Sygn. akt: KIO 2815/22

WYROK

z dnia 7 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek- Bujak

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez odwołującego: MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (ul. Unii Europejskiej 18 96-100 Skierniewice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białołęka (ul. Modlińska 197 03-138 Warszawa),
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm: WODPOL Sp. z o.o., PBO ŚLĄSK Sp. z o.o., Conexio Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Żywcu (ul. Ks. Prałata Stanisława Słonki 24, 34-300 Żywiec) - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (ul. Unii Europejskiej 18 96-100 Skierniewice) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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.

Sygn. akt: KIO 2815/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białołęka na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „„Budowę budynku szkoły podstawowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Świderskiej 93 w Warszawie”. Nr referencyjny: UD-II-WZP-271.41.2022.AMO.MLU/PN-Rb.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE z dnia 22 lipca 2022 r. Nr 2020/S 252-634642. Odwołujący wskazał:

VI. (...) odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:

1. dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum Wodpol jako oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, pomimo złożenia przez tego wykonawcę wraz z ofertą nieprawdziwych informacji,

3. zaniechanie wezwania Konsorcjum Wodpol do uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na brak oświadczenia Conexio sp. z o.o. sp. k.,

4. zaniechanie wezwania Konsorcjum Wodpol do uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na sprzeczność oświadczeń złożonych przez Wodpol sp. z o.o. oraz PBO Śląsk sp. z o.o. z zasadą realizacji prac przez podmiot doświadczony,

5. zaniechanie wezwania Konsorcjum Wodpol do wyjaśnień dokumentów składanych na wykazanie spełnienia warunku zdolności finansowej i ekonomicznej, tj. sprawozdań

finansowych za rok 2020 i 2021.

Dalej Odwołujący podał:

VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust.1

pkt 2) lit a) ustawy Pzp, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, że nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, pomimo iż

oferta ta podlega odrzuceniu, z uwagi na wprowadzenie przez Konsorcjum Wodpol

Zamawiającego w błąd lub przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, w zakresie punktowanego doświadczenia kierownika budowy - poz. 4, inwestycja realizowana na rzecz Miasta Stołeczne Warszawa, dzielnica Białołęka - przez co Konsorcjum Wodpol podlega wykluczeniu, co doprowadziło do dokonania wyboru oferty Konsorcjum Wodpol sprzecznie z przepisami ustawy, gdyż ocenie została poddana oferta, której Zamawiający w ogóle nie powinien był przyznawać punktów;

2. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2) lit a) ustawy Pzp, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, że nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, z uwagi na wprowadzenie przez Konsorcjum Wodpol Zamawiającego w błąd lub przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, w zakresie punktowanego doświadczenia kierownika budowy - poz. 2, tj. inwestycja realizowana na rzecz Miasta Stołeczne Warszawa, dzielnica Żoliborz - przez co Konsorcjum Wodpol podlega wykluczeniu, co doprowadziło do dokonania wyboru oferty Konsorcjum Wodpol sprzecznie z przepisami ustawy, gdyż ocenie została poddana oferta, której Zamawiający w ogóle nie powinien był przyznawać punktów;

a z ostrożności:

3. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 128 ust 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, że nie jest zobowiązany do wezwania Konsorcjum Wodpol do uzupełnień, pomimo iż oświadczenie o podziale zadań wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów nie zostało złożone przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego, lecz jedynie dwóch z trzech, przez co możliwe jest, że Conexio sp. z o.o. sp. k. planuje wykonywanie tych samych zakresów co Wodpol sp. z o.o. z lub PBO Śląsk sp. z o.o. lub podmiot trzeci, co doprowadziło do dokonania wyboru oferty Konsorcjum Wodpol sprzecznie z przepisami ustawy, gdyż ocenie została poddana oferta wadliwa, względem której Zamawiający nie podjął uprzedniej próby jej konwalidowania, w drodze wezwania do uzupełnień;

4. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 117 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 128 ust 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, że nie jest zobowiązany do wezwania Konsorcjum Wodpol do uzupełnień, pomimo iż oświadczenia o podziale zadań, złożone przez Wodpol sp. z o.o. z oraz PBO Śląsk sp. z o.o., potwierdzają, że wykonawcy Ci planują realizację część zakresu prac, który obligatoryjnie powinien być realizowany w ramach podwykonawstwa przez podmiot trzeci, przez co oświadczenia te są sprzeczne z zasadą realizacji prac przez podmiot doświadczony, co doprowadziło do dokonania wyboru oferty Konsorcjum Wodpol sprzecznie z przepisami ustawy, gdyż ocenie została poddana oferta wadliwa, względem której

Zamawiający nie podjął uprzedniej próby jej konwalidowania, w drodze wezwania do uzupełnień;

5. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 1) lub 2) ustawy Pzp, w zw. z art. 52 ust. 2 ustawy z dnia 24 września 1994 r. o rachunkowości, w zw. z art. 128 ust 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, że nie jest zobowiązany do wezwania Konsorcjum Wodpol do wyjaśnień, pomimo iż sprawozdania finansowe wykonawcy Wodpol sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu za rok 2020 zostało podpisane przez zastępcę głównego księgowego, Panią Z. K., zaś za rok 2021 zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu, Panią Z. K., co budzi wątpliwości w zakresie złożenia na sprawozdaniach finansowych podpisu przez „osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych", skutkiem czego Zamawiający nie ma wiedzy, czy Konsorcjum Wodpol spełnia czy też nie spełnia warunku dot. sytuacji finansowej lub ekonomicznej, lecz mimo to Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Wodpol, jednak wybór ten został dokonany sprzecznie z przepisami ustawy, gdyż ocenie została poddana oferta wadliwa, względem której Zamawiający nie podjął uprzedniej próby jej konwalidowania, w drodze wezwania do wyjaśnień, a następczo ewentualnie wezwania do uzupełnień.

VIII. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, z uwagi na jej złożenie przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,

3. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

IX. Odwołujący także wskazał, że (...) ma interes w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonym w ust. 8 SWZ kryterium oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). W postępowaniu zostało złożonych sześć (6) ofert. Gdyby Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Wodpol, to oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym

miejscu: (...) Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania."

W uzasadnieniu stanowiska podał w szczególności:

A. Naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp, w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2) lit a) ustawy pzp, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 lub 8 ustawy pzp, z

uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Wodpol, pomimo iż

Konsorcjum Wodpol wprowadziło zamawiającego w błąd lub przedstawiło informacji wprowadzające zamawiającego w błąd, w zakresie punktowanego

doświadczenia kierownika budowy dot. poz. 4, tj. inwestycji realizowanej na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, Dzielnica Białołęka

1. W treści ust. 8.2 lit. B) SWZ Zamawiający opisał zasady przyznawania dodatkowych punktów w kryterium pozacenowym, tj. doświadczenie kierownika budowy:

B. dla kryterium - doświadczenie kierownika budowy (K):

W przypadku kryterium doświadczenie kierownika budowy (K), do oceny Zamawiający przyjmie liczbę robót budowlanych, dla których osoba wskazana do realizacji zamówienia (tj. wskazana w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, posiadajca określone warunkami SWZ uprawnienia) pełniła funkcję kierownika budowy, w okresie ostatnich siedmiu (7) lat przed datą składania ofert, Zamawiający przyzna punkty w następujący sposób:

Pełnienie funkcji kierownika budowy dla jednej roboty (1) budowlanej polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej budowy min. 7.000 m2	0 pkt
Pełnienie funkcji kierownika budowy dla dwóch robót (2) budowlanych polegających na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej budowy min. 7.000 m2 każda	5 pkt
Pełnienie funkcji kierownika budowy dla trzech robót (3) budowlanych polegających na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej budowy min. 7.000 m2 każda	10 pkt

2. Kierownik budowy pełni samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Jest uczestnikiem procesu budowlanego, który zarządza wszystkimi pracami na terenie budowy. Dba o to by roboty realizowano zgodnie z zapisami pozwolenia na budowę i były zgodne z zatwierdzonym projektem budowlanym oraz obowiązującymi przepisami i normami. W jego zakresie jest także zapewnienie bezpieczeństwa wszystkim pracownikom oraz innym osobom przebywającym na budowie. Podlega on odpowiedzialności zawodowej, cywilno-prawnej a w niektórych przypadkach także karnej. Do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej kierownika budowy wymagane są uprawnienia budowlane w odpowiednim zakresie oraz czynne członkostwo w samorządzie zawodowym PIIB lub IARP. Rola i odpowiedzialność kierownika budowy jest zupełnie inna niż rola i odpowiedzialność kierownika robót. O ile kierownik budowy kieruje całą budową, o tyle kierownik robót budowlanych odpowiada tylko za prace w zakresie posiadanych uprawnień, np. za instalacje sanitarną, elektryczną czy inne. W przypadku zaś, gdy na budowie działa kierownik budowy i kierownik robót budowlanych, obowiązek poinformowania właściwego organu o objęciu funkcji na budowie posiada kierownik budowy. Również w przypadku ustanowienia kierownika robót budowlanych na budowie, kierownik budowy pełni funkcję koordynatora prac branżowych na budowie.

3. Z powyższego wynika, że o ile doświadczenie kierownika budowy jest wystarczające dla wykazania się doświadczeniem dla pełnienia funkcji kierownika robót w danej branży (zgodnej z zakresem specjalizacji), o tyle posiadanie doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownik robót nie jest wystarczające dla wykazania posiadania doświadczenia do kierowania całą budową. Z tego też względu, Zamawiający, na uzyskanie dodatkowych punków za doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy nie dopuścił możliwości wykazywania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót.

4. Konsorcjum Wodpol, w celu uzyskania dodatkowych punktów za doświadczenie Pana Z. B., wskazanego do pełnienia funkcji kierownika budowy, przedłożyło m.in. doświadczenie zdobyte podczas inwestycji „Budowa szkoły podstawowej przy ul. Warzelniczej w Warszawie”:



Lp.	Imię i nazwisko	Informacje dotyczące wykształcenia, posiadanych uprawnień, specjalności	Uprawnienia bez ograniczeń TAK/NIE	Pełniona funkcja	przedmiot usługi, nazwa, zakres i miejsce wykonania	Powierzchnia użytkowa budowy budynku użyteczności publicznej	Data (dzień-miesiąc-rok) Wykonania usługi (zgodnie z zawartą umową)	Nazwa i adres Podmiotu, na rzecz którego usługi zostały wykonane
1	Kierownik budowy	Budowa szkoły podstawowej przy ul. Warzelniczej w Warszawie /Budynek użyteczności publicznej/	Powierzchnia użytkowa powyżej 7 000,00 m2	27.04.2018-10.04.2019	Miasto Stołeczne Warszawa, dzielnica Białołęka ul. Modlińska 197, 03-122 Warszawa			

Jednakże, Pan Z. B. nie pełnił na przedmiotowej budowie funkcji kierownika budowy, lecz funkcję kierownika robót budowlanych. Tym samym, w celu zdobycia dodatkowych punktów, Konsorcjum Wodpol wprowadziło Zamawiającego w błąd, w zakresie rzekomego doświadczenia Pana Z. B., którego ten faktycznie nie posiada.

5. W niniejszym przetargu Zamawiający wprowadził fakultatywną przesłankę wykluczenia dot. nieprawdziwych informacji. Zgodnie bowiem z treścią ust. 3.1. SWZ „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1. nie podlegają wykluczeniu z postępowania: • na podstawie art. 108 ust.1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 8 i 10 ustawy pzp". Przekazanie nieprawdziwych informacji dot. inwestycji „Budowa szkoły podstawowej przy ul. Warzelniczej w Warszawie" stanowi zatem podstawę wykluczenia Konsorcjum Wodpol z Postępowania.

6. Odwołujący zwraca uwagę, że zachowanie Konsorcjum Wodpol wypełnia przesłanki co najmniej lekkomyślności. Tymczasem, należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, a także oświadczenia i podmiotowe środki dowodowe we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Wodpol celowo zmieniło rodzaj pełnionej przez Pana Z. B. funkcji z „Kierownika robót budowlanych" na „Kierownika budowy". Nie sposób bowiem przyjąć, że zmiana taka była przypadkowa w sytuacji, gdy funkcja kierownika robót budowlanych nie spełnia umożliwia uzyskania dodatkowego punktu w Postępowaniu, zaś oświadczenie złożone jak w ofercie skutkowało możliwością przyznania Konsorcjum Wodpol punktu za to zadeklarowane doświadczenie Pana Z. B. Tym samym, spełniła się przesłanka art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

7. Nawet jeżeliby jednak przyjąć, że działanie Konsorcjum Wodpol nie było celowe - z czym Odwołujący zdecydowanie się nie zgadza - to i wówczas należałoby stwierdzić, że Konsorcjum Wodpol obciąża fakt, iż Konsorcjum Wodpol nie zweryfikowało informacji przedstawionych w Wykazie osób lub też uważało, że informacje nie odpowiadające rzeczywistości nie zostaną przez Zamawiającego zauważone, bądź też zweryfikowane. Mianowicie, z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Zatem, uznać należy, iż w przypadku nie podzielenia przez Izbę argumentacji Odwołującego, o spełnieniu się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp., to wówczas uznać wypadnie, iż ziściły się wszystkie przesłanki implikujące konieczność wykluczenia Konsorcjum Wodpol ujęte w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

8. Konsorcjum Wodpol przedstawił cztery (4) inwestycja dla wykazania doświadczenia Pana Z. B., a punkty zostały za dwie inwestycje (Konsorcjum Wodpol otrzymało 10 punktów za doświadczenie kierownika budowy - po 5 punktów za każde uwzględnione przez Zamawiającego doświadczenie). W protokole ZP Zamawiający nie umieścił informacji, które z inwestycji wykazanych jako doświadczenie Pana Z. B. zostały uwzględnione, a w zakresie których nie zostały przyznane punkty, oraz co legło u podstaw nie przyznania punktów. Można się jedynie domyślać, że Zamawiający pominął doświadczenie Pana Z. B., wykazane w omawianej poz. 4 wykazu. Odwołujący podkreśla jednak, że w przypadku przekazania nieprawdziwych informacji w ramach oświadczeń skutkujących możliwością przyznania

punktów, takich nieprawdziwych informacji nie pomija się, lecz podlegają one pod rygor art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, a zatem skutkują koniecznością uznania, że dany podmiot podlega wykluczeniu, w związku z czym dana oferta podlega odrzuceniu. W tym zakresie funkcjonuje utrwalona linia orzecznicza, na dowód czego Odwołujący przywołuje obszerny fragment uzasadnienia wyroku z dnia 18 maja 2022, sygn. akt: KIO 1161/22, KIO 1167/22, przyjmując argumentację Krajowej Izby Odwoławczej za własną „By Zamawiający mógł zastosować art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne było ustalenie, czy:

1) Odwołujący przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego,

2) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3) przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że ziściły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Niewątpliwie bowiem obaj Odwołujący dopuścili się co najmniej niedbalstwa przy przedstawianiu Zamawiającemu wykazu osób, w którym wskazano niewłaściwy zakres robót i niewłaściwe doświadczenie kierownika budowy. Informacje te były istotne dla rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na ich podstawie Zamawiający miał ustalić ranking ofert i dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. (...)

W przypadku Odwołującego 1 - Tamex bez wątpienia przedstawiono informacje nie odpowiadające rzeczywistości. Tamex w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach przyznał, że Pan P. D. nie pełnił na wpisanym do tabeli zadaniu funkcji kierownika budowy. Okoliczność, że być może faktycznie w toku realizacji inwestycji wykonywał takie obowiązki pozostaje irrelewantna dla przedmiotu sporu. Podobnie należało uznać co do okoliczności sprawowania przez wskazaną osobę funkcji zastępcy kierownika budowy, czy pełnienia funkcji kierownika robót. Faktem jest, że wskazano osobę, która funkcji opisanej w warunku udziału i kryteriach oceny ofert nie pełniła. Dodatkowo Odwołujący 1 w żaden sposób nie usprawiedliwił i nie wytłumaczył swojego postępowania. Zapisy SWZ w kwestii przyznawania punktacji były jasne i klarowne, nie wymagały dodatkowej interpretacji, czy wykładni. Kryteria klarownie odnosiły się do przyznania punktacji za doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu funkcji kierownika budowy. Opis kryterium nie referował do innych funkcji, np. kierowników robót. Ponadto pojęcia użyte w opisie kryterium są powszechnie występującymi w obrocie prawnym, posiadającymi definicje legalną i trudno uwierzyć, iż różnica pojęciowa między pełnieniem funkcji kierownika budowy a pełnieniem funkcji kierownika robót nie jest znana i wiadoma Odwołującemu Tamex. Zatem wskazanie w Wykazie osoby, która nie wykonywała funkcji kierownika budowy uznać należy jako co najmniej niedbałe.

Ziściła się także kolejny element przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z ustalonym orzecznictwem, aby przesłanka ta została spełniona, zamawiający nie musi zostać skutecznie wprowadzony w błąd, ale wystarczy sama możliwość jego wprowadzenia w błąd. Tym samym wystarczające jest, że treść przedstawionych informacji, bez ich szczegółowego badania i weryfikacji, prowadzi do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, aby przesłanka wprowadzenia w błąd została spełniona (tak: wyrok z dnia 13.04.2017 r. o sygn. akt KIO 618/17). W niniejszej sprawie obaj Odwołujący przedstawili informacje niezgodne ze stanem faktycznym, a zatem nieprawdziwe, co oznacza, że mogły one wprowadzić Zamawiającego w błąd, gdyby ten sam ich nie zweryfikował lub gdyby Odwołujący Gretasport go nie poinformował o swoim błędzie, a Odwołujący Tamex nie przyznał się przez złożenie wyjaśnień. Informacje te skutkowałby przyznaniem poszczególnym wykonawcom punktów w ustalonych kryteriach pozacenowych. Dostrzeżenia wymaga, że zamawiający co do zasady dokonuje badania i oceny ofert w oparciu o oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę. Zatem to przede wszystkim obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie rzetelnych i zgodnych ze stanem faktycznym informacji wymaganych w postępowaniu. Nie zawsze też zamawiający będzie w stanie samodzielnie wykryć nieprawdziwość informacji podanych przez wykonawcę.

Nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia Wykonawców zostały przez Odwołujących złożone celem uzyskania wyższej punktacji w rankingu, a zatem mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego dotyczące oceny zdolności zawodowej, a w konsekwencji - także na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zauważyć również należy, iż art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi o potencjalnym wpływie na decyzje zamawiającego. Innymi słowy, te decyzje nie musiały być podjęte, być można było stwierdzić, że określone informacje mają charakter nieprawdziwych”.

9. Mając powyższe na uwadze, tj. fakt, że Konsorcjum Wodpol złożyło nieprawdziwe informacje w zakresie punktowanego doświadczenia Pana Z. B., w zakresie inwestycji

wykazanej w poz. 4, tj. inwestycji realizowanej na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, Dzielnica Białołęka, oraz okoliczność, iż Zamawiający przewidział sankcję wykluczenia za złożenie nieprawdziwych informacji, stwierdzić należy, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol z uwagi na podleganie wykluczeniu na mocy art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

B. Naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp, w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2) lit a) ustawy pzp, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 lub 8 ustawy pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, pomimo iż Konsorcjum Wodpol wprowadziło zamawiającego w błąd lub przedstawiło informacji wprowadzające zamawiającego w błąd, w zakresie punktowanego doświadczenia kierownika budowy dot. poz. 2, tj. inwestycji realizowanej na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, Dzielnica Żoliborz

10. Powołując się na treść ust. 8.2 lit. B) SWZ, gdzie Zamawiający opisał zasady przyznawania dodatkowych punktów w kryterium pozacenowym, tj. doświadczenie kierownika budowy, a także na treść ust. 3.1. SWZ, gdzie Zamawiający przewidział sankcję wykluczenia wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum Wodpol złożyło nieprawdziwe informacje również w zakresie doświadczenia Pana Z. B., wskazanego w poz. 2 wykazu.

11. Mianowicie, Konsorcjum Wodpol, w celu uzyskania dodatkowych punktów za doświadczenie Pana Z. B., wskazanego do pełnienia funkcji kierownika budowy, przedłożyło m.in. doświadczenie zdobyte podczas inwestycji „Budowy Zespołu SzkolnoPrzedszkolnego z biblioteką przy ul. Anny German w Warszawie”:

12.

Już na pierwszy

rzut oka wątpliwości powinno budzić oświadczenie, w którym

L.p.	Imię i nazwisko	Informacje dotyczące wykształcenia, posiadanych uprawnień, specjalności	Uprawnienia bez ograniczeń TAK/NIE	Pełniona funkcja	przedmiot usługi, nazwa, zakres i miejsce wykonania	Powierzchnia użytkowa budowy budynku użyteczności publicznej	Data (dzień-miesiąc-rok) Wykonania usługi (zgodnie z zawartą umową)	Nazwa i adres Podmiotu, na rzecz którego usługi zostały wykonane
1	Zbigniew Bieniek	upraw. budowlane nr 159/85 z dnia 11.09.1985r. do kierowania robotami budowalnymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej	TAK	Kierownik budowy	Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego z biblioteką przy ul. Anny German w Warszawie - etap 1 /Budynek użyteczności publicznej/	Powierzchnia użytkowa 10 084,39 m2	11.03.2019-30.11.2021	Miasto Stołeczne Warszawa, dzielnica Żoliborz, 01-627 Warszawa ul. Słowackiego 6/8
				Kierownik budowy	Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego z biblioteką przy ul. Anny German w Warszawie - etap II /Budynek użyteczności publicznej/	Powierzchnia użytkowa 10 084,39 m2	22.02.2021 — 30.11.2021	Miasto Stołeczne Warszawa, dzielnica Żoliborz, 01-627 Warszawa ul. Słowackiego 6/8

Konsorcjum Wodpol stwierdza, że pod tym samym adresem, przy ul. Anny German, zbudowało w niemalże tym samym czasie inwestycje polegające na budowie dwóch zespołów szkolno-przedszkolnych o identycznej powierzchni użytkowej, i to z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Przeprowadzone przez Odwołującego badanie obu inwestycji

polegających na „Budowy Zespołu Szkolno-Przedszkolnego z biblioteką przy ul. Anny German w Warszawie" potwierdza, że faktycznie miała miejsce jedna tylko robota budowalna, której przedmiotem była „Budowy Zespołu Szkolno-Przedszkolnego z biblioteką przy ul. Anny German w Warszawie". Drugie przedsięwzięcie, oznaczone jako „etap II" nie polegało na „budowlanej polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej budowy min. 7.000 m2" (treść kryterium pozacenowego). W ramach etapu II wykonawca zrealizował: roboty wykończeniowe III piętra w pełnym zakresie wraz z wyposażeniem, oraz fragmentaryczne instalacje sanitarne, elektryczne oraz techniczne, a także wykonawca wykonał instalację fotowoltaiczną, zagospodarowanie terenu, w tym m.in. budowa boiska do piłki nożnej i koszykówki, placu zabaw i siłowni plenerowej oraz budowa dróg wewnętrznych, parkingu i wyposażenie terenu w elementy małej architektury jak stojaki na rowery, kosze i ławki, jak również wykonawca odpowiedzialny był za nasadzenia zieleni oraz przebudowę fragmentu ul. Anny German na odcinku przylegającym do terenu placówki oświatowej

13. Jak zostało już nadmienione, przy wskazywaniu uzasadnienia do zarzutu opisanego w pkt A. powyżej, Konsorcjum Wodpol przedstawiło cztery (4) inwestycja dla wykazania doświadczenia Pana Z. B., a punkty zostały za dwie inwestycje (Konsorcjum Wodpol otrzymało 10 punktów za doświadczenie kierownika budowy - po 5 punktów za każde uwzględnione przez Zamawiającego doświadczenie). W protokole ZP Zamawiający nie umieścił informacji, które z inwestycji wykazanych jako doświadczenie Pana Z. B. zostały uwzględnione, a w zakresie których nie zostały przyznane punkty, oraz co legło u podstaw nie przyznania punktów. Można się jedynie domyślać, że Zamawiający pominął doświadczenie Pana Z. B., wykazane w omawianej poz. 2 wykazu, z uwagi na jej nieadekwatność i nie spełnienie warunku dot. budowy min 7 000 m2 powierzchni użytkowej. Odwołujący podkreśla jednak, że w przypadku przekazania nieprawdziwych informacji w ramach oświadczeń skutkujących możliwością przyznania punktów, takich nieprawdziwych informacji nie pomija się, lecz podlegają one pod rygor art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, a zatem skutkują koniecznością uznania, że dany podmiot podlega wykluczeniu, w związku z czym dana oferta podlega odrzuceniu. W tym zakresie funkcjonuje utrwalona linia orzecznicza, na dowód czego Odwołujący zacytował w uzasadnienia do zarzutu opisanego w pkt A. powyżej obszerny fragment uzasadnienia wyroku z dnia 18 maja 2022, sygn. akt: KIO 1161/22, KIO 1167/22. Z uwagi na fakt, że orzeczenie to pozostaje adekwatne również do stanu faktyczno-prawnego charakteryzującego zarzut przedstawiony w niniejszym pkt. B, Odwołujący w całości powołuje się na treść cytowanego fragmentu ww. orzeczenia, przyjmując argumentację Krajowej Izby Odwoławczej w nim przedstawioną za własną.

14. Mając powyższe na uwadze, tj. fakt, że Konsorcjum Wodpol złożyło nieprawdziwe informacje w zakresie punktowanego doświadczenia Pana Z. B., w zakresie inwestycji wykazanej w poz. 2, tj. inwestycji realizowanej na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy,

Dzielnica Żoliborz, oraz okoliczność, iż Zamawiający przewidział sankcję wykluczenia za złożenie nieprawdziwych informacji, stwierdzić należy, że zarzut zaniechania odrzucenia

oferty Konsorcjum Wodpol z uwagi na podleganie wykluczeniu na mocy art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

C. Naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp, w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy pzp, w zw. z art. 128 ust 1 ustawy pzp, z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum Wodpol do uzupełnień w zakresie oświadczenia o podziale zadań wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów, z uwagi na niekompletność i niejasność oświadczenia złożonego wraz z ofertą

15. Zgodnie z treścią ust. 3.5 lit g) SWZ, Zamawiający żądał:

g) W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, Wykonawcy, którzy powołują się przy spełnianiu warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przez jednego z Wykonawców dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy - załącznik nr 8 do SWZ. Oświadczenie musi być sporządzone w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

16. Zaś w treści samego oświadczenia, w indeksie 2, Zamawiający zastrzegł,

zaznaczając tę treść dodatkowo na żółto, iż niniejsze oświadczenie winno być złożone osobno przez każdy podmiot wchodzący w skład konsorcjum:

[1] Skreślić jeżeli nie dotyczy Wykonawcy wypełniającego oświadczenie.

[2] Wypełnia i podpisuje z osobna każdy Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie w jakim będzie realizował powierzone mu zamówienie.

Konsorcjum Wodpol nie uczyniło zadość warunkowi z ust. 3.5 lit. g) SWZ, z uwagi na fakt, że oświadczenie złożone zostało jedynie przez dwa z trzech podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, tj. z pominięciem wykonawcy Conexio sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach.

17. Analizując brzmienie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp również należy stwierdzić, że sam ustawodawca w przepisie wskazuje, że to wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są zobowiązani do dołączenia takiego oświadczenia, nie zaś jeden, bądź kilku wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. W oświadczeniu tym zostaje określony zakres obowiązków wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ponieważ zawiera informacje o tym, który z wykonawców będzie realizował dany zakres zamówienia. Zatem konieczne jest, aby oświadczenie złożyli wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - czy to jedno wspólne, z wyszczególnionym zakresem dla każdego z wykonawców (nawet jeżeli jest zerowy) czy to odrębne, które czytane łącznie dają spójny obraz podziału zadań dla wszystkich konsorcjantów.

18. Brak oświadczeni złożonego przez Conexio sp. z o.o. sp. k. należy analizować również z uwzględnieniem treści warunków dot. zasobów osobowych i potencjału finansowego i ekonomicznego. Wykonawcy Wodpol z o.o. i PBO Śląsk sp. z o.o. są zobowiązany do kierowania i nadzorowania pracami, w zakresie zgodnym z wykazanym potencjałem osobowym, wymaganym przez Zamawiającego. W odniesieniu do warunku dot. potencjału osobowego należy bowiem zauważyć, że warunek ten został spełniony częściowo przez personel PBO Śląsk sp. z o.o., a częściowo przez personel Wodpol z o.o.:

19. Pomimo że Conexio sp. z o.o. sp. k. nie wykazała spełnienia warunku doświadczenia zawodowego ani potencjału osobowego, to jednak nie należy zakładać, że Conexio sp. z o.o. sp. k. nie jest zainteresowana wykonaniem prac przygotowawczych czy pomocniczych dla realizacji robót budowalnych i zagospodarowania terenu. Mianowicie, Konsorcjum Wodpol, wyłącznie na podstawie dokumentów Conexio sp. z o.o. sp. k. podjęło próbę wykazania spełnienia warunku dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej, na potwierdzenie czego przedstawił zarówno sprawozdania finansowe (szerzej w pkt D poniżej) jak i potwierdzenie z banku:

ZAŚWIADCZENIE I OPINIA

ING Bank Ślgski S.A. (dalej: Bank) przekazuje informacje dotyczące Klienta CONEXIO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą: UL. PANEWNICKA NR 24 LOK. 1, 40-709 KATOWICE - zgodnie z otrzymanym wnioskiem.

Klient korzysta z usług Banku w zakresie obsługi rachunków bankowych oraz produktów kredytowych.

Na dzień 3.09.2022 r. rachunki Klienta były wolne od zajęć egzekucyjnych.

Na dzień 3.09.2022 r. Klient nie posiadał przeterminowanych zobowiązań wobec Banku.

W ocenie Banku Klient ma zdolność kredytową w kwocie 32 500 000,00 zł (słownie: trzydzieści dwa miliony pięćset tysięcy złotych 00/100). Ta kwota nie uwzględnia finansowania udzielonego przez inne instytucje finansowe oraz przez Bank.

20. Ponadto, głównym przedmiotem działalności Conexio sp. z o.o. sp. k. są roboty budowlane:

Tym samym, Conexio sp. z o.o. sp. k., jako przedsiębiorstwo specjalizujące się w robotach budowlanych, startuje w przetargu w celu uzyskania wymiernych korzyści. Mając zatem na uwadze niezbędność Conexio sp. z o.o. sp. k. dla Konsorcjum Wodpol (tylko z tym podmiotem Konsorcjum Wodpol było w stanie podjąć się wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej) oraz mając na uwadze, że Conexio sp. z o.o. sp. k. ubiega się o realizację przedmiotowego zamówienia, gdyż realizuje roboty budowlane, należy zakładać, że również Conexio sp. z o.o. sp. k. jest zainteresowana wykonaniem prac przygotowawczych czy pomocniczych dla realizacji robót budowalnych i zagospodarowania terenu. Tym samym, brak oświadczenia Conexio sp. z o.o. sp. k. w zakresie nie stanowi jedynie braku formalnego (który mimo to należałoby konwalidować), lecz niesie ze sobą duże prawdopodobieństwo, że oświadczenia wszystkich trzech konsorcjantów nie byłyby ze sobą

spójne.

21. Ze względu na cel jakiemu służy oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w postępowaniach prowadzonych w trybach przetargu nieograniczonego i podstawowym, zamawiający powinien wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiednio do jego złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, od razu, gdy po otwarciu ofert stwierdzi, że wykonawcy ci nie dołączyli do oferty takiego oświadczenia lub jest ono niekompletne lub zawiera błędy (analogicznie, jak w przypadku oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp), a nie dopiero, gdy oferta tych wykonawców zostanie najwyżej oceniona. Jeżeli na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie złożą, nie poprawią lub nie uzupełnią oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę tych wykonawców na podstawie art. 226

ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Tym samym, do czasu wezwania Konsorcjum Wodpol do

uzupełnień, trwa okres zawieszenia, w którym Zamawiający nie ma wiedzy, czy oferta

Konsorcjum Wodpol w ogóle podlega punktacji.

22. Mając powyższe na uwadze, tj. fakt, że wykonawca Conexio sp. z o.o. sp. k. nie złożył oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, a Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Wodpol do uzupełnienia tego braku, zarzut zaniechania wezwania do uzupełnień jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

D. Naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp, w zw. z art. 117 ust. 3 ustawy pzp, w zw. z art. 128 ust 1 ustawy pzp, z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum Wodpol do uzupełnień w zakresie oświadczenia o podziale zadań wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów, z uwagi na sprzeczność złożonych oświadczeń z zasadą realizacji prac przez podmiot doświadczony

23. Z treści złożonych oświadczeń o podziale prac, złożonych przez Wodpol z o.o. z siedzibą w Żywcu i PBO Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, wynika, że wykonawcy Ci planują jedynie pozornie oddać w podwykonawstwo zakres prac objęty deklarowanym podwykonawstwem podmiotu trzeciego, na podstawie którego zasobów wykazują spełnienie warunku doświadczenia. Z uwagi na brak oświadczenia Conexio sp. z o.o. sp. k. Zamawiający nie ma wiedzy, czy Conexio sp. z o.o. sp. k. zamierza respektować zadeklarowane podwykonawstwo SPEC BAU Polska sp. z o.o. czy również zamierza realizować roboty budowlane, pomimo że zakres ten powinien być wykonywany wyłącznie przez SPEC BAU Polska sp. z o.o. Mianowicie, pomimo, że Wodpol z o.o. i PBO Śląsk sp. z o.o. deklarują uwzględnienie udziału SPEC BAU Polska sp. z o.o. w realizacji robót budowlanych, to jednak równocześnie deklarują samodzielne wykonanie części robót budowlanych, w tym wszystkich instalacji oraz zagospodarowanie terenu, zaś wykonanie tych robót budowlanych powinno w całości leżeć w wyłącznej gestii SPEC BAU Polska sp. z o.o. Kwestionowane zobowiązania brzmią:

• oświadczenie Wodpol z o.o. z siedzibą w Żywcu:

jako Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego oświadczam, że:

1) Na podstawie art. 117 ust 3 ustawy pzp, w związku z warunkiem dotyczącym doświadczenia, o którym mowa w pkt 3.3.4 lit. a) SWZ i z uwzględnieniem i udziałem w realizacji (podwykonawstwo) potencjału innego pomiotu SPEC BAU Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezince (32-600) przy ul. Pławskiej IB, zrealizuję roboty polegające na:

- wykonaniu częściowego zakresu robót budowlanych na poziomie ok. 50 %, w tym wykonanie instalacji elektrycznych, teletechnicznych, wykonanie instalacji sanitarnych, wod.-kan., c.o., wentylacji, zagospodarowanie terenu, nadzór /należy wskazać zakres prac/,

2) Na podstawie art. 117 ust 3 ustawy pzp, w związku z warunkiem dotyczącym wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, o którym mowa w pkt 3.3.4 lit.b) tiret 2-4 SWZ, zrealizuję roboty polegające na:

- kierowanie i nadzór nad robotami w zakresie instalacji i zagospodarowania terenu/no/eży wskazać zakres prac/, do których wymagane są ww. zdolności[1].

• oświadczenie PBO Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu:

jako Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego oświadczam, że:

1) Na podstawie art. 117 ust 3 ustawy pzp, w związku z warunkiem dotyczącym doświadczenia, o którym mowa w pkt 3.3.4 lit.a) SWZ i z uwzględnieniem i udziałem w realizacji (podwykonawstwo) potencjału innego pomiotu SPEC BAU Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezince (32-600) przy ul. Pławskiej IB, zrealizuję roboty polegające na:

Wykonaniu częściowego zakresu robót budowlanych na poziomie ok. 50%, w tym wykonanie instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wod.-kan., c.o., wentylacji, zagospodarowanie terenu, nadzór /należy wskazać zakres prac/,

2) Na podstawie art. 117 ust 3 ustawy pzp, w związku z warunkiem dotyczącym wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, o którym mowa w pkt 3.3.4 lit.b) tiret 1 SWZ, zrealizuję roboty polegające na:

Kierowaniu i nadzorze nad całością realizacji zamówienia /należy wskazać zakres prac/, do których wymagane są ww. zdolności[1].

24. Prawidłowość powyższych oświadczeń należy analizować w kontekście brzmienia warunku doświadczenia zawodowego, które zostało wykazane doświadczeniem podmiotu trzeciego, SPEC BAU Polska sp. z o.o. z siedzibą w Brzezince. Mianowicie, przedmiotowy

warunek doświadczenia zawodowego został sformułowany w SWZ w sposób następujący:

3.3.4. Warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

a) w zakresie zdolności zawodowej (doświadczenia w realizacji) - warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich siedmiu (7) lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie:

(2) dwa zamówienia odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. polegające na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej budowy nie mniejszej niż 7.000 m2 każde, dla którego uzyskano pozwolenie na użytkowanie.

UWAGA:

1. Za spełnienie tego warunku, Zamawiający uzna wielobranżową realizację inwestycji, tj. budowę od podstaw wraz ze wszystkimi instalacjami wewnętrznymi i zagospodarowaniem terenu.

Powyższe oznacza, że SPEC BAU Polska sp. z o.o., zgodnie z treścią zobowiązania, powinien zostać wskazany jako wyłączny wykonawca wielobranżowych robót budowlanych, uwzględniających wszystkie instalacje wewnętrzne i zagospodarowanie terenu.

25. Odwołujący zwraca uwagę, że deklaracja Wodpol z o.o. i PBO Śląsk sp. z o.o., zawarta w pierwszej części oświadczenia podwykonawstwa SPEC BAU Polska sp. z o.o., w zakresie zgodnym z wykazanym warunkiem doświadczenia zawodowego, jest sprzeczna z deklaracją zawartą w drugiej części oświadczenia, że podmioty te wykonają po 50% robót budowlanych, wraz z wszystkimi instalacjami wewnętrznymi i zagospodarowaniem terenu. Jak SPEC BAU Polska sp. z o.o. wykona swój zakres prac, to już nie pozostaną do wykonania żadne inne prace w zakresie robót budowlanych czy zagospodarowania terenu, których wykonanie mogliby zadeklarować wykonawcy, wchodzący w skład Konsorcjum Wodpol. Wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum Wodpol mogą wykonywać wyłącznie prace przygotowawcze i pomocnicze, względem robót budowlanych (obejmujących swym zakresem wszystkie instalacje wewnętrzne) oraz zagospodarowanie terenu.

26. Powyższe stanowisko Odwołującego oparte jest na orzecznictwie Krajowej Izby

Odwoławczej, która podkreśla konieczność faktycznego - a nie jedynie pozornego - wykazania w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp udziału podmiotu trzeciego w realizacji (na zasadach podwykonawstwa) zamówienia w zakresie zgodnym z odnośnym warunkiem udziału w postępowaniu. I tak, w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 2945/21, Izba orzekła: „Celem tego oświadczenia jest więc weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku, analogicznie więc jak w przypadku złożenia oświadczenia przez podmiot trzeci na zasoby którego wykonawca powołuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu".

27. Podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 07 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1602/22, w którym czytamy: „Należy zauważyć, że realność zasobu polegająca na rzeczywistym wykonaniu części zamówienia występuje nie tylko w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, ale także podmiotów udostępniających zasoby - art. 118 ust. 2 ustawy stanowi bowiem, że w odniesieniu do warunków, dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi do realizacji których zdolności są wymagane. (...) Oczywiście w ocenie Izby nie jest wykluczone, że przy wykonywaniu danej części zamówienia wymagającej doświadczenia, podmiot niedoświadczony będzie wykonywał czynności przygotowawcze czy pomocnicze, nie zmienia to jednak faktu, że zasadnicze wykonanie musi opierać się na podmiocie doświadczonym i to on będzie ponosił odpowiedzialność za wykonanie danej części. Izba wskazuje także na to, że art. 117 ust. 4 ustawy mówi o oświadczeniu, z którego będzie wynikać, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy, a więc nie wspólnie, ale każdy z nich”.

28. Odwołujący zwraca uwagę, że to treść warunku determinuje, który z wykonawców lub podwykonawców (podmiot trzeci) jest zobowiązany do wykonania danego zakresu prac. Jeżeli warunek doświadczenia zawodowego jest sformułowany bardzo szeroko - jak to ma miejsce w Postępowaniu - to nie istnieje możliwość realizacji części robót przez podmiot niedoświadczony. Jeżeli wykonawca polega w takim przypadku na potencjale podmiotu trzeciego - jak to ma miejsce w Postępowaniu - to zobowiązany jest powierzyć całość robót podwykonawcy.

29. Powyższe również wprost jest potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w sprawie o sygn. akt KIO 3376/21, w której zapadł wyrok 07 grudnia 2021r., Izba badała następujący stan faktyczno-prawny: „Odwołujący wskazał, że oświadczenie składane na podstawie art. 117 ustawy Pzp jest ściśle związane z warunkami udziału w postępowaniu i powinno wskazywać na zakresy prac, jakie wykonają poszczególni konsorcjanci w zależności od tego, w jakim zakresie wykazują spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W treści oświadczenia z art. 117 ustawy Pzp poszczególni wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum ANN-POL zobowiązali się jednak do wykonania takich zakresów prac, w jakich w ogóle nie wykazują spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...) Izba rozpoznawała niniejsze zarzuty łącznie, gdyż do ich analizy konieczna jest analiza zobowiązania do oddania do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp oraz wykaz usług. (.) w ocenie Izby mamy do czynienia z podwykonawstwem w ramach którego nastąpi powierzenie w całości realizacji zamówienia podwykonawcy. (.) oznacza to, że podwykonawca będzie realizował cały przedmiot zamówienia. (.). Powyższe skutkuje tym że należy uznać oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp za wysoce wątpliwe, nierealne skoro cały zamówienie będzie realizował podwykonawca”.

30. Z powyższego wynika, że żaden z trzech wykonawców, wchodzących w skład Konsorcjum Wodpol, nie jest uprawniony do wykonywania żadnej części robót budowlanych (obejmujących swym zakresem wszystkie instalacje wewnętrzne) ani żadnej części prac polegających na zagospodarowaniu terenu. Mogą wykonywać jedynie czynności

przygotowawcze i pomocnicze w tym zakresie.

31. Z uwagi na fakt, że wykonawcy Wodpol z o.o. i PBO Śląsk sp. z o.o. złożyli oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, które w swej treści potwierdzają, że wykonawcy Ci chcą ograniczyć zakres wykonawstwa SPEC BAU Polska sp. z o.o., gdyż chcą zrealizować część robót budowlanych (obejmujących swym zakresem wszystkie instalacje wewnętrzne) oraz część prac polegających na zagospodarowaniu terenu, oświadczenia te są wprost sprzeczne z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym zarzut zaniechania wezwania do uzupełnień jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

E. Naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp, w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 1) lub 2) ustawy pzp, w zw. z art. 128 ust 4, z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum Wodpol do wyjaśnień w zakresie sprawozdania finansowe wykonawcy Wodpol sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu za rok 2020 i rok 2021, z uwagi na fakt, że nie jest jasne, czy sprawozdania te zostały podpisane przez „osobę, której

powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych”

32. Zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający żądał:

3.3.3. Warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Wykonawca ubiegający się o niniejsze zamówienie publiczne musi znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. W szczególności Wykonawca musi wykazać, że:

a) osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 60.000.000 PLN w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat" pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi" oraz wykazać, wskaźnik bieżącej płynności finansowej na poziomie równym co najmniej 1,00 na koniec każdego z trzech ostatnich lat obrotowych. Wskaźnik bieżącej płynności finansowej liczony jest jako iloraz:

Aktywów obrotowych ogółem pomniejszonych o należności z tytułu robót, dostaw i usług o okresie płatności powyżej jednego roku i zobowiązań krótkoterminowych pomniejszonych o zobowiązania z tytułu robót, dostaw i usług o okresie wymagalności powyżej jednego roku.

33. Zgodnie z art. art. 52 ust. 2 ustawy z dnia 24 września 1994 r. o rachunkowości (dalej: „uRach"), obowiązującym w dacie podpisania zarówno sprawozdania z roku 2020 jak i 2021, „sprawozdanie finansowe podpisują - podając zarazem datę podpisu - osoba, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, i kierownik jednostki, a jeżeli jednostką kieruje organ wieloosobowy - wszyscy członkowie tego organu. Odmowa podpisu sprawozdania finansowego wymaga sporządzenia pisemnego uzasadnienia dołączonego do sprawozdania finansowego" (aktualne brzmienie przepisu jest inne, lecz zmiana dotyczy podpisów wieloosobowego organu jednostki, a nie w zakresie podpisu osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych). Z uwagi na zmiany zachodzące w organizacyjne, zachodzące w Wodpol sp. z o.o., złożone sprawozdania finansowe z roku 2020 i 2021 nie pozwalają na stwierdzenie, czy zostały one podpisane przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych.

34. Na pytanie, kto właściwie jest odpowiedzialny za prowadzenie ksiąg rachunkowych i sporządzanie sprawozdań finansowych mogą paść rozmaite odpowiedzi: księgowy (czyli osoba, która dokonuje księgowań), główny księgowy, dyrektor finansowy, kierownik jednostki czy biuro rachunkowe. Przy czym, „osoba, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych" nie jest tożsama z „osobą odpowiedzialną, za prowadzenie ksiąg rachunkowych". W wyroku z 16 października 2014 r. (sygn. akt II KK 279/14) Sąd Najwyższy stwierdził, że w praktyce niejednokrotnie odpowiedzialność za prowadzenie ksiąg rachunkowych jest niewłaściwie rozumiana i przypisywana osobie lub podmiotowi (np. biuru rachunkowemu), który zajmuje się fizycznie czynnościami związanymi z prowadzeniem ksiąg rachunkowych, jednak nie występuje w roli kierownika jednostki. Powyższe oznacza, że na sprawozdaniu finansowym ma się podpisać - obok kierownika jednostki / zarządu wieloosobowego - osoba, której fizycznie polecono, w ramach wykonywanych obowiązków zawodowych, prowadzenie ksiąg rachunkowych.

35. Poniżej Odwołujący wskazuje, jakie podpisy zostały złożone pod sprawozdaniami

finansowymi za kolejne lata obrotowe:

36. Z powyższego zestawienia wynika, że w roku 2019 r. sprawozdanie zostało podpisane

przez właściciela kancelarii ekonomicznej - biura rachunkowego, Panią Z. K., co wypełnia przesłanki art. 52 ust. 2 uRach w zakresu obligatoryjnego podpisania sprawozdań finansowych przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych. W roku 2020 sprawozdanie finansowe zostało podpisane przez zastępcę głównego księgowego, Panią Z. K., jednak typowym obowiązkiem zastępcy głównego księgowego nie jest prowadzenie ksiąg rachunkowych - ten obowiązek, jako kluczowy, leży zwyczajowo w gestii głównego księgowego czy też dyrektora finansowego. Tym samym, okoliczność, czy sprawozdanie finansowe za rok 2020 zostało podpisane przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych jest niejasna i wymaga wyjaśnienia.

37. Podobna sytuacja ma miejsce w zakresie sprawozdania finansowego za rok 2021r. Na tych dokumentach zostały złożone podpisy członków wieloosobowego zarządu, zaś Pani Z. K. występuje jako wiceprezes zarządu. Typowym obowiązkiem wiceprezesa nie jest prowadzenie ksiąg rachunkowych - ten obowiązek, jako kluczowy, leży zwyczajowo w gestii głównego księgowego czy też dyrektora finansowego. Tym samym, okoliczność, czy sprawozdanie finansowe za rok 2020 zostało podpisane przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych jest niejasna i wymaga wyjaśnienia.

38. Odwołujący nie wyklucza możliwości, że Pani Z. K. w roku 2020 jako zastępca głównego księgowego, zaś w roku 2021 jako wiceprezes fizycznie, osobiście, zajmowała się prowadzeniem ksiąg rachunkowych. Jest to jednak mało prawdopodobne w sytuacji, w której Pani Z. K. jest wiceprezesem dużej spółki budowlanej, której podstawowym zajęciem jest zarządzanie spółką, w szczególności w sytuacji, gdy spółka posiada własny dział księgowości (spółka zatrudnia główną księgową). Tymczasem, zgodnie z treścią art. 128 ust. 4 ustawy Pzp oraz zasadą należytej staranności, wszelkie wątpliwości dotyczące oferty powinny być przez Zamawiającego wyjaśniane. Zamawiający nie może domniemywać, że Pani Z. K. pełniła w lata 2020 i 2021 r obowiązki osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, ani nie może weryfikować tych informacji w inny sposób niż bezpośrednio u źródła, tj. poprzez wystosowanie pisemnego wezwania do wyjaśnień.

39. Powyższa argumentacja oparta jest o utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1341/20, Izba orzekła: „wprawdzie zastosowanie (...) ustawy Pzp i wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty jest uprawnieniem zamawiającego, to jednak obowiązkiem zamawiającego, działającego z należytą starannością, jest wykorzystanie środków przewidzianych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, przed jej odrzuceniem". W wyroku z dnia 10 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3040/20, Izba zaś orzekła: „(...) obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że spełnia on wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Nie jest zatem rolą zamawiającego wyręczanie wykonawcy w tym zakresie i samodzielne sprawdzanie, czy dany wykonawca te wymogi spełnia. Jeżeli wykonawca sam nie wykazał spełnienia wymogów, to w zależności o d ich rodzaju, zamawiający albo wyklucza wykonawcę z postępowania albo odrzuca jego ofertę. Informacje ustalone zaś samodzielnie przez zamawiającego (abstrahując już w tym miejscu od kwestii wiarygodności informacji uzyskiwanych telefonicznie) nie mogą być podstawą oceny spełniania przez wykonawcę wymogów". Dalej, w wyroku z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 489/18, Izba wskazuje: „(.) brakujących elementów zobowiązania podmiotu trzeciego nie można domniemywać z innych dokumentów pochodzących od wykonawcy".

40. Uwzględniając przedstawioną argumentację, stwierdzić należy, że zarzut zaniechania do wyjaśnień jest zasadny. Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum Wodpol do wyjaśnień w zakresie kompletności podpisów na złożonych sprawozdaniach finansowych za rok 2020 i 2021, domniemając, że Pani Z. K. była w tych latach osobą, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych. Takie domniemywanie zamiast pisemnej weryfikacji okoliczności z danym wykonawcą nie korzysta jednak z ochrony prawa. Tym samym, Zamawiający nie ma wiedzy, czy Konsorcjum Wodpol spełnia czy też nie spełnia warunku dot. sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Do czasu wyjaśnienia tej okoliczności, i po ewentualnym wezwaniu Konsorcjum Wodpol do uzupełnienia przedmiotowych sprawozdań finansowych, Zamawiający zobowiązany będzie do powtórnego zbadania oferty Konsorcjum Wodpol pod kątem wykazania przez Konsorcjum Wodpol spełnienia warunku dot. sytuacji

finansowej lub ekonomicznej, i do ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,

spośród wyłącznie tych ofert, które nie podlegają odrzuceniu. (.)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 4/11/22) wniósł: (..) o

oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska w szczególności podał:

(.)

W trakcie oceny oferty Konsorcjum, Zamawiający po weryfikacji przedstawionego doświadczenia kierownika budowy wykazanego przez Konsorcjum WODPOL Sp. z o.o., PBO Śląsk Sp. z o.o., Conexio Sp. z o.o. uznał dwie z przedstawionych usług, w których pan Z. B. pełnił funkcji kierownika budowy tj:

1) Budowa zespołu szkolno-przedszkolnego z biblioteką przy ul. Anny German w Warszawie (etap I i etap II stanowi całość jednej inwestycji);

2) Budowa Zespołu szkolno-przedszkolnego wraz ze żłobkiem i świetlicą wiejską w Wysokiej gm. Kobierzyce;

W zakresie „Budowa szkoły podstawowej przy ul. Warzelniczej w Warszawie", Zamawiający zweryfikował informacje (inwestycja prowadzona na terenie dzielnicy Białołęka) podane przez Konsorcjum i nie uznał ww. inwestycji (dla spełnienie ww. kryterium) z uwagi na fakt, iż kierownikiem budowy w ramach tej inwestycji nie był pan Z. B., a pełnił funkcje kierownika robót.

W zakresie oceny kryterium Zamawiający dokonał należytego badania i oceny ofert. Po starannej weryfikacji dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy (Konsorcjum Wodpol Sp. z o.o.), który spełnia wszystkie warunki udziału w postepowaniu określone przez Zamawiającego w SWZ.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że na żadnym etapie oceny oferty Konsorcjum Wodpol Sp. z o.o., Zamawiający nie został wprowadzony w „błąd poważny/istotny", który miałby wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku badania i oceny oferty. Dokonując badania załączonych do oferty Konsorcjum dokumentów, zachowując przy tym należytą staranność, Zamawiający dokonał weryfikacji i sprawdzenia zawartych w nich informacji. Powyższe potwierdza przyznana punktacja w kryterium „doświadczenie kierownika budowy". Należy mieć na uwadze, że Zamawiający dokonując badania i oceny ofert ma obowiązek dokładnej weryfikacji informacji zawartych w dokumentach, a w przypadku niejasności zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji istotnych w tym zakresie dla spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia o przedstawienie takich informacji (podstawa art. 128 ust. 5 Pzp).

W zakresie weryfikacji załącznika nr 9 do SWZ Karta oceny pozacenowych kryteriów oceny ofert, Zamawiający dokonał weryfikacji i sprawdzenia każdej z wymienionych robót budowlanych polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej budowy min. 7.000 m2 dla której funkcję kierownika budowy miał pełnić Pan Z. B.. Podczas badania załącznika nr 9 do SWZ, Zamawiający zwrócił się do podmiotów na rzecz których inwestycje były realizowane t.j. do Urzędu Dzielnicy Żoliborz m.st. Warszawy i Urzędu Gminy Kobierzyce w celu potwierdzenia informacji zawartych w karcie oceny pozacenowych kryteriów oceny ofert. Sprawdził również dokumentację własną w zakresie inwestycji realizowanej na rzecz Zamawiającego t.j. Budowy szkoły podstawowej przy ul. Warzelniczej w Warszawie. Na podstawie otrzymanych informacji stwierdził, że ww. dwie roboty (budowy) zawarte w wykazie przedłożonym przez Konsorcjum, spełniają warunki kryterium „ doświadczenie kierownika budowy" i przyznał 5 punktów ofercie złożonej przez Konsorcjum Wodpol Sp. z o.o. Powyższe potwierdza informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazana w dniu 13.10.2022 r. Wykonawcom biorącym udział w postepowaniu oraz zamieszczona na platformie zakupowej Zamawiającego.

Dalej wskazał na brzmienie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp i podał: (...)

Odnosząc się do zarzutu niewykluczenia z postępowania Wykonawcy Konsorcjum Wodpol Sp. z o.o., który (zdaniem Odwołującego) świadomie chciał wprowadzić w błąd Zamawiającego i tym samym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. I pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, Zamawiający informuje, że w tym zakresie przychyla się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej (.) KIO 1504/22, że należy zbadać „czy i w jaki sposób przedstawiane przez wykonawcę informacje, czy to dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też w zakresie oceny w ramach kryterium oceny ofert, mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z nim, w okolicznościach danej sprawy każdorazowo należy ustalić, czy doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd istotny. Z kolei aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd decyzję inną, niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Dokonując oceny istotności wpływu nie można bowiem abstrahować od wpływu na wynik postępowania, w czym przejawia się jego kwalifikowany charakter. (.) Także wskazał na doktrynę i orzecznictwo sądowe podnosząc, że: W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, kiedy (zdaniem Zamawiającego) omyłkowo podana w formularzu część danych, pozostawała bez istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zamawiający dokonał weryfikacji danych zawartych w załączniku nr 9 do SWZ Karta oceny pozacenowych kryteriów oceny ofert w oparciu o art. 128 ust 5 ustawy PZP i prawidłowo przyznał ofercie Konsorcjum Wodpol Sp. z o.o. jedynie 5 punktów, a nie jak twierdzi Odwołujący 10 punktów (powyższe potwierdza informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej). W konsekwencji brak jest elementu „poważnego wprowadzenia w błąd" oraz „istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego" w postępowaniu, a zatem nie sposób stwierdzić, że Konsorcjum Wodpol Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. Zamawiający podzielił również opinię Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 1504/22, że „stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne

nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Co więcej, nie można w taki sposób odczytywać poszczególnych postanowień SWZ, aby stracić z pola widzenia tego, jaki jest naczelny cel postępowania prowadzonego w oparciu o treść przepisów ustawy Pzp, a celem tym jest umożliwienie zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty".

Odnosząc się do kolejnych zarzutów podał:

(.) zgodnie z przepisami Pzp, oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, jest składane wówczas, gdy zamawiający uzależnił możliwość ubiegania się o zamówienie od spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Zgodnie z nowymi regulacjami tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku, może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane. Treść oświadczenia musi potwierdzać, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniają warunki udziału w postępowaniu w sposób opisany w ustawie Pzp. Innymi słowy oświadczenie powinno wskazywać, że roboty budowlane lub usługi zrealizuje podmiot, który ma wymagane doświadczenie, a część świadczenia, do realizacji której są wymagane uprawnienia, wykona ten, który posiada stosowne uprawnienia. Ustawodawca nie ingeruje we współpracę wykonawców w inny sposób niż wyżej opisany. Tym samym nie jest wykluczona sytuacja, w której wykonawcy wejdą w konsorcjum, po to by zsumować potencjały. Przykładowo dwóch wykonawców będzie odpowiedzialny za realizację zamówienia, trzeci zaś za finansowanie, organizację i logistykę. Konsorcjum Wodpol Sp. z o.o. załączyło do oferty dwa oświadczenia:

1. Wodpol Sp. z o.o. — Lider Konsorcjum jako Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego oświadczam, że:

1) Na podstawie art. 117 ust 3 ustawy pzp, w związku z warunkiem dotyczącym doświadczenia, o którym mowa w pkt 3.3.4 lit. a) SWZ i z uwzględnieniem i udziałem w realizacji (podwykonawstwo) potencjału innego pomiotu SPEC BAU Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezince (.) zrealizuję roboty polegające na:

- wykonaniu częściowego zakresu robót budowlanych na poziomie ok. 50 %, w tym wykonanie instalacji elektrycznych, teletechnicznych, wykonanie instalacji sanitarnych, wod.-kan., c.o., wentylacji, zagospodarowanie terenu, nadzór [należy wskazać zakres prac/,

2) Na podstawie art. 117 ust .3 ustawy pzp, w związku z warunkiem dotyczącym wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, o którym mowa w pkt 3.3.4 lit.b) tiret 2-4 SWZ, zrealizuję roboty polegające na:

- kierowanie i nadzór nad robotami w zakresie instalacji i zagospodarowania terenu [należy wskazać zakres prac/, do których wymagane są ww. zdolności].

2. PBO Śląsk Sp. z o.o. — Członek Konsorcjum jako Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego oświadczam, że:

1) Na podstawie art. 117 ust 3 ustawy pzp, w związku z warunkiem dotyczącym doświadczenia, o którym mowa w pkt 3.3.4 lit.a) SWZ i z uwzględnieniem i udziałem w realizacji (podwykonawstwo) potencjału innego pomiotu SPEC BAU Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezince (.), zrealizuję roboty polegające na:

- wykonaniu częściowego zakresu robót budowlanych na poziomie ok. 50%, w tym wykonanie instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wod.-kan., c.o., wentylacji, zagospodarowanie terenu, nadzór [należy wskazać zakres prac,

2) Na podstawie art. 117 ust 3 ustawy pzp, w związku z warunkiem dotyczącym wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, o którym mowa w pkt 3.3.4 li[b) tiret I SWZ, zrealizuję roboty polegające na:

- kierowaniu i nadzorze nad całością realizacji zamówienia [należy wskazać zakres prac/, do których wymagane są ww. zdolności].

Składając swoje oświadczenia zarówno Wykonawca Wodpol sp. z o.o. jak i Wykonawca PBO Śląsk sp. z o.o. oświadczyli, że każdy z nich przy udziale w realizacji (podwykonawca) SPEC BAU Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezince (.) (podmiotu

trzeciego udostępniającego swoje zasoby w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu) wykona roboty budowlane na poziomie ok. 50%. Zarzut naruszenia przepisów podnośny przez Odwołującego jest więc bezzasadny.

Jeżeli chodzi o ostatni z zarzutów — Zamawiający informuje, że złożone przez Wykonawcę Konsorcjum Wodpol Sp. z o.o. na potwierdzenie spełniania warunku dot. sytuacji finansowej lub ekonomicznej, podmiotowe dokumenty spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: WODPOL Sp. z o.o., PBO ŚLĄSK Sp. z o.o., Conexio Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Żywcu wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie z dnia 4 listopada 2022 r. w szczególności wskazał:

Odnośnie zarzutu nr 1 (.)

Po pierwsze, pan Z. B. został wyznaczony przez MTM Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie do pełnienia funkcji kierownika robót na budowie/zadaniu inwestycyjnym pod nazwą „Budowa szkoły podstawowej przy ul. Warzelniczej w Warszawie" zgodnie z umową: nr BIA/IS/BIA/V/P1/25/45/2018/547 z dnia 27.04.2018r. Oprócz pełnienia funkcji kierownika robót p. B. pełnił również funkcję kierownika budowy, zastępując p. M. Z., co zostało potwierdzone również wpisem w dzienniku budowy. Co więcej, p. B. przez cały okres realizacji inwestycji wykonywał obowiązki właściwe dla kierownika budowy, m.in. stale przebywał na terenie budowy, nadzorował wykonywane prace budowlane oraz koordynował prace branżowe, uczestniczył we wszystkich naradach z przedstawicielami inwestora oraz brał udział w odbiorach robót. Zakres faktycznie pełnionych przez p. B. obowiązków był tożsamy z obowiązkami kierownika budowy, a co więcej, p. B. również formalnie pełnił funkcję kierownika budowy podczas nieobecności p. Z. - na tej podstawie sam p. B., a w ślad za nimi, również Przystępujący, mógł zasadnie twierdzić, że p. B. nabył i legitymuje się wymaganym doświadczeniem.

Zgodnie z opisem kryterium oceny Zamawiający nie wymagał, aby wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy przez cały okres realizacji inwestycji (od początku do końca). Tym samym nawet czasowe pełnienie funkcji kierownika budowy (w zastępstwie, podczas urlopu czy choroby) nie wyłącza możliwości posługiwania się takim doświadczeniem. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: Po pierwsze dostrzeżenia i stanowczego podkreślenia wymaga, iż warunek udziału w postępowaniu w żaden sposób nie referował do jakiegokolwiek minimalnego okresu, w którym konieczne było pełnienie określonej funkcji. Z pewnością, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie istniała konieczność pełnienia tej funkcji przez cały czas trwania zadania inwestycyjnego, czy też do momentu osiągnięcia przez zadanie inwestycyjne określonej w warunku wysokości zaangażowania kwotowego (por. wyrok KIO (.) 1657/17). Podobnie w innym orzeczeniu Izba wyjaśniła, że w świetle brzmienia kryterium, w którym zamawiający nie określa minimalnego okresu pełnienia danej funkcji, faktyczny czas jej pełnienia pozostaje bez znaczenia dla oceny doświadczenia: Zamawiający nie określił wymogu, że oceniane będzie doświadczenie na stanowisku Inspektora nadzoru na zakończonym kontrakcie, nabyte od początku jego trwania do końca, czy też nie krótsze niż 2,3 miesiące na danym kontrakcie. W konsekwencji, w ocenie Izby: to że pan P. B. nadzorował go [kontrakt - przypis Odwołującego] tylko przez 2 tygodnie (wcześniej jak wynika z dowodów załączonych w odpowiedzi do odwołania nadzorował go p. G. M., a p. P. B. był jedynie Kierownikiem Projektu), w innym okresie niż pierwotnie wskazany i w określonym zakresie, jest bez znaczenia i wpływu na wynik, gdyż Zamawiający przez taki, a nie inny opis kryterium nie nadał takiemu faktowi żadnego znaczenia prawnego (por. wyrok KIO (.) 2465/20). Innymi słowy, okoliczność, iż p. B. pełnił funkcję kierownika budowy czasowo zastępując p. Z. oraz okoliczność, iż zakres obowiązków p. B. odpowiadał de facto zakresowi obowiązków kierownika budowy pozwala uznać, że Przystępujący opisał rolę p. B. zgodnie z rzeczywistością, a tym samym nie doszło do przekazania informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Po drugie, wykazane doświadczenie Pana Z. B. dotyczy inwestycji prowadzonej dla tego samego Zamawiającego, co w przedmiotowym postępowaniu tj. Miasta Stołecznego Warszawa, dzielnica Białołęka. Zamawiający zatem w sytuacji, kiedy inwestycja dotyczy zrealizowanych przez niego projektów posiada najbardziej wiarygodne informacje, także ewentualnie może w ramach swojej instytucji dodatkowo je potwierdzić lub sprawdzić. Służy do tego także art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. cyt.: art. 128 ust. 5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. może być realizowany bez udziału Wykonawcy badanego.

Z powyższego przepisu wynika logicznie nie tylko możliwość ew. zweryfikowania wszelkich informacji - u innych podmiotów ale i możliwość zwrócenia się także do właściwych osób we własnej instytucji o potwierdzenie informacji lub wyjaśnienie informacji gdyby była taka potrzeba. Tak mógł uczynić to ew. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, gdyby miał jakiekolwiek wątpliwości, najłatwiej jest przecież zweryfikować doświadczenie nabyte w końcu wcześniej u tego samego Zamawiającego. Zatem fakty dla Zamawiającego są mu znane, ewentualnie najlepiej Zamawiający był wstanie je zweryfikować. Również w orzecznictwie Izby wskazuje się, że nie można mówić o „wprowadzeniu zamawiającego w błąd" jeżeli zamawiający sam posiada wiedzę na temat danych okoliczności, w szczególności jeżeli inwestycja referencyjna została wykonana na rzecz zamawiającego: W przedmiotowym postępowaniu mamy sytuację o tyle jasną, albowiem wykazywane przez odwołującego doświadczenie dotyczyło realizacji na rzecz tego samego zamawiającego. Skoro zatem zamawiający, działając z urzędu, miał wiedzę, iż kwestionowana przez zamawiającego referencyjna robota była wykonywana w innej dacie niż podał to odwołujący, to w sposób jasny i prosty, zamawiający powyższą nieścisłość mógł wyjaśnić z odwołującym się wykonawcą, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W powyższym zakresie Izba nie znalazła podstaw do uznania, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd, albowiem okoliczności omyłki, czy też błędu wynikających z treści dokumentów złożonych przez wykonawcę, zamawiający mógł samodzielnie (zakres tych błędów) ustalić. Nie była to zatem informacja, która wprowadzała zamawiającego w błąd, albowiem okoliczności przedmiotowej roboty referencyjnej zamawiający znał z urzędu. (wyrok (.) KIO 345/17). Analogicznie, w wyroku (.) KIO 297/18 Izba wyjaśniła, że w przypadku gdy wykonawca powołuje się na wykonywanie zamówienia u zamawiającego do którego składa nową ofertę, to nie można uznać wprowadzenia w błąd takiego zamawiającego, gdyż zamawiający mógł samodzielnie ustalić, w oparciu o wiedzę znaną z urzędu, okoliczności wynikające z dokumentów złożonych przez wykonawcę. Powyższe oznacza, że samo podanie nieprawdziwych informacji nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy, niezbędne jest jeszcze wystąpienie skutku w postaci wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zasadność takiego stanowiska wynika także z kwestii, że przy innej interpretacji powyższych przesłanek to każde niewykazanie spełniania warunku udziału w postepowaniu przez wskazaną usługę/robotę czy dostawę, automatycznie powodowałoby wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji. Takie stanowisko jest oczywiście niezasadne, gdyż sam ustawodawca wskazał odrębne podstawy prawne do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postepowaniu, a osobne w zakresie wykluczenia z powodu złożenia nieprawdziwych informacji wprowadzających zamawiającego w błąd.

Reasumując Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd i także nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd, w zakresie punktowanego doświadczenia kierownika budowy - w poz. 4 wykazu doświadczenia Pana Z. B. - tym samym nie potwierdziły się przesłanki naruszenia przez Zamawiającego art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw.

z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2) lit a) ustawy Pzp, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp.

II. Odnośnie zarzutu nr 2 (.)

(.) należy podkreślić, iż Odwołujący podnosi uzasadniając zarzuty, iż: "Konsorcjum Wodpol przedstawiło cztery (4) inwestycja dla wykazania doświadczenia Pana Z. B., a punkty zostały za dwie inwestycje (Konsorcjum Wodpol otrzymało 10 punktów za doświadczenie kierownika

budowy - po 5 punktów za każde uwzględnione przez Zamawiającego doświadczenie). W protokole ZP Zamawiający nie umieścił informacji, które z inwestycji wykazanych jako doświadczenie Pana Z. B. zostały uwzględnione, a w zakresie których nie zostały przyznane punkty, oraz co legło u podstaw nie przyznania punktów"

(.) po pierwsze, Przystępujący otrzymał w kryterium „doświadczenie kierownika budowy" nie 10 punktów, jak twierdzi Odwołujący, ale 5 punktów, a więc Zamawiający uwzględnił przy ocenie 2 zadania z 4 zadań wskazanych w wykazie doświadczenia kierownika budowy (Załącznik nr 9). Zarzut Odwołującego sprowadza się do tego, że Przystępujący miał rzekomo wprowadzić Zamawiającego w błąd wskazując na doświadczenie kierownika budowy (p. B.) podczas realizacji dwóch robót budowlanych dotyczących „Budowy Zespołu Szkolno-Przedszkolnego z biblioteką przy ul. Anny German w Warszawie". Przystępujący wykazał dwie roboty budowlane dotyczące budowy szkoły przy ul. Anny German, ponieważ inwestycja była realizowana jako dwa odrębne zadania jako Etap I i Etap II - zgodnie z

opisem zawartym w wykazie doświadczenia. Oba zadania były realizowane po przeprowadzeniu dwóch odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz na podstawie odrębnych umów o roboty budowlane, a tym samym de facto stanowiły dwa odrębne roboty budowlane dotyczące budowy budynku użyteczności publicznej, zaś na obu zadaniach funkcję kierownika budowy pełnił p. B. Zawarte w wykazie informacje oraz ich opis jest zatem w pełni zgodny ze stanem faktycznym.

Odnosząc się do argumentacji prawnej w okolicznościach niniejszej sprawy należy zatem rozważyć:

po pierwsze, czy doszło do przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;

po drugie, czy przedstawienie informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
po trzecie, czy przedstawienie takiej informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu prawie każdego wyroku, odnoszącego się do przesłanki wykluczenia wymienionej w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp w okolicznościach danej sprawy każdorazowo należy ustalić, czy przekazane informacje były niezgodne ze stanem rzeczywistym, czy doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd istotny/ poważny oraz jaki skutek wywarłaby taka informacja na decyzję zamawiającego. Poza koniecznym uzasadnieniem dwóch pierwszych przesłanek powyżej, żeby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że Zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd decyzję inną, niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Dokonując oceny istotności wpływu informacji nie można bowiem go zważyć - nie uwzględniając ich wpływu na wynik postępowania, w czym przejawia się jego kwalifikowany charakter. Do takich wniosków prowadzą zarówno racje wykładni literalnej, jak też pro unijna wykładnia tej regulacji. Ustawa Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 57 tejże Dyrektywy Instytucje Zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego Wykonawcy, który był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59. Jak wskazuje się w orzecznictwie: by można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że Zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy Konsorcjum (...) wskazało, jak się okazało, informację nieprawdziwą. Na podstawie wskazanej później informacji prawdziwej Zamawiający nie podjąłby innej decyzji niż ta, którą podjąłby, gdyby nie zauważył nieprawdziwości pierwotnie podanej informacji (.). Podanie nieprawdziwej informacji w realiach rozpoznawanej sprawy nie miało zatem wpływu na decyzję Zamawiającego. (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach 13 września 2019, sygn. akt XIX Ga 953/19). Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy, interpretacja przepisów krajowych powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko "poważne wprowadzenie w błąd", a instytucje zamawiające (w myśl pkt 101 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE) powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Sąd zauważył również, że interpretację tej klauzuli generalnej powinno dokonywać się z uwzględnieniem motywu 101 Dyrektywy 2014/24/UE (prounijna wykładnia przepisów PZP), zgodnie z którą to uwagą, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Analogicznie, w wyroku (.) KIO 2547/18, KIO 28/21, KIO 32/21, KIO 2535/20). Podobnie w uzasadnieniu wyroku Sądu Zamówień Publicznych tj. Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 48/21 wskazano, że: W ocenie Sądu Okręgowego kwalifikowany wpływ błędnych informacji na decyzje zamawiającego może niewątpliwie zachodzić w sytuacji, gdy podana informacja może mieć duży, znaczny i rzeczywisty wpływ na decyzję zmawiającego np. w zakresie przyznawanej punktacji. Tymczasem, w niniejszej sprawie, wbrew stanowisku Izby nie zaistniała przesłanka nawet potencjalnej możliwości wywarcia istotnego wpływu błędnej informacji na decyzje Zamawiającego. Zważyć należy, że Zamawiający zgodnie z wymogami SIWZ pkt 6.2 lit. c wymagał wykazania przez wykonawców dysponowania określonymi osobami, które wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego

wynika, że jedna z inwestycji podana przez Konsorcjum (...) w wykazie osób jako doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu nie spełniała wymogu zamawiającego w zakresie pełnienia wskazanej funkcji przy realizacji inwestycji od początku do końca. Za wskazanie 3 takich inwestycji Zmawiający przyznawał maksymalnie 7 punktów. Błędna informacja nie miała żadnego wpływu na ranking ofert w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Krajowa Izba zresztą nie była również w stanie wskazać jaki miałby być ów potencjalny wpływ w realiach tej konkretnej sprawy stąd uzasadnienie w

tej kwestii jest bardzo ogólnikowe i powiela jedynie bezrefleksyjnie orzecznictwo. Dokonując oceny istotności wpływu nie można bowiem abstrahować od wpływu na wynik postępowania, w czym przejawia się jego kwalifikowany charakter. Za taką wykładnią przemawiają jak wskazano racje wykładni literalnej, proporcjonalności i prounijna wykładnia tej regulacji, której zabrakło w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Sądu Okręgowego, wykluczenie Konsorcjum (...) w realiach rozpoznawanej sprawy należałoby uznać za nieproporcjonalne w stosunku do zaistniałego uchybienia i skutku dla decyzji Zmawiającego".

Przekładając powyższe na okoliczności rozpoznawanej sprawy - dla przypomnienia, Przystępujący otrzymał w tym kryterium nie 10 ale 5 punktów. Nawet gdyby można było dopatrywać się za Odwołującym niedoprecyzowania informacji zawartych w wykazie doświadczenia Pana Z. B. - to w przedmiotowej sprawie nie ma to wpływu na wynik postępowania. Zatem analizując przesłankę wykluczenia tylko i wyłącznie w zakresie wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu - należy podkreślić, iż takiego wpływu nie było. Zatem zarówno w przypadku pozycji nr 4 , jak i pozycji nr 2 wykazu doświadczenia Pana Z. B. - nie ma mowy o wprowadzeniu przez Konsorcjum Zamawiającego w błąd lub przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd, także w kontekście sytuacji związanej z tym, że wykazane doświadczenia były przedmiotem zamówień realizowanych u tego samego Zamawiającego tj. Miasta Stołecznego Warszawa, mającego najszerszą, najbardziej wiarygodną wiedzę na temat realizacji wykazanych doświadczeń przez Pana Z. B. Reasumując także w zakresie zarzutów odnoszących do pozycji nr 2 wykazu doświadczenia Pana Z. B. - nie potwierdziły się przesłanki naruszenia przez Zamawiającego art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2) lit a) ustawy Pzp, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp.

III. Odnosząc się do zarzutu nr 3 i 4 (.)

(.) z instrukcji do wzoru oświadczenia (cyt. poniżej) wynika, że ma je wypełnić każdy Wykonawca - tylko, że w zakresie w jakim będzie realizował zamówienie cyt. poniżej;

[1] Skreślić jeżeli nie dotyczy Wykonawcy wypelniającego oświadczenie.

[2] Wypełnia i podpisuje z osobna każdy Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego W zakresie w jakim będzie realizował powierzone mu zamówienie.

Wykonawca Conexio Sp. z o.o. Sp. k. nie wykazywał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do których odnosi się art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (tj. warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia) i nie będzie realizował żadnych robót budowlanych, zaś z jego dokumentów podmiotowych wynika spełnienie warunku w zakresie zdolności finansowej i na tym polega jego rola w realizacji tego zamówienia. Bardzo istotne jest bowiem, w ekstremalnie trudnych obecnie warunkach zewnętrznych realizacji każdego zamówienia - jest zabezpieczenie potencjału finansowego. Należy podkreślić, iż w szczególności w obecnych realiach zamówieniowych zabezpieczenie finansowe jest równie ważne, co potencjał techniczny czy kadrowy. Zadaniem i obowiązkiem Conexio Sp. z o.o. Sp. k. będzie zapewnienie finansowania i bezpieczeństwa finansowego budowy, co reguluje umowa Konsorcjum. Istotą utworzenia konsorcjum jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu (KIO 2424/10). Art. 445 ustawy Pzp. utrzymuje co do zasady zasadę, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Odpowiedzialność solidarna w ustawie rozumiana jest zgodnie z postanowieniami Kodeksu cywilnego (stosownie do odwołania z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.). Regulacja komentowanego artykułu jest zgodna z ogólną zasadą wyrażoną w Kodeksie cywilnym w art. 745 k.c., który stanowi, że jeżeli kilka osób dało lub przyjęło zlecenie wspólnie, ich odpowiedzialność względem drugiej strony jest solidarna. Odpowiedzialność solidarna w przypadku konsorcjum polega na tym, że Zamawiający może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich członków konsorcjum łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, co jednak nie musi nastąpić, bowiem zaspokojenie zamawiającego przez któregokolwiek z członków konsorcjum zwalnia pozostałych z obowiązku świadczenia (art. 366 k.c.). Innymi słowy, jeśli

każdy z członków konsorcjum należycie realizuje swój zakres prac, inni członkowie nie muszą się realnie angażować w wykonanie zamówienia. Ponadto w kwestii udostępniania potencjału finansowego ten przepis jest dyscyplinujący dla udostępniającego potencjał finansowy Partnera, bo on też odpowiada solidarnie na gruncie tego przepisu. Brak deklarowanego finasowania i niezrealizowanie w konsekwencji zamówienia - nie może być obojętne dla takiego Partnera Konsorcjum, który także solidarnie odpowiada. Tak to ustalono w przypadku udziału Konsorcjum, a spekulacje Odwołującego, że spółka Conexio mogłaby, czy chciałoby, czy byłaby zdolna zrealizować część robót budowalnych jest dywagacją, która zmierza do ingerencji w możliwości samodzielnego ustalenia udziału w realizacji umowy Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W oparciu o spełnione warunki i zgodnie z ustawą Pzp. Przystępujący miał prawo decydować o takim a nie innym składzie Konsorcjum, sposobie udziału w przedmiotowym postępowaniu a następnie realizacji umowy.

Odnosząc się dalej do zarzutu dotyczącego oświadczenia przez o którym mowa w art. 117 ust.4 ustawy Pzp. przez Conexio Sp. z o.o. Sp. k., warto zacytować cały ten przepis odnoszący się także do kwestii przedmiotowego oświadczenia i tak cyt.:
„Art. 117. 1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy”.

Z jego analizy wynika, że nie zawsze oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust.4 Pzp. będzie musiało w ogóle być składane przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub przez każdego z nich, np. jeżeli w ogóle nie określono warunków udziału w zakresie wymienionych w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Także w sytuacji kiedy jeden z Wykonawców spełnia warunek w zakresie uprawnień i tylko on deklaruje w oświadczeniu, iż będzie realizował zamówienia w zakresie w którym wymagane są uprawnienie sytuacja wydaje się logiczna i bezdyskusyjna. Z tego względu, iż uzależnienie adekwatnego podziału zadań w realizacji zamówienia jest ściśle powiązane z warunkami dotyczącymi uprawnień (art. 117 ust.2 Pzp.) i z warunkami dotyczącymi wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy(art. 117 ust.3 Pzp.).

Wyraźnie także ustawodawca wymaga złożenia oświadczenia „w przypadku” udziału Wykonawcy powiązanego ze spełnieniem warunków w zakresie uprawnień lub warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy. Ponadto zastrzeżenie korespondencji warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy z udziałem tego Wykonawcy w realizacji robót budowalnych, usług lub usług - uregulowano „w odniesieniu” do wymienionych warunków w art. 117 ust.2 i 3 ustawy Pzp. Przy tym warto dodatkowo podkreślić, iż w stosunku do warunku finansowego, ustawodawca nie określił żadnego obowiązku doprecyzowania podziału ról w realizacji zamówienia przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - w art. 117 ust.2, 3 Pzp. i w konsekwencji , w oświadczeniu o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp. Zatem złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust.4 Pzp. przez Wykonawcę Conexio Sp. z o.o. Sp. k., wykazującego spełnienie warunku wyłącznie w zakresie finansowym, który nie będzie realizował żadnej części zamówienia było bezprzedmiotowe. Sam fakt braku oświadczenia na podstawie art. 117 ust.4 Pzp. jest także potwierdzeniem, że Conexio sp. z o.o. sp. k. nie będzie realizował żadnej części zamówienia. Tak samo zinterpretował to zapewne Zamawiający, dlatego nie wezwał Przystępującego do uzupełniania oświadczenia Wykonawcy Conexio Sp. z o.o. Sp. k.

Także w kontekście oświadczeń złożonych przez pozostałych członków konsorcjum, którzy deklarują w swoich oświadczeniach (wg zał. nr 8) po 50 % realizacji zamówienia - raczej żaden dodatkowy procent do realizacji przez Conexio Sp. z o.o. Sp. k. - nie jest możliwy do przewidzenia, bo razem spółka PBO i Wodpol zrealizują 100% - oczywiście z udziałem w całym okresie realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego potencjał SPEC BAU

Polska, który będzie tu podwykonawcą. Bowiem wyraźna koniunkcja zarówno w oświadczeniu spółki PBO i Wodpol występuje w oświadczeniu (wg zał. nr 8) w zakresie zadeklarowanej realizacji zamówienia i zarazem wykorzystaniu udostępnionego potencjału poprzez podwykonawstwo w realizacji zamówienia. Razem spójne oświadczenia partnerów spółki PBO i spółki Wodpol plus zobowiązanie SPEC BAU Polska do realizacji w całym okresie realizacji zamówienia - jest wystarczającym i wiarygodnym potwierdzeniem realnego udostępnienia potencjału SPEC BAU Polska w zakresie doświadczenia.

Spółka PBO i Wodpol zrealizują zamówienia razem ze spółką SPEC BAU Polska, z uwzględnieniem swojego potencjału kadrowego i doświadczenia i z uwzględnieniem potencjału i doświadczenia SPEC BAU Polska, która to spółka zrealizuje, jak podkreśliła w zobowiązaniu przedmiotową inwestycję poprzez wykonanie robót budowlanych lub usług, w zakresie w którym udostępnione i wskazane zdolności dotyczą. Zatem będzie podwykonawcą przy realizacji całego zamówienia i wspólnie z Wykonawcą PBO i Wykonawcą Wodpol i przy wsparciu finansowanym trzeciego konsorcjanta Conexio sp. z o.o. sp. k. dojdzie do bezpiecznej i należytej realizacji przedmiotowego zamówienia.

□ Z oświadczenia spółki PBO (pkt1) wynika wyraźnie, iż w związku z warunkiem

dotyczącym doświadczenia, o którym mowa w pkt 3.3.4 lit.a) SWZ i z uwzględnieniem i

udziałem w realizacji (podwykonawstwo) potencjału innego pomiotu SPEC BAU Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezince (32600) przy ul. Pławskiej 1B, zrealizuje roboty polegające na: Wykonaniu częściowego zakresu robót budowlanych na poziomie ok. 50%, w tym wykonanie

instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wod.-kan., c.o., wentylacji,

zagospodarowanie terenu, nadzór (należy wskazać zakres prac),

□ Z oświadczenia spółki Wodpol wynika wyraźnie, iż w związku z warunkiem dotyczącym doświadczenia, o którym mowa w pkt 3.3.4 lit.a) SWZ i z uwzględnieniem i udziałem w realizacji (podwykonawstwo) potencjału innego pomiotu SPEC BAU Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezince (32-600) przy ul. Pławskiej 1B, zrealizuje roboty polegające na:

Wykonaniu częściowego zakresu robót budowlanych na poziomie ok. 50%, w tym wykonanie instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wod.-kan., c.o., wentylacji, zagospodarowanie terenu, nadzór (należy wskazać zakres prac),

Zdanie drugie w pkt 1 jest powiązane w obu oświadczeniach w sposób ścisły ze zdaniem pierwszym w pkt 1 i nie ma tu żadnej sprzeczności.

□ Ponadto z oświadczenia spółki PBO (pkt2) wynika, iż Spółka zrealizuje roboty polegające na: Kierowaniu i nadzorze nad całością realizacji zamówienia /należy wskazać zakres prac/,

do których wymagane są ww. zdolności - którymi Spółka PBO się wykazała.

□ Ponadto z oświadczenia spółki Wodpol (pkt 2) wynika, iż Spółka Wodpol zrealizuje roboty polegające na: Kierowanie i nadzór nad robotami w zakresie instalacji i zagospodarowania terenu/należy wskazać zakres prac/, do których wymagane są ww. zdolności - którymi Spółka Wodpol się wykazała.

Nie ma tu żadnej sprzeczności pomiędzy pierwszym a drugim zdaniem oświadczenia w pkt. 1 i zatem także nie ma mowy o pozornym wykazaniu w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (na zasadach podwykonawstwa) w zakresie zgodnym z odnośnym warunkiem udziału w postępowaniu. Ponadto nie jest prawdą jak argumentuje Odwołujący, że warunek dla Konsorcjum w zakresie doświadczenia spełnia wyłącznie SPEC BAU Polska Sp. z o.o., w pierwszej pozycji wykazu robót, doświadczenie wykazuje przecież Spółka Wodpol, warunki w zakresie osób, które będą kierowały i nadzorowały robotami budowlanymi, spełniają zarówno Spółka Wodpol jak Spółka PBO i adekwatnie w korespondencji z nimi określono także sposób i zakres podziału zadań. To wszystko można wyczytać z dokumentów podmiotowych i oświadczeń Przystępującego, tak to ocenił Zamawiający mając na względzie art. 119 Pzp, także przy uwzględnieniu swojej wiedzy na temat doświadczenia wskazanej przez nas kadry - wynikającej z tego, że to doświadczenie było w końcu u tego samego Zamawiającego nabyte.

Odwołujący nadinterpretuje treść art. 117 Pzp co do sposobu wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 117 ust. 1 Pzp Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Innymi słowy, zamawiający może określić szczególne wymagania co do sposobu wykazywania spełnienia warunków udziału, w tym również co do sposobu wykonania zamówienia przez poszczególnych członków konsorcjum - w

Postępowaniu takie szczególne wymagania nie zostały jednak sformułowane. Jeżeli zamawiający nie zastrzegł w SWZ takich obowiązków to za nadmiarowe należałoby uznać, że z oświadczenia o podziale prac będzie wynikać, że wyłącznie ten członek konsorcjum, który legitymuje się doświadczeniem wykona je w całości i to samodzielnie. Przepisy art. 117 ust. 3 i 4 PZP wskazują na obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia tego podmiotu (członka konsorcjum), który wykazuje spełnienie warunku udziału. Z powyższej regulacji nie wynika jednak obowiązek realizacji całego zamówienia wyłącznie przez taki podmiot i to w całości. Innymi słowy, podmiot legitymujący się doświadczeniem ma aktywnie uczestniczyć w realizacji zamówienia, co nie oznacza obowiązku wykonania całości zamówienia lub konkretnych jego części. Regulacja zawarta w artykule 117 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia wymagając wykonania danych części zamówienia przez wykonawcę posiadającego realne doświadczenie, jednak nie przesądza, że udział pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w wykonaniu tych części jest zupełnie wyłączony. (por. wyrok (.) KIO 436/22). W końcu należy zauważyć, że tak rygorystyczne podejście do podziału zadań w ramach konsorcjum jakie prezentuje Odwołujący niweczyłoby sens wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców działających wspólnie jako konsorcjum. W praktyce oznaczałoby to, że członek konsorcjum lub podmiot trzeci, który legitymuje się doświadczeniem musi zrealizować całość zamówienia, a faktyczny udział pozostałych członków konsorcjum jest wyłączony. Takie podejście wypaczałoby instytucję i ideę konsorcjum, której istotą jest współdziałanie członków konsorcjum przy realizacji przedmiotu zamówienia jak również ma służyć nabywaniu nowych czy dodatkowych kwalifikacji i umiejętności przez członków konsorcjum. W konsekwencji, nabywanie nowych kompetencji i doświadczeń przez wykonawców wspólnie realizujących zamówienie służy zwiększeniu konkurencji na rynku zamówień publicznych.

Odnośnie zarzutu 5 (.)

Sprawozdanie finansowe wykonawcy Wodpol Spółka z o.o. z siedzibą w Żywcu za każdy z okresów sprawozdawczych (ostatnie 3 lata obrotowe) zostało podpisane zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 52 ust. 2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t. j.: Dz. U. z 2021 r. poz. 217 ze zm.), co w stosunku do każdego ze sprawozdań potwierdza przedłożone sprawozdanie z badania biegłego rewidenta (w aktach Postępowania). Zgodnie z treścią art. 83 ust 3 pkt 9 ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym (t.j: Dz. U. z 2022 r. poz. 1302) sprawozdanie z badania zawiera opinię biegłego rewidenta o tym, czy badane sprawozdanie finansowe jest zgodne co do formy i treści z przepisami prawa, statutem lub umową. Weryfikacja formalnej poprawności sprawozdań finansowych wykonawcy Wodpol Sp. z o.o., w tym również w zakresie ich podpisania zgodnie z obowiązującymi przepisami, została zatem przeprowadzona przez jedyny legitymowany do tego podmiot - biegłego rewidenta - w stosunku do każdego z trzech ostatnich lat obrotowych. Dokonując wymaganej ustawowo oceny, biegły rewident każdorazowo uwzględniał okoliczności (w oparciu o przedłożoną dokumentację) związane z powierzeniem prowadzenia ksiąg rachunkowych podmiotowi zewnętrznemu (biuro rachunkowe), jak i formalnego umocowania osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych jednostki, a w konsekwencji, której to podpis winien widnieć pod treścią sporządzonego sprawozdania finansowego. Tak jak nie jest legitymowana Krajowa Izba Odwoławcza do oceny formalnej poprawności podpisania sprawozdania finansowego, uprawnienia takiego nie posiada również Zamawiający. Nie sposób więc mówić o jakimkolwiek zaniechaniu, a formułowane w tym zakresie zarzuty odwołania pozostają całkowicie bezzasadnie. Na koniec tu warto zacytować fragment uzasadnienia uchwały KIO z 03.11.2021, sygn. KIO/KU 21/21, w powołaniu na wcześniejsze stanowisko KIO: „Wskazać ponadto należy, na wyrok KIO 3003/21 z 28 października 2021 r. który dotyczył analogicznego stanu faktycznego. Izba wskazał m.in.: "w zakresie procedury udzielania zamówienia oraz formy dokumentów żądanych przez zamawiającego i składanych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie ma ustawa oraz akty wykonawcze wydane na jej podstawie. W zgodzie z tym art. 513 pkt 1 in initio n Pzp stanowi, że odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega kontroli przez Izbę w zakresie zgodności z przepisami ustawy. Izba nie jest właściwa

do dokonywania oceny zgodności dokumentów bilansowych z przepisami ustawy o rachunkowości, gdyż jest to ustawowe zadanie biegłego rewidenta. Art. 83 ust. 3 pkt 9 i 10) z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym (Dz. U. z 2017 r. poz. 1089 z późn. zm.) stanowi, że sprawozdanie z badania zawiera opinię biegłego rewidenta o tym, czy badane sprawozdanie finansowe jest zgodne co do formy i treści z przepisami prawa, statutem lub umową oraz opinię, czy sprawozdanie z działalności zostało sporządzone zgodnie z przepisami oraz czy jest zgodne z informacjami zawartymi w rocznym sprawozdaniu finansowym".

Odwołujący, chcąc wzbudzić wątpliwości, co do dokonanej oceny oferty Przystępującego przez Zamawiającego, w tym w zakresie oceny w odniesieniu do podstaw wykluczenia - przedstawił w różnej konfiguracji i tendencyjnie jedynie swoje przypuszczenia i zarzuty, bądź interpretacje przepisów Pzp, w tym orzecznictwo. Niemniej jednak Krajowa Izba Odwoławcza orzeka zawsze w oparciu o aktualne i właściwe przypisy Pzp. i w określonym stanie faktycznym - a stan faktyczny w przedmiotowym postępowaniu jest taki, że Zamawiający był w szczególnej sytuacji, gdyż oceniał nie tylko sytuację podmiotową Przystępującego z perspektywy posiadanych, kompletnych zresztą i spójnych informacji zawartych w oświadczeniach i dokumentach Przystępującego ale dodatkowo mając na względzie szerszą wiedzę na temat wykazywanego doświadczenia jego kadry, wskutek czego mógł nie mieć wątpliwości i jak widać nie miał ich, bo nie wzywał nas do wyjaśnień lub uzupełnień w trybie art. 128 ust.1 i 4 ustawy Pzp. Zaś informacje ew. poszerzające zakres swojej wiedzy mógł w sposób uprawniony uzyskać w trybie art. 128 ust.5 ustawy Pzp. intepretując logicznie ten przepis i wykorzystując go, żeby ew. zdobyć dodatkowe informacje w wewnętrznej strukturze tego samego Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu wykonawca MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach kwestionując wybór najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,

Konsorcjum firm: WODPOL Sp. z o.o., PBO ŚLĄSK Sp. z o.o., Conexio Sp. z o.o. Sp. k.

(Konsorcjum Wodpol), wskazał na zaniechane czynności, a mianowicie:

(1) z naruszeniem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2) lit a) ustawy Pzp, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp

zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, z uwagi na podanie w ofercie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w zakresie pozycji 4 i pozycji 2 w Wykazie - załączniku nr 9.

Także wskazał - jak podaje z ostrożności - na zaniechanie z naruszeniem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp:

(2) w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 128 ust 1 ustawy Pzp wezwania

Konsorcjum Wodpol do uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na brak oświadczenia Conexio sp. z o.o. sp. k., w zakresie realizacji robót

budowlanych

(3) w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 128 ust 1 ustawy Pzp do

uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na sprzeczność oświadczeń złożonych przez Wodpol sp. z o.o. oraz PBO Śląsk sp. z o.o. z zasadą realizacji prac przez podmiot doświadczony,

(4) w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 1) lub 2) ustawy Pzp, w zw. z art. 52 ust. 2 ustawy z dnia 24

września 1994 r. o rachunkowości, w zw. z art. 128 ust 4 ustawy Pzp, wezwania Konsorcjum Wodpol do wyjaśnień dokumentów składanych na wykazanie spełnienia

warunku zdolności finansowej i ekonomicznej, tj. sprawozdań finansowych za rok 2020 i 2021.

Pierwszy z zarzutów dotyczy oceny oferty Konsorcjum Wodpol w kryterium pozacenowym opisanym w pkt ust. 8.2 lit. B) SWZ. Zamawiający w tym punkcie - jak wskazywał wnoszący odwołanie - opisał zasady przyznawania dodatkowych punktów z tytułu doświadczenia kierownika budowy w następujący sposób:

„W przypadku kryterium doświadczenie kierownika budowy (K), do oceny Zamawiający przyjmie liczbę robót budowlanych, dla których osoba wskazana do realizacji zamówienia (tj. wskazana w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, posiadająca określone warunkami SWZ uprawnienia) pełniła funkcję kierownika budowy, w okresie ostatnich siedmiu (7) lat przed datą składania ofert,

Zamawiający przyzna punkty w następujący sposób: (...)

Z opisu wynika, że zaliczone zostanie: „Pełnienie funkcji kierownika budowy dla roboty budowlanej polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej budowy min. 7.000 m2". W przypadku 1 roboty wykonawca uzyskiwał 0 pkt; 2 robót - 5 pkt, a 3 robót - 10 pkt. Maksymalna liczba punktów jaką można uzyskać w kryterium: doświadczenie kierownika budowy wynosiła 10 pkt.

Konsorcjum Wodpol w tym kryterium uzyskało 5 punktów, a nie 10 punktów jak podał w odwołaniu wykonawca. Zamawiający zaliczył bowiem tylko 2 roboty budowlane spośród 4 podanych przez Konsorcjum w załączniku nr 9 do SWZ. Co do oceny tego załącznika (Karta oceny pozacenowych kryteriów oceny ofert), tak jak podał w odpowiedzi na odwołanie w zakresie 4 podanych przez Konsorcjum zamówień referencyjnych: (.) dokonał weryfikacji i sprawdzenia każdej z wymienionych robót budowlanych polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej budowy min. 7.000 m2 dla której funkcję kierownika budowy miał pełnić Pan Z. B.". Podczas badania, Zamawiający korzystając z art. 128 ust.5 Pzp zwrócił się - jak podał - „do podmiotów na rzecz których inwestycje były realizowane, a mianowicie do Urzędu Dzielnicy Żoliborz m.st. Warszawy (co do pozycji 1 i 2) oraz Urzędu Gminy Kobierzyce (pozycji 3) w celu potwierdzenia informacji zawartych w karcie oceny pozacenowych kryteriów oceny ofert. Sprawdził również dokumentację własną w zakresie inwestycji realizowanej na rzecz Zamawiającego t.j. Budowy szkoły podstawowej przy ul. Warzelniczej w Warszawie. Na podstawie otrzymanych informacji stwierdził, że ww. dwie roboty (budowy) zawarte w wykazie przedłożonym przez Konsorcjum, spełniają warunki kryterium „doświadczenie kierownika budowy" i przyznał 5 punktów ofercie złożonej przez Konsorcjum Wodpol Sp. z o.o. Powyższe potwierdza informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazana w dniu 13.10.2022 r. Wykonawcom biorącym udział w postepowaniu oraz zamieszczona na platformie zakupowej Zamawiającego".

Izba, odnosząc się do zarzutu niewykluczenia z postępowania Konsorcjum Wodpol, zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym wykonawcą (których stanowiska cytowano powyżej), że wykluczając wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp należy zbadać „czy i w jaki sposób przedstawiane przez wykonawcę informacje, czy to dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też w zakresie oceny w ramach kryterium oceny ofert, mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z nim, w okolicznościach danej sprawy każdorazowo należy ustalić, czy doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd istotny. Z kolei aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd decyzję inną, niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Dokonując oceny istotności wpływu nie można bowiem abstrahować od wpływu na wynik postępowania, w czym przejawia się jego kwalifikowany charakter". W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, kiedy podana w formularzu część danych, pozostawała bez istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zamawiający - jak podał

- dokonał weryfikacji danych zawartych w załączniku nr 9 w oparciu o wskazywany art. 128 ust 5 ustawy Pzp i prawidłowo przyznał ofercie Konsorcjum Wodpol tylko 5 punktów, co wynika z dokumentacji, w tym informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba wskazując także na brzmienie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp:

„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(.)

8) 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;

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

- uznała, że zarzut związany z oceną doświadczenia Pana B. podlegał oddaleniu, gdyż przedstawione w załączniku nr 9 informacje w poz. 2 i 4 nie wprowadzały w błąd. Te dane, Zamawiający natomiast inaczej ocenił, niż Konsorcjum Wodpol, której to oceny Konsorcjum nie kwestionowało, ponieważ ostateczna ocena oferty - jak podnosił na rozprawie Przystępujący - była dla wykonawcy korzystna.

Brak jest zatem elementów wymaganych przepisem, a mianowicie „poważnego wprowadzenia w błąd" oraz „istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego" w postępowaniu. Tak jak wskazuje się w orzecznictwie, także sądowym - do podkreślał Zamawiający jak i Przystępujący - „stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Ponadto nie można w taki sposób odczytywać poszczególnych postanowień SWZ, aby stracić z pola widzenia tego, jaki jest naczelny cel postępowania prowadzonego w oparciu o treść przepisów ustawy Pzp, a celem tym jest umożliwienie zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty".

W zakresie tego zarzutu (co do funkcji Kierownika Budowy i wskazanego p. B.) Przystępujący przedstawił na rozprawie wpisy w dzienniku budowy odnoszące się do p. B., jako kierownika budowy. Zgłaszane zastrzeżenia, co do możliwości przyjęcia do oceny tego doświadczenia nie stanowiły zasadniczo podstawy zarzutu, gdyż ten związany był wyłącznie z ustaleniem, czy informacja podana w wykazie była informacją nieprawdziwą. Zarówno fakt udziału p. B. w robotach budowlanych, jak i jego funkcja na kontrakcie, jako kierownika robót nie były sporne. Ocenie natomiast podlegało to, czy fakt częściowego wykonywania obowiązków kierownika budowy (potwierdzony wpisem w dzienniku budowy) pozwalał takie doświadczenie zaliczyć na poczet oceny punktowej. Czym innym jest jednak ocena, czy w świetle brzmienia kryterium oceny ofert, w którym nie ma zastrzeżenia, iż pełnienie funkcji musi obejmować cały proces inwestycyjny, doświadczenie to mogło być zaliczone, a czym innym ustalenie, czy informacja mogła wprowadzać zamawiającego w błąd. W ocenie składu orzekającego dla stwierdzenia podania nieprawdziwych informacji należało w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości przyjąć, iż p. B. doświadczenia, jako kierownik budowy na tej inwestycji nie zdobył, a przeszkodą do tego był wpis w dzienniku budowy odnoszący się tylko do daty 20.08.2018. Izba nie jest organem uprawnionym do oceny, czy sposób prowadzenia dziennika budowy rozstrzyga o naruszeniu zasad procesu budowlanego i w tym zakresie również Odwołujący takich tez nie udowodnił. Odnosząc się natomiast do pozycji drugiej wykazu, podane informacje były zgodne ze stanem faktycznym i odpowiadały rzeczywistości, gdyż pozycja ta była powiązana bezpośrednio z pozycją nr 1 i dotyczyła tego samego obiektu budowlanego. Tu również nie można stwierdzić, aby wykonawca rozminął się z prawdą przedstawiając dane dotyczące powierzchni użytkowej budynku, w którym wykonywał roboty budowlane w ramach etapu I i II. Mając na uwadze sposób, w jaki Zamawiający ocenił doświadczenie Pana B., można wskazać, iż dopiero przyznanie dodatkowych punktów za dwie pozycje (które Zamawiający pominął) mogło otwierać drogę do formułowania zarzutu dotyczącego sposobu oceny doświadczenia, a to na obecnym etapie nie było oceniane i zarzutów w tym zakresie nie podnoszono w odwołaniu.

W świetle powyższego Izba uznała, że nie zachodziła potrzeba odniesienia się do dalszych przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, gdyż w sprawie podane informacje nie były informacjami nieprawdziwymi, a tym samym nie mogły wprowadzać Zamawiającego w błąd. Nie budziło wątpliwości, iż doświadczenie p. B. potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu (opisanego w pkt 3 lit. b) tiret pierwszy SWZ), jak również pozwoliło ocenić ofertę najwyżej (pomijając dwie sporne pozycje) i uznać ją za najkorzystniejszą.

Odnośnie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Wodpol do uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na brak oświadczenia Conexio sp. z o.o.

sp. k., Izba stwierdziła, że oceniając oświadczenia członków konsorcjum dotyczących

podziału zadań - ich udziału w realizacji robót budowlanych, należało uwzględnić, iż w części prace będą realizowane przez podwykonawcę, którego potencjał został przedstawiony w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i tę okoliczność oba oświadczenia uwzględniły. Odwołujący zarzucał brak spójności oświadczeń wynikający z braku oświadczenia trzeciego współkonsorcjanta co do zakresu jego udziału w pracach, co w ocenie składu orzekającego nie mogło prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 117 Pzp:

„1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy”.

Wskazywany przepis jego ust. 4 odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której konsorcjanci wykazując warunki dotyczące uprawnień, wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (ust. 2 i 3) mają zapewnić swój udział w realizacji zamówienia w zakresie, w jakim ich potencjał jest wykazywany w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków. W tym celu zobowiązani są złożyć oświadczenie, w którym wskażą swój udział w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług. Obowiązek ten nie dotyczy współkonsorcjantów w odniesieniu do warunku związanego z oceną sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Ponieważ spółka Conexio sp. z o.o. sp.k. wykazała jedynie swój zasób finansowy na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie była zobowiązana złożyć oświadczenia, w którym określałaby swój udział w robotach budowlanych. Takie oświadczenia złożyli pozostali dwaj współkonsorcjanci, którzy wnieśli potencjał w zakresie doświadczenia, jak i kadry pracowniczej.

Także nie podlega uwzględnieniu zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum Wodpol do uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, albowiem Izba nie stwierdziła sprzeczności w oświadczeniach złożonych przez Wodpol sp. z o.o. oraz PBO Śląsk sp. z o.o. z zasadą realizacji prac przez podmiot doświadczony. Tak jak wynika z cytowanych już oświadczeń (przywołanych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Konsorcjum) warunek w zakresie doświadczenia wykazuje (wbrew twierdzeniom Odwołującego) podmiot trzeci - SPEC BAU Polska Sp. z o.o. a także wykazuje spółka Wodpol (pierwsza pozycja wykazu robót). Także warunki w zakresie osób, które będą kierowały i nadzorowały robotami budowlanymi, spełniają zarówno Spółka Wodpol jak Spółka PBO i adekwatnie w korespondencji z nimi określono także sposób i zakres podziału zadań. Powyższe wynika z dokumentów podmiotowych i oświadczeń Przystępującego, które prawidłowo ocenił Zamawiający mając na względzie art. 119 Pzp. Należało zatem zgodzić się, że Odwołujący nadinterpretuje treść art. 117 Pzp, co do sposobu kwestii wykonania zamówienia. Zamawiający, zgodnie z art. 117 ust. 1 Pzp, może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Jednakże takie szczególne wymagania co do sposobu wykazywania spełnienia warunków udziału, w tym co do sposobu wykonania zamówienia przez poszczególnych członków konsorcjum w tym postępowaniu nie zostały sformułowane. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że także ten zarzut podnoszony jest z tzw. ostrożności procesowej i jak podkreślał wnoszący odwołanie wykonawca, że ustawa Pzp w spornym zakresie wymaga - z czym Izba szczególnie uwzględniając stan faktyczny tej sprawy nie zgodziła się - także oświadczeń negatywnych co braku uczestnictwa konsorcjanta. Przepisy art. 117 ust. 3 i 4 Pzp wskazują na obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia tego podmiotu (członka konsorcjum), który wykazuje spełnienie warunku udziału. Z powyższej regulacji nie wynika jednak obowiązek realizacji całego

zamówienia wyłącznie przez taki podmiot i to w całości. Zatem, jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący wykonawca, regulacja zawarta w artykule 117 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia wymagając wykonania danych części zamówienia przez wykonawcę posiadającego realne doświadczenie, jednak nie przesądza, że udział pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w wykonaniu tych części jest zupełnie wyłączony.

Odnośnie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Wodpol do wyjaśnień dokumentów składanych na wykazanie spełnienia warunku zdolności finansowej i ekonomicznej, tj. sprawozdań finansowych za rok 2020 i 2021 stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że sprawozdania finansowe wykonawcy Wodpol spółka z o.o. z siedzibą w Żywcu za wskazywane okresy sprawozdawcze nie zostały podpisane zgodnie z wymaganiami wynikającymi z art. 52 ust. 2 ustawy o rachunkowości. Odwołujący pominął, że w stosunku do każdego ze sprawozdań przedłożono sprawozdanie z badania biegłego rewidenta. Niewątpliwie - zgodnie z art. 83 ust 3 pkt 9 ustawy o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym - weryfikacja formalnej poprawności sprawozdań finansowych wykonawcy Wodpol Sp. z o.o., w tym również w zakresie ich podpisania zgodnie z obowiązującymi przepisami, została przeprowadzona przez legitymowany do tego podmiot - biegłego rewidenta - w stosunku do każdego z trzech ostatnich lat obrotowych. W konkluzji Izba stwierdza, że tym samym także ten zarzut należało uznać za niezasadny.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.