Sygn. akt: KIO 840/24, KIO 842/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska
Członkowie: Joanna Stankiewicz-Baraniak
Adriana Urbanik
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2024 r.:
- przez **wykonawcę Prokom Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (KIO 840/24),**
- przez **wykonawcę Prokom Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (KIO 842/24),**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w sprawie KIO 840/24 –**wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w sprawie KIO 842/24 –**wykonawcy Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie w sprawie KIO 840/24 oraz KIO 842/24.**
2. **Kosztami postępowania w sprawie KIO 840/24 oraz KIO 842/24 obciążawykonawcę Prokom Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Prokom Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania w sprawie KIO 840/24 oraz KIO 842/24.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 840/24, KIO 842/24

Uzasadnienie

KIO 840/24

Zamawiający – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu" w ramach inwestycji: "Rozbudowa DW 986 wraz z budową wiaduktu w m. Ropczyce nad linią kolejową 91", nr postępowania: PZDW/WZP/243/WI/27/2023.* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2023 r., za numerem 2023/S 195-611824.

W dniu 14 marca 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Prokom Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. (dalej: "Wykonawca INKO"), w sytuacji, w której to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą;

2) czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp w związku z bezzasadnym przyjęciem, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje nieprawdziwe wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

3) a w konsekwencji także czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w związku z bezzasadnym przyjęciem, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na postawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp;

4) ewentualnie także zaniechania czynności wezwania Odwołującego w trybie art. 122 ustawy pzp do zastąpienia w terminie określonym przez Zamawiającego podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

5) ewentualnie także zaniechania czynności wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w VIII.1 ppkt 4) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "SWZ") – Instrukcja dla Wykonawców (dalej jako: "IDW").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z bezzasadnym przyjęciem, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje nieprawdziwe wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

2. a w konsekwencji także art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp poprzez odrzucenie Odwołującego z postępowania z uwagi na bezzasadne przyjęcie, że oferta Odwołującego została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na postawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp;

3. ewentualnie także art. 122 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego w trybie tam przewidzianym do zastąpienia w terminie określonym przez Zamawiającego podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazanie, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4. ewentualnie także art. 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w VIII.1 ppkt 4) IDW.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy INKO jako oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

3) ewentualnie także wezwanie Odwołującego na podstawie art. 122 ustawy pzp do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby w terminie określonym przez zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4) ewentualnie także wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału, o którym mowa w VIII.1 ppkt 4) IDW.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w pkt VIII.1 ppkt 4) IDW i Załączniku do SWZ pn. "Podstawowe informacje dotyczące postępowania" wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowe w następującym brzmieniu: „Wykonawca spełni ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał: W zakresie robót budowlanych:

• min. 1 usługę polegającą na nadzorze nad wykonaniem budowy lub rozbudowy lub przebudowy drogi publicznej klasy min. G o długości min. 1,0 km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) zgodnie z [1] lub zgodnie z [2],

• min. 1 usługę polegającą na nadzorze nad wykonaniem budowy lub rozbudowy lub przebudowy drogowego obiektu mostowego stałego (nie tymczasowego), tj. mostu lub wiaduktu lub estakady (nie kładki) o klasie nośności A zgodnie z [3] lub kl. I zgodnie z [4] lub równoważne.”

Zamawiający żądał złożenia na potwierdzenie spełniania powyższego warunku „wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie.” Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 6 listopada 2023 r. W postępowaniu oferty złożyło 6 (sześciu) wykonawców, w tym Odwołujący. Odwołujący w ofercie oświadczył, że w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VIII.1 ppkt 4) IDW, będzie polegał na zasobach innego podmiotu – firmy EM-Technik sp. z o.o. (dalej jako: "EM-Technik"). W dniu 25 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący przedstawił w zakreślonym przez Zamawiającego terminie żądane dokumenty, w tym Wykaz zrealizowanych zamówień. Do wykazu została dołączona referencja wystawiona przez Prokom Construction sp. z o.o. Zamawiający w dniu 4 marca 2024 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp. Jako uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji Zamawiającego wskazano: „Przedstawione referencje wzbudziły u Zamawiającego szereg wątpliwości, między innymi dotyczących tego czy firma EM-TECHNIK faktycznie wykonywała ww. zamówienie. W związku z czym Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Prawo zamówień

publicznych w dniu 15.02.2024 r. (…) zwrócił się do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach z prośbą udzielenie odpowiedzi na pytania. (…) ZDW Katowice poinformował: (…) Ad. 3. Warunki udziału Podwykonawców reguluje § 23 Umowy; Ad.4-7. Na zadaniu Wykonawca nie zgłaszał Podwykonawców. Jednocześnie ZDW Katowice przedstawił kopie umów dotyczące ww. zamówień, SIWZ a także pismo dotyczące zgłoszenia EM-TECHNIK Sp. z o.o. jako podwykonawcy oraz sprzeciw do tego pisma. Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentów otrzymanych od ZDW Katowice stwierdził, że: 1. W zakresie zadania pn. „Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn. Przebudowa drogi wojewódzkiej 791 na odcinku od DK1 do DK 78, etap II na które została zawarta umowa z dnia 05.04.2019 r. nr WI-K/P/180924/1/1 firma EM-TECHNIK pomimo zgłoszenia jej jako podwykonawcy w związku ze sprzeciwem ZDW Katowice nie mogła pełnić takiej funkcji bez rażącego naruszenia umowy przez głównego wykonawcę tj. Konsorcjum firm: Lider PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o.o., Partner AYESA POLSKA Sp. z o.o. zapisów umowy, które naruszenie skutkowało by nałożeniem kar umownych zgodnie z § 25 ust 2 pkt k umowy lub nawet odstąpieniem od umowy zgodnie z § 28 ust 4 pkt f umowy. Podkreślić także należy, że zgodnie z § 23 ust 5 umowy wykonawca zobowiązany był przedłożyć na koniec każdego kwartału pełną listę podwykonawców biorących udział w realizacji zamówienia, jednocześnie w ust 6 ww. paragrafu stwierdzono, że nieprzedstawienie listy stanowi istotne uchybienie obowiązkom konsultanta. W dokumentacji przesłanej przez ZDW Katowice brak list podwykonawców przedłożonych przez Konsorcjum firm: Lider PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o.o., Partner AYESA POLSKA Sp. z o.o., z czego jas wynika, że ww. wykonawca nie realizował umowy za pośrednictwem podwykonawców. 2. W zakresie zadania pn. „Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 Etap II." na które została zawarta umowa z dnia 16.11.2021 r. nr WI-K/W/210927/1/1 firma EM-TECHNIK nie była podwykonawcą ponieważ wykonawca tj. Konsorcjum firm: Lider PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o.o., Partner AYES POLSKA Sp. z o.o. pomimo zapisów umowy wskazanych § 23 nie dokonał zgłoszenia podwykonawcy, pomimo sankcji określonych w § 25 ust 2 pkt k. oraz § 28 ust 4 pkt f umowy. Mając na uwadze powyższe Zamawiający uznał, że przedstawione w referencjach dotyczące firmy EM-TECHNIK Sp. z o.o. informacje nie odpowiadają stanowi faktycznemu, który został przedstawiony w dokumentach przekazanych przez ZDW Katowice. Tym samym Wykonawca PROKOM CONSULTING wskazując, że podmiot, na zasoby którego się powoływał tj. EM-TECHNIK spełnia warun udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wprowadził Zamawiającego w błąd. (…) Zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust 1 ustawy Pzp w zakresie potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego „Doświadczenia Wykonawcy". Wezwanie takie byłoby bezcelowe w związku z tym, że wykonawca przedstawił dokumenty nieodpowiadające stanowi faktycznemu, które mogły wprowadzić w błąd zamawiającego i mogły mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane i z tego tytułu podlega wykluczeniu. (…) Podsumowując:

1. PROKOM CONSULTING przedłożył referencje wystawione przez PROKOM COSTRUCTION na rzecz EM-TECH których treść nie znajduje potwierdzenia w informacjach uzyskanych z ZDW Katowice;

2. PROKOM CONSULTING przedłożył dokumenty, z których nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia;

3. Zamawiający został wprowadzony w błąd, co do faktycznego doświadczenia EM-TECHNIK, co bez dodatkowej weryfikacji mogło doprowadzić do wyboru PROKOM CONSULTING jako oferty najkorzystniejszej;

4. wykonawca PROKOM CONSULTING podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust 1 pkt 10 Pzp.”

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego wskazując, że została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów ustawy pzp. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania niezbędnym jest wykazanie spełnienia dwóch warunków: (a) przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji nieprawdziwych wprowadzających zamawiającego w błąd, (b) przedstawienie tych informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określona w ustawie pzp przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania odnosi się do zamkniętego charakteru sytuacji, w której może zostać zastosowania. Zamawiający, oceniając, czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien ograniczyć się do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Dla uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił. Istotą nieprawdziwych informacji, tj. niezgodnych z faktami, jest brak ich zgodności z istniejącym stanem rzeczy, a więc do ich stwierdzenia oraz weryfikacji konieczne jest wyjście poza te informacje i samodzielne poszukiwanie faktów, które im przeczą, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony czy też, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. Powołał się na wyrok KIO 778/23, KIO 618/17 oraz KIO 1083/15, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 r. w którym wskazano, że: „Informacje "nieprawdziwe" to takie, które są sprzeczne z rzeczywistością i poddają się weryfikacji według kryterium prawda/fałsz. Z informacjami

"wprowadzającymi w błąd" mamy do czynienia wtedy, gdy powstałe na ich podstawie wyobrażenia odbiorcy nie są zgodne z rzeczywistością (stanem rzeczywistym).” (sygn. akt: IV CSK 56/14).

Odwołujący podniósł, że zastosowanie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp wymaga jednoznacznego potwierdzenia, że informacje przedstawione przez wykonawcę są niezgodne z rzeczywistością. Taka przesłanka nie zachodzi na gruncie niniejszej sprawy w stosunku do Odwołującego. Zamawiający w sposób całkowicie arbitralny przyjmuje, że Odwołujący próbował wprowadzić go w błąd, w zakresie w jakim deklarował, że EM-Technik brał udział w realizacji zamówienia: „przedstawione w referencjach dotyczące firmy EM-TECHNIK Sp. z o.o. informacje nie odpowiadają stanowi faktycznemu, który został przedstawiony w dokumentach przekazanych przez ZDW Katowice” oraz „wprowadzenie Zamawiającego w błąd polega na przedłożeniu w ramach uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nieprawdziwych informacji o rzeczywistym doświadczeniu EM-TECHNIK.” Wbrew przyjętym przez Zamawiającego założeniom Prokom Construction sp. z o.o. na potrzeby świadczenia usługi nadzoru w ramach Zamówienia zaangażowała EM-Technik jako swojego podwykonawcę / usługodawcę. ZDW Katowice przekazało Zamawiającemu kopię zawartej umowy podwykonawczej pomiędzy Prokom Construction sp. z o.o. oraz EM-Technik. Zgodnie z treścią umowy podwykonawczej miała ona wejść w życie od momentu jej akceptacji przez inwestora. Z uwagi na fakt, że ZDW Katowice zwlekało z ustosunkowaniem się do brzmienia tej umowy strony postanowiły rozpocząć współpracę bez względu na stanowisko inwestora w tym zakresie. W dniu 7 listopada 2019 r. zostało zawarte oświadczenie, które wprowadzało w życie zawartą umowę – od tego momentu EM-Technik brał czynny udział w realizacji Zamówienia. Zaangażowania tego podmiotu nie zmieniła odpowiedź ZDW Katowice, w której zgłoszono zastrzeżenia do brzmienia przedmiotowej umowy. Firma Prokom Construction sp. z o.o. pomimo braku akceptacji podwykonawcy korzystała z jego usług oraz zaangażowała personel EM-Technik do wykonywania usługi przez cały okres realizacji umów. Przepisy kodeksu cywilnego, jak i samej ustawy pzp, nie uzależniają ważności umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi od uzyskania zgody inwestora na jej zawarcie (wejście w życie). Tego rodzaju obowiązki istnieją wyłącznie w stosunku do umów o podwykonawstwo na roboty budowlane. Potwierdzeniem powyższych okoliczności są dokumenty finansowo – księgowe, z których wynika, że EM-Technik wystawiała, zgodnie z umową podwykonawczą, faktury VAT tytułem należnego wynagrodzenia, a Prokom Construction sp. z o.o. dokonywała ich płatności. Pracownicy EM-Technik – m.in. (i) p. Bąbol oraz (ii) p. Zalewski oraz (iii) p. Żółtaszek – zostali włączeni do zespołu Prokom Construction sp. z o.o. dedykowanego do realizacji zamówienia. ZDW Katowice dokonało akceptacji proponowanego składu osobowego personelu inżyniera obejmującego wyżej wskazane osoby. Udział pracowników EM-Technik w świadczeniu usługi miał zatem charakter realny oraz faktyczny. Odwołujący zaznaczył, że zakres udziału EM-Technik dotyczył branży drogowej oraz branży mostowej (spółka oddelegowała do realizacji zamówienia inżynierów w tych specjalnościach).

Odwołujący wskazał, że zarówno informacja, że EM-Technik świadczył na rzecz Prokom Construction sp. z o.o. usługi nadzoru, a także że brał udział w realizacji Zamówienia są informacjami obiektywnie prawdziwymi. Zamawiający nie dysponuje żadnym dokumentem, który potwierdzałby przyjętą przez niego podstawę faktyczną wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odwołujący nie przedstawił informacji niezgodnych z rzeczywistością, a tym samym nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd. Odpada zatem podstawowy warunek zastosowania wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Decyzja Zamawiającego została podjęta z naruszeniem dyspozycji tego przepisu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w sposób błędny przyjmuje, że „EM-Technik nie była podwykonawcą, ponieważ wykonawca tj. Konsorcjum firm: Lider PROKOM CONSTRUCTION Sp. o.o., Partner AYESA POLSKA Sp. z o.o. pomimo zapisów umowy wskazanych § 23 nie dokonał zgłoszenia podwykonawcy”. Zamawiający nie dopuszcza sytuacji, w której konsorcjum pomimo obowiązków umownych, do których przestrzegania było zobowiązane, dopuściło do realizacji zamówienia podwykonawcę, który nie został zgłoszony oficjalnie do Zamawiającego. Okoliczność niezgłoszenia EM-Technik jako podwykonawcy nie pozbawia spółki możliwości legitymowania się doświadczeniem nabytym w ramach realizacji Zamówienia. Zamawiający nie określił w SWZ warunku wykazania się doświadczeniem jako wykonawca lub zgłoszony podwykonawca (tzw. mianowany podwykonawca). Odebranie EM-Technik możliwości powoływania się na zdobyte doświadczenie tylko dlatego, że inwestor nie identyfikuje spółki jako podwykonawcy, stanowiłoby zmianę postanowień SWZ po terminie składania ofert, co byłoby działaniem niedopuszczalnym na gruncie ustawy pzp. Nawet jeśli na gruncie przedmiotowej umowy doszło do naruszenia zasad określonych w jej § 23 to odpowiedzialność w tym zakresie winna ponosić firma Prokom Construction sp. z o.o. oraz ewentualnie w ramach solidarności kontraktowej także Ayesa Polska sp. z o.o. Żadna z tych firm nie bierze udziału w postępowaniu, a zatem ewentualne uchybienia w tym zakresie pozostają irrelewantne dla oceny zdolności podmiotowej Odwołującego. Nawet jeśli Odwołujący, EM-Technik i Prokom Construction sp. z o.o. należą do jednej grupy kapitałowej to stanowią odrębne podmioty gospodarcze, które ponoszą odrębną odpowiedzialność w ramach prowadzonej przez siebie działalności. Członkowie zarządów poszczególnych spółek ponoszą odpowiedzialność za kierowanie daną spółką,

a nie pozostałymi podmiotami. Podmioty te nie tworzą również grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy Kodeks spółek handlowych. Zatem, nawet jeśli można przypisać Prokom Construction sp. z o.o. rażące naruszenie postanowień zawartej z ZDW Katowice umowy to nie ma to wpływu ani na odpowiedzialność pozostałych spółek, jak i ocenę jakości świadczonej przez EM-Technik usługi nadzoru w ramach umowy z Prokom Construction sp. z o.o. Przedstawione przez Odwołującego w postępowaniu informacje dotyczące realizacji przez EM-Technik Zamówienia są informacjami obiektywnie prawdziwymi oraz zgodnymi z rzeczywistością. Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w tym zakresie w błąd. Zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie na niepełnym materiale dowodowym, co doprowadziło do przyjęcia mylnych wniosków. Informacje od ZDW Katowice, na których brzmienie powołuje się Zamawiający, nie uwzględniają szeregu okoliczności, które nie były prawdopodobnie znane ZDW Katowice (albo z uwagi na upływ czasu ZDW Katowice nie miało dostępu do wszystkich istotnych w sprawie danych). W konsekwencji nie zaistniała podstawa odrzucenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

Z daleko posuniętej ostrożności w przypadku uznania, że wykonawca nie ma możliwości powoływania się na doświadczenie zdobyte jako podmiot niezaakceptowany przez inwestora, to Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien wezwać go w trybie art. 122 ustawy pzp lub art. 128 ust. 1 ustawy pzp do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa w pkt VIII.1 ppkt 4) IDW. Powołał się na wyrok KIO 211/22 i wskazał, że uznanie, że Odwołujący nie wykazał się jego spełnieniem, bez uprzedniej możliwości skorzystania z procedury uzupełnienia dokumentów, a zatem podlega wykluczeniu z postępowania, byłoby działaniem przedwczesnym.

KIO 842/24

Zamawiający – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu" w ramach inwestycji: „Rozbudowa DW 988 na odcinku od miejscowości Czudec do miejscowości Zaborów", nr postępowania: PZDW/WZP/243/WI/26/2023*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2023 r., za numerem 2023/S 196-615034

W dniu 14 marca 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Prokom Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. (dalej: "Wykonawca INKO"), w sytuacji, w której to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą;

2) czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp w związku z bezzasadnym przyjęciem, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje nieprawdziwe wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

3) a w konsekwencji także czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w związku z bezzasadnym przyjęciem, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na postawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp;

4) ewentualnie także zaniechania czynności wezwania Odwołującego w trybie art. 122 ustawy pzp do zastąpienia w terminie określonym przez Zamawiającego podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

5) ewentualnie także zaniechania czynności wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w VIII.1 ppkt 4) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "SWZ") – Instrukcja dla Wykonawców (dalej jako: "IDW").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z bezzasadnym przyjęciem, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje nieprawdziwe wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

2. a w konsekwencji także art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp poprzez odrzucenie Odwołującego z postępowania z uwagi na bezzasadne przyjęcie, że oferta Odwołującego została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na postawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp;

3. ewentualnie także art. 122 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego w trybie tam przewidzianym do zastąpienia w terminie określonym przez Zamawiającego podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazanie, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4. ewentualnie także art. 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w VIII.1 ppkt 4) IDW.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

3) ewentualnie także wezwanie Odwołującego na podstawie art. 122 ustawy pzp do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby w terminie określonym przez zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4) ewentualnie także wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału, o którym mowa w VIII.1 ppkt 4) IDW.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w pkt VIII.1 ppkt 4) IDW i Załączniku do SWZ pn. „Podstawowe informacje dotyczące postępowania" wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowe w następującym brzmieniu:

"Wykonawca spełni ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał: W zakresie robót budowlanych:

• min. 1 usługę polegającą na nadzorze nad wykonaniem budowy/rozbudowy/przebudowy drogi min. kl. G o długości min. 2 km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) zgodnie z [1] lub 12],

• min. 1 usługę polegającą na nadzorze nad wykonaniem budowy/rozbudowy/przebudowy obiektu mostowego stałego (nie tymczasowego), tj. mostu/wiaduktu/estakady (nie kładki) o kl. nośności A zgodnie z [3] lub kl. I zgodnie z [4] lub równoważne."

Zamawiający żądał złożenia na potwierdzenie spełniania powyższego warunku „wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie."

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 13 listopada 2023 r. W postępowaniu oferty złożyło 8 (ośmiu) wykonawców, w tym Odwołujący. Odwołujący w ofercie oświadczył, że w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VIII.1 ppkt 4) IDW, będzie polegał na zasobach innego podmiotu – firmy EM-Technik Sp. z o.o. (dalej jako: "EM-Technik"). W dniu 17 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący przedstawił w zakreślonym przez Zamawiającego terminie żądane dokumenty, w tym Wykaz zrealizowanych zamówień. Zamawiający w dniu 4 marca 2024 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp.

W pozostałym zakresie odwołanie jest analogicznej treści jak w sprawie KIO 840/24.

W dniu 25 marca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionych odwołań w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto, w dniu 25 marca 2024 r. swoje stanowisko w sprawie KIO 840/24 oraz KIO 842/24 przedstawił w piśmie procesowym wykonawca INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz w sprawie KIO 842/24 wykonawca Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie. Wykonawcy wnieśli odpowiednio o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołania czynią zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem któregokolwiek odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (KIO 840/24) oraz wykonawca Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie (KIO 842/24).

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 842/24 wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, z uwagi na brak wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje w świetle art. 525 ust. 1 ustawy pzp. W zgłoszonym przystąpieniu Wykonawca wskazał, że: *„posiada interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż w postępowaniu złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została oceniona na drugiej pozycji a tym samym w przypadku utrzymania w mocy zaskarżonej czynności posiada hipotetyczną szansę na uzyskanie zamówienia."* W ocenie Izby, ewentualne rozstrzygnięcie na korzyść Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie wpłynęłoby na sytuację wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w sposób wykazywany w zgłoszonym przystąpieniu. Zauważyć należy, że żądanie odwołania sprowadzało się do przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania i unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie. W przypadku oddalenia odwołania, czyli rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, a więc Strony, do której wykonawca INKO zgłosiło przystąpienie sytuacja w postępowaniu nie uległaby zmianie na korzyść wykonawcy INKO, gdyż oferta wykonawcy Promost pozostałaby ofertą najkorzystniejszą, a tego wyboru wykonawca INKO nie zakwestionował własnym odwołaniem. Niewątpliwie, wykonawca INKO nie wykazał więc interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołania wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego INKO w sprawie KIO 840/24, pismo procesowe Przystępującego Promost w sprawie KIO 842/24 oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołania podlegały oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów w obu sprawach Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

KIO 840/24

W Rozdziale I SWZ IDW w pkt VII.1 Zamawiający przewidział podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

W Rozdziale I SWZ IDW Załącznik nr 1 Zamawiający wskazał:

- *„Opis przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest: Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu" w ramach inwestycji: „Rozbudowa DW 986 wraz z budową wiaduktu w m. Ropczyce nad linią kolejową 91" (…) Wykonawca w ramach usługi zarządza, pełni kontrolę i nadzór inwestorski, a także współpracuje ze służbami Zamawiającego w zakresie sprawozdawczości. W zakresie niniejszego zamówienia, Wykonawca ma zapewnić płynne wdrożenie Kontraktu w zakresie przygotowania, projektowania i realizacji robót budowlanych, sprawny i terminowy odbiór dokumentów i robót oraz prawidłowe przyszłe funkcjonowanie i obsługę robót przez Zamawiającego."*

- „*WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA (…) a) Doświadczenie Wykon Wykonawca spełni ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał: W zakresie robót budowlanych:*

• min. 1 usługę polegającą na nadzorze nad wykonaniem budowy lub rozbudowy lub przebudowy drogi publicznej klasy min. G o długości min. 1,0 km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) zgodnie z [1] lub zgodnie z [2],

• min. 1 usługę polegającą na nadzorze nad wykonaniem budowy lub rozbudowy lub przebudowy drogowego obiektu mostowego stałego (nie tymczasowego), tj. mostu lub wiaduktu lub estakady (nie kładki) o klasie nośności A zgodnie z [3] lub kl. I zgodnie z [4] lub równoważne. (…)

Zamawiający nie wymaga, aby wykazane doświadczenie, o którym mowa w w/w punktach dla drogi i mostu (budowy/rozbudowy/przebudowy) były realizowane w ramach jednej usługi. Ponadto, Zamawiający dopuszcza, aby wykazane doświadczenie zostało uzyskane podczas realizacji kontraktu w systemie „zaprojektuj i wybuduj". Wykonane usługi winny być poparte dowodami, że zostały wykonane należycie (np. referencje). (…)

Poprzez sformułowania: „budowa", „rozbudowa", „przebudowa", „droga publiczna", „obiekt mostowy" – Zamawiający rozumie def. zgodne z [5] i [6].

Poprzez sformułowanie: „droga kl. G" – Zamawiający rozumie def. zgodną z [1].

Poprzez sformułowanie: „obiekt kl. A" – Zamawiający rozumie def. zgodną z [3].

Poprzez sformułowanie: „obiekt kl. I" – Zamawiający rozumie def. zgodną z [4].

Odnośniki:

[1] Rozp. MTiGM z dn. 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakimi powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie

[2] Rozp. MI z dn. 24.06.2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dot. dróg publicznych

[3] PN-85/S-10030 obiekty mostowe. Obciążenia

[4] PN-EN 1991-2007 Eurokod1: Oddziaływanie na konstrukcje; Część 2: Obciążenia ruchome mostów

[5] Ustawa z dn. 21.03.1985 o drogach publicznych

[6] Ustawa z dn. 07.07.1994 r. Prawo budowlane."

Do oferty Odwołujący dołączył zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez podmiot: EM-TECHNIK sp. z o.o., w którym wskazano: *„1. Zakres udostępnianych wykonawcy zasobów: zdolności techniczne lub zawodowe, o którym mowa w pkt VIII.1 4) IDW 2. Sposób i okres udostępniania wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia: Powyższe zasoby zostaną udostępnione na cały okres realizacji ww. zamówienia. Podwykonawstwo w ww. zakresie, których wskazane zdolności dotyczą – świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi 3. Czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający te zasoby zrealizuje roboty budowalne lub usługi. Zasoby zostaną wykorzystane jako: - udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi - udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia, - wydawanie opinii, - stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, - udzielanie konsultacji, - delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie."*

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2024 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp Odwołujący złożył:

- wykaz usług, w którym wskazał: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK1 do DK 78 Etap II" – pełnienie nadzoru nad wykonaniem przebudowy drogi kl. G o dł. powyżej 1km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) oraz nadzór nad wykonaniem przebudowy obiektów mostowych stałych o kl. nośności A. Podmiot trzeci wykazujący posiadanie doświadczenia, na którego zasobach Wykonawca polega - EM-TECHNIK Sp. z o.o., 218 155 473,52 zł brutto, 12.09.2019 - 30.09.2022, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach.

- referencje z dnia 15 lutego 2023 r.: *„Firma Prokom Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu przy ulicy Reymonta 30/1 zaświadcza, że firma EM-TECHNIK Sp. z o.o., ul. Jana Sobieskiego 13, 42-456 Chruszczobród, pełniła obowiązk wykonywania czynności nadzoru inwestorskiego związanego z realizacją zadania pn.: Świadczenia usługi Konsultanta dla zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 Etap II" Zakres usług obejmowa świadczenie usługi Konsultanta nad następującymi robotami budowlanymi: przebudowa drogi wojewódzkiej klasy G jednojezdniowej o długości ok. 24,5 km, budowa 5 skrzyżowań typu rondo, przebudowa i budowa chodników, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przebudowa zjazdów, przebudowa istniejących zatok autobusowych oraz budowa nowych, budowa i przebudowa przepustów, przebudowa mostów: nad rzeką Warta (klasa A, długość 54 m — 16+22+16), nad rzeką Ordonka (klasa A, długość 18,1 m), nad ciekiem bez nazwy w m. Postęp (klasa A, długość 10,8m), nad ciekiem bez nazwy w km 28+826,84 (klasa A, długość 7 m), nad ciekiem bez nazwy w m. Marciszów (klasa A, długość 5,5 m), przebudowa kanalizacji sanitarnej , przebudowa sieci wodociągowych, przebudowa kanalizacji deszczowej, przebudowa sieci gazowych, przebudowa linii energetycznych nN i sN, przebudowa sieci teletechnicznych, przebudowa oświetlenia ulicznego. Data rozpoczęcia robót budowlanych i sprawowania usługi Konsultanta: 12.09.2019 r. Data zakończenia robót budowlanych: 16.09.2022 r. Data zakończenia realizacji usługi Konsultanta: 30.09.2022 r. Wartość zrealizowanych robót budowlanych: 177.362.173,59 zł netto, 218.155.473,52 zł brutto. Przedmiotowa usługa nadzoru*

inwestorskiego została zrealizowana rzetelnie i z należytą starannością."

Zgodnie z pismem z dnia 15 lutego 2024 r. Zamawiający zwrócił się do ZDW Katowice o udzielenie informacji: *„Zamawiający — Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich prowadzi postępowanie pn. Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu" w ramach inwestycji: „Rozbudowa DW 986 wraz z budową wiaduktu w m. Ropczyce nad linią kolejową 91". Jeden z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postepowaniu - Prokom Consulting sp. z o.o. ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec (dalej Prokom Consulting) na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożył Wykaz usług, w którym powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego EMTECHNIK sp. z o.o. ul. Jana Sobieskiego 13, 42-456 Chruszczobród (dalej EM-TECHNIK) i wskazuje zrealizowanie przez ten podmiot usługi pn Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku do DK 1 do Dk78 Etap II -pełnienie nadzoru nad wykonaniem przebudowy drogi klasy G o dł. powyżej 2 km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) oraz nadzór nad wykonaniem przebudowy obiektów mostowych stałych o kl. nośności A). Jednocześnie Prokom Consulting przedkłada wystawione przez Prokom Construction sp. z o.o. ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec (dalej Prokom Construction) referencje / poświadczenie zgodnie z którym firma EM-TECHNIK „pełniła obowiązki wykonywania czynności nadzoru inwestorskiego związanego z realizacją zadania pn. Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn. Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 79f na odcinku do DK 1 do DK78 Etap II", kopia ww. referencji stanowi załącznik do niniejszego pisma. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zwraca się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania:*

1 Czy Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku do DK 1 do Dk78 Etap II obejmowała: - przebudowę drogi klasy G o dł. powyżej 2 km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) - przebudowę obiektów mostowych stałych o kl. nośności A?

2 Czy Prokom Construction wykonywała czynności nadzoru inwestorskiego związanego z realizacją zadania pn. Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn. Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku do DK 1 do DK78 Etap II?

3 Czy zgodnie z zapisami SIWZ lub postanowień umowy Wykonawca Prokom Construction miał obowiązek zgłoszenia podwykonawcy czy też przedkładania Zamawiającemu umów o podwykonawstwo zawartych w trakcie realizacji zamówienia i na jakich zasadach?

4 Z jakich podwykonawców korzystał Prokom Construction?

5 Czy EM-TECHNIK była podwykonawcą w ramach w/ w zadania?

6 Czy EM-TECHNIK „pełniła obowiązki wykonywania czynności nadzoru inwestorskiego związanego z realizacją zadania pn. Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn. Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku do DK 1 do DK 78 Etap II?"

7 Jaki był zakres czynności rzeczywiście wykonywanych przez EM-TECHNIK w ramach w/w zadania?

Zamawiający wnioskuje o:

1 przekazanie Opisu Przedmiotu Zamówienia i skanu oferty/oferty elektronicznej złożonej przez Prokom Construction do zadania świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn. Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku do DK 1 do DK78 Etap II

2 przekazanie skanu umowy na Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn. Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku do DK 1 do Dk78 Etap II zawartej z Prokom Construction.

3 przekazanie skanu umów zawartych pomiędzy EM-TECHNIK a Prokom Construction."

Pismem z 23 lutego 2024 r. ZDW Katowice wskazało:*„Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach w odpowiedzi na pismo znak PZDW/WZP/243/WI/27/2023 z dn. 15.02.2024 r. informuje, że nadzór nad zadaniem j. w. był prowadzony na podstawie 2-ch Umów o Świadczenie Usług Konsultanta. Pierwsza Umowa na Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn.• „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 Etap II" realizowana była przez konsorcjum firm Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Reymonta 30/1 , 41-200 Sosnowiec oraz Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu przy ul. Szyb Walenty 26a; 41-700 Ruda Śląska. Odnosząc się do zadanych pytań w kontekście Umowy WI-K/180924/1/1, tut. Zarząd informuje:*

Ad. 1. Zadanie Przebudowa DW 791 na odcinku od DKI do DK 78, etap II obejmowało przebudowę drogi o długości 24,5 km; W ramach zadania przebudowane zostały obiekty mostowe o klasie nośności A;

Ad. 2. Czynności nadzoru inwestorskiego wykonywało Konsorcjum Firm Prokom Construction Sp. z o.o. oraz Ayesa Polska Sp. z o.o.

Ad. 3. Zgodnie z par. 23 ust. 2. Umowy Wykonawca zobowiązany był do uzyskania pisemnej akceptacji Zamawiającego przed skierowaniem każdego ewentualnego Podwykonawcy do wykonywania przedmiotu Umowy.

Ad. 4. Prokom Construction sp. z o.o. pismem 498/GM/19/POCZESNA z dn. 11.10.2019 r. przekazał Zamawiającemu umowę podwykonawczą z firmą EM-TECHNIK Sp. z o.o. W odpowiedzi, Zamawiający pismem WI K.KP.5730.RPO.29.39.LD.18813 z dn. 20.11.2019 r. wniósł sprzeciw do przedmiotowej umowy podwykonawczej. Inne podmioty jako podwykonawcy nie byli przez Konsorcjum Firm Prokom Construction Sp. z o.o. oraz Ayesa Polska Sp. z o.o. przedkładane Zamawiającemu.

Ad. 5. EM-Technik Sp. z o.o. nie był podwykonawcą na przedmiotowym zadaniu.

Ad. 6. EM-Technik Sp. z o.o. nie wykonywała czynności nadzoru inwestorskiego na przedmiotowym zadaniu.

Ad. 7. Wobec faktu, iż EM-Technik Sp. z o.o. nie wykonywała czynności nadzoru inwestorskiego na przedmiotowym zadaniu brak jest możliwości określenia zakresu czynności wykonywanych przez ww. podmiot.

Druga Umowa na Świadczenie usługi Konsultanta nr WI-K/W/210927/1/1 została zawarta dniu 16.11.2021 r. pn: Zamówienie polegające na powtórzeniu podobnych usług dla zadania: „Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 Etap II.". Umowa została zawarta z Konsorcjum firm Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec oraz Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu przy ul. Szyb Walenty 26a; 41-700 Ruda Śląska.

Odnosząc się do zadanych pytań w kontekście Umowy WI-K/W/210927/1/1, tut. Zarząd informuje:

Ad. 1. Zadanie Przebudowa DW 791 na odcinku od DKI do DK 78, etap II obejmowało przebudowę drogi o długości 24,8 km; W ramach zadania przebudowane zostały obiekty mostowe o klasie nośności A.

Ad. 2. Czynności nadzoru inwestorskiego wykonywało Konsorcjum Firm Prokom Construction Sp. z o.o. oraz Ayesa Polska Sp. z o.o.;

Ad. 3. Warunki udziału Podwykonawców reguluje par. 23 Umowy;

Ad.4-7. Na zadaniu Wykonawca nie zgłaszał Podwykonawców.

Informujemy jednocześnie, iż kopie Umów z f. Prokom oraz wskazana w piśmie korespondencja z firmą Prokom została przekazana Państwu za pismem WI-K.KP.5730.RPO.16.26.JMAR.2339.24 z dn. 14.02.2024 r."

Umowy o Świadczenie Usług Konsultanta dla zadania pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 Etap II": Wartość umowy z dnia 5 kwietnia 2019 r. wynosiła: 2 573 000,00 zł netto. Wartość umowy z dnia 16 listopada 2021 r. wynosiła: 896 467,02 zł netto.

Zgodnie z artykułem 7 ust. 2 umowy konsorcjum z dnia 3 grudnia 2018 r. Strony ustaliły udział w realizacji kontraktu po 50%.

W dniu 11 października 2019 r. Prokom Construction sp. z o.o. zwróciła się do ZDW Katowice o akceptację umowy podwykonawczej. Umowa NR 2/POCZ/2019 została zawarta dnia 11 października 2019 r. pomiędzy Prokom Construction sp. z o.o. a EM - Technik sp. z o.o. W umowie wskazano:*„W związku z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na pełnienie funkcji Konsultanta w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 etap II" i wyborem oferty Zamawiającego jako najkorzystniejszej w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 j.t. z późniejszymi zmianami), Zamawiający zawarł umowę (zwaną dalej Umową Główną) z ZDW Katowice zwanym dalej Inwestorem. (…) par. 1 Przedmiot umowy 1. Przedmiotem umowy są Usługi związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz kompleksowego sprawowania nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 etap II" 2. Obowiązki Podwykonawcy: a) pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu zgodnie z obowiązkami wynikającymi z Umowy Głównej b) sprawowanie kompleksowego nadzoru inwestorskiego zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane (…) par. 3 Wynagrodzenie i warunki płatności 1. Za wykonanie przedmiotu Umowy Podwykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości 2.100.000 zł netto."*

Pismem z dnia 20 listopada 2019 r. ZDW Katowice wniosło do Prokom Construction sp. z o.o. sprzeciw wobec Umowy podwykonawczej z firmą EM-Technik sp. z o.o.: *„W nawiązaniu do pisma nr 498/GM/19/POCZESNA z dnia 11.10.2019 r. (wpłynęło dnia 14.10.2019 r.) w sprawie zawartej umowy podwykonawczej zawartej przez PROKOM Construction Sp. z o.o. z EM-Technik Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu przy ul. Sobieskiego 13 Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach zgłasza sprzeciw do przedłożonej umowy nr 2/POCZ/2019 z dnia 11.10.2019 r. Po zapoznaniu się z treścią przedłożonej umowy oraz uwzględniając zapisy umowy nr WI-K/P/180924/1/1 z dnia 5.04.2019 r. na świadczenie usługi Konsultanta dla*

zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 etap II" dalej „Umowa" z konsorcjum składającym się z przedsiębiorstw PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „Wykonawca", „Konsorcjum") Zamawiający stwierdza niezgodność zawartej umowy podwykonawczej z Umową. Uwagi do zawartej umowy podwykonawczej:

I. W komparycji umowy podwykonawczej należy wskazać na właściwą siedzibę spółki (ul. Jana III Sobieskiego 13, 42-456 Chruszczobród). W zakresie Wykonawcy uznajemy za niedopuszczalne zawarcie umowy jedynie przez jednego z konsorcjantów, bez wskazania, że działa on na rzecz obu konsorcjantów czy też bez powołania się na udzielone pełnomocnictwo do reprezentacji w konsorcjum. Umowa w obecnym brzmieniu nie może stanowić podstawy do występowania podwykonawcy w ramach realizacji inwestycji, gdyż umowa została zawarta przez jednego z Konsorcjantów

2. Podobnie, za niedopuszczalne należy uznać powierzenie całości przedmiotu Umowy Podwykonawcy, co ma niewątpliwie miejsce w par. 1 ust. 1-2 Umowy podwykonawczej. Co prawda w par. 23 ust. 1 Umowy dopuszczono do powierzenia wykonywania Umowy podwykonawcom, to jednak zastrzeżono zgodność z Opisem przedmiotu zamówienia i z Ofertą. Wykonawca w ofercie nie wskazał jakiegokolwiek zakresu prac, który miałby zostać powierzony Podwykonawcą. Co więcej EM-Technik Sp. z o.o. nie jest podmiotem, który została wskazany jako Podwykonawca. Stąd też, w świetle złożonej oferty oraz postanowienia par. 23 ust. 1 przedmiotową Umowę podwykonawczą uznajemy za niedopuszczalną.

3. Ponadto przedmiotowa Umowa podwykonawcza nie może zostać zaakceptowana także i z tej przyczyny, że nie uwzględnia ona szeregu postanowień Umowy (m.in. brak uwzględnienia obowiązków z zakresu prawa pracy - vide par. 16 ust. 3 Umowy)."

Pismem z dnia 4 marca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INKO oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty wskazując:*„Zamawiający wyklucza wykonawcę na podstawie art. 108 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp i odrzuca jego ofertę na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2a ustawy Pzp. UZASADNIENIE FAKTYCZNE I PRAWNE*

Zamawiający w SWZ w pkt VIII. 1 Instrukcji dla Wykonawców i załączniku PODSTAWOWE INFORMACJE DOTYCZĄCE POSTĘPOWANIA wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający postawił warunki dotyczące niezbędnego doświadczenia Wykonawcy lub osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia: (…) Zamawiający pismem o sygn. PZDW/WZP/243/WI/27/2023 z dnia 25.01.2024 r. wezwał wykonawcę PROKOM CONSULTING do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawił dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia oraz na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. PROKOM CONSULTING wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie „Doświadczenia Wykonawcy" powołał się na zasoby podmiotu trzeciego: EM-TECHNIK Sp. z o.o. ul. Jana Sobieskiego 13, 42-456 Chruszczobród (dalej EM TECHNIK). Na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu PROKOM CONSULTING przedstawił wykaz usług, w którym zostało wskazane zamówienie pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DKI do DK 78 Etap II" — pełnienie nadzoru nad wykonaniem przebudowy drogi kl. G o dł. powyżej 1 km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) oraz nadzór nad wykonaniem przebudowy obiektów mostowych stałych o kl. nośności A" wykonane na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach przez podmiot udostępniający zasoby - EM-TECHNIK. Na potwierdzenie, że w/w usługa została wykonana należycie wykonawca PROKOM CONSULTING przedstawił referencje wystawione dla EM-TECHNIK przez PROKOM COSTRUCTION sp. z o.o. ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec (dalej PROKOM COSTRUCTION sp. z o.o.). Przedstawione referencje wzbudziły u Zamawiającego szereg wątpliwości, między innymi dotyczących tego czy firma EM-TECHNIK faktycznie wykonywała ww. zamówienie. W związku z czym Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 15.02.2024 r. pismem o sygn. PZDW/WZP/243/WI/27/2023 zwrócił się do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania: (…) Tym samym w związku z faktem, że to na Zamawiającym stosującym wobec Wykonawcy sankcję wykluczenia z postępowania spoczywa ciężar dowodu i wykazania, że ziściły się wszystkie przesłanki warunkujące takie wykluczenie, Zamawiający podjął faktyczne udokumentowane działania w celu ustalenia z całą pewnością, że informacje podane w referencjach EM-TECHNIK są prawdziwe. Jak argumentuje KIO wyroku z dnia 6 listopada 2020 r. (KIO 2584/20) wywodzenie tej kwestii jedynie z nazw postępowań może zakładać pewne prawdopodobieństwo, że może okazać, iż dane elementy nie wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia, jednak to prawdopodobieństwo nie może być powodem do zastosowania tak dotkliwej sankcji, jaką jest wykluczenie z postępowania. W odpowiedzi na ww. prośbę ZDW w Katowicach przesłał odpowiedź, w której stwierdził, że: (…) Jednocześnie ZDW Katowice przedstawił kopie umów dotyczące ww. zamówień, SIWZ a także pismo dotyczące zgłoszenia EM-TECHNIK Sp. z o.o. jako podwykonawcy oraz sprzeciw do tego pisma.

Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentów otrzymanych od ZDW Katowice stwierdził, że:

1. W zakresie zadania pn. „Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn. Przebudowa drogi wojewódzkiej 791 na odcinku od DKI do DK 78, etap I/ na które została zawarta umowa z dnia 05.04.2019 r. nr WI-K/P/180924/1/1 firma EM-TECHNIK pomimo zgłoszenia jej jako podwykonawcy w związku ze sprzeciwem ZDW Katowice nie mogła pełnić takiej funkcji bez rażącego naruszenia umowy przez głównego wykonawcę tj. Konsorcjum firm: Lider PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o.o., Partner AYESA POLSKA Sp. z o.o. zapisów umowy, które to naruszenie skutkowałoby nałożeniem kar umownych zgodnie z par. 25 ust. 2 pkt k umowy lub nawet odstąpieniem od umowy zgodnie z par. 28 ust. 4 pkt f umowy. Podkreślić także należy, że zgodnie z par. 23 ust. 5 umowy wykonawca zobowiązany był przedłożyć na koniec każdego kwartału pełną listę podwykonawców biorących udział w realizacji zamówienia, jednocześnie w ust 6 ww. paragrafu stwierdzono, że nieprzedstawienie listy stanowi istotne uchybienie obowiązkom konsultanta. W dokumentacji przesłanej przez ZDW Katowice brak list podwykonawców przedłożonych przez Konsorcjum firm: Lider PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o.o., Partner AYESA POLSKA Sp. z o.o., z czego jasno wynika, że ww. wykonawca nie realizował umów za pośrednictwem podwykonawców.

2. W zakresie zadania pn. „Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 Etap II. 'I na które została zawarta umowa z dnia 16.11.2021 r. nr WI-K/W/210927/1/1 firma EM-TECHNIK nie była podwykonawcą, ponieważ wykonawca tj. Konsorcjum firm: Lider PROKOM CONSTRUCTION z o.o., Partner AYESA POLSKA Sp. z o.o. pomimo zapisów umowy wskazanych par. 23 nie dokonał zgłoszenia podwykonawcy, pomimo sankcji określonych w par. 25 ust 2 pkt k. oraz par. 28 ust 4 pkt f umowy. Mając na uwadze powyższe Zamawiający uznał, że przedstawione w referencjach dotyczące firmy EM-TECHNIK Sp. z o.o. informacje nie odpowiadają stanowi faktycznemu, który został przedstawiony w dokumentach przekazanych przez ZDW Katowice. Tym samym Wykonawca PROKOM CONSULTING wskazując, że podmiot, na zasoby którego się powoływał tj. EM-TECHNIK spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wprowadził Zamawiającego w błąd. Zamawiający dokonał również analizy dokumentów (KRS, CEDIG), z których wynika reprezentacja podmiotów: PROKOM CONSTRUCTION i PROKOM CONSULTING. - w przypadku PROKOM CONSTRUCTION sp. z o.o. uprawniony reprezentacji jest: GRZEGORZ JERZY MOLICKI - prezes zarządu. – w przypadku PROKOM CONSULTING sp. z uprawniony do reprezentacji jest: GRZEGORZ JERZY MOLICKI - prezes zarządu. W związku z powyższym Zamawiający uznaje, że PROKOM CONSULTING miała wiedzę o treści referencji wystawianych przez PROKOM CONSTRUCTION dla EM-TECHNIK, które nie odpowiadają stanowi faktycznemu, ponieważ zostały one podpisane przez p. Grzegorza Molickiego - osobę uprawnioną do reprezentacji w obu spółkach tj. PROKOM CONSULTING i PROKOM CONSTRUCTION. Zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust 1 ustawy PZP w zakresie potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego „Doświadczenia Wykonawcy". Wezwanie takie byłoby bezcelowe w związku z tym, że wykonawca przedstawił dokumenty nieodpowiadające stanowi faktycznemu, które mogły wprowadzić w błąd zamawiającego i mogły mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane i z tego tytułu podlega wykluczeniu. Przepisy PZP nie przewidują obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych, „Naprawienie" dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje musiałoby polegać na zaniechaniu ich oceny w postępowaniu bez wyciągania negatywnych konsekwencji w stosunku do niego z tytułu podania nieprawdziwych informacji i poddaniu jej zupełnie innego dokumentu lub dokumentów zastępujących ten złożony pierwotnie. Stwarzanie takiej szansy wykonawcom, którzy chcą naprawić swoje działanie będące rezultatem ich lekkomyślności lub niedbalstwa Zamawiający uznaje za niesprawiedliwe i dyskryminujące.

Zamawiający w pkt VII IDW przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Wskazuje on, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotą tej przesłanki jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych bądź niedbałych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego) w sposób istotny wpływają na decyzje podejmowane przez zamawiającego — czyli np. dotyczące wyboru wykonawcy. Celem przedmiotowej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania. Przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistniał, gdy przedstawione zostały informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający został wprowadzony w błąd, czyli nabrał błędnego przekonania, które miało znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie wyrażony został również pogląd, że wprowadzające w błąd informacje dotyczą nie tylko

oświadczenia własnego wykonawcy, ale także mogą dotyczyć oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, które wykonawca przedkłada zamawiającemu (tak w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r., KIO 576/17). Zamawiający stwierdził, że wykonawca PROKOM CONSULTING podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp. Łącznie zostały spełnion wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie. Profesjonalny podmiot występujący na rynku zamówień publicznych i prowadzący kilka powiązanych ze sobą działalności gospodarczych musi mieć świadomość wysokiego poziomu staranności przy składaniu podmiotowych środków dowodowych. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd polega na przedłożeniu w ramach uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nieprawdziwych informacji o rzeczywistym doświadczeniu EM-TECHNIK - tym samym jest to przedstawianie informacji (nie)potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To wprowadzenie w błąd podważa rzetelność (wiarygodność, uczciwość i staranność) wykonawcy PROKOM CONSULTING. Bezkrytyczne przyjęcie, że zgodnie z treścią referencji wystawionych na rzecz EM-TECHN wykonawca PROKOM CONSULTING spełnia warunki udziału w postępowaniu mogłoby mieć istotny wpływ na decyzj zamawiającego - spowodować wybór PROKOM CONSULTING niezgodnie z ustawą PZP. W opinii Zamawiającego Wykonawca PROKOM CONSULTING przedkładając referencje wystawione przez PROKOM COSTRUCTION na rz EM-TECHNIK chciał wywołać po stronie Zamawiającego decyzję o wyborze PROKOM CONSULTING jako ofe najkorzystniejszej. Potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma decydujący wpływ na decyzję Zamawiającego

Podsumowując:

1. PROKOM CONSULTING przedłożył referencje wystawione przez PROKOM COSTRUCTION na rzecz E TECHNIK, których treść nie znajduje potwierdzenia w informacjach uzyskanych z ZDW Katowice;

2. PROKOM CONSULTING przedłożył dokumenty, z których nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia;

3. Zamawiający został wprowadzony w błąd, co do faktycznego doświadczenia EM-TECHNIK, co bez dodatkowej weryfikacji mogło doprowadzić do wyboru PROKOM CONSULTING jako oferty najkorzystniejszej;

4. wykonawca PROKOM CONSULTING podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp."

KIO 842/24

Izba ustaliła, że stan faktyczny w sprawie KIO 842/24 jest analogiczny jak w sprawie KIO 840/24, przy czym:

- przedmiotem zamówienia jest Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu" w ramach inwestycji: „Rozbudowa DW 988 na odcinku od miejscowości Czudec do miejscowości Zaborów".

- w Rozdziale I SWZ IDW Załącznik nr 1 Zamawiający wskazał: *„WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU UDZIELENIE ZAMÓWIENIA (…) a) Doświadczenie Wykonawcy. Wykonawca spełni ten warunek udziału postępowaniu, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał: W zakresie robót budowlanych:*

• min. 1 usługę polegającą na nadzorze nad wykonaniem budowy/rozbudowy/przebudowy drogi min. kl. G o dł. min. 2 km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) zgodnie z [1] lub [2],

• min. 1 usługę polegającą na nadzorze nad wykonaniem budowy/rozbudowy/przebudowy obiektu mostowego stałego (nie tymczasowego), tj. mostu/wiaduktu/estakady (nie kładki) o kl. nośności A zgodnie z [3] lub kl. I zgodnie z [4]."

- Odwołujący w wykazie usług wskazał: *„Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK1 do DK 78 Etap II" – pełnienie nadzoru nad wykonaniem przebudowy drogi kl. G o dł. powyżej 2km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) oraz nadzór nad wykonaniem przebudowy obiektów mostowych stałych o kl. nośności A Podmiot trzeci wykazujący posiadanie doświadczenia, na którego zasobach Wykonawca polega - EM-TECHNIK Sp. z o.o."*

- pismem z dnia 5 marca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. oraz poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp.

Dowody Odwołujący:

- oświadczenie z dnia 7 listopada 2019 r.: *„W związku z zawartą umową podwykonawczą nr 2/POCZ/2019 z dnia 11.10.2019 r. pomiędzy Prokom Construction sp. z o.o. (Zamawiający) a EM-technik sp. z o.o. (Podwykonawca), na realizację zadania: Pełnienie funkcji Konsultanta w ramach zadania pn.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78, etap I I strony oświadczają: W dniu 11.10.2019 r. Zamawiający pismem 498/GM/19/POCZESNA zwrócił się do ZDW Katowice z wnioskiem o akceptację umowy Podwykonawczej nr 2/POCZ/2019. Zgodnie z treścią*

zawartej umowy S 2 pkt a. Strony ustaliły, iż dniem rozpoczęcia realizacji umowy będzie data uzyskania pisemnej akceptacji ZDW Katowice. Wobec faktu, iż do dnia dzisiejszego Zamawiający ne przedstawił żadnego pisemnego stanowiska Strony przyjmują, iż ZDW Katowice nie wnosi zastrzeżeń do umowy i wyraża „milczącą" zgodę na jej zawarcie. Wobec powyższego umowa nr 2/POCZ/2019 wchodzi w życie z dniem podpisania niniejszego oświadczenia."

Faktury wystawione przez EM-TECHNIK na Prokom Construction sp. z o.o.:

- faktura nr EM/01/11/19 z dnia 30.11.2019: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec, 75 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/01/12/19 z dnia 31.12.2019: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec, 50 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/01/01/20 z dnia 31.01.2020: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec Za miesiąc styczeń 2020, 50 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/01/02/20 z dnia 28.02.2020: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec, Za miesiąc luty 2020, 70 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/01/03/20 z dnia 31.03.2020: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec, Za miesiąc marzec 2020, 70 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/02/04/20 z dnia 30.04.2020: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec 3. Przebudowa linii tramwajowej w Pabianicach, 100 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/01/05/20 z dnia 31.05.2020: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec 3. Przebudowa linii tramwajowej w Pabianicach, 100 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/01/06/20 z dnia 30.06.2020: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec 3. Przebudowa linii tramwajowej w Pabianicach, 100 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/05/07/20 z dnia 29.07.2020: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec 3. Przebudowa linii tramwajowej w Pabianicach, 100 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/03/12/20 z dnia 31.12.2020: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec 3. Przebudowa linii tramwajowej w Pabianicach, 150 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/03/02/21 z dnia 16.02.2021: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec, 50 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/01/05/21 z dnia 2021-05-12: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 na odcinku DK 1 do DK 78 - Etap II, 30 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/04/05/21 z dnia 28.05.2021: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa DK 94 Sosnowiec - faktura końcowa 3. Przebudowa linii tramwajowej w Pabianicach, 300 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/03/07/21 z dnia 2021-07-28: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa linii tramwajowej w Pabianicach2. Inżynier Kontraktu DW 791, 100 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/01/08/21 z dnia 2021-08-24: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. KST w Krakowie "Górka Narodowa" 2. Inżynier Kontraktu DW 791, 100 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/03/12/21 z dnia 31.12.2021: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II 2. Przebudowa linii tramwajowej w Pabianicach, 150 000,00 zł netto.

- faktura nr EM/02/11/22 z dnia 30.11.2022: Usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania:1. Przebudowa DW 791 etap II - rozliczeni końcowe 2. Budowa przejścia granicznego w Malhowicach, 600 000,00 zł netto.

- potwierdzenia zapłaty ww. faktur.

- organizacja zespołu inżyniera schemat: T.R. – inżynier kontraktu, G.M. – inżynier kontraktu, inspektor branża mostowa – P.Ż., G.R., inspektor branża drogowa – T.W., M.Z., K.B., główny inspektor robót drogowych – A.P., główny specjalista

ds. technologii – obsługa laboratoryjna – D.B., inspektor branża elektryczna – B.M., inspektor branża teletechn. – W.K., inspektor branża wodno-kanalizacyjna, roboty gazowe – M.H., technolog – P.S., Geodeta – M.P., R.P., obsługa biurowa – A.S..

- umowy o pracę pomiędzy EM TECHNIC sp. z o.o. a D.B.: z dnia 1 kwietnia 2020 r. (do 31.12 2020), z dnia 31.12.2020 r. (do 31.12.2021), z dnia 31.12.2021 r. (do 31.10.2022), stanowisko: Specjalista ds. technicznych wraz z wyciągiem z dokonanych przelewów wynagrodzeń.

- umowa z dnia 31.10.2019 r. pomiędzy EM TECHNIC sp. z o.o. a M.Z. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą ZALEWSKI Mirosław M-BUD„*W związku z zawarciem umowy podwykonawczej między Zamawiającym a PROKOM Construction Sp. z o.o., z siedzibą w Sosnowcu przy ul. Reymonta 30/1 (dalej: PROKOM), na realizację usług Konsultanta w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DKI do DK78, Etap II" par. 1 Przedmiot umowy 1. Przedmiotem umowy są Usługi związane z pełnieniem funkcji Inspektora robót drogowych oraz Zastępcy Inżyniera Kontraktu w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK1 do DK78, Etap II" (…) par. 2 Terminy Ustala się następujące terminy realizacji Umowy: a. rozpoczęcie realizacji przedmiotu Umowy i świadczenia usług: z dniem podpisania umowy b. Czas trwania umowy: do 15.11.2021 r. w okresie realizacji robót budowlanych oraz do zakończenia okresu gwarancji i rękojmi. W przypadku zmiany terminu realizacji robót budowlanych, termin zakończenia realizacji umowy może ulec zmianie."* wraz z wyciągiem potwierdzenia przelewów za usługi.

- porozumienie realizacyjne pomiędzy Konsorcjantami z dnia 29 listopada 2019 r. wraz z Aneksem nr 1 z dnia 4 listopada 2021 r.: „*art. 4 a) Ayesa Polska Sp. z o.o. – zapewnienie osoby Inspektora nadzoru branży elektrycznej - zapewnienie osoby Inspektora nadzoru branży teletechnicznej, b) PROKOM Construction Sp. z o.o. – koordynacja całości prac w ramach Kontraktu – zapewnienie osoby Inżyniera Kontraktu – zapewnienie pozostałego personelu kluczowego oraz pomocniczego wg potrzeb – badania laboratoryjne – utrzymanie biura – obsługa geodezyjna – promocja wg pkt 24.2 OPZ – obsługa w okresie gwarancyjnym wg pkt 16 OPZ – wszystkie pozostałe czynności niezbędne do prawidłowego wykonania Kontraktu a nie wymienione powyżej."*

- 3 umowy o pracę zawarte pomiędzy G.M. a EM-TECHNIK na stanowisku specjalista ds. technicznych na 1/8 etatu od dnia 1 kwietnia 2020 do dnia 31 sierpnia 2022 r. wraz z wyciągiem z dokonanych przelewów wynagrodzeń.

- faktury wystawione przez firmę Usługi Inżynierskie G.M. na EM-TECHNIK (listopad 2019, grudzień 2019, styczeń 2020 luty 2020, marzec 2020 – 5 szt. dwie pierwsze za usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania referencyjnego oraz dla Przebudowy DK 94 Sosnowiec wraz z wyciągiem z dokonanych przelewów za usługi.

- umowa z dnia 7.11.2019 r. pomiędzy EM TECHNIC sp. z o.o. a E.T. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Nelmat [Inspektor}:*„W związku z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na pełnienie funkcji Konsultanta w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK1 do DK78, Etap II" i wyborem oferty Prokom Construction sp. z o.o. jako najkorzystniejszej (…) Zamawiający* [EM-TECHNIK]*zawarł umowę z ZDW Katowice (…) par. 1 Przedmiot umowy 1. Przedmiotem umowy są Usługi związane z pełnieniem funkcji Inspektora robót sanitarnych w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK1 do DK78, Etap II"*oraz faktury za usługi oraz wyciągiem z potwierdzeniem przelewów za usługi.

- umowa z dnia 7.11.2019 r. pomiędzy EM TECHNIC sp. z o.o. a P.Ż. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Invest Probud [Inspektor}:*„W związku z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na pełnienie funkcji Konsultanta w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK1 do DK78, Etap II" i wyborem oferty Prokom Construction sp. z o.o. jako najkorzystniejszej (…) Zamawiający* [EM-TECHNIK]*zawarł umowę z ZDW Katowice (…) par. 1 Przedmiot umowy 1. Przedmiotem umowy są Usługi związane z pełnieniem funkcji Inspektora robót mostowych w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK1 do DK78, Etap II"*oraz faktury za usługi oraz wyciągiem z potwierdzeniem przelewów za usługi.

- referencje wystawione przez ZDW Katowice dla Prokom Construction potwierdzające należytą realizację usługi z wykazu usług.

Dowody Zamawiający:

- wykaz osób dot. spornej realizacji: G.M., M.Z., P.Ż., M.H. – podstawa dysponowania – dysponowanie bezpośrednie (umowa zlecenie).

Przedmiotem sporu w niniejszych sprawach odwoławczych o tożsamym stanie faktycznym była ocena czy Zamawiający

prawidłowo uznał, że Odwołujący przedstawił w postępowaniu w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd dotyczące spełnienia warunku doświadczenia wykonawcy, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego i skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzuceniem jego oferty. Izba na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doszła do przekonania, że decyzja Zamawiającego o zastosowaniu wobec Odwołującego sankcji z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp była właściwa. Zdaniem Izby, Odwołujący nie dochował należytej staranności przekazując Zamawiającemu informacje w postępowaniu w sposób, który mógł wpłynąć na decyzje Zamawiającego dotyczące oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu i ostatecznie doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę (…) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia."* Przepis dotyczy sankcji wykluczenia wykonawcy, który w sposób nieumyślny przedstawił w postępowaniu o udzielenie zamówienia informacje wprowadzające w błąd, które mogły wywrzeć istotny wpływ na wszelkie decyzje podejmowane przez zamawiającego. Mowa tu o winie nieumyślnej, czyli niedbalstwie lub lekkomyślności. 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. Dla wyczerpania dyspozycji powyższego przepisu nie jest konieczne skuteczne wprowadzenie w błąd, wystarczająca jest sama hipotetyczna możliwość, że przedstawione informacje mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd i poprzez wywołanie mylnego wyobrażenia o rzeczywistości doprowadzić do podjęcia na ich podstawie istotnych decyzji w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, iż przepis ma za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszych spraw odwoławczych zdaniem Izby kluczowym dla stwierdzenia czy decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego była prawidłowa jest analiza informacji przedstawionych przez Odwołującego w wykazie usług złożonym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu, którymi to informacjami Zamawiający dysponował na etapie badania i oceny ofert a następnie zestawienie tych informacji ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Odwołujący podnosił bowiem w odwołaniu, że ustalenia Zamawiającego były nieprawidłowe, ponieważ informacje podane przez Wykonawcę w wykazie usług są zgodne z istniejącym stanem rzeczy. W ocenie Izby, Odwołujący nie podołał jednak ciężarowi dowodu i nie wykazał powyższej okoliczności. Przedłożony Izbie przez Odwołującego materiał dowodowy jest wewnętrznie sprzeczny w zakresie okoliczności, które miał potwierdzać, a przede wszystkim przedstawia stan rzeczy odmienny od oświadczeń złożonych przez Odwołującego na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba zauważa w pierwszej kolejności, że z wykazów usług złożonych przez Odwołującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia będących przedmiotem rozpoznania w obu sprawach odwoławczych wynika, że podmiot EM-TECHNIK, na którego zasobach Odwołujący polegał celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenia wykonawcy, wykonał na rzecz ZDW Katowice zamówienie: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK1 do DK 78 Etap II" – pełnienie nadzoru nad wykonaniem przebudowy drogi kl. G o dł. powyżej 1km (zrealizowanej w jednej umowie/kontrakcie) oraz nadzór nad wykonaniem przebudowy obiektów mostowych stałych o kl. nośności A w terminie: 12.09.2019 - 30.09.2022. Informacje odnośnie do „pełnienia nadzoru inwestorskiego" nad ww. robotami budowalnymi przez EM-TECHNIK potwierdzają również przedłożone przez Odwołującego referencje wystawione przez firmę Prokom Construction sp. z o. o. Z tak przedstawionych informacji nie wynika bynajmniej, aby nadzór był sprawowany przez EM-TECHNIK wyłącznie co do części obowiązków, wręcz przeciwnie informacje w wykazie usług oraz poświadczenie należytego wykonania usługi referują do realizacji nadzoru nad robotami budowlanymi wskazanymi w wykazie usług w pełnym zakresie. Podkreślić należy, że rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415 z późn. zm.) w par. 9 ust. 3 stanowi, że: *„Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz: 1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył."* Z informacji przedstawionych w wykazie usług nie wynika jednak, aby usługa nadzoru nad wskazanymi w nim robotami budowlanymi była wykonywana wspólnie przez grupę wykonawców, a jedynie przez jeden podmiot EM-TECHNIK. Zdaniem Izby Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie wykazał, że EM-TECHNIK b podmiotem bezpośrednio uczestniczącym w realizacji referencyjnej usługi, a jedynie, że ewentualnie udostępnił wykonawcy Prokom Construction w jakimś zakresie pozyskany zasób osobowy. Słusznie podnosili Zamawiający i Przystępujący w obu sprawach, że taki stan rzeczy dotyczący personelu skierowanego do realizacji usługi nadzoru

można by było wyłącznie rozpatrywać w kontekście warunku doświadczenia osób a nie doświadczenia wykonawcy. Warunek udziału w postępowaniu obejmował bowiem obowiązek wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w pełnieniu usługi nadzoru nad robotami budowlanymi i jakkolwiek warunek stanowił jakiego zakresu prac miały dotyczyć te roboty budowlane to bynajmniej nie określał, że wystarczającym jest wykazanie się doświadczeniem inspektora branży drogowej i mostowej. Pełnienie przez wykonawcę usługi nadzoru nad robotami budowlanymi wiąże się ze spełnieniem szeregu obowiązków i wymagań w tym związanych ze współpracą z zamawiającym, a także w znacznej mierze, ale nie wyłącznie obejmujących posiadanie odpowiedniego, doświadczonego personelu. Szczegółowe obowiązki Konsultanta zostały opisane w umowach zawartych na wykonanie referencyjnej usługi, które pozyskał Zamawiający od ZDW Katowice i stanowią szeroki zakres tej usługi (kontrolny, dokumentacyjny, rozliczeniowy – par. od 12 do 19, których Izba nie przytacza z uwagi na obszerność materiału). Co jednak kluczowe, Odwołujący w wykazie usług nie wskazał na okoliczności związane z realizacją usługi w grupie wykonawców, co ewentualnie mogłoby prowadzić do badania przez Zamawiającego rzeczywistego, bezpośredniego uczestnictwa podmiotu EM-TECHNIK w referencyjnej usłudze czy też podejmowania dalszych decyzji w postępowaniu.

Dalej podnieść należy, że bezsporne w sprawie było, iż podmiot EM-TECHNIK nie był podwykonawcą zgłoszonym zamawiającemu ZDW Katowice, a co wynika również z dokumentacji postepowania – pisma ZDW Katowice w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o udostępnienie informacji. Zamawiający ZDW Katowice nie posiada wiedzy, aby podmiot taki pełnił usługę nadzoru nad referencyjnymi robotami budowlanymi. Izba podziela przy tym stanowisko Odwołującego, że co do zasady dla badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy irrelewantne są kwestie wykonywania przez głównego wykonawcę obowiązków informacyjnych w zakresie podwykonawstwa a istotny jest rzeczywisty udział danego podmiotu w realizacji zamówienia. Innymi słowy, zdaniem Izby podwykonawca nie musi być podwykonawcą mianowanym przy wykonywaniu danego zamówienia, aby mógł powoływać się na zdobyte podczas realizacji doświadczenie w sytuacji, gdy zamawiający nie sformułował takiego wymogu w SWZ. Niemniej jednak, co już Izba podnosiła, Odwołujący nie wykazał w postepowaniu odwoławczym, aby podmiot EM-TECHNIK rzeczywiście wykonał referencyjną usługę zgodnie z oświadczeniem podanym w wykazie, podczas gdy informacje, które zgromadził Zamawiający na etapie podejmowania decyzji o wykluczeniu wykonawcy świadczyły o tym, że oświadczenie to nie polega na prawdzie m.in. w tym zakresie, że zamówienie powołane w wykazie usług było wykonywane w Konsorcjum firm: Lider PROKOM CONSTRUCTION sp. z o.o., Partner AYESA POLSKA sp. z o Ponadto, Zamawiający ustalił, że zgłoszenie podwykonawcy EM-TECHNIK zamawiającemu ZDW Katowice nie doszło do skutku z uwagi na sprzeciw ZDW Katowice co do zapisów umowy – były to okoliczności bezsporne. Zestawienie tych ustaleń również z okolicznościami wynikającymi z dowodów przedłożonych przez Odwołującego prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Odwołujący przestawił w wykazie usług informacje wprowadzające w błąd, które mogły wpłynąć na decyzje Zamawiającego w postępowaniu.

Przechodząc zatem do stanu faktycznego wynikającego z materiału dowodowego Izba zauważa, że umowa podwykonawcza zawarta w dniu 11 października 2019 r. pomiędzy EM-TECHNIK a Prokom Construction stanowi o kompleksowym wykonaniu przez EM-TECHNIK usług nadzoru: *„Przedmiotem umowy są Usługi związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz kompleksowego sprawowania nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78 etap II" 2. Obowiązki Podwykonawcy: a) pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu zgodnie z obowiązkami wynikającymi z Umowy Głównej b) sprawowanie kompleksowego nadzoru inwestorskiego zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane (…)."* Zgodnie z oświadczeniem załączonym do odwołania z dnia 7 listopada 2019 r. Strony tej umowy postanowiły (pomimo braku wymaganej akceptacji umowy przez ZDW Katowice) o jej wejściu w życie z dniem podpisania oświadczenia. Z dokumentów tych wynika zatem, że to podmiot EM-TECHNIK miał wykonać kompleksowo usługi nadzoru, co byłoby zgodne z oświadczeniem w wykazie usług. Odmienny jednak stan rzeczy wynika z dalszych dowodów zgromadzonych przez Zamawiającego, ale przede wszystkim przedłożonych przez samego Odwołującego, które miałyby wykazywać bezpośrednie uczestnictwo podmiotu EM-TECHNIK w realizacji referencyjnego zamówienia. Izba zauważa, że referencyjna usługa była wykonywana w Konsorcjum firm, a zgodnie z artykułem 7 ust. 2 umowy konsorcjum z dnia 3 grudnia 2018 r. Strony ustaliły udział w realizacji kontraktu po 50%. Natomiast porozumienie realizacyjne pomiędzy Konsorcjantami z dnia 29 listopada 2019 r. stanowi w art. 4 o zakresie rzeczowym: *„a) Ayesa Polska Sp. z o.o. – zapewnienie osoby Inspektora nadzoru branży elektrycznej - zapewnienie osoby Inspektora nadzoru branży teletechnicznej, b) PROKOM Construction Sp. z o.o. – koordynacja całości prac w ramach Kontraktu – zapewnienie osoby Inżyniera Kontraktu – zapewnienie pozostałego personelu kluczowego oraz pomocniczego wg potrzeb – badania laboratoryjne – utrzymanie biura – obsługa geodezyjna – promocja wg pkt 24.2 OPZ – obsługa w okresie gwarancyjnym wg pkt 16 OPZ – wszystkie pozostałe czynności niezbędne do prawidłowego wykonania Kontraktu a nie wymienione powyżej."* Niewątpliwie zatem EM-TECHNIK nie wykonywało referencyjnej usługi tak jak oświadczyło w wykazie usług w pełnym zakresie, gdyż część obowiązków

zgodnie z postanowieniem realizacyjnym miał wykonać Konsorcjant Ayesa Polska sp. z o.o. Jednocześnie zakres obowiązków podany w postanowieniu realizacyjnym potwierdza wcześniejsze rozważania Izby, że doświadczenie wykonawcy w realizacji usługi nadzoru nad robotami budowlanymi nie obejmuje jedynie zapewnienia kluczowego personelu ale również szereg innych zadań, jak chociażby w tym przypadku: koordynacja prac, badania, obsługa itp. Dalej Izba zwraca uwagę, że wszystkie osoby, które miały być skierowane do realizacji zamówienia, a których zmiany nie zostały zgłoszone ZDW Katowice – bynajmniej taka okoliczność nie została wykazana, miały być zgodnie z wykazem osób złożonym w postępowaniu przez Konsorcjum zaangażowane bezpośrednio przez Konsorcjantów na podstawie umowy zlecenia, a nie poprzez udostępnienie zasobu przez inny podmiot. Dowody złożone przez Odwołującego w odniesieniu do osób świadczą o pewnym pośrednictwie EM-TECHNIK w angażowaniu części personelu do realizacji referencyjnej usługi (5 osób na 16 co wynika ze schematu organizacyjnego), przy czym dowody te również przedstawiają wewnętrznie sprzeczny i niepewny stan faktyczny. W zakresie dowodów dotyczących Pana Pawła Żółtaszek oraz Pana Mirosława Zalewskiego Izba zauważa, że umowy zostały zawarte w związku z referencyjną usługą na pełnienie funkcji odpowiednio inspektora robót mostowych i drogowych przez EM-TECHNIK z ww. w ramach prowadzonych przez te osoby działalności gospodarczych. To ww. osoby bezpośrednio uczestniczyły zatem w realizacji zamówienia i nabyły w tym zakresie doświadczenie. Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępujących, że doświadczenie to dotyczy osób zaangażowanych w wykonanie usługi a nie doświadczenia wykonawcy. Okoliczności te nie świadczą o nabyciu doświadczenia w realizacji usługi nadzoru przez EM-TECHNIK, a tym bardziej nie w pełnym zakresie, jak wynika z oświadczenia złożonego przez Odwołującego w wykazie usług. Izba zauważa przy tym, że w umowie zawartej z Panem Pawłem Żółtaszek EM-TECHNIK powołuje się na zawarcie umowy bezpośrednio z ZDW Katowice podobnie jak w wykazie usług, która to okoliczność nie wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego - to nie EM-TECHNIK a Konsorcjum firm Ayesa Polska oraz Prokom Construction zawarło umowy z ZDW Katowice na realizację referencyjnej usługi. Faktury i potwierdzenia przelewów potwierdzają wyłącznie dokonywanie płatności na rzecz tych osób za pośrednictwem EM-TECHNIK ze środków otrzymanych być może od Prokom Construction (stąd faktury wystawione przez EM-TECHNIK na Prokom Construction sp. z o.o. złożone przez Odwołującego jako dowód w postępowaniu). Co do Pana Dawida Bąbol to przedłożone dowody świadczą wyłącznie o zatrudnieniu tej osoby na umowę o pracę przez EM-TECHNIK na stanowisku specjalisty ds. technicznych. Z dowodów nie sposób wywieść czy osoba ta została udostępniona Konsorcjantom jako zasób kadrowy do realizacji referencyjnej usługi, czy też jak wynika z przedstawionego przez Zamawiającego wykazu osób – Pan D.B. wykonywał czynności w ramach usługi na podstawie dysponowania bezpośredniego – umowy zlecenia. W odniesieniu do osoby Pana Grzegorza Molickiego oraz Pana Miłosza Halibożek Izba zauważa, że Odwołujący nie podniósł w odwołaniu zaangażowania tych osób z ramienia EM-TECHNIK w realizację referencyjnej usługi. Okoliczności te są zdaniem Izby nie tylko spóźnione, ale i w tym zakresie nie potwierdzają wykazywanej przez Odwołującego tezy o bezpośrednim udziale EM-TECHNIK w realizacji usługi dla ZDW Katowice. Pan G.M. jest prezesem zarządu spółki Prokom Contruction (okoliczność bezsporna), a złożone dowody stanowią o zawarciu przez EM-TECHNIK z ww. umowy o pracę na stanowisku specjalisty ds. technicznych oraz jednocześnie przedstawiają faktury wystawiane przez Grzegorza Molickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Inżynieryjne G.M. na EM-TECHNIK za usługi zarządzania i nadzoru inwestorskiego dla zadania referencyjnego oraz dla zadania Przebudowa DK 94 Sosnowiec. Trudno zatem z powyższego wywieść czy Pan G.M. był zaangażowany w realizację usługi w ramach Prokom Construction (Strony umowy z ZDW Katowice), w ramach własnej działalności gospodarczej czy też z ramienia EM-TECHNIK. Natomiast co do osoby Pana Miłosza Halibożek to Odwołujący wbrew tezie dowodowe o dalszym podwykonawstwie nie przedstawił dowodów, że osoba ta była w jakikolwiek sposób powiązana z EM-TECHNIK. Odwołujący przedstawił bowiem umowę zawartą pomiędzy EM-TECHNIK a E.T. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Nelmat, która zgodnie z umową miała pełnić funkcję inspektora robót sanitarnych (ponownie jak wskazano w umowie z uwagi na zawarcie umowy przez EM-TECHNIK z ZDW Katowice) oraz faktury i płatności dokonywane w tym zakresie.

Konkludując powyższe podkreślić ponownie należy, że wszystkie złożone przez Odwołującego dowody dotyczą ewentualnego pośrednictwa EM-TECHNIK w zaangażowanie części personelu na potrzeby realizacji referencyjnej usługi. Nie potwierdzają natomiast oświadczenia Odwołującego z wykazu usług o wykonaniu na rzecz ZDW Katowice usługi nadzoru. Podmiotowe środki dowodowe złożone na potwierdzenie spełnienia warunku udziału zawierały zatem informacje wprowadzające w błąd co do podmiotów faktycznie realizujących referencyjną usługę co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, pozytywną weryfikacje podmiotową Odwołującego, w tym wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący nie dochował należytej staranności i przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do rzeczywistego stanu rzeczy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Okoliczności dotyczące powiązania spółek EM-TECHNIK, Prokom Construction oraz Prokom Consulting, również poprzez osobę Pana Grzegorza Molickiego były bezsporne i nie pozostawiają zdaniem Izby wątpliwości, że Odwołujący posiadał pełną wiedzę na temat faktycznej realizacji usługi na rzecz ZDW Katowice, którą jednak przedstawił w sposób odmienny w

wykazie usług.

W konsekwencji zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp i odrzucił jego ofertę w zakresie obu rozpoznawanych przed Izbą spraw odwoławczych.

Izba uznała również za chybione zarzuty ewentualne wniesionych odwołań. Odwołujący podnosił zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do zastąpienia w terminie określonym przez Zamawiającego podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 122 ustawy pzp) bądź także zaniechanie czynności wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w VIII.1 ppkt 4) SWZ.

Izba w tym zakresie podziela w pełni stanowisko wyrażone przez Zamawiającego jak i Przystępującego INKO, które jest poglądem jednolitym w orzecznictwie Izby, że w sytuacji stwierdzenia wypełnienia się przesłanek dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp wykonawca nie może w ramach uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zastąpić informacji wprowadzających w błąd informacjami zgodnymi z rzeczywistym stanem rzeczy. Jak słusznie wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2023 r. KIO 84/23:*„Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach badania zaistnienia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 8 i 10 pzp mieści się również badanie czy wykonawca, który przedstawił informację wprowadzającą w błąd, był już wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji tych podstaw wykluczenia, że dla ich zaistnienia konieczne jest jeszcze zaistnienie czwartej przesłanki. Innymi słowy nie podlegałby wykluczeniu wykonawca, który co prawda przedstawił wprowadzające w błąd informacje, ale uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia tej nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku."* Wykluczenie na tym etapie nie jest więc jak argumentował Odwołujący działaniem przedwczesnym, a zgodnym z celem przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania w sprawie KIO 840/24 oraz KIO 842/24 w wysokości 30 000,00 zł (15 000,00 zł dla każdej ze spraw).
Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……