawcy wykonanie następujących części (zakresu) zamówienia

Podwykonawca BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. ul. Gen Bema 42A 96-300 Żyrardów

w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych i oświadczył, że ten podwykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Oświadczył, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.

Z kolei BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. ul. Gen Bema 42A 96-300 Żyrardów w swoim zobowiązaniu oświadczył:

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu

udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

podwykonawstwo i doradztwo w zakresie realizacji usługi, do której udostępniane doświadczenie jest wymagane od początku do końca wykonania zamówienia publicznego

6) że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy.

7) że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4), 5), 7), 8),

9) i 10) ustawy Pzp.

W dniu 29 czerwca 2022 r. zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy, wezwał do wyjaśnienia treści złożonej przez odwołującego oferty w niżej opisanych

aspektach.

Wskazał, iż w treści pkt 17 Formularza Oferty wpisano, iż załącznikami do oferty są między innymi:

„(...) Zobowiązanie

Samooczyszczenie

Samooczyszczenie ŁZ

Załączniki do Samooczyszczenia

Tajemnica Przedsiębiorstwa

Załączniki do Tajemnicy Przedsiębiorstwa

Informacje o Sprawach Spornych

Informacje o Sprawach Spornych ŁZ

Załączniki do Informacji o Sprawach Spornych (.).”,

natomiast wraz z ofertą nie złożono opisanych wyżej załączników.

Ponadto zauważył, iż wraz z ofertą złożono oświadczenia zarówno wykonawcy, jak i podmiotu udostępniającego zasoby, w których wyrażono, odpowiednio w odniesieniu do obu podmiotów, między innymi iż:

„(.) Oświadczamy, że nie podlegamy wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp. (.) Oświadczamy, że nie podlegamy wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4), 5), 7), 8), 9) i 10) ustawy Pzp. (.).”.

W związku z powyższym zamawiający wnosil o wyjaśnienie opisanych wyżej treści, a w szczególności wykazanie:

1) czy złożone wraz z ofertą oświadczenia wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, są zgodne ze stanem faktycznym i prawnym?,

2) czy omyłkowo wskazano w treści formularza oferty załączniki, których nie złożono wraz z ofertą?.

W dniu 5 lipca 2022 r. odwołujący wyjaśnił, że wskazał te załączniki omyłkowo.

W dniu 6 lipca 2022 r. zamawiający ponownie, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy, wezwał do wyjaśnienia treści złożonej oferty, jak i udzielonych wyjaśnień, w niżej opisanych aspektach.

Zauważył, iż Pan Ł. Z. w dniu 05.07.2022r., odpowiadając na wezwanie zamawiającego oświadczył, że złożone wraz z ofertą oświadczenia wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, są zgodne ze stanem faktycznym i prawnym. Dodano, iż wykonawca omyłkowo wskazał w treści formularza oferty załączniki, których nie złożono wraz z ofertą, za co bardzo przeprasza.

Niemniej zamawiający zauważył, iż w ofercie i oświadczeniach JEDZ podpisanych przez Pana Ł. Z. w dniu 19.04.2022r., złożonych w prowadzonym przez nas postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na wyłonienie wykonawcy w zakresie pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego zgodnie z obowiązującymi przepisami i standardami przy

realizacji robót budowlanych, dostaw i usług związanych z projektem i budową wielopoziomowego parkingu i budową Krakowskiego Centrum Muzyki przy ul. Piastowskiej, dla Agencji Rozwoju Miasta Krakowa. Postępowanie nr 1/2022, zarówno w oświadczeniu JEDZ Lidera Konsorcjum, jak i oświadczeniu JEDZ Partnera Konsorcjum, złożono oświadczenia w Części III, w Sekcji C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi na stronie 14, iż: „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

Proszę podać odpowiedź

•Tak

ONie

Proszę je opisać

Szczegółowe wyjaśnienia załączone są w załączniku nr 1 do JEDZ-Wyjaśnienia

Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”)?

•Tak

ONie

Proszę je opisać

Szczegółowe wyjaśnienia załączone są w załączniku nr 1 do JEDZ-Wyjaśnienia.”.

Wyżej opisany stan faktyczny budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego, co do zgodności ze stanem faktycznym złożonych oświadczeń w tych postępowaniach, gdyż są one częściowo sprzeczne, a ponadto częściowo potwierdzają fakt, iż wykonawca może podlegać wykluczeniu z postępowania, gdyż być może wprowadził w błąd organizatora postępowania.

W konsekwencji wnosił o jednoznaczne wyjaśnienie, w którym z postępowania wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, czy też istnieją inne okoliczności, które pozwalają na bezdyskusyjne ocenienie sprzecznych oświadczeń woli złożonych przez odwołującego w poprzednim, jak i obecnie prowadzonym postępowaniu.

W dniu 11 lipca 2022 r. odwołujący odpowiedział:

, że nie zachodzi żadna sprzeczność pomiędzy złożonymi dokumentami.

Wykonawca wskazał, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu, zamawiający wymagał złożenia dokumentu JEDZ, gdzie w Części III Sekcja C w rubryce dot. wcześniej rozwiązanych umów itp., zgodnie z bieżącym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, należy wskazywać wszystkie przypadki objęte treścią JEDZ, nawet, gdy wobec wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp).

Tym samym, zgodnie z treścią JEDZ, Wykonawca zaznaczył w tym dokumencie odpowiedź „TAK” i przedstawił informację o sytuacjach spornych, zamawiającego, który nie wykluczył wykonawcy z przedmiotowego postępowania.

W obecnie prowadzonym postępowaniu, zamawiający nie wymagał natomiast złożenia dokumentu JEDZ, a jedynie wskazania w formularzu ofertowym oświadczenia, czy

wykonawca podlega wykluczeniu m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.
Wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, a tym

samym złożone oświadczenie jest prawidłowe. Nie zachodzi również potrzeba przeprowadzenia instytucji samooczyszczenia, a wykonawca przez pomyłkę wskazał w formularzu ofertowym załączniki.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wskazał, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia, a złożone dokumenty są prawidłowe.

W wyniku wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych odwołujący złożył

wykaz usług, w którym wskazał:

1. Wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej w zakresie remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków dla zadania "Przebudowa I remont konserwatorski wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynków przy ul. Ogrodowej w Łodzi" Warszawa 07.11.2019 - 10.06.2021 Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o. o. Ul. Wólczyńska 17 90-731 Łódź Zasób Własny 2.
2. Wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej w zakresie remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków dla zadania "Odre-staurowanie Pałacyku Karolin I budowa bazy edukacyjnej dla prezentacji I promocji folkloru" Warszawa 17.01.2017 06.06.2017 Państwowy Zespół Ludowy Pieśni I Tańca "MAZOWSZE" Ul. Świerkowa 2 05-805 Otrębusy Zasób Własny

Z dołączonych do wykazu dowodów wynika:

Protokół odbioru końcowego dokumentacji projektowej z dnia 10 czerwca 2021 r. wynika, że dotyczy on umowy nr 505/2019 z dnia 07.11.2019 r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 26.02.2021 r., aneksem nr 2 z dnia 13.04.2021 r., aneksem nr 3 z dnia 14.05.2021 r. dla zadania "Wykonanie wielobranżowej zamiennnej dokumentacji projektowej wraz z usługą pełnienia nadzoru autorskiego na „Przebudowę i remont konserwatorski wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynków położonych przy ul. Ogrodowej 24 w Łodzi”

na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o. o. ul. Wólczańska 17 90-731 Łódź
Wykonawca: Konsorcjum w składzie:

Lider konsorcjum:

BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. k. Ul. Aleje Jerozolimskie 155, Lok. U3, 02-326 Warszawa

Partner konsorcjum:

Pan Ł. Z. Ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów Prowadzący działalność gospodarczą pn.:
BBC Best Building Consultants. Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z.

1. Przedmiotem odbioru końcowego jest wykonanie kompletnej Dokumentacji Projektowej w zakresie Projektu Wykonawczego wraz z opracowaniem w zakresie kalkulacji kosztów cyklu życia budynku oraz informacji o tych kosztach wg Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 11 lipca 2018 r. w sprawie metody kalkulacji kosztów cyklu życia budynków oraz sposobu przedstawiania informacji o tych kosztach, po uzyskaniu prawomocnych decyzji organów administracji publicznej na realizację Inwestycji wraz ze wszystkimi innymi opracowaniami, o których mowa w S 1 ust. 1 pkt. I)

2. Wykonawca przekazał Zamawiającemu dokumenty zgodnie z zapisami poniżej:

- a. Projekt wykonawczy wraz z opracowaniem kalkulacji kosztów cyklu życia oraz z wszystkimi niezbędnymi załącznikami (zgodnie z załącznikiem nr 1).
- b. Wizualizacje nieruchomości z uwzględnieniem obydwu budynków zgodnie z par. 2 ust. 1, pkt. 4 umowy nr 505/2019 z dnia 23.03.2021 r.
- c. Decyzja nr DPRG-UA-I. 355.2020 otrzymana w dniu 1 1.02.2021 r.
- d. Decyzja nr DPRG-UA-I.1184.2021 wydana dnia 17.05.2021 r. otrzymana w dniu 26.05.2021 r.
- e. Decyzja nr DPRG-UA-I.1 161.2021 wydana dnia 14.05.2021 r. otrzymana w dniu 26.05.2021 r.
- f. Decyzja nr DPRG-UA-I.958.2021 wydana dnia 21.04.2021 r. otrzymana w dniu 21.04.2021 r.
- g. Decyzja nr ZZ/217/21 wydana dnia 12.05.2021 r. otrzymana w dniu 27.05.2021r.

Wykonawca wskazuje, że uzasadnienie powyższych terminów zostało przekazanie przez Wykonawcę w osobnych pismach do Zamawiającego.

3. Wady i usterki do przekazanej dokumentacji: brak wpisów

4. Termin usunięcia przez Wykonawcę wad i usterek wskazanych w pkt. 3: brak wpisów
5. Podpisy obu stron.

Z referencji z dnia 6 czerwca 2017 r. wynika, że Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca "Mazowsze" im. Tadeusza Sygietyńskiego potwierdza, że konsorcjum firm BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. jako lider oraz BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. jako wybrany w postępowaniu przetargowym wykonawca wykonało na rzecz Zespołu wielobranżową dokumentację projektową na zadanie pn. "Odrestaurowanie Pałacyku Karolin i utworzenie bazy edukacyjnej dla prezentacji i promocji folkloru. Budynek będący przedmiotem projektu znajduje się w rejestrze zabytków. Kubatura budynku : 10800 m3. Przedmiot umowy został wykonany rzetelnie i terminowo. Na podstawie wykonanego projektu budowlanego Zespół uzyskał pozwolenie na budowę.

Zamawiający w dniu 22 lipca 2022 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy, wezwał odwołującego do:

- 1) uzupełnienia lub złożenia nowego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, zgodnie z art. 118 ustawy,
- 2) wyjaśnienia lub uzupełnienia albo złożenia nowego wykazu usług z opisem zawierającym dane i informacje, z których będzie jednoznacznie wynikać spełnienie opisu warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z SWZ.

Ad. 1.

Zauważył, iż w swojej ofercie odwołujący zadeklarował, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotu trzeciego, tj. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., ul. Gen Bema 42A, 96-300 Żyrardów, NIP: 8381743853.

Do oferty dołączył również pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednakże w przedmiotowym zobowiązaniu nie wskazano konkretnie zakresu udostępnionych zasobów, tj.: zdolności technicznych lub zawodowych, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, doświadczenia, wiedzy, osób, sprzętu, urządzeń itp., sposobu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia, a także zakresu, w jakim podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje czynności, których wskazane zdolności dotyczą.

Zamawiający podkreślił, iż z treść zobowiązania jest ogólnikowa i nie wynika z niej co konkretnie i na jakich zasadach oraz w jakim zakresie i formie zostanie udostępnione. Brak konkretnego i szczegółowego opisu na przykład co faktycznie i jak będzie udostępnione, jaka wiedza i doświadczenie, jakie osoby i w jakim zakresie, jakie doradztwo, jakie podwykonawstwo oraz jakie czynności i usługi podmiot udostępniający będzie realizował w przypadku uznania oferty wykonawcy za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym zamawiający wezwał do uzupełnienia lub złożenia nowego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Ad. 2.

Z dokumentów złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wynika że usługi wskazane w wykazie usług, były realizowane przez wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby w ramach konsorcjum. Natomiast wykonawca złożył ofertę samodzielnie i wykazał, iż w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych oraz doświadczenia niezbędnego do realizacji usługi będzie korzystał z zasobu podmiotu trzeciego.

Treść SWZ i opis warunków udziału w postępowaniu wskazuje, iż wykonawca samodzielnie, bądź w konsorcjum jeżeli w tej formie złoży ofertę, albo w oparciu o podmiot udostępniający zasoby, powinien wykazać, że wykonał dwie kompletne dokumentacje projektowo-kosztorysowe w zakresie adaptacji/przebudowy/remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego i złożeniem wniosku o wydanie decyzji

pozwolenia na budowę lub zaświadczenia o niewniesieniu sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych dla wykazanych dwóch dokumentacji.

Złożony wykaz nie potwierdza, ani że wykonawca samodzielnie, ani że podmiot udostępniający zasoby samodzielnie zrealizował wykazane usługi, a załączone dokumenty wprost potwierdzają, iż czynności te zostały zrealizowane wspólnie przez Konsorcjum Firm. Ponadto w wykazie podano informację, że przedstawione usługi stanowią zasób własny, co stoi w sprzeczności zarówno z dokumentami referencyjnymi, jak i treścią zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Zamawiający zauważył, iż w świetle obowiązujących przepisów, jak i piśmiennictwa oraz utrwalonej linii orzecznictwa, konsorcjant nabywa doświadczenie wyłącznie w takim zakresie w jakim je faktycznie nabył, a nie nabywa całego doświadczenia konsorcjum z racji przynależności do konsorcjum czy solidarnej odpowiedzialności. Wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum jest ograniczone do tej jego części, w której dany wykonawca faktycznie uczestniczył i którą rzeczywiście wykonywał.

Wobec czego zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia o stosowne dokumenty celem potwierdzenia, jakie czynności wykonawca i podmiot udostępniający zasoby wykonywali w ramach zamówień wskazanych w wykazie usług, które były prowadzone w ramach konsorcjum, czyli wskazania faktycznego doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum, przy uwzględnieniu tego, iż jest ograniczone do tej jego części i zakresu usług, w której dany wykonawca faktycznie uczestniczył i którą rzeczywiście wykonywał.

W przypadku niemożności wyjaśnienia i udokumentowania zakresu nabytej wiedzy i doświadczenia, w taki sposób aby pozwalałby potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wzywa do złożenia nowego wykazu usług wraz załącznikami potwierdzającego, że wykonawca samodzielnie lub podmiot udostępniający zasoby samodzielnie, wykonał usługi niezbędne do wykazania, iż faktycznie wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, czyli spełnia opis warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 27 lipca 2022 r. odwołujący podniósł, że obecnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej coraz częściej wyrażany jest pogląd zgodnie z którym doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu konsorcjum, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2534/18).

Jednak ważnym głosem w tej dyskusji jest wydany 15 października 2019 r. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga157/19. Został on wydany w związku z zakwestionowaniem przez odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2506/18. W rozpatrywanej sprawie jednym z postawionych warunków było wykazanie się doświadczeniem. Odwołujący zarzucił zamawiającemu wybranie oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wybrany wykonawca dla potwierdzenia spełnienia warunków powołał się na doświadczenie udostępnione mu przez podmiot trzeci. Z kolei podmiot trzeci brał udział w realizacji referencyjnego zamówienia jako jeden z trzech konsorcjantów. Odwołujący uznał, że wykonawca nie może powoływać się na to doświadczenie, gdyż podmiot trzeci zamówienia nie wykonywał samodzielnie.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, uznając je za niezasadne. Sąd Okręgowy rozpatrując skargę uznał wyrok Izby za trafny i zgodny z przepisami prawa. W ocenie Sądu

Okręgowego nie sposób było skutecznie wywieść stanowiska, iż warunek jest spełniony tylko

wówczas, gdy wykonawca wykona wszystkie bądź kluczowe elementy inwestycji. Ważne

jest, aby wykonał co najmniej jedną część tego zamówienia. Podkreślił ponadto, że:

„doświadczenie bowiem zdobywa się nie tylko poprzez wykonywanie własnych działań, ale także poprzez możliwość aktywnej współpracy z innymi podmiotami, wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonania całej inwestycji oraz obserwowanie jak działają inni oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki tej współpracy”. W

ocenie Sądu Okręgowego już tylko ten aspekt sprawy był już wystarczający, aby oddalić skargę.

Co więcej zgodnie z w/w informacjami BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. wobec funkcji jakie pełniło w konsorcjum., nabyło doświadczenie i może się nim posługiwać w pełni bez przywoływania konsorcjanta czy korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, jednak

Wykonawca z daleko idącej ostrożności złożył w przedmiotowym postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. Dodatkowo Wykonawca wraz z podmiotem trzecim są firmami w

powiązaniach osobowych zasobowych, finansowych a także są spółkami powiązanymi kapitałowi oraz organizacyjnie.

Jednocześnie osoba reprezentująca wykonawcę może składać oświadczenia zarówno w

zakresie wykonawcy jak i podmiotu trzeciego. Zgodnie z powyższym ja niżej opisany oświadczam, iż wykonawca realizował niemalże 100% zakresu prac projektowych dla realizacji przywołanych w wykazie usług i może w pełni dysponować samodzielnie referencjami w tym zakresie.

Nawiązując do złożonego przez wykonawcę zobowiązania odwołujący zaznaczył, iż podmiot trzeci tj. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., w przypadku uznania oferty wykonawcy za najkorzystniejszą, będzie uczestniczył w inwestycji przez cały okres realizacji zamówienia. Zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało złożone w zakresie

zdolności technicznych. Tak jak zostało już wyżej wyjaśnione podmiot trzeci wraz z Wykonawcą są nomen omen firmami, które są ściśle powiązane, tworząc tym samym „jedną firmę”.

Mając na względzie powyższe przytoczone zamawiającemu w wykazie usług realizacji wykonawca wyjaśnił, że są one zasobem własnym wykonawcy.

Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę nr 3 Pracownie Konserwacji Zabytków „Arko-na” Sp. z o.o., Plac Gen. Władysława Sikorskiego 3/8 31-115 Kraków.

Zamawiający podał ponadto, iż oferta nr 1 Wykonawcy BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. k., Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa, została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) ustawy Pzp. Zamawiający powołał następujące uzasadnienie faktyczne i prawne

I Zamawiający wskazał, iż ziszcza się przesłanka odrzucenia oferty Wykonawcy wynikająca z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, gdyż biorąc pod uwagę materiały zgromadzone w toku postępowania uznał, że spełnione zostały w przypadku wskazanego Wykonawcy przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanymi przepisami z postępowania o udzielenie zamówienia odrzuca się Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając podjętą decyzję o odrzuceniu Wykonawcy na podstawie wyżej wskazanych podstaw prawnych, Zamawiający podkreślił, że faktycznie potwierdziły się okoliczności wyczerpujące przewidziane w postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia. Potwierdza to dokumentacja postępowania, tj. w szczególności oferta Wykonawcy, jak i złożone przez niego oświadczenia i dokumenty oraz informacje uzyskane przez Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego bezsprzecznym jest fakt, iż Wykonawca w ofercie z dnia 24.06.2022r. złożył oświadczenia, które nie są zgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający analizując treść złożonej oferty, dokumentów oraz oświadczeń, jak i wyjaśnień udzielanych w odpowiedzi na kierowane pisma, uznał że nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia oraz wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Z dokumentów posiadanych przez Zamawiającego, tj. uzyskanych odpowiedzi podmiotów publicznych, w których Wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. k., brał udział w postępowaniach o udzielenia zamówień publicznych oraz wykonywał dokumentację projektową wynika, że Wykonawca zataił informacje dotyczące nienależytej realizacji umów. Po pierwsze realizacja usługi dla podmiotu publicznego: Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i

Tańca „Mazowsze” im. Tadeusza Sygietyńskiego nie została wykonana należycie. Wyko-

nawca z tym podmiotem zawarł umowę na „Wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej w zakresie remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków dla zadania „Odrestaurowanie Pałacyku Karolin I budowa bazy edukacyjnej dla prezentacji i promocji folkloru” (umowa nr 1/2017 z dnia 17 stycznia 2020 r.). Z otrzymanych

od wyżej wymienionego podmiotu publicznych dokumentów wynika jednoznacznie, iż referencje jakie zostały wystawione w 2017 roku w ramach prowadzonej współpracy, wydano tuż po zakończeniu I Etapu - czyli części realizowanej umowy, której przedmiotem było wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej budowlano-wykonawczej i kosztorysowej wraz z nadzorem autorskim. Pełny zakres obejmował następujące elementy: - Etap I - projekt budowlany wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, - Etap II - projekty wykonawcze uzgodnione z Konserwatorem Zabytków, - Etap III - nadzór autorski. Wydane referencje dotyczyły nie wykonania całości umowy, a jedynie realizacji tylko częściowego zakresu, tj. projektu budowlanego i uzyskania pozwolenia na budowę.

Natomiast za realizację pozostałych etapów referencje nie były już wystawiane z uwagi na opóźnienia w realizacji II Etapu, jak i opóźnienia w należytej realizacji zadań z tytułu świadczonych nadzoru autorskiego (III Etap). W efekcie zostały naliczone kary umowne.

Kary zostały wyegzekwowane, gdyż Zamawiający miał możliwość potrącenia ich z wynagrodzenia Wykonawcy. Wykonawca zakwestionował i odwołał się do sądu (postępowanie w toku) od kar naliczonych za III Etap umowy, nie kwestionując zasadności naliczenia i potrącenia kar umownych za Etap II, co de facto potwierdza, że umowa nie została należycie zrealizowana.

Po drugie również kolejna wykazana usługa, tj. wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej w zakresie remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków dla zadania „Przebudowa i remont konserwatorski wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynków przy ul. Ogrodowej w Łodzi”, zostały zrealizowane nienależycie. Z informacji uzyskanych od zleceniodawcy, tj. Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o. o., Ul. Wólczyńska 17, 90-731 Łódź, wynika że Wykonawca wykonywał usługi niezgodnie z zawartym kontraktem i nieterminowo za co naliczone zostały kary umowne.

Podsumowując, w powyżej wskazanych zamówieniach publicznych zostały naliczone Wykonawcy kary umowne oraz nastąpiło uchybienie terminom realizacji, a ich niedotrzymanie powoduje po stronie Zamawiającego określoną szkodę, chociażby w postaci braku możliwości korzystania z przedmiotu świadczenia w zakładanym terminie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż Wykonawca w załącznikach do oferty wskazał między innymi:

Samooczyszczenie
Samooczyszczenie ŁZ
Załączniki do Samooczyszczenia
Informacje o Sprawach Spornych
Informacje o Sprawach Spornych ŁZ
Załączniki do Informacji o Sprawach Spornych,
niemniej nie załączył ich do oferty.

Dlatego też, Zamawiający skierował dwa wnioski o wyjaśnienie tego aspektu. W udzielonych odpowiedziach z dnia 05.07.2022r. oraz z dnia 11.07.2022r., oświadczył odpowiednio, że „(...) Wykonawca omyłkowo wskazał w treści formularza oferty załączniki, których nie zło-

no wraz z ofertą, za co bardzo przeprasza^...”) i „(...) Wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a tym samym złożone oświadczenie jest prawidłowe. Nie zachodzi również potrzeba przeprowadzenia instytucji samooczyszczenia, a Wykonawca przez pomyłkę wskazał w formularzu ofertowym załączniki. (.)”.

W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia są niespójne i niezgodne ze stanem faktycznym, a przy tym Wykonawca ograniczył się jedynie do przesłanki opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, pomimo że w dokumentacji tego postępowania przewidziano również inne opisane wyżej fakultatywne przesłanki wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe zamawiający uznał, że Wykonawca po pierwsze nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a po drugie wprowadził w błąd Zamawiającego oświadczając w treści złożonych oświadczeń i dokumentów stan niezgodny ze stanem faktycznym.

W konsekwencji uznał, że Wykonawca oświadczył nieprawdę, iż posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie oraz że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W świetle opisanego stanu faktycznego i prawnego oraz posiadanych oświadczeń i dokumentów Zamawiający uznał, iż Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, gdyż nienależycie wykonał zamówienia, co Zamawiający wykazał.

Z posiadanych oświadczeń i dokumentów wynika również, iż z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, nie wykonał on nienależycie istotne zobowiązania wynikające z wcześniej zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania w

postaci kar umownych.

W konsekwencji uznał, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Można też przyjąć, iż Wykonawca celowo zataił te informacje, a ponadto nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający oparł swoje uzasadnienie także o stanowisko orzecznictwa - wyrok Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r., II CKN 1095/99.

Ponadto w ocenie Zamawiającego jest to świadomie i zamierzone działanie Wykonawcy, gdyż wie on, że spełnia podstawy do wykluczenia z postępowania a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu. Działanie to można określić jako rażące niedbalstwo, które w doktrynie prawa cywilnego ma postać winy nieumyślnej, która przejawia się tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go nie uniknie.

W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej

musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § k.c. zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażające się większą

zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność nakłada na wykonawcę, składającego ofertę wraz z oświadczeniami we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Dlatego też, zdaniem Zamawiającego Wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k., przedstawiając nierzetelne informacje, z których miałyby wynikać, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, wypełniła przesłanki wykluczenia Wykonawcy opisane w art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) ustawy Pzp.

Zauważył nadto, że obowiązująca ustawa Pzp przewiduje procedurę samooczyszczenia tzw. „self-cleaning”, która umożliwia Wykonawcom wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia podjęte zostały środki niezbędne do dowiedzenia rzetelności Wykonawcy, a tym

samym brak jest podstawy wykluczenia. Wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. nie skorzystał z przysługującej mu procedury samooczyszczenia, którą ustawa Pzp

reguluje w art. 110 ust 2. Jednak warunkiem sine qua non procedury samooczyszczenia jest przyznanie przez Wykonawcę, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie.

Wykonawca nie może skorzystać z procedury samooczyszczenia, jeśli nie przyzna się, iż

podlega wykluczeniu. Nadto w sytuacji, gdy Wykonawca najpierw oświadczy, iż nie podlega wykluczeniu, a dopiero na późniejszym etapie będzie chciał skorzystać z procedury samooczyszczenia spowoduje to bezskuteczność tej procedury. Składanie bowiem sprzecznych wyjaśnień i oświadczeń przez Wykonawcę dyskredytuje jego oświadczenia o podjętych działaniach dla przywrócenia rzetelności.

Powyższe okoliczności faktycznie odpowiadają orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku o sygn. akt KIO 706/11 z dnia 14 kwietnia 2011r., wyroku Izby z dnia 28.09.2009r., sygn. akt KIO 1161/09, w wyroku KIO 61/12 z dnia 19 stycznia 2012r., w wyroku Izby z dnia 29.10.2018r., sygn. akt KIO 2057/18, w wyroku Izby z dnia 04.12.2018r., sygn. akt KIO 2345/18, w wyroku z dnia 20.12.2018r. sygn. akt KIO 2547/18, w wyroku z dnia 05.12.2018r., sygn. akt KIO 2425/18, w wyroku KIO 3078/21 z dnia 19 listopada 2021r., w wyroku KIO 3284/21 z dnia 24 listopada 2021r., w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 (str. 399), (str. 400), (str. 402), (str. 404, 405), (str. 406).

Zamawiający odwołał się do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (tzw. „dyrektywy klasycznej”), która w motywie 101 wyraźnie zwraca uwagę na pewien negatywny typ zachowań Wykonawców, a mianowicie powtarzające się w trakcie realizacji jakiegoś konkretnego kontraktu lub różnych przedsięwzięć (które można zidentyfikować), nieprawidłowości czy niedociągnięcia, nawet drobne, ale które sugerują pewną intencję Wykonawcy, a poprzez dużą ilość takich niepożądanych zachowań stają się realnym problemem dla określonego segmentu rynku.

W ocenie Zamawiającego uznać należy, iż wobec wskazanego Wykonawcy w niniejszej sprawie bezspornie potwierdzone zostało wystąpienie przesłanek opisanych w art. 109

ust. 1 pkt 5 7) i 8) ustawy Pzp W konsekwencji, decyzja o odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy jest w pełni uzasadniona zarówno pod względem prawnym jak i faktycznym.

II

Zamawiający działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp odrzucił ofertę Wykonawcy, gdyż biorąc pod uwagę materiały zgromadzone w toku postępowania uznać należy, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w aspekcie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz nie uzupełnił zobowiązania podmiotu trzeciego pomimo wyraźnego wezwania.

a) Z oświadczeń i dokumentów złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wynika że usługi wskazane w wykazie, były realizowane przez Wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby w ramach konsorcjum. Natomiast Wykonawca złożył ofertę samodzielnie i wykazał, iż w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych oraz doświadczenia niezbędnego do realizacji usługi będzie korzystał z zasobu podmiotu trzeciego.

Treść SWZ i opis warunków udziału w postępowaniu wskazuje, iż Wykonawca samodzielnie, bądź w konsorcjum jeżeli w tej formie złoży ofertę, albo w oparciu o podmiot udostępniający zasoby, powinien wykazać, że wykonał dwie kompletne dokumentacje projektowo-kosztorysowe w zakresie adaptacji/przebudowy/remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego i złożeniem wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę lub zaświadczenia o niewniesieniu sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych dla

wykazanych dwóch dokumentacji.

Złożony wykaz nie potwierdzał, ani że Wykonawca samodzielnie, ani że podmiot udostępniający zasoby samodzielnie zrealizował wykazane usługi, a załączone dokumenty wprost potwierdzają, iż czynności te zostały zrealizowane wspólnie przez Konsorcjum Firm.

Ponadto w wykazie podano informację, że przedstawione usługi stanowią zasób własny, co stoi w sprzeczności zarówno z dokumentami referencyjnymi, jak i treścią zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Zamawiający w dniu 22.07.2022r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia tych kwestii i uzupełnienia oświadczenia o stosowne dokumenty celem potwierdzenia, jakie czynności Wykonawca i podmiot udostępniający zasoby wykonywali w ramach zamówień wskazanych w wykazie usług, które były prowadzone w ramach konsorcjum, czyli wskazania faktycznego doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum, przy uwzględnieniu tego, iż jest ograniczone do tej jego części i zakresu usług, w której dany Wykonawca faktycznie uczestniczył i którą rzeczywiście wykonywał.

Jednocześnie w przypadku niemożności wyjaśnienia i udokumentowania zakresu nabytej wiedzy i doświadczenia, w taki sposób aby pozwalałby potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia nowego wykazu usług wraz załącznikami potwierdzającego, że Wykonawca samodzielnie lub podmiot udostępniający zasoby samodzielnie, wykonał usługi niezbędne do wykazania, iż faktycznie Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, czyli spełnia opis warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 27.07.2022r. wskazał, iż BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. wobec funkcji jakie pełniło w konsorcjum, nabyło doświadczenie i może się nim posługiwać w pełni bez przywoływania kon-

sorcjanta czy korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, jednak Wykonawca z daleko idącej ostrożności złożył w przedmiotowym postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. Dodatkowo Wykonawca wyjaśnił, iż wraz z podmiotem trzecim są firmami w powiązaniach osobowych zasobowych, finansowych a także są spółkami powiązanymi kapitałowi oraz organizacyjnie. Dodał również, iż osoba reprezentująca Wykonawcę może składać oświadczenia zarówno w zakresie Wykonawcy jak i podmiotu trzeciego.

Zdaniem Zamawiającego Wykonawca sam potwierdził, iż podmiot udostępniający samodzielnie nie zrealizował wykazanych usług stwierdzając wprost „(.) iż Wykonawca realizował niemalże 100% zakresu prac projektowych dla realizacji przywołanych w wykazie usług i może w pełni dysponować samodzielnie referencjami w tym zakresie. (.)”.

Ponadto Wykonawca w sposób niezgodny ze stanem faktycznym i prawnym stwierdził, iż „(.) podmiot trzeci wraz z Wykonawcą są nomen omen firmami, które są ściśle powiązane, tworząc tym samym „jedną firmę”. (.)”, gdyż trudno uznać te dwa podmioty za jeden w świetle obowiązujących przepisów prawa.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia te są niespójne i powierzchowne, jak też nie odpowiadają na jasno sprecyzowane wezwanie. W konsekwencji należy uznać, iż pomimo skierowanego wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów podmiotowych Wykonawca nie wykazał,

który z konsorcjantów i za co odpowiadał w wykazanych realizacjach, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Nadmienić należy, iż pomimo treści skierowanego wezwania, z której wynikało, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, stanowisko to nie zostało zakwestionowane i nie złożono odwołania dotyczącego jego treści i wniosków z niego wynikających.

W związku z powyższym Zamawiający po dokonanej ocenie złożonych oświadczeń i dokumentów uznał, iż Wykonawca nie wykazał faktycznego doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum, przy uwzględnieniu tego, iż takie doświadczenie jest ograniczone do tej jego części i zakresu usług, w której dany Wykonawca faktycznie uczestniczył i którą rzeczywiście wykonywał.

Należy zauważyć, iż w świetle obowiązujących przepisów, jak i piśmiennictwa oraz utrwalonej linii orzecznictwa, konsorcjant nabywa doświadczenie wyłącznie w takim zakresie w jakim je faktycznie nabył, a nie nabywa całego doświadczenia konsorcjum z racji przynależności do konsorcjum czy solidarnej odpowiedzialności. Wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum jest ograniczone do tej jego części, w której dany Wykonawca faktycznie uczestniczył i którą rzeczywiście wykonywał.

Podstawowym judykatem w tej materii jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4.05.2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym sąd unijny stwierdził, że art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust.2 lit. b/ tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji.

Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO. W wyroku z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt: KI905/15, 925/17, KIO 933/17: 'Wykonawca, który zrealizował zamówienie w ramach konsorcjum, nie może następnie udostępnić swoich zasobów w postaci zdolności oraz doświadczenia, w zakresie wykraczającym poza faktycznie wykonane prace. Udostępnione może zostać wyłącznie doświadczenie „nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum”’.

Jednocześnie warto zwrócić uwagę, iż w wyroku KIO z 18.09.2017 r., sygn.. akt: KIO 1854/17 Izba wskazała, że „w przypadku, gdy z dokumentacji postępowania nie wynikały żadne dodatkowe zapisy dotyczące kwestii badania i potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w odniesieniu do projektów realizowanych w ramach konsorcjum to czynność zamawiającego polegająca na badaniu faktycznego udziału poszczególnych konsorcjantów w realizacji prac wykraczałaby poza zakres postanowień SIWZ oraz przepisów prawa”. b)

Wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. w swojej ofercie zadeklarował, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotu trzeciego, tj. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., ul. Gen. Berma 42A, 96-300 Żyrardów, NIP: 8381743853.

Do oferty Wykonawca dołączył również pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednakże w przedmiotowym zobowiązaniu nie wskazano konkretnie zakresu udostępnionych zasobów, tj.: zdolności technicznych lub zawodowych, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, doświadczenia, wiedzy, osób, sprzętu, urządzeń itp., sposobu udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia, a także zakresu, w jakim podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje czynności, których wskazane zdolności dotyczą.

Treść zobowiązania jest ogólnikowa i nie wynika z niej co konkretnie i na jakich zasadach oraz w jakim zakresie i formie zostanie udostępnione. Brak konkretnego i szczegółowego opisu na przykład co faktycznie i jak będzie udostępnione, jaka wiedza i doświadczenie, jakie

osoby i w jakim zakresie, jakie doradztwo, jakie podwykonawstwo oraz jakie czynności i usługi podmiot udostępniający będzie realizował w przypadku uznania oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia lub złożenia nowego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca w żaden sposób nie uzupełnił, ani nie złożył nowego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Uzasadniając dodatkowo podjętą decyzję należy odnieść się, jedynie przykładowo, do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które pomimo zmiany stanu prawnego nadal znajduje odniesienie do stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy.

„Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. obejmuje sytuacje, w których wykonawca nie wykazał

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym nie wykazał, że jest zdolny do należytego wykonania zamówienia. Nie chodzi przy tym o jakąkolwiek aktywność wykonawcy w tym zakresie, tj. np. niepełne, bez uwzględnienia istoty zgłoszonych wątpliwości, udzielanie odpowiedzi na wystąpienie zamawiającego, lecz o rzeczywiste wykazanie spełnienia wymaganych w SMZ wymogów. Ciężar dowodowy spoczywa w tym zakresie na wykonawcy.” (sygn. akt KIO 1781/18- wyrok KIO z dnia 20 września 2018 roku).

„Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Powyższy przepis zakłada aktywne zachowanie wykonawcy wyrażające się jego dążeniem do wykazania Zamawiającemu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie oznacza on, że wykonawca ma prawo do biernego zachowania uniemożliwiającego Zamawiającemu zbadanie spełnienia warunków podmiotowych.” (sygn. akt KIO 1460/18 - wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2018 roku).

W ocenie Zamawiającego uznać należy, iż wobec wskazanego Wykonawcy w niniejszej sprawie bezspornie potwierdzone zostało wystąpienie przesłanek opisanych w art. 226

ustawy Pzp

Mając powyższe na uwadze oraz zgromadzony materiał dowodowy, jak i obowiązujące tezy piśmiennictwa oraz przywołane orzecznictwo, Zamawiający stwierdza, że odrzucenie oferty wskazanego wyżej Wykonawcy w oparciu o wskazane podstawy faktyczne i prawne jest w pełni uzasadnione, a w konsekwencji zobowiązany był do orzeczenia jak na wstępie.

Wyrokiem z dnia 28 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 665/22 Izba uwzględniła odwołanie odwołującego i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazując zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego. W uzasadnieniu Izba podała, że nawiązując do naliczonej przez inwestora kary umownej należy przedstawić kontekst realizacji umowy, która została zawarta w 2017 r. (umowa z dnia 17 stycznia 2017 r. o nr 1/2017 — w aktach sprawy). Inwestor w toku realizacji umowy nie zgłaszał zastrzeżeń do sposobu realizacji prac przez odwołującego. Na dowód czego zamawiający wystawił odwołującemu referencję z dnia 6 czerwca 2017 r. (w aktach sprawy).

Z wystawionej referencji wynika, że przedmiot umowy został wykonany rzetelnie i terminowo. Na podstawie wykonanego projektu budowlanego Inwestor uzyskał pozwolenie na budowę. Jak wyjaśniał odwołujący do 2021 r. współpraca stron przebiegała bez zastrzeżeń, a odwołujący ukończył wszystkie prace w terminie określonym w umowie. Jednakże z przyczyn nieznanых odwołującemu inwestor zwlekał z podpisaniem protokołu odbioru za Etap III zamówienia, który to protokół pozwalałby odwołującemu na wystawienie faktury za wykonane prace w ramach tego etapu.

Inwestor ostatecznie w dniu 19 lutego 2022 r. podpisał protokół odbioru wskazując rzekome uchybienia po stronie odwołującego oraz członka konsorcjum wspólnie z odwołującym realizującego zamówienie. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem inwestora, czego dał wyraz zgłaszając zastrzeżenie do protokołu.

Inwestor poinformował odwołującego o naliczonej karze umownej za opóźnienie dopiero w odpowiedzi na przesłaną przez odwołującego fakturę za odebrany Etap III świadczenia usługi nadzoru. Zamawiający wcześniej nie wzywał odwołującego do zaprzestania naruszeń postanowień umownych, jak również nie sugerował, że Odwołujący znajduje się w jakimkolwiek opóźnieniu w realizacji swoich obowiązków w wykonaniu zamówienia.

Warto przy tym wskazać, że z oświadczenia inwestora nie sposób wywieść w jakim okresie odwołujący pozostawał w opóźnieniu i jaki konkretnie czasookres stanowił podstawę do przyjętych przez inwestora wyliczeń. Odwołujący wskazuje, że wszystkie czynności w trakcie realizacji zamówienia były wykonywane terminowo, a inwestor nie miał podstaw do naliczenia kary umownej z tytułu rzekomego opóźnienia.

Odwołujący w dniu 4 czerwca 2021 r. wniósł przeciwko inwestorowi powództwo o zapłatę całego wynagrodzenia umownego, zatem spór pomiędzy stronami nie ma charakteru ostatecznego (pozew złożony przez Odwołującego z dnia 4 czerwca 2021 r. (wyciąg) — w aktach sprawy).

Dodatkowo wskazać należy, że nawet jeśli uznać, że kara umowna została naliczona zasadnie to nie świadczy ona o nienależytym wykonaniu zamówienia. Wskazać należy, że umowa była realizowana przez okres ponad 4 lat i w okresie tym usługi świadczone przez Odwołującego były oceniane jako prawidłowe pod względem jakości, jak i terminowości. Brak jest zatem przesłanki związanej z koniecznością potwierdzenia, że wykonawca w sposób "długotrwały" nienależycie wykonywał umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wskazywane przez inwestora uchybienia może być kwalifikowane jako działanie incydentalne, nie mające wpływu na ocenę całości świadczonych przez odwołującego usług.

Okoliczność naliczenia jednej kary umownej w tak długim okresie realizacji zamówienia publicznego nie może przesądzać o niskiej jakości świadczenia usługi nadzoru. Wszystkie pozostałe etapy i prace realizowane w latach 2017 — 2021 były odbierane przez inwestora bez zastrzeżeń, zatem nie sposób uznać, że w sprawie uległy przesłanki, o których mowa w art.

109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

„Odwołujący jednocześnie wskazuje, że tak jak Odwołujący jest związany zarzutami swojego odwołania, tak Zamawiający jest związany zakresem podjętej decyzji, która stanowiła podstawę dla skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskaże właściwe przyczyny wykluczenia Odwołującego. Takie działanie należy postrzegać jako działanie niedopuszczalne i stanowiące rozszerzenie podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia Postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: "Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady."

Z brzmienia regulacji wynika, że aby doszło do materializacji przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest wykazanie, że: a) Wykonawca nie wykonał, nienależycie wykonał lub długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, b. Zobowiązanie to było zobowiązaniem istotnym, c. Finalnie powyższe doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesła-

nek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając Odwołującego, Zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, czego konkretnie Wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego Wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, że Wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące.

Rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Z przedstawionych na rozprawie dowodów przez zamawiającego wynika, że dotyczą one w większości zdarzeń z okresu dłuższego niż trzy lata lub też mających dowodzić nienależytego wykonania umowy. Dlatego też należy mieć na uwadze, że jako powód wykluczenia zamawiający podał w Projekcie Mazowsze naliczenie kar umownych, a odwołujący na tę samą kwotę (28.656,60zł.) przedstawił już opisywany powyżej pozew o zapłatę w postępowaniu nakazowym oraz uzasadnienie decyzji zamawiającego z dnia 28 lutego 2022r. o podstawie wykluczenia odwołującego z tytułu kar umownych, a nie z tytułu nienależytego wykonania umowy (Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego w piśmie z dnia 28 lutego 2022r. podniósł: W umowie zawartej z PZLPiT „Mazowsze” im. Tadeusza Sygińskiego ul. Świerkowa 2, 05-805 Otrębusy, Wykonawca został obciążony w marcu 2021 r, karą umowną z tytułu opóźnień w realizacji umowy).

Dowody złożone w toku postępowania odwoławczego:

Dowody złożone przez zamawiającego:

Z JEDZ BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. z dnia 19 kwietnia 2022 r. wynika, że

dotyczy on pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego związanych z projektem i budową wielopoziomowego parkingu i budową Krakowskiego Centrum Muzyki przy ul Piastowskiej dla ARMK w Krakowie. W tym postępowaniu wykonawca bierze udział wspólnie z innymi wykonawcami tj. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Ł. Z., na

pytanie o to czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z zamawiający lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź porównywalne sankcje w związku ze wcześniejszą umową wykonawca

oświadczył, że tak.

Z JEDZ BBC Best Building Consultants Doradztwo i Nadzory Ł. Z. z dnia 19 kwietnia 2022 r.

wynika, że dotyczy on pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego związanych z projektem i budową wielopoziomowego parkingu i budową Krakowskiego Centrum Muzyki

przy ul Piastowskiej dla ARMK w Krakowie. W tym postępowaniu wykonawca bierze udział wspólnie z innymi wykonawcami tj. BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. , na

pytanie o to czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z zamawiający lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź porównywalne sankcje w związku ze wcześniejszą umową wykonawca

oświadczył, że tak.

Z korespondencji elektronicznej zamawiającego z sekretariatem Mazowsza z dnia 2 sierpnia 2022 r. wynika, że zamawiający pytał o doświadczenie spółki BBC wynikające z realizacji w ramach konsorcjum zamówienia dotyczącego wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej budynku objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami - odrestaurowania Pałacyku Karolin i utworzenia bazy edukacyjnej dla

prezentacji i promocji folkloru. Zamawiający zwrócił się o wskazanie w jakim dokładnie zakresie spółka BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. wykonała powyższe zamówienie, oraz w razie jej posiadania, przesłanie umowy konsorcjum, w ramach której rzeczona spółka realizowała przedmiotowe zamówienie

Z korespondencji elektronicznej zamawiającego z Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej z dnia 2 sierpnia 2022 r. wynika, że zamawiający pytał o doświadczenie spółki BBC wynikające z realizacji w ramach konsorcjum zamówienia dotyczącego wykonania kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej w zakresie adaptacji/przebudowy/remontu budynku

użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami: „Przebudowa, nadbudowa i remont konserwatorski wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynków w Łodzi”.. Zamawiający zwrócił się o wskazanie w jakim dokładnie zakresie spółka BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. wykonała powyższe zamówienie, oraz w razie jej posiadania, przesłanie umowy konsorcjum, w ramach której rzeczona spółka realizowała przedmiotowe zamówienie

Z korespondencji elektronicznej Mazowsza z zamawiającym z dnia 3 sierpnia 2022 r. wynika, że Mazowsze przekazało skan umowy, a w dniu 4 sierpnia 2022 r. zamawiający zapytał o to, czy umowa była wykonana należycie oraz czy naliczone kary umowne były uregulowane przez BBC, jeżeli nie czy były/są dochodzone sądowo i były/są egzekwowane i ponownie o umowę konsorcjum. W dniu 5 sierpnia 2022 r. Mazowsze odpisało, że referencje jakie zostały wystawione w 2017 r. w ramach prowadzonej współpracy, wydano tuż po zakończeniu I Etapu - czyli części realizowanej umowy, której przedmiotem było wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej budowlano-wykonawczej i kosztorysowej wraz z nadzorem autorskim. Pełny zakres obejmował następujące elementy:

Etap I- projekt budowlany wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę,

Etap II - projekty wykonawcze uzgodnione z Konserwatorem Zabytków,

Etap III - nadzór autorski.

Wydane referencje dotyczyły wykonania tylko projektu budowlanego i uzyskania pozwolenia na budowę, natomiast za realizację pozostałych etapów nie były już wystawiane. Z uwagi na opóźnienia w realizacji II Etapu jak i opóźnienia w należytej realizacji zadań z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego (III Etap) zostały naliczone kary umowne. Kary zostały wyegzekwowane, gdyż zamawiający miał możliwość ich potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy. Wykonawca zakwestionował i odwołał się do sądu (postępowanie w toku) od kar naliczonych za III Etap umowy. Mazowsze oświadczyło, że nie dysponuje umową konsorcjum.

W dniu 18 sierpnia 2022 r. zamawiający zwrócił się do Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej o informacje czy należycie wykonała zamówienie, jeśli nie, w jakim zakresie nienależycie, czy umowa była realizowana terminowo, jeżeli umowa nie była realizowana należycie, czy były naliczone kary umowę, jeżeli tak, czy są zapłacone, jeżeli nie, czy były/są przez Spółkę dochodzone, jeżeli tak, czy były/są egzekwowane, czy BBC zwracała się o wystawienie referencji, czy były wystawione, jeśli nie z jakich powodów i o przekazanie umowy konsorcjum.

konsorcjum.

W dniu 24 sierpnia 2022 r. zamawiający poprosił Łódzką Spółkę Infrastrukturalną o ustosunkowanie się do zarzutów podniesionych odwołaniu BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. i przekazanie kopii umowy wraz z ewentualnymi aneksami. W załączeniu przekazano wyciąg z zarzutów odwołania, w których nie ma fragmentu odnoszącego się do zakresu wykonania zamówienia przez samego odwołującego.

W dniu 24 sierpnia 2022 r. zamawiający poprosił Mazowsze o ustosunkowanie się do zarzutów podniesionych odwołaniu BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. i przekazanie kopii umowy wraz z ewentualnymi aneksami. W załączeniu przekazano wyciąg z zarzutów odwołania, w których nie ma fragmentu odnoszącego się do zakresu wykonania zamówienia przez samego odwołującego.

W dniu 30 sierpnia 2022 r. Mazowsze odpisało zamawiającemu, że:

Nie polegają na prawdziwych twierdzeniach odwołującego, jakoby współpraca między stronami przebiegała dobrze. Jak wynika z protokołów z koordynacji sporządzanych regularnie w toku prowadzenia prac objętych umową, niemalże od początku prowadzenia prac w ramach realizacji etapu III umowy (nadzór autorski) pojawiły się problemy związane z tym, że dokumentacja wykonana przez odwołującego na podstawie umowy okazała się być wadliwa. Do odwołującego skierowano wiele wezwań, w tym również groźby wypowiedzenia umowy.

Całkowicie pozbawionym podstaw jest zatem twierdzenie odwołującego, jakoby nie miał wiedzy na temat wadliwego wykonywania umowy, w sytuacji gdy był regularnie informowany o nieprawidłowościach projektu przez przysyłanie mu regularnie protokołów z koordynacji. Kary zostały naliczone ponieważ nadzór autorski był wykonywany nienależycie, na co dowodem są wielokrotnie na przestrzeni wielu miesięcy ponawiane na naradach koordynacyjnych te same uwagi dotyczące braków w dokumentacji, kolizji, błędów oraz braków koordynacji wielobranżowej. Odwołujący sukcesywnie był o tym informowany, w tym odrębnymi pismami do prezesa spółki Ł. Z. Jeśli chodzi o odpowiedzialność za skutki braków/błędów w projektach i konsekwencji dokonywanych zmian Mazowsze pisemnie zwracał się do odwołującego o podanie uzasadnienia dla wprowadzonych zmian i powodów, dla których właściwe rozwiązania nie zostały przyjęte w pierwotnej dokumentacji. Odwołujący nie udzielił odpowiedzi na te pisma. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego sposobu naliczenia kary umownej, Mazowsze wskazało, że odwołujący wystąpił z pytaniem dotyczącym możliwości wystawienia faktury i uzyskał odpowiedź odmowną. Potwierdza to okoliczność, że po stronie odwołującego istniały wątpliwości, co do możliwości wystawienia faktury, z uwagi na nienależyte wykonywanie umowy. Mazowsze we własnym zakresie dokonało miarkowania kary umownej, bo naliczyło ją jedynie za okres od 3 lipca 2019 do 31 stycznia 2020 r., jak wynika z dokumentów do uzgodnienia dokumentacji wzywano odwołującego już w roku 2018, co więcej sam odwołujący w tymże roku zobowiązał się do wskazania terminu, w którym dokumentacja zostanie dostarczona. Mazowsze był zatem uprawniony do naliczenia znacznie wyższych kar umownych, jednakże mając na uwadze wysokość wynagrodzenia należnego odwołującemu zdecydował się na miarkowanie wysokości kary umownej i naliczył ją za wskazany powyżej okres, przyjmując, że opóźnienie wynosi 210 dni.

W dniu 31 sierpnia 2022 r. Łódzka Spółka Infrastrukturalna poinformowała zamawiającego, że:

1. Umowa nie została w całości zrealizowana. W ramach umowy odwołujący i Ł. Z. wykonali w latach 2019 - 2021 część zadania tj. wielobranżową zamienną dokumentację projektową budowlano-wykonawczą wraz z programem prac konserwatorskich i projektem konserwatorskim, informacją dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót umożliwiającą realizację inwestycji, zawierającą niezbędne do wykonania zadania dokumentacje branżowe, przedmiary robót, kosztorysy, uzgodnienia, decyzje oraz prawomocne pozwolenia na budowę wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynków położonych przy ul. Ogrodowej 24 w Łodzi, oraz przygotowało opracowanie w zakresie kalkulacji kosztów życia budynku oraz informacji o tych kosztach wg. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 lipca 2018 r.
2. Zamówienie nie zostało zakończone. Wykonawca zrealizował jedną z trzech części umowy. W ramach realizacji części dot. dokumentacji projektowej wykonawca wielokrotnie przekazywał do weryfikacji projekt niekompletny, niskiej jakości, zawierający liczne powtarzające się błędy. Ponadto podczas przygotowania postępowania na wyłonienie wykonawcy, ŁSI stwierdziło następne nieścisłości i braki w dokumentacji, wymagające wyjaśnień i uzupełnienia przez wykonawcę,
3. Wykonawca nie wykonał części umowy dotyczącej dokumentacji projektowej w terminie.
4. ŁSI naliczyła wykonawcy karę za zwłokę w wykonaniu dokumentacji projektowej, pomimo wysłania noty obciążeniowej oraz dwóch wezwań do zapłaty spółka nie uregulowała należności. Wykonawca poinformował, że nie zgadza się z naliczonymi karami, a z uwagi na przepisy dotyczące szczególnych rozwiązań związanych z COVID-19, kary nie zostały potrącone z wynagrodzenia. Kary umowne będą dochodzone.
5. BBC zwracała się ŁSI o wystawienie referencji. ŁSI nie wystawiła i nie wystawi referencji firmie BBC ze względu na nieterminowość i nierzetelność konsorcjum.
6. Zgodnie z postanowieniami umowy nr 505/2019 z dnia 7 listopada 2019 r. wykonawca zobowiązał się do wykonania dokumentacji projektowej w terminie 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy tj. do 7 sierpnia 2022 r. Na wniosek wykonawcy zostały zawarte następujące aneksy:
 - nr 1 z 26 lutego 2021 r. zmieniający termin wykonania dokumentacji do dnia 22 września 2020 z uwagi na opóźnienia w wydaniu decyzji lub dokumentu przez właściwe organy administracji publicznej
 - nr 2 z dnia 13 kwietnia 2021 r. - zmieniający zakres przedmiotu umowy,
 - nr 3 z dnia 14 maja 2021 r. - zmieniający termin wykonania dokumentacji do 31

grudnia 2020 r. w związku z okolicznościami związanymi z Covid -19.

Ponadto ŁSI odstąpiło od naliczenia kar umownych za kolejne 47 dni opóźnienia uznając za niezawinione przez wykonawcę, a spowodowane opieszałością Łódzkiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. ŁSI uznaje zarzuty BBC dotyczące współpracy za nieprawdziwe, a karę za 114 dni zwłoki za uzasadnioną. Załączono kopie umowy konsorcjum, kopię umowy 505/2019 i aneksów.

Z umowy konsorcjum z dnia 1 lipca 2019 r. wynika, że była to umowa regulująca współpracę BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k i Ł. Z. w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie wielobranżowej zamiennej dokumentacji projektowej wraz z usługą pełnienia nadzoru autorskiego na „Przebudowę, nadbudowę i remont konserwatorski wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynków w Łodzi”. Z umowy wynika, że regulowała współpracę wyłącznie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 3 ust. 4 warunki realizacji kontraktu miały być ustalone w odrębnym porozumieniu wykonawczym, które miało zostać zawarte nie później niż 7 dni roboczych od dnia zawarcia kontraktu i które miało określać w szczególności podział obowiązków oraz zasady wzajemnych rozliczeń pomiędzy członkami konsorcjum.

Z umowy nr 505/2019 wynika, że ŁSI zdefiniowała:

- dokumentację projektową jako wielobranżową zamienną dokumentację projektową budowlano-wykonawczą wraz z programem prac konserwatorskich i projektem konserwatorskim, informacją dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót umożliwiającą realizację inwestycji, zawierającą niezbędne do wykonania zadania dokumentacje branżowe, przedmiary robót, kosztorysy, uzgodnienia, decyzje oraz prawomocne pozwolenia na budowę wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynków położonych przy ul. Ogrodowej 24 w Łodzi, oraz przygotowało opracowanie w zakresie kalkulacji kosztów życia budynku oraz informacji o tych kosztach wg. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 lipca 2018 r.,

- prace projektowe jako całość obowiązków wykonawcy związanych z opracowaniem i wykonaniem kompletnej dokumentacji projektowej wraz z dokonaniem zgłoszenia robót budowlanych przyjętej przez organ administracji publicznej bez sprzeciwu albo uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę wraz z opracowaniem kalkulacji kosztów życia

budynku i informacji o tych kosztach,

- protokół odbioru częściowego dokumentacji projektowej - sporządzony przez wykonawcę i zaakceptowany przez zamawiającego dokument potwierdzający zakres i wartość wykonanej

dokumentacji projektowej w zakresie projektu budowlanego

- protokół odbioru końcowego dokumentacji projektowej - sporządzony przez wykonawcę i zaakceptowany przez zamawiającego dokument potwierdzający zakres i wartości wykonanej

dokumentacji projektowej.

Zgodnie z par. 3 wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy w terminie 48 miesięcy od dnia zawarcia umowy o udzielenie zamówienia, w tym:

- 1) W terminie 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy o udzielenie zamówienia wykonanie dokumentacji projektowej wraz z prawomocnym pozwoleniem na budowę,
- 2) Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych w terminie 10 miesięcy od dnia pisemnego poinformowania o konieczności wzięcia udziału w przygotowywanym postępowaniu,
- 3) Pełnienie nadzoru autorskiego nad zgodnością realizowanej inwestycji z dokumentacją projektową - od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę do momentu zakończenia inwestycji, nie później jednak niż w ciągu 48 miesięcy od daty zawarcia tej umowy.

Za wykonanie dokumentacji projektowej wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie w kwocie 688 600 zł. netto, podstawę do wypłaty tej kwoty stanowił podpisany przez zamawiającego protokół końcowego odbioru dokumentacji projektowej. Przy czym możliwa była płatność częściowa na podstawie protokołu odbioru częściowego. Wykonawca był zobowiązany przedstawić kompletną dokumentację projektową najpóźniej na 14 dni przed upływem terminu na realizację dokumentacji projektowej, a zamawiający miał 7 dni na jej akceptację. Wykonawca miał usunąć wady lub uzupełnić dokumentację w terminie obowiązywania umowy. Podpisane protokołów częściowego i

końcowego odbioru dokumentacji projektowej bez uwag upoważniało wykonawcę do wystawienia faktury.

Z aneksu nr 1 z dnia 26 lutego 2021 r. wynika, że wydłużono etap oddania dokumentacji projektowej do dnia 22 września 2020 r. aneks został podjęty na podstawie wniosku wykonawcy z dnia 5 sierpnia 2020 rozszerzonego wnioskiem z 14 października 2020
Z aneksu nr 2 z dnia 13 kwietnia 2021 r. wynika, że zrezygnowano z przyczyn technicznych z realizacji części zamówienia. Aneks został podjęty na podstawie wniosku wykonawcy z dnia 30 lipca 2020 rozszerzonego wnioskiem z 9 lutego 2021

Z aneksu nr 3 z dnia 14 maja 2021 r. wynika, że wydłużono termin na wykonanie

dokumentacji projektowej do dnia 31 grudnia 2020 r. na wnioski wykonawcy z 12 marca 2020, 18 listopada 2020 r. (rozszerzony w dniu 1 grudnia 2020), 18 grudnia 2020 (rozszerzony w dniu 13 stycznia 2021), 21 stycznia 2021, 4 lutego 2021, 24 lutego 2021, 23 marca 2021 (rozszerzony 24 marca 2021)

Z umowy nr 1 z dnia 17 stycznia 2017 r. wynika, że odwołujący wspólnie z Ł. Z. podjęli się realizacji zadania wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej budowlano-wykonawczej i kosztorysowej wraz z nadzorem autorskim dla zadania inwestycyjnego np.

Odrestaurowanie Pałacyku Karolin i utworzenie bazy edukacyjnej dla prezentacji i promocji folkloru.

Wykonawca miał wykonać umowę w terminie 16 tygodni od daty zawarcia umowy :

- Etap I - projekt budowlany wielobranżowy - do 8 tygodni licząc od daty zawarcia umowy,

- a) złożenie wniosku o pozwolenie na budowę - do 12 tygodni licząc od daty zawarcia umowy,

- b) uzyskanie Decyzji o pozwoleniu na budowę do 16 tygodni od daty zawarcia umowy
Etap II - projekt wykonawczy (wielobranżowy) z kosztorysami inwestorskimi, przedmiarami robót - do 16 tygodni od daty zawarcia umowy

Etap III - nadzór autorski od momentu rozpoczęcia robót budowlanych do zakończenia budowy i uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu. Przewidywany termin rozpoczęcia robót budowlanych to IV kw. 2017, natomiast przewidywany okres realizacji robót budowlanych wynosi 36 miesięcy od momentu zawarcia umowy z wykonawcą robót budowlanych. Wykonawcy miało przysługiwać wynagrodzenie w kwocie brutto 227 427zł., z czego 40 % miało stanowić wynagrodzenie etapu I, a 30% wynagrodzenie etapu II.

Aneksem nr 3 z dnia 31 maja 2017 r. wydłużono termin realizacji umowy do 24 tygodni tj.

- Etap I - projekt budowlany wielobranżowy - do 8 tygodni licząc od daty zawarcia umowy,

- a) złożenie wniosku o pozwolenie na budowę - do 14 tygodni licząc od daty zawarcia umowy,

- b) uzyskanie Decyzji o pozwoleniu na budowę do 16 tygodni od daty zawarcia umowy
Etap II - projekt wykonawczy (wielobranżowy) z kosztorysami inwestorskimi, przedmiarami robót - do 24 tygodni od daty zawarcia umowy

Dowody odwołującego:

- nota obciążeniowa nr 3/2017 z dnia 26 września 2017 r. na kwotę 28 381,30zł. z tytułu opóźnienia w realizacji Etapu II umowy polegającego na przekroczeniu przekazania zamawiającemu ostatecznej decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora

Zabytków, będącej integralną częścią projektu wykonawczego

- korespondencja elektroniczna z dni 4, 22 kwietnia 2017 i 10 maja 2017 pomiędzy Mazowszem, a odwołującym, z której wynika przekazywanie kosztorysów oraz wykaz dokumentów, z którego wynika, że program funkcjonalno-użytkowy został opracowany w marcu 2017, projekt budowlany architektura, konstrukcja, instalacje sanitarne, CO, CT, wentylacja mechaniczna, instalacje sanitarne instalacja wod-kan, gaz, instalacje

elektryczne i teletechniczne zostały opracowane w marcu 2017, projekty wykonawcze architektura, konstrukcja, instalacje sanitarne, CO, CT, wentylacja mechaniczna, instalacje sanitarne instalacja wod-kan, gaz, instalacje elektryczne i teletechniczne zostały opracowane w kwietniu 2017, oświadczenia projektantów sprawdzających, podwykonawców- marzec 2017, wniosek o pozwolenie na budowę został opracowany w kwietniu 2017, decyzja o pozwoleniu na budowę ostateczna w kwietniu 2017.

Z protokołu odbioru z dnia 30 czerwca 2017 r. wynika, że przekazano m. in. dokumentację w zakresie projektu wykonawczego cz. architektury, konstrukcji, instalacji sanitarnych, elektryczną, teletechniczną, iluminację obiektów, specyfikację techniczną i budżet inwestycyjny - harmonogram finansowo-rzeczowy w ujęciu kwartalnym. Odebrano z zastrzeżeniami bez uzgodnień konserwatorskich.

W dniu 18 września 2017 r. odwołujący skierował do Mazowsza pismo, w którym podważył prawo do naliczania kary umownej za etap II, gdyż w protokole odbioru stwierdzono jedynie usterkę i nie określono terminu na jej usunięcie. Usterka została usunięta w najbliższym możliwym terminie tj. bezpośrednio po wydaniu decyzji przez Konserwatora Zabytków. Odwołujący wniósł o zmianę terminu realizacji umowy i jej wydłużenie o 130 dni, gdyż

- zamawiający z 14 dniowym opóźnieniem przekazał koncepcję aranżacji,
- wystąpiły roboty dodatkowe - projekty kontroli KD - wydłużenie o 14 dni plus dodatkowe wynagrodzenie w kwocie 4000zł.
- brak przekazania przez zamawiającego projektu wykonawczego systemów AV- wydłużenie o 21 dni i dodatkowe wynagrodzenie 8000zł.
- wykonanie dokumentacji serwera multimedialnego - wydłużenie o 14 dni i dodatkowe wynagrodzenie w kwocie 3000zł.
- wymiana systemu SSP - wydłużenie o 14 dni i dodatkowe wynagrodzenie w kwocie 6000zł.
- brak działania organów administracji - urzędu konserwatora zabytków - wydłużenie o 21 dni,
- brak działania organów administracji - Państwowej Straży Pożarnej - wydanie postanowienia po 74 dniach, a nie w terminie 42 dni jak zakładano, co wpłynęło na zakres projektowania, bo uniemożliwiło uzyskanie decyzji konserwatora - wydłużenie terminu o 32 dni i dodatkowe wynagrodzenie 9000zł.

W związku z niezawinionym opóźnieniem odwołujący poniósł szereg kosztów:

- dodatkowe koszty finansowania projektu,
- dodatkowe koszty ogólne
- koszty zarządu,
- koszty z tytułu utraty zysku,
- koszty dodatkowe sprzętowe, koszty dodatkowe wynikłe ze wzrostu kosztów usług - waloryzacja minimalnego wynagrodzenia.

Dodatkowo w skutek przyspieszenia konstruktywnego odwołujący wskazał, że wystąpi do zamawiającego z kolejnym pismem i roszczeniem o pokrycie kosztów związanych z tym przyspieszeniem - kosztów pracy w godzinach ponadnormatywnych, dodatkowych nakładów na robociznę, dodatkowych nakładów na sprzęt, spadku produktywności, dodatkowego nadzoru, kosztów ogólnych.

Z protokołu odbioru z dnia 19 lutego 2021 r. strony (Zamawiający Mazowsze i Konsorcjum Odwołujący i Ł. Z.) zgodnie stwierdziły, że roboty budowlane przez generalnego wykonawcę AMAT Zbigniew Hordyj zostały zakończone i przeprowadzone zostały czynności związane ze zgłoszeniem budynku do użytkowania. Odwołujący wniosł o odbiór czynności nadzoru autorskiego, a zamawiający zgłosił uwagi do wykonania etapu III stanowiącego nadzór autorski dotyczące braku stawiennictwa na naradach technicznych i koordynacyjnych mimo wezwań, nieterminowego przekazywania zmian/rewizji projektowych do sporządzonej dokumentacji branży elektrycznej i teletechnicznej, co skutkowało wydłużeniem procesu budowlanego o 122 dni oraz

wzrostem kosztów budowy o 896 608,03 zł. brutto. W trakcie spotkań koordynacyjnych od miesiąca czerwca 2019 r. zgłaszane były wielokrotnie braki i niekonsekwentne rozwiązania projektowe w branży konstrukcyjnej, sanitarnej i elektrycznej uniemożliwiające prowadzenie prac budowlanych. Wykonawca od grudnia 2018 był wzywany do przeprowadzenia koordynacji międzybranżowej w celu usunięcia kolizji pomiędzy instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi i rozwiązaniami konstrukcyjnymi. Zamawiający przedstawił skróconą chronologię dokonywania rewizji w dokumentacji projektowej branży elektrycznej i teletechnicznej. Odwołujący oświadczył, że powyższe stanowisko nie jest zasadne oraz, że nadzór autorski był prowadzony w sposób należyty, zgodnie z umową i przepisami prawa.

W dniu 14 września 2021 r. zamawiający Mazowsze wystawił notę księgową na kwotę 28 966,26zł. z tytułu kary za okres 114 dni (16.02-10.06.2021).

Z wniosku o zmianę terminów umowy z ŁSI z dnia 18 grudnia 2019 r. wynika, że utrzymanie terminu wykonania dokumentacji projektowej do 7 sierpnia 2020 nie jest możliwe z uwagi na brak akceptacji Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków.

Z wniosku o zmianę terminów umowy z ŁSI z dnia 5 marca 2020 r. wynika, że nadal występuje brak działania po stronie WUOZ, a zamawiający wprowadzał ciągłe zmiany do projektu, które prowadziły do zmiany koncepcji, co wygenerowało opóźnienie 14 dni, opóźniło się także wydanie decyzji w sprawie badań geologicznych

Z wniosku z dnia 30 lipca 2020 r. wynika, że wykonawca podtrzymał wnioski o zmianę terminu i nie podzielał stanowisk zamawiającego wynikających z kierowanych do odwołującego pism z dnia 19 maja, 22 maja i 6 lipca 2020 r.. Podnosił wydłużające się procedury pozyskania akceptacji konserwatorskich, co miało wpływ m. in. na badania geologiczne czy opinie pożarowe, zmiany w zakresie realizacji budynku z urządzeniem parkingowym, braku informacji o potrzebie uzyskania nowych wytycznych WUOZ, wykonawca wstrzymał się z pismem do ZDiT na wyraźne polecenie zamawiającego, o bezzasadnego braku akceptacji zamawiającego dla rozwiązań przedstawianych przez wykonawcę, zmianie lokalizacji stacji transformatorowej, zmiany w zakresie korytarzy, braku wpływu zmiany projektanta oddelegowanego do komunikacji z zamawiającym na proces wykonania projektu, zlecenie przez zamawiającego wykonania czynności wykraczających poza zawartą umowę i stanowiących zamówienia dodatkowe, co wskazał z zestawieniem tabelarycznym. Wykonawca podał jako argumenty za zmianą terminów umownych:

Dodatkową powierzchnię projektowanego budynku, ponowne wykonania koncepcji

iteracja nr 2 rezygnacja z korytarza i wprowadzenie nowej stolarki okiennej i drzwiowej na poziomie parteru, tarasu i baru na dachu, wykonanie ponowne koncepcji iteracja 3 -

rezygnacja z baru i tarasu i wydzielania ogródków gastronomicznych, zmiany w PZT - urządzenie parkingowe, zmiany elewacji w obszarze parteru, decyzja w przedmiocie pozwolenia na wykonywanie badań geologicznych, akceptacja PRG przez Urząd Miasta Łodzi, zmiana terminu spotkania z WUOZ, wytyczne i zalecenia konserwatorskie, termin spotkania z WUOZ, w ocenie wykonawcy wydłużenie terminu realizacji powinno wynosić 309 dni. Dodatkowo wykonawca podnosił konieczność rozliczenia z tytułu robót dodatkowych o łączną kwotę 31 000, 23zł. netto.

Z wniosku z dnia 14 października 2020 o zmianę terminu umownego, wynika, że jest ona konieczna w związku ze zwiększeniem się powierzchni całkowitej budynku, co wywołało konieczność zmiany wskazanych w piśmie opracowań projektowych, zwiększenia liczby

roboczo-dni o 178 dni.

Z wniosku z 18 listopada 2020 r. wynika, że u wykonawcy wystąpiły przeszkody związane z Covid - 19 wyłączające 12 osób personelu wykonawcy z bieżącego wykonywania zamówienia.

Z wniosku z dnia 1 grudnia 2020 r. wynika, że wskazane wcześniej wyłączenia pracowników odwołującego spowodowały opóźnienia o 47 dni w związku z zarażaniem, a 78 dni w związku z pracą zdalną, łącznie 125 dni opóźnienia.

Z wniosku z 18 grudnia 2020 r. wynika, że wykonawca podjął decyzję o wysłaniu całego zespołu na obowiązkową kwarantannę domową z uwagi na dużą ilość pozytywnych wyników Covid-19.

Z pisma z 26 stycznia 2021 r. wynika, że w związku z opóźnieniem WUOZ w wydaniu pozwolenia na wykonywanie robót budowlanych przy zabytku powstało opóźnienie o 93 dni, co powoduje konieczność wydłużenia umowy.

Z pisma z dnia 4 lutego 2021 r. wynika, że wykonawca przedstawił wykaz opóźnień wynikający z zarażeń Covid-19 i wskazywał, że łączny czas, o który powinno nastąpić wydłużenie terminów to 395 dni.

Z opinii mgr inż. Macieja Kajruksztu wynika, że na zlecenie odwołującego biegły analizował zasadność roszczeń odwołującego o wydłużenie czasu realizacji kontraktu z ŁSI oraz zasadność roszczeń o wypłatę wynagrodzenia dodatkowego za zamówienia nie objęte przedmiotem zamówienia. Biegły ustalił na podstawie przedstawionej mu dokumentacji opisanej przez biegłego szczegółowo w pkt. 1.2. opinii. Biegły ustalił, że częściowo zamawiający przychylił się do wniosków odwołującego o wydłużenie terminu realizacji w odniesieniu do roszczenia wynikającego z konieczności wystąpienia o nowe zalecenia/wytyczne konserwatorskie - o 3 dni, roszczenie w związku z przesunięciem terminu spotkania w WUPZ - o 30 dni, roszczenie wynikające z potrzeby sporządzenia dwóch dodatkowych niezależnych ekspertyz technicznych - o 20 dni i 3 316zł. , roszczenie w związku z epidemią Covid-19 - 100 dni. Biorąc pod uwagę, że zamawiający Agencja Rozwoju Miasta Krakowa jako podstawę faktyczną zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 podała naliczenie kar za opóźnienie, to Izba analizując opinię biegłego prywatnego skupiła się wyłącznie na roszczeniach odwołującego dotyczących wydłużenia terminu realizacji i ustaliła, że biegły uznał za zasadne roszczenia o wydłużenie terminu z następujących tytułów:

- robót dodatkowych związanych ze wzrostem powierzchni projektowanej - 178 dni roboczych (257 dni kalendarzowych)
- dodatkowych prac projektowych związanych ze zmianą projektu koncepcji z dnia 16 stycznia 2020 - 24 dni
- dodatkowych prac projektowych związanych ze zmianą projektu koncepcji z dnia 11 lutego 2020 - 24 dni
- dodatkowych prac projektowych w związku ze zmianami w PZT - 12 dni,
- dodatkowych prac projektowych w związku ze zmianami projektu elewacji w obszarze parteru - 11 dni,
- opóźnieniem wydania pozwolenia na prowadzenie badań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków - 25 dni,
- opóźnieniem wydania pozwolenia na prowadzenie badań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków - 93 dni
 - wystąpieniem o nowe zalecenia/wytyczne konserwatorskie - 63 dni,
 - przesunięciem ustalonego spotkania przez WUPZ - 7 dni,
 - przesunięciem ustalonego spotkania przez WUPZ - 30 dni,
 - koniecznością sporządzenia dwóch dodatkowych niezależnych ekspertyz technicznych - 20 dni,
 - dodatkowych prac projektowych w związku z wydłużeniem procedowania wniosku ZDiT - 384 dni,
 - dodatkowych prac projektowych w związku z wydłużeniem prac projektowych spowodowanych Covid-19 - 100 dni,
- wydłużeniem wydania decyzji administracyjnych niezbędnych dla zakończenia przedmiotu umowy - 53 dni. Łącznie biegły prywatny uznał zasadność roszczeń o wydłużenie terminu realizacji o 1103 dni czyli do 15 sierpnia 2022 r., natomiast zamawiający uznał roszczenia jedynie w zakresie 153 dni to jest do 31 grudnia 2020 r.

Z pozwu o zapłatę w postępowaniu upominawczym skierowanego przez odwołującego in Ł. Z. przeciwko Łódzkiej Spółce Infrastrukturalnej w dniu 25 sierpnia 2022 r. wynika, że odwołujący domaga się zapłaty 1 563 618,98zł. stanowiącej roszczenie o wynagrodzenie z tytułu prac dodatkowych wraz z odsetkami.

Izba poczyniła następujące ustalenia i ocenę zgromadzonego materiału dowodowego:

Przed przystąpieniem do analizy zgromadzonego materiału dowodowego Izba poczyni dwa istotne zastrzeżenia:

1. Izba ocenia wyłącznie czynności i zaniechania zamawiającego w tym postępowaniu, a nie stosunki cywilnoprawne powstałe pomiędzy innymi zamawiającymi i wykonawcami i związane z nimi skutki prawne wynikłe z realizacji umów o zamówienia publiczne,
2. Izba jest związana granicami zarzutów odwołania, a te wynikają zakresu czynności zamawiającego lub jego zaniechań, w tym przypadku źródłem podnoszonych zarzutów jest informacja o odrzuceniu oferty odwołującego i podana w niej argumentacja faktyczna i prawna zamawiającego.

Bezsporne jest, że zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia, w tym przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 (poważne naruszenie obowiązków zawodowych), art. 109 ust. 1 pkt 7 (niewykonanie, nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań tej umowy), art. 109 ust. 1 pkt 8 (wprowadzenie w błąd przy przedstawieniu informacji o niepodleganiu wykluczeniu lub spełnianiu warunków udziału w postępowaniu).

Bezsporne jest, że odwołujący jak i Ł. Z. jako podmiot udostępniający zasoby oświadczyli, że takie przesłanki wykluczenia wobec nich nie zachodzą.

Bezsporne jest także to, że z tych podstaw zamawiający wykluczył wykonawcę i w konsekwencji odrzucił jego ofertę.

Bezsporne jest także, że zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Bezsporne jest również to, że wskazane w wykazie usług usługi realizowali wspólnie odwołujący i Ł. Z..

Aby określić granice analizy zgromadzonego materiału dowodowego Izba ustaliła, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty odwołującego były następujące okoliczności:

- naliczenie i potrącenie z wynagrodzenia kar umownych za etap II umowy z Mazowszem, niezaskarżone przez odwołującego do sądu powszechnego i naliczenie kar umownych za etap III umowy z Mazowszem - zaskarżone przez odwołującego pozwem do sądu (postępowanie w toku) - (informacja o wyniku postępowania, pismo Mazowsza z 3 sierpnia 2022 r., oświadczenie odwołującego na rozprawie),
- wykonywanie umowy z ŁSI niezgodnie z kontraktem i nieterminowo za co zostały naliczone kary umowne (informacja o wyniku postępowania)
- zatajenie okoliczności naliczenia kar umownych z tytułu obu umów, niespójność z oświadczeniem złożonym wraz z ofertą o braku podstaw wykluczenia, a także niespójność ze wskazanymi w ofercie załącznikami, których do oferty nie dołączono, a zawierającymi informacje o sprawach spornych wraz z załącznikami oraz samooczyszczenie i załączniki do samooczyszczenia odwołującego i Ł. Z., a także niespójność z oświadczeniami składanymi zamawiającemu w postępowaniu na wezwanie do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2022 i 6 lipca 2022 r. (informacja o wyniku postępowania)
- niewykazanie samodzielnego wykonania zakresów umownych wynikających z umów z Mazowszem i ŁSI odpowiadających swoim zakresem warunkowi udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego (informacja o wyniku postępowania)
- niejednoznaczne i niespójne z treścią złożonej oferty wyjaśnienia z dnia 27 lipca 2022 r. dotyczące tego, czyje doświadczenie jest doświadczeniem mającym służyć potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu - według oferty i zobowiązania innego podmiotu
- doświadczenie tego podmiotu, według wyjaśnień - doświadczenie własne odwołującego, ale odwołujący i podmiot udostępniający zasób z uwagi na ich powiązania mogą być traktowani jako jeden podmiot.

Izba oceniła, że powyższe fakty wynikające z informacji o odrzuceniu oferty odwołującego podane przez zamawiającego stanowią podstawę faktyczną podniesionych zarzutów poza którą Izba nie może wykroczyć.

Izba ustaliła, że czynność odrzucenia oferty odwołującego miała miejsce w dniu 18 sierpnia 2022 r. Zamawiający ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie oferty odwołującego, złożonych przez niego oświadczeń i dokumentów oraz informacji uzyskanych przez zamawiającego (informacja o odrzuceniu oferty odwołującego).

Izba zatem ustaliła, jaką wiedzę zamawiający dysponował w dacie podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego:

1. Z oferty i dołączonych do niej dokumentów wynikało, że odwołujący zamierza korzystać z zasobów innego podmiotu - Ł. Z. w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, ma on także występować jako podwykonawca w realizacji zamówienia - oświadczenia wykonawcy, zobowiązanie podmiotu trzeciego,
2. Z oferty i dołączonych do niej oświadczeń wynikało, że wobec odwołującego i podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą przesłanki wykluczenia - oświadczenia wykonawcy, zobowiązanie podmiotu trzeciego.
3. Z oferty wynikało, że wykonawca deklarował złożenie do oferty informacji o toczących się sporach, załączników do tych informacji oraz samoocyszczenia wraz z załącznikami dotyczących sytuacji odwołującego i Ł. Z., ale nie załączył takich dokumentów do oferty.
4. Zamawiający otrzymał w dniu 5 lipca 2022 r. informację, że wskazanie tych załączników było omyłkowe i wykonawca nie podlega wykluczeniu.
5. Zamawiający ustalił na podstawie dostępnej mu dokumentacji, że w postępowaniu dotyczącym wyłonienia Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad projektowaniem i budową parkingu wielopoziomowego i budową Krakowskiego Centrum Muzyki odwołujący i Ł. Z. oświadczyli, że zachodzą wobec nich okoliczności wskazane w części III sekcji C JEDZa, jak zamawiający oświadczył na rozprawie nie badał podstaw wykluczenia odwołującego i Ł. Z. w tamtym postępowaniu, gdyż prowadził je w procedurze odwróconej, a oferta odwołującego i Ł. Z. nie została oceniona jako najkorzystniejsza (pismo zamawiającego z 6 lipca 2022 r., oświadczenia zamawiającego na rozprawie),
6. Zamawiający ustalił, że umowa z Mazowszem była realizowana w trzech etapach, a referencje wystawiono tylko za pierwszy etap obejmujący projekt budowlany wraz z decyzją o pozwoleniu na budowę, projekty wykonawcze wraz z uzgodnieniem konserwatorskim miały być realizowane w II etapie, a nadzór autorski w trzecim. Za etap II i III naliczono konsorcjum odwołującego i Ł. Z. kary umowne z tytułu opóźnień i nie wystawiono referencji. Kary zostały wyegzekwowane, a wykonawca zakwestionował i odwołał się do sądu od kar naliczonych za III Etap umowy. (pismo Mazowsza z dnia 3 sierpnia 2022r.)
7. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że ustaleń dotyczących umowy z ŁSI dokonywał przed odrzuceniem oferty odwołującego ustnie, ale w aktach sprawy nie znajduje się jakiegokolwiek dowód uprawdopodobniający, to oświadczenie, (protokół z rozprawy)
8. Stanowisko ŁSI zostało przedstawione zamawiającemu na piśmie w dniu 31 sierpnia 2022 r. (pismo ŁSI z dnia 31 sierpnia 2022 r.)
9. Odwołujący nie przeczył faktowi, że w postępowaniu dotyczącym wyłonienia Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad projektowaniem i budową parkingu wielopoziomowego i budową Krakowskiego Centrum Muzyki złożył oświadczenia wskazane przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 6 lipca 2022 r., ale podnosił, że w postępowaniach tzw. unijnych wykonawcy mają obowiązek (wynikający z orzecznictwa) poinformować zamawiających o wszelkich zdarzeniach wpisujących się w pytanie zadane w JEDZu w części III Sekcja C, natomiast w postępowaniach tzw. krajowych oświadczenie składane przez wykonawców musi być skorelowane z treścią fakultatywnych podstaw odrzucenia - pismo odwołującego z 11 lipca 2022 r.
10. Izba ustaliła, że w dacie 6 lipca 2022 r. zamawiający nie znał usług, jakie wykonawca chce przedstawić zamawiającemu na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Izba ustaliła, że zamawiający nie precyzował w wezwaniu z dnia 6 lipca 2022 r. na czym może polegać wprowadzenie w błąd zamawiającego. Nie ma też dowodu na to, że zamawiający miał wątpliwości co do rzetelności odwołującego w związku z realizacją przez niego konkretnych zamówień publicznych. W szczególności zamawiający w wezwaniu nie wskazał na to, jakie informacje podane mu w postępowaniu dotyczącym wyłonienia Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad projektowaniem i budową parkingu wielopoziomowego i budową Krakowskiego

Centrum Muzyki przez odwołującego w ramach samooczyszczenia, czy informacji o sporach rodzą jego wątpliwości, co do możliwości wprowadzenia w błąd zamawiającego. Izba ustaliła, że pytanie zamawiającego pozwalało ustalić, jedynie to, że wątpliwości zamawiającego budzi fakt, że w innym postępowaniu złożono inne oświadczenie, co do istnienia fakultatywnych podstaw wykluczenia. (wezwanie z dnia 6 lipca 2022 r.)

11. Z pisma odwołującego z dnia 27 lipca 2022 r. zamawiający ustalił, że wykonawca powołuje się na własne doświadczenie, a nie podmiotu udostępniającego zasób, choć podmiot ten w przypadku wybrania oferty odwołującego będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Odwołujący nabył doświadczenie w zakresie wymaganym w warunku udziału samodzielnie niemalże w 100 %. Odwołujący i podmiot udostępniający zasób z uwagi na wzajemne ściśle powiązania osobowe, zasobowe, finansowe kapitałowe i organizacyjne stanowią „jedną firmę”.

Izba oceniając powyższe okoliczności wynikające ze zgromadzonego materiału

dowodowego doszła do następujących wniosków:

1. Zamawiający uzyskał informacje podważające wiarygodność odwołującego od Mazowsza,
2. Zamawiający nie wyjaśniał z odwołującym stanu faktycznego opisanego przez Mazowsze w piśmie z 3 sierpnia 2022 r.
3. Nie można ustalić, na jakiej podstawie zamawiający doszedł do przekonania, że odwołujący umowę z ŁSI wykonywał niezgodnie z zawartym kontraktem i nieterminowo za co zostały naliczone kary umowne,
4. Niewątpliwie odwołujący nie przedstawił jednoznacznych informacji, co do tego na czyje doświadczenie się powołuje własne czy udostępnione, bowiem nie oświadczył o omyłkowym załączeniu zobowiązania podmiotu trzeciego, nawet w dniu 27 lipca 2022 r. twierdził, że podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia,
5. Odwołujący poza oświadczeniem o wykonaniu samodzielnym w „niemalże 100%” nie wykazał, że zakres jego obowiązków jako wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie był na tyle istotny, że można było uznać, że wykonał dokumentację projektowo - kosztorysową w zakresie adaptacji/przebudowy/remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego i złożeniem wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę lub zaświadczenia o niewniesieniu sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych. Oświadczenia w tym zakresie odwołującego Izba oceniła jako niewiarygodne. Z jednej strony bowiem w ofercie odwołujący wskazał Ł. Z. jako nabywcę wymaganego doświadczenia, a w wykazie usług i piśmie z dnia 27 lipca 2022 r. odwołujący przedstawia siebie jako takiego dysponenta, by spuentować, że tak naprawdę odwołujący i Ł. Z. to jedna firma. Izba nie neguje możliwości wspólnego nabycia wymaganego doświadczenia, ale nie wyklucza także takiej możliwości, że jeden z wykonawców dotychczas działających wspólnie faktycznie nie uczestniczył w nabywaniu doświadczenia, a odwołujący, mimo wezwania zamawiającego z dnia 22 lipca 2022r., nawet nie próbował wykazać realności nabytego doświadczenia. Nabiera to znaczenia zwłaszcza w świetle oświadczenia odwołującego na rozprawie, że samodzielnie wykona zamówienie.

Ustalenia poczynione przez Izbę na podstawie materiału dowodowego złożonego w toku postępowania odwoławczego:

1. Referencja Mazowsza została wystawiona w dniu 6 czerwca 2017 r. natomiast podpisanie odbioru protokołu końcowego dokumentacji projektowej, a więc dokumentacji obejmującej dokumentację projektowo - kosztorysową w zakresie adaptacji/przebudowy/remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego i złożeniem wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę lub zaświadczenia o niewniesieniu sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych, w rozumieniu warunku postawionego przez zamawiającego, nastąpiło w dniu 30 czerwca 2017 z uwagą „bez uzgodnień konserwatorskich” (referencja Mazowsza, protokół z dnia 30 czerwca 2017) - na tej podstawie Izba wywnioskowała, że przedstawiona referencja z 6 czerwca 2017 nie może stanowić dowodu należytego wykonania usługi, gdyż nie obejmuje swoim zakresem uzyskania pozwolenia konserwatorskiego, co było elementem warunku.

2. Mazowsze naliczyło kary umowne, jak samo stwierdziło, za opóźnienie - pismo z dnia 3 sierpnia 2022 r. i pismo z dnia 30 sierpnia 2022 r., brak dowodu, że zamawiający ustalił, czy opóźnienie było wynikiem poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez odwołującego (art. 109 ust. 1 pkt 5), albo przyczyną leżącą po jego stronie (art. 109 ust. 1 pkt 7) - Izba na tej podstawie wywnioskowała, że zamawiający nie ustalił rzeczywistego zaistnienia przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy, ale oparł się wyłącznie na oświadczeniu innego zamawiającego, co ma o tyle istotne znaczenie, że w obecnym stanie prawnym nieuzasadnione charakterem zamówienia postanowienie umowne przewidujące karę umową za opóźnienie jest klauzulą abuzywną. Izba ustaliła, że odwołujący kwestionował zasadność naliczenia kar umownych za etap II jak i III podając Mazowszu okoliczności w jego ocenie usprawiedliwiające opóźnienie jako niezależne od odwołującego (pismo odwołującego z dnia 18 września 2017 r., protokół odbioru z dnia 19 lutego 2021 r., bezsporna okoliczność poddania w spór sądowy kar umownych za etap III)

3. Kary umowne w Mazowszu zostały naliczone za etap II w dniu 26 września 2017, a zatem jest to moment nastąpienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia w rozumieniu art. 111 pkt. 4 ustawy, zaś kary za etap III naliczono w dniu 14 września 2021 r. (noty księgowe z dnia 26 września 2017 i 14 września 2021),

4. Odwołujący nie przeczył naliczeniu kar umownych z tytułu umowy z ŁSI, jak również faktowi niezrealizowania całego zakresu umownego, w tym braku udziału w postępowaniu na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych i nadzoru autorskiego, podważał natomiast zasadność ich naliczenia i wysokość - Izba ustaliła, że zamawiający ŁSI częściowo przychylił się do roszczeń odwołującego wydłużając czas na wykonanie dokumentacji do 31 grudnia 2020 r., odwołujący przedstawił dowody na to, że oceniał przyczyny odpowiadające za wydłużenie terminu realizacji zamówienia jako zależne od zamawiającego lub innych podmiotów trzecich, natomiast w postępowaniu brak dowodów na to, że odwołujący wykonał dokumentację niezgodnie z kontraktem i zawierała ona błędy, leżące po stronie odwołującego. Jedynym dowodem jest oświadczenie ŁSI z dnia 31 sierpnia 2022 r., które jednak nie zawiera wskazania konkretnych pism ŁSI kierowanych przez tego zamawiającego do odwołującego świadczących o zastrzeżeniach co do sposobu realizacji zamówienia. Przeciwnie niż w przypadku odwołującego, który takie pisma wraz z opinią prywatnego biegłego przedstawia. Z tych też względów Izba w zakresie umowy z ŁSI nie ustaliła, że zamawiający powziął najpóźniej w dniu 18 sierpnia 2022 r. informacje dające mu podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525

ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w

rozumieniu art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8) ustawy przez ich zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego wynika z uznania, że odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu i) zawinonego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważa uczciwość odwołującego, ii) nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniej zawartych umów w sprawie zamówień publicznych, co doprowadziło do zapłaty kar umownych, iii) zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa odwołującego skutkującego wprowadzeniem w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego podczas, gdy prawidłowa ocena oferty odwołującego, złożonych dokumentów i wyjaśnień winna prowadzić do wniosku, że odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Izbę zamawiający uznał się za wprowadzonego w błąd oświadczeniem odwołującego o spełnianiu warunków udziału i

braku fakultatywnych podstaw wykluczenia, uznał również, że został wprowadzony w błąd co do faktu należytego wykonania usług wskazanych w wykazie usług. Zamawiający podstawy do zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania upatruje w faksie naliczenia kar umownych przez Mazowsze i ŁSI. Przy czym Izba ustaliła, że zamawiający nie wykazał, że na datę 18 sierpnia 2022 r. dysponował informacjami uzyskanymi od ŁSI, które podważyłyby wiarygodność odwołującego, dowód istnienia takich informacji pozyskał bowiem dopiero w dniu 31 sierpnia 2022 r. Tym samym w ocenie Izby nie wykazał, że był w stanie wykazać odwołującemu stosownymi dowodami poważnego zawodowego wykroczenia, będącego podstawą naliczenia kar umownych, jak wymaga tego art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy. Nadto nawet oświadczenie ŁSI z dnia 31 sierpnia 2022 r. nie zawiera konkretnych zastrzeżeń do wykonanej dokumentacji, mowa jest tam ogólnie o niekompletnym projekcie, niskiej jakości, zawierającym liczne powtarzające się błędy wymagające wyjaśnienia i uzupełnienia przez wykonawcę. Natomiast sama kara umowna została naliczona za zwłokę w wykonaniu dokumentacji przetargowej. W kontrze do tej argumentacji odwołujący przedstawił pisma z 18 grudnia 2019, 5 marca 2020, 30 lipca 2020, 14 października 2020 r., 18 listopada 2020, 1 grudnia 2020, 18 grudnia 2020, 26 stycznia 2021 i 4 lutego 2021 r., z których można wyprowadzić wnioszek, że odwołujący, jako przyczyny potrzeby wydłużenia procesu wykonania dokumentacji, wskazywał zlecenie mu prac dodatkowych wykraczających poza granice przedmiotu zamówienia, zmiany koncepcji przez zamawiającego, opieszałość organów administracji publicznej oraz epidemię Covid, a więc okoliczności nie stanowiące przyczyn leżących po stronie wykonawcy, ani przez niego niezawinione. Wobec braku dowodów pochodzących od ŁSI świadczących o zawinieniu odwołującego przy wykonywaniu dokumentacji projektowej lub przyczyn zależnych od odwołującego, Izba nie mogła ustalić, że zamawiający dysponował dowodami na nierzetelność odwołującego. W konsekwencji braku możliwości poczynienia takich ustaleń Izba nie znalazła oparcia w materiale dowodowym dla uznania, że zamawiający dysponował wystarczającą wiedzą dla oceny odwołującego jako naruszającego poważnie obowiązki zawodowe lub z przyczyn leżących po jego stronie niewykonującego/nienależycie wykonującego/długotrwale nienależycie wykonującego istotne zobowiązania umowne. Izba zatem stwierdziła, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy w odniesieniu do umowy z ŁSI, a to w konsekwencji powoduje, że nie miał również podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, która to przesłanka była wywodzona przez zamawiającego z ukrycia faktu istnienia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy.

Co do umowy z Mazowszem, to niewątpliwie zamawiający na dzień 18 sierpnia 2022 r. dysponował informacją Mazowsza z 3 sierpnia 2022 r. o naliczeniu kar umownych za opóźnienie w realizacji II i III Etapu. Zamawiający pozyskał także informację, że referencja za Etap I nie obejmowała projektów wykonawczych z uzgodnieniem konserwatorskim. Natomiast Izba ustaliła, że odwołujący w piśmie z dnia 18 września 2017, w więc jeszcze przed notą księgową z dnia 26 września 2017 r. podważał możliwość naliczenia mu kary umownej za etap II podnosząc, że skoro w protokole z dnia 30 czerwca 2017 nie określono mu terminu na uzyskanie uzgodnień konserwatorskich, to nie może być mowy o spóźnieniu, ponadto wykonawca wskazywał zaniechania współdziałania zamawiającego (w zakresie koncepcji aranżacji i projektu wykonawczego systemu AV), na wystąpienie prac dodatkowych oraz brak działania organów administracji. Odwołujący również w protokole odbioru Etapu III oświadczył, że nie zgadza się z zastrzeżeniami zamawiającego, co do sposobu prowadzenia przez niego nadzoru autorskiego, a następnie wniósł pozew do sądu powszechnego w zakresie tego Etapu. Izba ustaliła, że zamawiający Mazowsze konsekwentnie posługuje się pojęciem kar za opóźnienie. Opóźnienie jak wynika z art. 481 par. 1 kodeksu cywilnego jest niezależne od tego, czy za okoliczności powodujące opóźnienie wykonawca ponosi odpowiedzialność czy nie. Natomiast dla zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy konieczne jest co najmniej rażące niedbalstwo - art. 109 ust. 1 pkt 5, albo przyczyny po stronie wykonawcy - art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Na podstawie oświadczenia Mazowsza z dnia 3 sierpnia 2022 r. zamawiający nie był w stanie wykazać zaistnienia tych przesłanek. Co więcej zamawiający uzyskując taką informację nie próbował jej doszczegółowić przed podjęciem decyzji o wykluczeniu odwołującego. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, że zaistniały wobec odwołującego przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy, a w konsekwencji nie wykazał, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Co do argumentu zamawiającego, że odwołujący wiedząc o naliczonych karach umownych powinien był wraz z ofertą przedstawić informację o tych okolicznościach a także skorzystać z instytucji samooczyszczenia, to stanowisko to byłoby prawidłowe tylko w sytuacji, gdyby taki wymóg zamawiający sprecyzował w dokumentach zamówienia w sposób jednoznaczny. Takie bowiem stanowisko zajęł TSUE w sprawie sygn. akt C-387/19 - wyrok TS z dnia 14-01-2021 (RTS infra BVBA i Aannemingsbedrijf Norre-Behaegel BVBA przeciwko Vlaams Gewest) stwierdzając, że niedopuszczalna jest praktyka państwa członkowskiego, zgodnie z którą wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty z własnej inicjatywy dowodu podjęcia środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia względem niego fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE w

sprawie zamówień publicznych (Dz.Urz.UE.L 2014 Nr 94, str. 65), w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynika ani z mających zastosowanie przepisów krajowych, ani z dokumentów zamówienia jest sprzeczna z art. 57 ust. 6 ww dyrektywy. Natomiast art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE nie stoi na przeszkodzie takiemu obowiązkowi, jeżeli został on przewidziany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w mających zastosowanie przepisach krajowych oraz gdy o jego istnieniu dany wykonawca został powiadomiony za pomocą dokumentów zamówienia.

Izba oceniła, że zamawiający nie umożliwił odwołującemu wyjaśnienia okoliczności związanych z realizacją usług wskazanych w wykazie, a w szczególności okolicznościami naliczonych kar umownych. Biorąc pod uwagę, że doświadczenie zawodowe pierwotnie wskazane w ofercie miało być doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby, to sytuacja ta wprost wpisuje się w treść orzeczenia TSUE sygn. C-395/18 - wyrok TS z dnia 30-01-2020 (Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA przeciwko Consip SpA i

Ministero dell'Economia e delle Finanze) Artykuł 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE L z 2014 r., Nr 94, s. 65) nie sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, na podstawie którego instytucja zamawiająca ma prawo, a nawet obowiązek wykluczyć wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli w odniesieniu do któregoś z podwykonawców wymienionych w ofercie tego wykonawcy została stwierdzona podstawa wykluczenia przewidziana w tym przepisie. Z kolei przepis ten, w związku z art. 57 ust. 6, tej dyrektywy oraz zasada proporcjonalności sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu przewidującemu automatyczny charakter takiego wykluczenia. W podobnym duchu wypowiedział się TSUE w orzeczeniu sygn. C-267/18 - wyrok TS z dnia 03-10-2019 (Delta Antrepriza de Construcții și Montaj 93 SA przeciwko Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA).

W ocenie Izby brak umożliwienia odwołującemu ustosunkowania się do informacji uzyskanych przez zamawiającego i wykluczenie go z postępowania przyjęło właśnie zakazany automatyczny charakter. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że wielokrotnie dawał szansę odwołującemu na wyjaśnienie i złożenie samooczystczenia, bo:

- pierwsze wezwanie z dnia 29 czerwca 2022 r. dotyczyło wyłącznie tego, dlaczego odwołujący wymienił załączniki dotyczące fakultatywnych podstaw wykluczenia, ale ich nie załączył i złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału i braku podstaw wykluczenia,
- drugie wezwania dotyczyło wątpliwości zamawiającego, co do tego, czy odwołujący prawidłowo oświadczył, że nie zachodzą wobec niego fakultatywne przesłanki wykluczenia, bo w innym postępowaniu tego samego zamawiającego, złożył przeciwne oświadczenia
- trzecie wezwanie dotyczyło zobowiązania podmiotu trzeciego, wykazu usług i tego kto w rzeczywistości wykonał dokumentację odpowiadającą zakresowi wynikającemu z warunku udziału w postępowaniu odwołujący, czy podmiot udostępniający zasób.

Żadne zatem z wezwań nie dotyczyło kar umownych naliczonych w umowach z ŁSI i Mazowszem, ani tego, że ten fakt może być przez zamawiającego uznany jako przejaw nierzetelności odwołującego. Izba w tym zakresie podzieliła zatem stanowisko odwołującego, że zamawiający nie skonfrontował uzyskanych przez siebie informacji i oparł się wyłącznie na oświadczeniach jednej ze stron umowy.

Co do tego, że odwołujący pozostaje z oboma zamawiającymi (ŁSI i Mazowsze) w sporze sądowym, w ocenie Izby nie oznacza, że zamawiający ma zostać pozbawiony możliwości dokonania oceny rzetelności wykonawcy na potrzeby badania podstaw wykluczenia. Przeciwnie TSUE w orzeczeniu C-14/18 z dnia 19 czerwca 2019 r. (Meca Srl przeciwko

Comune di Napoli)

Podstawy wykluczenia z art. 57 ust. 4 opierają się na podstawowym czynniku w stosunku między instytucją zamawiającą a wykonawcą, a mianowicie na rzetelności wykonawcy, stanowiącej podstawę pokładanego w nim przez instytucję zamawiającą zaufania. I tak motyw 101 akapit pierwszy tej dyrektywy stanowi, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć „wykonawców, którzy okazali się nierzetelni”, podczas gdy jego akapit drugi bierze pod uwagę, w ramach wykonywania wcześniejszych zamówień publicznych, „niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność [rzetelność] wykonawcy”. Zgodnie z art. 57 ust. 5 dyrektywy 2014/24 instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia wykonawcy „w dowolnym momencie w trakcie postępowania”, a nie tylko po wydaniu przez sąd orzeczenia, co stanowi dodatkową wskazówkę co do zamiaru prawodawcy Unii, by umożliwić instytucji zamawiającej przeprowadzenie własnej oceny czynów popełnionych przez wykonawcę lub czynności przez niego zaniechanych przed postępowaniem o udzielenie zamówienia lub w jego trakcie w jednym z przypadków, o

których mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy.

W tym orzeczeniu rzecznik generalny wskazywał, że przepis krajowy uzależniający możliwość wykluczenia w oparciu o fakultatywne podstawy wykluczenia od braku zakwestionowania wypowiedzenia umowy przed sądem lub potwierdzenia wypowiedzenia w

wyniku przeprowadzonego postępowania sądowego nie może zapewnić skuteczności (effet utile) fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. c) lub g) dyrektywy 2014/24. Uprawnienie dyskrecjonalne, które art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24

powierza instytucji zamawiającej, zostaje bowiem sparaliżowane przez sam fakt wniesienia przez kandydata lub oferenta skargi na wypowiedzenie poprzedniej umowy w sprawie zamówienia publicznego, której był on stroną, chociaż jego zachowanie wydawało się wystarczająco nieprawidłowe, aby uzasadnić wypowiedzenie umowy. Ponadto to zniechęca kandydata do podjęcia środków naprawczych. W tym zakresie zasada taka może naruszać wymogi art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24. Dyrektywa ma bowiem charakter innowacyjny w

szczegółności w zakresie, w jakim ustanawia w jej art. 57 ust. 6 system środków naprawczych (self-cleaning). Przepis ów, który ma zastosowanie do wykonawców niewykluczonych w wyniku prawomocnego wyroku, ma na celu skłonienie wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 4 rzeczonej dyrektywy, do przedstawienia dowodów na to, że przyjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej fakultatywnej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z właściwymi organami, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Opierając się o powyższe TSUE wskazało, że, że art. 57 ust. 4 lit. c) i g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego wniesienie sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez instytucję zamawiającą z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy, uniemożliwia dokonanie przez instytucję zamawiającą, która organizuje nowy przetarg, jakiegokolwiek oceny, na etapie selekcji oferentów, w zakresie rzetelności wykonawcy, którego dotyczyło to wypowiedzenie.

Izba jednak podkreśla, że o ile zamawiający może i powinien weryfikować rzetelność wykonawcy pod kątem fakultatywnych przesłanek wykluczenia, to jednak powinien umożliwić wykonawcy poznanie okoliczności, które w ocenie zamawiającego mogą rzutować na rzetelność wykonawcy, a w konsekwencji na podjęcie decyzji o potrzebie złożenia self-cleaningu. Tych czynności w ocenie Izby w tym postępowaniu ze strony zamawiającego zabrakło.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy, przez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunku podczas, gdy w świetle złożonych przez odwołującego dokumentów należy uznać, że wykazał on spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz dokonał właściwego uzupełnienia dokumentów

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy świadczy o tym, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z powodu braku wykazania, że to odwołujący zrealizował usługi odpowiadające wykonaniu dwóch kompletnych dokumentacji projektowo-kosztorysowych w zakresie

adaptacji/przebudowy/remontu budynku użyteczności publicznej objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego i złożeniem wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę lub zaświadczenia o niewniesieniu sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych dla wykazanych dwóch dokumentacji. Bezsporne jest, że umowy dla ŁSI i Mazowsze odwołujący wykonywał w konsorcjum z Ł. Z. Jednocześnie z umowy konsorcjum dotyczącej umowy z ŁSI nie wynika za jakie elementy zamówienia odpowiadali poszczególni partnerzy,

tę kwestię miało regulować porozumienie wykonawcze, którego odwołujący nie tylko w toku postępowania, ale nawet na rozprawie nie przedstawił. Bezsporne jest, że w tym postępowaniu odwołujący i Ł. Z. nie ubiegają się wspólnie o zamówienie, gdyby tak było zamawiający nie musiałby ustalać, czyje jest doświadczenie odpowiadające warunkowi, bo byłoby to doświadczenie tego samego konsorcjum. Natomiast w tej sprawie sam odwołujący skomplikował sytuację, bo w ofercie oświadczył, że doświadczenie zawodowe jest doświadczeniem nabytym przez Ł. Z. i posługiwał się nim jako udostępnionym zasobem, natomiast w wykazie usług wskazał je jako doświadczenie własne. Na wezwanie zamawiającego też nie złożył przekonujących wyjaśnień, gdyż twierdził, że wprawdzie realizował zakres umów odpowiadający niemalże 100% zakresu wynikającego z warunku, ale jednocześnie podtrzymywał udział p. Z., nie cofał złożonego zobowiązania. Nadto wreszcie na rozprawie oświadczył, że nie będzie się opierał na doświadczeniu udostępnionym. Tym bardziej zatem konieczne było ustalenie przez zamawiającego, jaki był podział zadań w konsorcjum odwołujący - Pan Z., skoro na etapie realizacji zamówienia mogło jednego z nich zabraknąć. W tym miejscu należy przywołać konsekwentne stanowisko TSUE, że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05). Podobnie wyrok TSUE z 7 września 2021 r. sygn. C-927/21 Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras UAB - Artykuł 58 ust. 3 w związku z art. 60 ust. 3 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca postawiła wymóg, stosownie do którego wykonawcy musieli osiągnąć określony minimalny obrót w obszarze objętym danym zamówieniem publicznym, wykonawca w celu udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej może powoływać się na dochody uzyskane przez tymczasowe konsorcjum przedsiębiorstw, do którego należał, wyłącznie wtedy, gdy w ramach konkretnego zamówienia publicznego miał on rzeczywisty wkład w działalność tego konsorcjum analogiczną do działalności stanowiącej przedmiot zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego wykonawca ten zamierza udowodnić swoją sytuację ekonomiczną i finansową.

Nie jest zatem prawidłowe stanowisko odwołującego, że zamawiający powinien był poprzestać na oświadczeniu odwołującego i nie badać, czy zamówienie będzie realizowane przez podmiot faktycznie posiadający doświadczenie wymagane w warunku udziału. Nie jest bowiem wykluczone, że odwołujący w ramach wykazywanych usług świadczył lub miał świadczyć usługi nadzoru autorskiego, a dokumentację wykonywał Ł. Z. i. Izba zwraca uwagę, że ustawodawca krajowy również przykłada szczególną uwagę do tego, aby powoływany w ofertach potencjał wykonawców był potencjałem realnym, stąd uregulowanie art. 117 ust. 4 ustawy, czy art. 118 ust. 2 ustawy. Trudno byłoby zatem uznać za przekonującą interpretację przedstawioną przez odwołującego, że zamawiający nie ma prawa wnikać w stosunki pomiędzy wykonawcami dotychczas występującymi wspólnie w sytuacji podjęcia decyzji o samodzielnym ubieganiu się o zamówienie. Taka interpretacja prowadziłaby w ocenie Izby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający w tym zakresie wzywał odwołującego do wyjaśnień, ale udzielone przez odwołującego wyjaśnienia w ocenie Izby nie dały zamawiającemu informacji potrzebnych do zweryfikowania realności wykazanego doświadczenia. Z tego względu w ocenie Izby zamawiający prawidłowo ustalił, że podmiotowe środki dowodowe oraz oświadczenia nie pozwalają zamawiającemu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nadto Izba dostrzegła, że zamawiający, wprawdzie przy wykluczaniu odwołującego z fakultatywnych podstaw wykluczenia, zwrócił uwagę, że złożona mu referencja Mazowsze nie stanowi dowodu na potwierdzenie należytego wykonania usług wskazanej w wykazie usług. Izba ustaliła, że referencja została wystawiona 6 lipca 2017, a więc przed datą odbioru końcowego kompletnej dokumentacji, do którego doszło w dniu 30 lipca 2017 r. - data protokołu odbioru końcowego dokumentacji projektowej. Co więcej z protokołu tego wynika, że odbiór nastąpił bez uzgodnień konserwatorskich, zaś w warunku zamawiający wymagał dwóch kompletnych dokumentacji projektowo-kosztorysowych wraz z uzyskaniem pozwolenia konserwatorskiego. Tym samym referencja z dnia 6 lipca 2017 nie dowodziła należytego wykonania zamówienia dla Mazowsza w zakresie wynikającym z postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Izba wzięła pod uwagę, że nadal także na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 r. orzecznictwo podtrzymuje zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający odwołującego wzywał już do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego jak i do ewentualnego uzupełnienia wykazu usług, tym samym ponownie tych czynności w ocenie Izby jest na obecnym etapie nie dopuszczalne. Z tego względu Izba oceniała czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z postępowania jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 2 pkt. b i c jako prawidłową.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy, przez jego niezastosowanie i zaniechanie żądania złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie udziału odwołującego w realizacji wskazanych usług pomimo stwierdzenia w decyzji o odrzuceniu, że wyjaśnienia były

niepełne, powierzchowne i sprzeczne a tym samym winny budzić wątpliwości zamawiającego i zostać przez niego wyjaśnione.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w ocenie Izby nie wyjaśnił z odwołujący okoliczności związanych z naliczeniem kar umownych w ramach umów zawartych z

Mazowszem i ŁSI i wykluczając wykonawcę bez tych wyjaśnień postąpił automatycznie, co Izba szerzej opisała w rozważaniach dotyczących zarzutu pierwszego. Z tego względu Izba stoi na stanowisku, że zamawiający nie przeprowadzając tych wyjaśnień naruszył art. 128 ust. 4 ustawy. Nie mniej jednak wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 2 pkt b i c ustawy uwzględnienie tego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego nie podlega przywróceniu do postępowania.

Również z tego względu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8) ustawy nie mógł doprowadzić do uwzględnienia odwołania, gdyż decyzja zamawiającego, co do odrzucenia oferty odwołującego była prawidłowa, choć nie z powodu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych podanych przez zamawiającego. Uwzględnienie zatem także tego zarzutu nie wpłynęło na wynik postępowania.

W konsekwencji na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt. 1 ustawy oddaliła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczzonego wpisu odwołującego.

Przewodniczący:.....