

Sygn. akt: KIO 2738/23

## WYROK

z dnia 3 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2023 r. przez wykonawcę **ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce**, w postępowaniu prowadzonym przez **Spółeczną Inicjatywę Mieszkaniową w Stalowej Woli Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli**, przy udziale wykonawcy **Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

### orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 i nakazuje Zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b) wezwanie wykonawcy Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich do uzupełnienia/poprawienia Wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP lub udzielenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy PZP w przedmiocie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ w stosunku do Pana A. M. w zakresie pełnienia przez niego funkcji Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych posiadającym minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku,
  - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 – 3, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 3 SWZ w stosunku do Pana M. S. oraz w stosunku do Pana A. M. co do posiadanego doświadczenia jako Kierownik Robót dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń ciepłych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej branży) określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ.
3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3:
  - 4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce, tytułem wpisu od odwołania.
  - 4.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 467 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) .

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2738/23

### Uzasadnienie

Zamawiający – Spółeczna Inicjatywa Mieszkaniowa w Stalowej Woli Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *Budowa zespołu wielorodzinnych budynków mieszkalnych (budynki nr 3, 4, 5 wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną w ramach tworzenia Osiedla Ogrodowego w Stalowej Woli)*, numer sprawy SIM/ZP/261/2/2023. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U./S S119 22/06/2023 374775-2023-PL.

W dniu 17 września 2023 r. wykonawca ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia:

1) czynności wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy **ADAMIETZ Sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie** (dalej zwany także: „ADAMIETZ”) dokonanej pismem Zamawiającego z dnia 7 września 2023 r.;

2) zaniechania czynności wykluczenia z ww. postępowania **ADAMIETZ** na podstawie Rozdział IX ust. 1 pkt 11 SWZ, gdyż **ADAMIETZ** w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez **ADAMIETZ** warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu;

**ewentualnie**

3) zaniechania czynności odrzucenia oferty **ADAMIETZ** z postępowania;

**ewentualnie**

4) zaniechania wezwania Wykonawcy **ADAMIETZ** do uzupełnienia/poprawienia dokumentu wykazu osób, skierowanych przez **ADAMIETZ** do realizacji zamówienia publicznego lub złożenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, na podstawie art. 128 ust. 1 oraz 4 PZP, a następnie odrzucenia oferty tego Wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

1) Naruszenie **art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP** poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z ww. postępowania **ADAMIETZ** na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z Rozdział IX ust. 1 pkt 11 SWZ, gdyż **ADAMIETZ** w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez **ADAMIETZ** warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu; **ewentualnie**

2) naruszenie **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) PZP** poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty **ADAMIETZ** i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo tego że **ADAMIETZ** nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wskazanych w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ; **ewentualnie**

3) naruszenie **art. 128 ust. 1 PZP** oraz **art. 128 ust. 4 PZP** poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania **ADAMIETZ** do uzupełnienia/poprawienia wykazu osób, skierowanych przez **ADAMIETZ** do realizacji zamówienia publicznego lub udzielenia wyjaśnień – co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej określonego w **Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ**, tj. dysponowania przez **ADAMIETZ** odpowiednią kadrą techniczną wskazaną w tych punktach SWZ.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosilo uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy **ADAMIETZ**;

2) wykluczenia **ADAMIETZ** z ww. postępowania **ewentualnie** odrzucenia oferty Wykonawcy **ADAMIETZ**;

3) dokonania powtórnej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych i złożonych przez wykonawców niewykluczonych z niniejszego postępowania.

Odwołujący wskazał, że:

### **Wstęp**

Zgodnie z Rozdziałem VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ, *„udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy potwierdzający spełnienie następujących warunków dotyczących (...) Wykonawca winien dysponować kadrą techniczną z uprawnieniami i kwalifikacjami tj. – kierownikiem robót posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych, posiadającym minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku oraz posiadającym doświadczenie jako kierownik budowy dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń cieplnych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej”.*

Zgodnie zaś z Rozdziałem VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 3 SWZ, *„udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy potwierdzający spełnienie następujących warunków dotyczących (...) Wykonawca winien dysponować kadrą techniczną z uprawnieniami i kwalifikacjami tj. – kierownikiem robót posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadającym min. 5 lat doświadczenia na przedmiotowym stanowisku oraz posiadającym doświadczenie jako kierownik budowy dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej”.*

W postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę

**ADAMIETZ** Takie rozstrzygnięcie nie zasługuje na aprobatę. Oferta wskazanego **ADAMIETZ** powinna zostać odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z Rozdziałem X pkt 6 SWZ Zamawiający przewidział zastosowanie tzw. procedury odwróconej, gdzie Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, podmiotowych środków dowodowych, których wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu.

Pismem z 16 sierpnia 2023r. Zamawiający wezwał **ADAMIETZ** do złożenia podmiotowych środków dowodowych, których wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – załącznik nr 6”, dalej „Wykaz”. Wraz z pismem z 17 sierpnia 2023r. **ADAMIETZ** przedłożyło Zamawiającemu Wykaz.

Następnie pismem z 23 sierpnia 2023r., na podstawie art. 223 ust 1 PZP Zamawiający wezwał **ADAMIETZ** do złożenia wyjaśnień poniżej wskazanych niejasności: „W zakresie podmiotowego środka dowodowego – „wykaz osób”:

- Czy wskazana wartość inwestycji powyżej 1 500 000,00 zł brutto dotycząca pana A. M. dotyczy branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych czy całego zadania?

- Czy wskazana wartość inwestycji powyżej 1 500 000,00 zł brutto dotycząca pana M. S. dotyczy branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych czy całego zadania?”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie w piśmie z 25 sierpnia 2023r. **ADAMIETZ** oświadczyła, że:

„2. Wskazana, w załączniku nr 6 do dokumentu SWZ – Wykaz osób, wartość inwestycji pn. „Budowa budynków biurowych z funkcją usługową przy ul. Plac Konesera 12 w Warszawie”, której investorem była firma K-INVEST 2 Sp. z o.o., podczas, której funkcję Kierownika Robót Sanitarnych pełnił Pan A. M., dotyczyła wykonania robót branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Wymieniony powyżej zakres robót instalacyjnych branży sanitarnej przekroczył wartość 1 500 000,00 PLN brutto. Całkowita wartość inwestycji odnosząca się do wskazanego przez Zamawiającego obszaru wynosiła 2.130.000,00 zł.

3. Wskazana, w załączniku nr 6 – Wykaz osób, wartość inwestycji pn. „Inwestycja: Budowa kompleksu mieszkalno-usługowego IN-CITY OKAM I ul. Siedmiogrodzka 1/3 – wykonanie instalacji elektrycznej, niskoprądowej i SAP”, której investorem była firma OKAM CAPITAL Sp. z o.o., podczas, której funkcję Kierownika Robót Elektrycznych pełnił Pan M S., dotyczyła wykonania robót branży instalacyjnej w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Wymieniony powyżej zakres robót instalacyjnych branży elektrycznej przekroczył wartość 1 500 000,00 PLN brutto. Całkowita wartość inwestycji odnosząca się do wskazanego przez Zamawiającego obszaru wynosiła 2.300.000,00 zł.”.

Jednocześnie **ADAMIETZ** przedłożyła wraz z ww. pismem:

1) oświadczenie **Pana A. M.**, z którego treści wynika, iż: „oświadczam, że spełniam wymóg określony przez Zamawiającego w dokumencie SWZ, Rozdział VII, Punkt 1, ppkt. 4 lit. b) tj. Wykonawca winien dysponować kadrą techniczną z uprawnieniami i kwalifikacjami tj.: kierownikiem robót posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych, posiadający minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku oraz posiadającym doświadczenie jako kierownik robót dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń cieplnych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej branży). Jestem czynnym członkiem Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, posiadam uprawnienia budowlane nr ewidencyjny PDK/0321/OWOS/17 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Posiadam 5 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych oraz pełniłem funkcję Kierownika Robót Sanitarnych na zakończonej w maj 2021r. inwestycji pn. „Budowa budynków biurowych z funkcją usługową przy ul. Plac Konesera 12 w Warszawie”, której investorem była firma: K-INVEST 2 Sp. z o.o., wartość robót budowlanych w branży instalacyjnej w zakresie robót sanitarnych na ww. inwestycji, wyniosła 2 130 000,00 zł netto”;

2) oświadczenie **Pana M. S.**, z którego treści wynika, iż: „spełniam wymóg określony przez Zamawiającego w dokumencie SWZ, Rozdział VII, Punkt 1, ppkt. 4 lit. b) tj. Wykonawca winien dysponować kadrą techniczną z uprawnieniami i kwalifikacjami tj.: kierownikiem robót posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, posiadającym min. 5 lat doświadczenia na przedmiotowym stanowisku oraz posiadającym doświadczenie jako kierownik

robót dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej branży); Jestem czynnym członkiem Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, posiadam uprawnienia budowlane nr MAZ/0302/PW0E/04 do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Posiadam ponad 10 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Robót Elektrycznych oraz pełniłem funkcję Kierownika Robót Elektrycznych na zakończonej w grudniu 2013r. inwestycji pn. „Budowa kompleksu mieszkalno-usługowego IN-CITY OKAMI ul. Siedmiogrodzka 1/3 - wykonanie instalacji elektrycznej, niskoprądowej i SAP.", której inwestorem była firma: OKAM CAPITAL Sp. z o.o., wartość robót budowlanych w branży instalacyjnej w zakresie robót elektrycznych i elektroenergetycznych na ww. inwestycji, wyniosła 2 300 000,00 zł netto”.

Należy stwierdzić, że ww. wyjaśnienie **ADAMIETZ**, Pana A. M. oraz Pana M. S. nie potwierdzają spełnienia przez **ADAMIETZ** warunków ubiegania się o ww. zamówienie.

Jednocześnie należy zauważyć, że Pan A. M. posiada uprawnienia budowlane co prawda od grudnia 2017r., a więc niecałe 6 lat, co nie jest jednoznaczne z warunkiem postawionym przez Zamawiającego, tj. bycia „kierownikiem robót posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych, posiadającym minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku”.

Zgodnie z art. 45 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 2023r., poz. 682, 553, 967 ze zm.), dalej „**Prawo budowlane**”, przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzone kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji. Prowadzenie dziennika budowy w świetle ustawy Prawo budowlane jest obowiązkiem kierownika budowy (art. 22 i art. 42 ust. 2 Prawa budowlanego). Dziennik budowy jest przeznaczony do rejestracji, w formie wpisów, przebiegu robót budowlanych oraz wszystkich zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku ich wykonywania i mających znaczenie przy ocenie technicznej prawidłowości wykonywania budowy, rozbiórki lub montażu.

Paragraf 6 ust. 2 i 4 wydanego na mocy delegacji ustawowej (art. 45 ust. 4 Prawa budowlanego) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz.U. z 2018 r. poz. 963) obowiązujący **do dnia 18 września 2021r.** stanowią, że na pierwszej stronie dziennika budowy inwestor zamieszcza imię i nazwisko lub nazwę (firmę) wykonawcy lub wykonawców oraz osób sprawujących kierownictwo budowy i robót budowlanych, nadzór autorski i inwestorski, podając ich specjalności i numery uprawnień budowlanych. Osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków. Jeżeli w trakcie wykonywania robót budowlanych następuje zmiana kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego lub projektanta sprawującego nadzór autorski, w dzienniku budowy dokonuje się wpisu określającego stan zaawansowania i zabezpieczenia przekazywanej budowy, rozbiórki lub montażu. Wpis ten potwierdza się datą i podpisami osoby przekazującej i przejmującej obowiązki. Bardzo istotne znaczenie ma użyty w § 6 ust. 2 ww. rozporządzenia spójnik „i” (a nie „lub”), który wskazuje na obowiązek wpisu do dziennika budowy kierowników robót, o ile oczywiście zostali ustanowieni, a nie tylko kierownika budowy, w szczególności w kontekście art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego, który stanowi, iż **przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno- budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności.**

Również na gruncie:

- § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie sposobu prowadzenia dzienników budowy, montażu i rozbiórki z dnia 6 września 2021r., które zastąpiło ww. rozporządzenie i obowiązywało **do dnia 26 stycznia 2023r.**, „Na pierwszej stronie dziennika inwestor zamieszcza imię i nazwisko lub firmę wykonawcy albo wykonawców oraz imiona i nazwiska osób pełniących funkcje kierownika budowy lub kierownika robót oraz osób sprawujących nadzór autorski i inwestorski, a także ich specjalności i numery uprawnień budowlanych. Osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków”;

- § 10 ust. 2 obowiązującego obecnie rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 22 grudnia 2022 r. w sprawie dziennika budowy oraz systemu Elektroniczny Dziennik Budowy, „*Przed rozpoczęciem robót budowlanych, za które ma odpowiadać kierownik robót, inwestor albo kierownik budowy dokonują wpisu dotyczącego osoby, której powierza się funkcję kierownika robót*”.

Co więcej, **do dnia 18 września 2021r.** osoby pełniące funkcje kierowników robót musiały być zgłaszane do organu nadzoru budowlanego, co wprost wynikało z art. 41 ust. 4 pkt 1 Prawa budowlanego (w zw. z cytowanym wyżej art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego) w brzmieniu obowiązującym **do dnia 18 września 2021r.** – „*Inwestor jest obowiązany*

*zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, dla których wymagane jest pozwolenie na budowę (...) organ nadzoru budowlanego (...), dołączając na piśmie oświadczenie kierownika budowy (robót), stwierdzające (...) przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi) (...)*".

Przyjęcie przez daną osobę odpowiedzialności za pełnienie samodzielnej funkcji technicznej przy konkretnych robotach budowlanych jest jej immanentnym elementem (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2018 r., KIO 1399/18). Jeżeli dana osoba nie zgodziła się przez złożenie podpisu w dzienniku budowy na przyjęcie od określonego dnia obowiązków powierzanych kierownikowi robót, nie może skutecznie twierdzić, że przy wykonywaniu tych robót pełniła taką samodzielną funkcję techniczną. Nawet jeżeli wykonywała faktycznie czynności przypisywane kierownikowi robót, nie ponosiła za to odpowiedzialności przypisywanej osobie, która formalnie wyraziła zgodę na pełnienie takiej samodzielnej funkcji technicznej. Taki quasi-kierownik robót nie jest jednym z uczestników procesu budowlanego, o których mowa w art. 17 Prawa budowlanego. **Wyłącznie osoby formalnie pełniące przy wykonywaniu robót budowlanych samodzielne funkcje techniczne, w ramach wynikających z tego obowiązków i uprawnień określonych przepisami Prawa budowlanego, mogą być uznane za pełnoprawnych uczestników tego procesu. Pełnienie funkcji technicznej w budownictwie, choć samodzielne z nazwy w rzeczywistości wiąże się również z interakcją z pozostałymi uczestnikami procesu budowlanego, która może prawidłowo przebiegać wyłącznie pomiędzy osobami, które formalnie przyjęły obowiązki związane z daną funkcją.**

Odwołujący stoi na stanowisku, że Pan A. M. na dzień składania Wykazu nie spełniał warunku w postaci pełnienia funkcji kierownika robót budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych przez okres 5 lat potwierdzonego stosownymi wpisami do dzienników budów, a także zgłoszeniami do organu nadzoru budowlanego dokonanymi w odniesieniu do funkcji, której rozpoczęcie nastąpiło przed 19 września 2021r. Odwołujący zastrzega w tym zakresie prawo przedłożenia na rozprawie dowodów potwierdzających ww. zarzut odwołującego.

Także Pan A. M. nie posiada pełnego doświadczenia jako kierownik robót dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń cieplnych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej branży), co również Odwołujący dowiedzie w trakcie rozprawy.

Spełnienie kwestionowanych przez Odwołującego wymagań ubiegania się o przedmiotowe zamówienie nie zostało potwierdzone w Wykazie złożonym przez **ADAMIETZ**, który stanowi wymagany przez Zamawiającego – zgodnie z SWZ – dowód spełnienia ww. warunku ubiegania się o ww. zamówienie. Zgodnie bowiem z Rozdziałem 10 ust. 6 pkt 3 SWZ, *„W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca na wezwanie zamawiającego przedkłada następujące dokumenty: 3) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami załącznik nr 6”*.

#### **Zasadność zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP**

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. W okolicznościach niniejszej sprawy ww. fakultatywna przesłanka wykluczenia została przewidziana w Rozdziale IX ust. 1 pkt 11 SWZ.

Jak wynika z uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:

- z dnia 26 kwietnia 2022 r., KIO 918/22: *„Zamawiający ma zawsze możliwość żądania wyjaśnień co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, jak i w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. (...) Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych 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. Z art. 109 ust. 1 pkt 8 Prawa Zamówień Publicznych wynika, że wprowadzenie w błąd musi*

przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. **Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie. W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 KC, zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości**”.

- z dnia 2 sierpnia 2022 r., KIO 1854/22, „Z tego względu, dla zbadania faktycznego doświadczenia wykonawcy (podmiotu trzeciego) niezbędne jest zweryfikowanie rzeczywistego zakresu zrealizowanych przez niego czynności w ramach zadania. Jeżeli wykonawca zaniecha takiego badania, to zamawiający ma prawo przypisać mu lekkomyślność i niedbalstwo. Nie ma w tej sytuacji znaczenia, że intencją wykonawcy nie było wprowadzenie zamawiającego w błąd czy też przekazanie mu nieprawdziwych informacji – dla zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych istotne jest wystąpienie wskazanego w tych przepisach skutku”.

Odnosząc powyższą przesłankę wykluczenia do realiów niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że **ADAMIETZ** przedkładając Zamawiającemu Wykaz oraz składając oświadczenia, w których **ADAMIETZ** oświadczył, że spełnia wszystkie wymagania ubiegania się o realizację ww. zamówienia, w tym wskazane w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ, kwalifikuje się do wykluczenia z niniejszego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP. Co więcej, na wezwanie Zamawiającego z 23 sierpnia 2023r. **ADAMIETZ** potwierdziła, że Pan A. M. spełnia wymagania określone w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ. Zatem w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia co najmniej z rażącym niedbalstwem po stronie **ADAMIETZ**, gdyż **ADAMIETZ** składając ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, a następnie wyjaśnienia – po zakwestionowaniu treści Wykazu przez Zamawiającego – powinna była się upewnić, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, a w szczególności, czy Pan A.M. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych oraz minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku oraz czy Pan A. M. posiada pełne doświadczenie jako kierownik robót dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń ciepłych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej branży),

Obiektywnie należy stwierdzić, że Pan A. M. nie jest osobą, która spełnia wymogi opisane w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ, co potwierdzą przedłożone przez Odwołującego na rozprawie dowody. W związku z powyższym **ADAMIETZ** wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia wszystkie warunki udziału w ww. postępowaniu, co skutkowało wyborem przez Zamawiającego oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej złożonej w niniejszym postępowaniu.

Wskazać należy, że Zamawiający powinien wykluczyć **ADAMIETZ** z niniejszego postępowania, a zaniechanie dokonania tej czynności przez Zamawiającego uzasadnia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP.

**Zasadność zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz C) PZP oraz art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 128 ust. 4 PZP**

Wskazać należy, że w toku niniejszej sprawy **ADAMIETZ** była już jeden raz wzywana przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku posiadania zdolności zawodowej określonego w **Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ**. Dlatego też na obecnym etapie nie jest dopuszczalne ponowne składanie wyjaśnień lub uzupełnienie Wykazu przez **ADAMIETZ** w zakresie spełnienia warunku posiadania zdolności zawodowej określonego w **Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ** (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r., KIO 671/23). Sankcja odrzucenia oferty **ADAMIETZ** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP może nastąpić po skorzystaniu przez Zamawiającego z przepisu art. 128 PZP. Przedkładając zatem treść ww. przepisu na okoliczności stanu faktycznego niniejszej sprawy, Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty **ADAMIETZ** na wskazanej podstawie prawnej, gdyż w stosunku do uprzednio złożonych przez **ADAMIETZ** podmiotowych środków dowodowych zastosował procedurę z art. 128 PZP. Upływ terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych i ich wadliwe uzupełnienie, wyjaśnienie lub poprawienie (przez co należy rozumieć takie uzupełnienie lub poprawienie złożonych uprzednio podmiotowych środków

dowodowych, które wciąż jest niewystarczające do uznania, że dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu), powinien w niniejszej sprawie skutkować odrzuceniem oferty **ADAMIETZ**

Powyższe okoliczności wskazują na co najmniej wątpliwości w zakresie wykazania przez **ADAMIETZ** warunku zdolności technicznej lub zawodowej. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z Rozdziałem 10 ust. 6 pkt 3 SWZ, „W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca na wezwanie zamawiającego przedkłada następujące dokumenty: 3) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami załącznik nr 6”.

Pomimo otrzymania przez **ADAMIETZ** od Zamawiającego wezwania z 23 sierpnia 2023r. wraz z pismem z 25 sierpnia 2023r. **ADAMIETZ** nie przedłożył zaktualizowanego Wykazu, który dowodziłby spełnienie przez kadrę wskazaną przez **ADAMIETZ** warunku posiadania zdolności zawodowej określonego w **Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ** tj.:

- dysponowanie kierownikiem robót posiadającym doświadczenie jako kierownik budowy dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń cieplnych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej);

- dysponowanie kierownikiem robót posiadającym doświadczenie jako kierownik budowy dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej).

Gdyby nawet uznać, że dwa pierwsze zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, czemu zaprzeczam, to w związku z dostrzeżeniem przez Zamawiającego opisanych powyżej uchybień **ADAMIETZ** zamawiający (działając z daleko posuniętej ostrożności) – po raz kolejny

– powinien był wystosować do Wykonawcy odpowiednie wezwania w trybie przepisów art. 128 ust. 1 oraz 4 PZP (uzupełnienia/poprawienia Wykazu lub do złożenia wyjaśnienia na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie do wskazanych w Wykazie osób, tj. Pana A. M. oraz Pana M. S.), gdyż przedłożone w piśmie z 25 sierpnia 2023r. przez **ADAMIETZ** wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia przez **ADAMIETZ** wymogu określonego w **Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ** dotyczącego:

- dysponowania kierownikiem robót posiadającym doświadczenie jako kierownik budowy dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń cieplnych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej);

- dysponowania kierownikiem robót posiadającym doświadczenie jako kierownik budowy dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej).

Zamawiający zaniechał więc dokonania czynności wymaganych art. 128 ust. 1 oraz 4 PZP w celu potwierdzenia wykazania przez **ADAMIETZ** spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2022 r., KIO 551/22).

Opisane postępowanie Zamawiającego prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nierównego traktowania wykonawców w tym postępowaniu (prawidłowo wykazujących okresy doświadczenia zawodowego kierownika budowy) i może wpływać na ostateczny ranking ofert, a nawet decyzje o udziale przez danego wykonawcę w przetargu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 września 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że:

Ogół zarzutów odwołania dotyczy badania oferty wykonawcy **Adamietz Sp. z o.o.** (zwanego dalej „Przystępującym”) oraz rzekomego niewykazania spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogów dysponowania kadrą techniczną z uprawnieniami i kwalifikacjami – dotyczących dysponowania:

- 1) kierownikiem robót posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych, posiadającym minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku oraz posiadającym doświadczenie jako kierownik budowy dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń cieplnych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej branży)

– warunek ustanowiony w **Rozdziale VII pkt 1 ppkt 4 lit b tiret drugim SWZ**dalej jako „**Kierownik Robót Sanitarnych**”);

2) kierownikiem robót posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, posiadającym min. 5 lat doświadczenia na przedmiotowym stanowisku oraz posiadającym doświadczenie jako kierownik budowy dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej branży)

– warunek ustanowiony w **Rozdziale VII pkt 1 ppkt 4 lit b tiret drugim SWZ**dalej jako: „**Kierownik Robót Elektrycznych**”).

Zamawiający wskazuje, że zarzuty odwołania oparte są na niczym nie popartych przypuszczeniach Odwołującego oraz nieprawidłowej ocenie podmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnień i oświadczeń złożonych przez Przystępującego.

**Odnosząc się szczegółowo do zarzutów odwołania, wskazuje:**

**I.W pierwszej kolejności Zamawiający zwraca uwagę, iż zarzuty odwołania wniesionego przez ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. nie powinny podlegać rozpoznaniu z uwagi na ich blankietowe uzasadnienie oraz brak wskazania okoliczności faktycznych, które stanowią podstawę zarzutów.**

Skoro zarzuty odwołania opierają się na **kwestionowaniu doświadczenia dwóch osób** tj. pana A. M. – wskazanego w Wykazie osób Przystępującego do pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych, oraz pana M. S. – wskazanego w Wykazie osób Przystępującego do pełnienia funkcji jako Kierownika Robót Elektrycznych – to **Odwołujący zobowiązany był do wskazania w treści odwołania okoliczności faktycznych, z których wywodzi powyższe.**

Natomiast Odwołujący ograniczył się do ogólnych stwierdzeń o niespełnieniu warunków udziału – nie wskazując okoliczności, z których wywodzi takie twierdzenie. Odwołujący w treści odwołania przeprowadził również analizę przepisów odnoszących się do reguł angażowania kierownika budowy / kierowników robót branżowych – do wykonywania określonych zadań w toku realizacji inwestycji, jednak nie odniósł ich w żaden sposób do sytuacji osób, których doświadczenie kwestionuje.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem – **Odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego**, powinno konkretyzować zarzuty nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, **wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.**

Odnosząc powyższe do regulacji ustawy Pzp – wskazać należy, że o ile możliwe jest przedstawianie przez strony postępowania dowodów na poparcie swoich twierdzeń aż do zamknięcia rozprawy – o tyle w przepisie art. 535 Pzp mowa jest tylko o dowodach, **a nie o przedstawianiu okoliczności faktycznych.** Co więcej art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp wymaga wskazania okoliczności faktycznych w treści odwołania. Oznacza to, że **nie jest możliwe uzupełnienie okoliczności faktycznych zarzutu na rozprawie.**

Odwołujący wskazuje, że konkretne osoby wskazane przez Przystępującego w Wykazie osób „nie mogą stanowić podstawy do uznania, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu”.

Odwołujący nie wskazuje jednak w odwołaniu – DLACZEGO – czyli jego zamiarem jest NIE PODAWANI OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH, które mogłyby stanowić podstawę do oceny zarzutu przez Zamawiającego.

Na tę okoliczność Odwołujący zamierza „przedstawić dowody na rozprawie”. Jest to strategia odwołującego zmierzająca do utrudnienia należytej analizy niniejszej sprawy przez zamawiającego. **Odwołujący postawił zarzuty w taki sposób, że zamierza DOPIERO NA ROZPRAWIE SKONKRETYZOWAĆ ZARZUTY – PODAJĄC WTEDY OKOLICZNI FAKTYCZNE.**

W kontekście sformułowania tezy dowodowej powyższe twierdzenie należy uznać za niewystraszające z tego powodu, iż nie jest wiadomo z jakich przyczyn (z jakich faktów) Odwołujący wywodzi powyższe. W zarzutach odwołania brakuje wskazania przyczyn, z których miałby wynikać fakt, który ma być dopiero przedmiotem dowodzenia na rozprawie.

W tym miejscu wymaga zaznaczenia, że taki sposób konstruowania zarzutów – tj. bez wskazania podstaw faktycznych, na których opierają się zarzuty – został uznany przez Izbę za nieprawidłowy, czemu wyraz dano w następujących orzeczeniach:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r., KIO 496/23:

[...] o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wpewier muszą zaistnieć bowiem w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. **Stąd odwołanie, które inicjuje**

postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, Przy czym nie może się to sprowadzać do samego zanegowania prawidłowości działania zamawiającego, a wymaga skonkretyzować okoliczności faktycznych, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r., KIO 431/20:

**Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.** Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2020 r., KIO 3088/20:

**Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie bowiem zwracała uwagę, że wykonawca, wnosząc odwołanie ma obowiązek precyzyjnego wyrażenia swoich zastrzeżeń wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, co oznacza konieczność określenia nie tylko podstawy prawnej zarzutu i żądania, ale również podstawy faktycznej - na tyle precyzyjnie, aby umożliwić stronie przeciwnej odniesienie się do tych zarzutów, a Izbie - ocenę ich zasadności. Precyzyjne zakreślenie podstawy faktycznej zarzutu winno nastąpić już w treści odwołania.** Formułując zatem zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego, odwołujący był zobowiązany wskazać w odwołaniu, w jaki sposób treść przekazywanych nieprawdziwych informacji miała lub mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby odwołujący nie wywiązał się z tego obowiązku, ograniczając się jedynie do twierdzeń, że przystępujący złożył deklarację odnoszącą się nie do wymagania zawartego w opisie, a "zadeklarował opis wskazujący na płynną zmianę okna skali szarości", co należy uznać za niewystarczające dla oceny przedmiotowego zarzutu. Izba nie może bowiem - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przez co należy rozumieć również zarzuty blankietowe, przedstawione jedynie w sposób ogólny i niedoprecyzowany. Brak wskazania przyczyn, z których Odwołujący wywodzi niespełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, w istocie **uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację i szczegółowe odniesienie się do twierdzeń odwołania.**

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania w dalszym ciągu nie ma wiedzy, co do okoliczności, z których Odwołujący wywodzi, iż Przystępujący miałby nie spełniać warunku udziału w postępowaniu. Nie wiadomo dlaczego Odwołujący uważa, iż osoby wskazane przez Przystępującego w Wykazie – nie są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

**W tych okolicznościach Zamawiający wnosi o uznanie zarzutów odwołania za bezzasadnych – ponieważ Odwołujący nie określił okoliczności faktycznych w odwołaniu, a tym samym – zrzuty te nie zostały uzasadnione i nie mogą być dowiedzione przez Odwołującego z uwagi na brak konkretyzacji.**

**II. Z uwagi na okoliczność, iż zarzuty dotyczą potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający odniesie się do sposobu w jaki badał ofertę Przystępującego w tym zakresie.**

Zamawiający wskazuje, że stosownie do postanowień SWZ przewidziano taki model potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, który wymagał złożenia Wykazu osób.

Wykaz osób miał zawierać informacje dotyczące:

- kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

**Wykaz osób stanowił jedyną formę potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odnoszącego się do dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia przez wykonawcę.**

Przystępujący złożył wykaz, w którym wskazał następujące osoby oraz informacje o ich doświadczeniu i kwalifikacjach:

Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła jedynie kwestia potwierdzenia, iż wskazane w wykazie wartości robót dotyczą wartości robót konkretnego rodzaju wskazanego w opisie warunku udziału, a nie wartości całej inwestycji. W zasadzie Zamawiający nie musiał nawet wyjaśniać przedmiotowej kwestii – skoro treść warunku odwoływała się do wartości konkretnego rodzaju robót – zasadniczo można było przyjąć, że profesjonalny podmiot uzupełniając wykaz wskazał właśnie tę wymaganą przez Zamawiającego wartość. Niemniej w celu zachowania przejrzystości – Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia ww. kwestii.

Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień w następujący sposób:

W zakresie podmiotowego środka dowodowego – „wykaz osób”:

- Czy wskazana wartość inwestycji powyżej 1 500 000,00 zł brutto dotycząca pana . M. dotyczy branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych czy całego zadania?

- Czy wskazana wartość inwestycji powyżej 1 500 000,00 zł brutto dotycząca pana M. S. dotyczy branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych czy całego zadania?

Dalej należy wskazać, że w wyjaśnieniach z dnia 25.08.2023 r. Przystępujący w sposób jednoznaczny odniósł się do pytania Zamawiającego i w sposób niewątpliwy potwierdził, iż wartość prac wskazana w wykazie dotyczyła wyłącznie tych prac, które zawarto w opisie warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto Przystępujący przedłożył wraz z wyjaśnieniami oświadczenia osób wskazanych w wykazie. Ich treść w sposób niebudzący wątpliwości potwierdziła nie tylko wartość robót, ale ogólnie potwierdziła, że doświadczenie i kwalifikacje tych osób są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

### **III. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp:**

1) po pierwsze, że informacje zawarte w Wykazie osób są nieprawdziwe – natomiast Odwołujący nie przedstawił żadnej okoliczności, która miałaby o tym świadczyć, nie mówiąc nawet o przedstawieniu jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie;

2) po drugie, że Przystępujący przedstawiając informacje nieprawdziwe działał w warunkach zamiaru bądź rażącego niedbalstwa – ten aspekt w odwołaniu w ogóle nie znalazł odniesienia.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, żeby w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia Przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd.

Zarzut opiera się na twierdzeniu, iż Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z uwagi na „niepełne” – zdaniem Odwołującego – doświadczenie osób wskazanych w Wykazie do pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych oraz Kierownika Robót Elektrycznych. Powyższe nie zostało wykazane przez Odwołującego, a Zamawiający nie miał żadnych podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwestionowanym w odwołaniu – zarówno na etapie badania oferty Przystępującego jak i aktualnie po przeprowadzeniu analizy odwołania.

Do potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp konieczne byłoby wykazanie:

Nawet gdyby uznać że doświadczenie wskazanych osób jest niewystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu – co jednak nie zostało w żaden sposób wykazane, a sposób potwierdzenia przedmiotowego zamówienia przez Przystępującego – był prawidłowy i nie budził wątpliwości – to sytuacja taka nie jest równoznaczna z przedstawieniem informacji nieprawdziwych. Wielokrotnie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zdarza się, że ocena faktów między poszczególnymi jego uczestnikami różni się. Nie oznacza to bynajmniej, że zawsze któraś ze stron ma zamiar wprowadzenia w błąd. Podmiotowy środek dowodowy, którego treść nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu podlega konwalidacji

Mając na względzie powyższe Zamawiający wnosi o uznanie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp za bezzasadny.

### **IV. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) PZP:**

1. Na podstawie ogółu dokumentów i oświadczeń złożonych przez Przystępującego w postępowaniu – szczegółowo opisanych we wcześniejszej części niniejszej Odpowiedzi na odwołanie – Zamawiający nie miał żadnych podstaw do kwestionowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Procedura badania oferty w zakresie warunków udziału w postępowaniu przebiegała zgodnie z zasadami ustanowionymi w przepisach ustawy Pzp i dokumentach zamówienia. Zamawiający nie miał żadnych podstaw do powzięcia wątpliwości co do prawdziwości informacji przedstawionych mu przez Przystępującego.

Zamawiający nie miał również podstaw, ani nie przysługiwało mu żadne uprawnienie do żądania od Przystępującego jakichś dodatkowych dokumentów czy oświadczeń, ponad to co do tej pory otrzymał od Przystępującego, gdyż do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w omawianym zakresie – konieczne było złożenie jedynie Wykazu osób. Tymczasem poza Wykazem osób Zamawiający dysponował również wyjaśnieniami i oświadczeniami osób wskazanych w wykazie – które w sposób jednoznaczny potwierdzały, że Przystępujący spełnia warunek udziału w

postępowaniu.

2. Odnosząc się do twierdzeń zawartych w odwołaniu:

1) fragment z odwołania:

Należy stwierdzić, że ww. wyjaśnienie **ADAMIETZ**, Pana A. M. oraz Pana M. S. nie potwierdzają spełnienia przez **ADAMIETZ** warunków ubiegania się o ww. zamówienie.

**Powyższe twierdzenie nie zostało w żaden sposób rozwinięte. Odwołujący nawet nie podjął próby wytłumaczenia dlaczego w jego ocenie doświadczenie ww. osób jest niewystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku.**

Odwołujący nie wskazuje również dlaczego wyjaśnienia złożone przez Przystępującego poparte również oświadczeniami osób, których dotyczą – miałyby być nieprawidłowe.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że Zamawiający nie ustanowił kwalifikowanego sposobu potwierdzenia doświadczenia osoby wskazanej w Wykazie osób. Zatem ostateczne potwierdzenie zakresu doświadczenia mogło również przybrać formę oświadczenia osoby której dotyczy, a i tak oświadczenie takie należałoby uznać za nadmiarowe w kontekście braku odpowiedniego wymogu SWZ.

W tych okolicznościach powyższe twierdzenie Odwołującego należy uznać za bezpodstawne.

2) fragment z odwołania:

Jednocześnie należy zauważyć, że Pan A. M. posiada uprawnienia budowlane co prawda od grudnia 2017 r., a więc niecałe 6 lat, co nie jest jednoznaczne z warunkiem postawionym przez Zamawiającego, tj. bycia „kierownikiem robót posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych, posiadającym minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku”.

**Powyższe twierdzenie oparte jest na błędnej i nieuprawnionej interpretacji postanowień SWZ. W istocie prowadzi ono do zawężenia treści warunku, które to nie jest dopuszczalne na tym etapie postępowania.**

Zamawiający wymagał 5-letniego doświadczenia, **ale w żadnym miejscu w SWZ nie wskazał, że doświadczenie będzie rozumiane jako okres sprawowania danej funkcji.**

Podobnie jak pozostałe twierdzenia Odwołującego – tak również i powyższe – wskazuje jedynie na wątpliwości Odwołującego, brak jest natomiast w odwołaniu jakiegokolwiek argumentacji, która miałaby tę wątpliwość uzasadniać.

Na marginesie należy zauważyć, iż sama okoliczność, że od uzyskania uprawnień upłynęło 6 lat w żaden sposób nie wskazuje, że osoba taka nie posiada 5 letniego doświadczenia zawodowego. Dla przykładu osoba z 10 latami od uzyskania uprawnień mogła wykonywać zawód przez okres 3 lat – jednak idąc tokiem rozumowania Odwołującego – doświadczenie zawodowe takiej osoby nie budziłoby już wątpliwości wyłącznie z powodu dłuższego okresu od uzyskania uprawnień zawodowych.

3) Fragment z odwołania:

Zgodnie z art. 45 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 2023r., poz. 682, 553, 967 ze zm.), dalej „Prawo budowlane”, przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzono kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji. Prowadzenie dziennika budowy w świetle ustawy Prawo budowlane jest obowiązkiem kierownika budowy (art. 22 i art. 42 ust. 2 Prawa budowlanego). [...] itd.

**Odwołujący przywołuje szereg regulacji związanych z pełnieniem funkcji kierownika budowy / kierownika robót branżowych, ale nie odnosi ich w żaden sposób do sytuacji osób, których doświadczenie kwestionuje.**

**Odwołujący nie wyjaśnia jakie znaczenie dla zarzutów odwołania mają przywołane przez niego regulacje.**

Można się jedynie domyślać, że mają one stanowić argumentację powiązaną z dowodami, które Odwołujący zamierza przedłożyć na rozprawie – jednak jak już wskazano w pierwszej części niniejszej Odpowiedzi na odwołanie – nie zostały wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne, które Odwołujący zamierza dowodzić.

Tego rodzaju działanie Odwołującego – uniemożliwia odniesienie się merytoryczne do stawianego przez niego „zarzutu” – gdyż nie daje Zamawiającemu możliwości odpowiedzi na skonkretyzowany zarzut.

W tych okolicznościach Zamawiający nie może odnieść się do wyводу poczynionego w odwołaniu odnośnie do reguł związanych z pełnieniem funkcji kierownika budowy / kierownika robót branżowych – bowiem nie wiadomo jakie okoliczności wywodzi z nich odwołujący.

**Niezależnie od powyższego- podkreślić należy, że Zamawiający nie wymagał potwierdzenia doświadczenia kierowników robót branżowych wpisami do dzienników budowy. Zatem fakt, że Zamawiający nie otrzymał takich dokumentów – nie ma znaczenia w kontekście potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.**

5.Reasumując – potwierdzenie przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia osób skierowanych do pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych oraz Kierownika Robót Elektrycznych odbyło się w sposób przewidziany w SWZ.

Zamawiający uzyskał należyte potwierdzenie zakresu doświadczenia ww. osób, a ponadto dysponował również oświadczeniami tych osób, które również jednoznacznie potwierdzały wymagany zakres i rodzaj doświadczenia.

**Natomiast Odwołujący nie tylko nie wykazał, lecz także nie podał przyczyn, z których wywodzi że doświadczenie osób wskazanych przez Przystępującego do pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych oraz Kierownika Robót Elektrycznych jest niewystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.**

Reasumując – „zarzut” naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

**V.Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 128 ust. 4 Pzp:**

1. Natomiast nawet gdyby okazało się, że Przystępujący nie spełnia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu – z czym Zamawiający się nie zgadza, gdyż jak wykazano we wcześniejszej części niniejszej Odpowiedzi na odwołanie – sposób w jaki Przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej był prawidłowy i nie budzi żadnych wątpliwości co do prawdziwości wyjaśnień i oświadczeń złożonych przez Przystępującego – to na Zamawiającym niezmiennie ciążyłby obowiązek wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – Wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

**2. Wbrew twierdzeniom Odwołującego – wezwanie wykonawcy w trybie art. 128 ust. 4 Pzp nie wyklucza obowiązku wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.**

Odwołujący w zakresie powyższego twierdzenia powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r., KIO 671/23, nie wskazując jednak żadnego fragmentu tego orzeczenia, który miałby potwierdzać przyjęte przez niego stanowisko.

Co więcej – przywołane przez Odwołującego orzeczenie KIO 671/23 potwierdza, że wezwanie wykonawcy w trybie art. 128 ust. 4 Pzp nie wyklucza uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. **Są to dwa niezależne od siebie wezwania.**

W tym miejscu należy przywołać odpowiedni fragment uzasadnienia wyroku KIO 671/23:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r., KIO 671/23:

Od wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, należy odróżniać wezwanie do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych uregulowane w art. 128 ust. 4 Pzp. Stosownie do art. 128 ust. 4 Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Wreszcie ustawa Pzp przewiduje także wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w art. 128 ust. 1 Pzp. Stosownie do ww. przepisu, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. **Jak wynika z ww. przepisu, znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy pomimo wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, takie środki nie zostały złożone lub zostały złożone, lecz są niekompletne lub zawierają błędy. [...]**

**Dostrzeżenia wymagało, że wynikający z orzecznictwa Izby zakaz wzywania więcej niż jeden raz do uzupełniania, w tym samym zakresie, dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, dotyczy instytucji z art. 128 ust. 1 Pzp. Nie dotyczy on w szczególności instytucji wzywania do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych z art. 128 ust. 4 Pzp.**

3. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że wezwanie do wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych jest wezwaniem, które poprzedza wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Może się zdarzyć, że dopiero analiza złożonych wyjaśnień doprowadzi do zmaterializowania się przesłanek z art. 128 ust. 1 Pzp, tj. analiza wyjaśnień może doprowadzić do stwierdzenia, że złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2022 r., KIO 1606/22:

Zamawiający jest zobowiązany wezwać w trybie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wykonawcę do uzupełnienia dokumentu bądź oświadczenia, zawsze jeśli stwierdzi ich niekompletność lub stwierdzi, że zawierają błędy. Innymi słowy zaniechanie przez wykonawcę udzielenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 4 Prawa zamówień publicznych,

**złożenie wyjaśnień niewystarczających dla rozwiania wątpliwości zamawiającego albo złożenie wyjaśnień po wyznaczonym terminie wywołuje jedynie skutek w postaci skierowania do wykonawcy wezwania w trybie art. 128 ust. 1 omawianej ustawy do uzupełnienia oświadczeń lub podmiotowych środków dowodach lub innych dokumentów.**

Dotychczas skierowane do Przystępującego wezwanie było wezwaniem do wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego – Wykazu osób. Tego typu wezwanie nie uniemożliwia następczego wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – w sytuacji, gdyby ten w dalszym ciągu nawet po uzyskaniu wyjaśnień – okazał się

być niewystarczający do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Taka sytuację Zamawiający wskazuje jedynie jako potencjalną – bowiem Wykaz osób złożony przez Przystępującego w powiązaniu z wyjaśnieniami z dnia 25.08.2023 r. - stanowi wystarczająca podstawę do stwierdzenia, iż Przystępujący należycie wykazał spełnienie kwestionowanego przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

\*\*\*

W konsekwencji powyższego Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani nie miał podstaw do kwestionowania doświadczenia osób wskazanych przez Przystępującego do pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych oraz Kierownika Robót Elektrycznych. Przystępujący w złożonym Wykazie osób potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, takie też potwierdzenie Zamawiający otrzymał ostatecznie wraz z wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego.

#### **Stan faktyczny ustalony przez Izbę:**

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U./S S119 22/06/2023 374775-2023-PL.

W dniu 17 września 2023 r. wykonawca ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia:

- 1) czynności wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy **ADAMIETZ Sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie** (dalej zwany także: „**ADAMIETZ**”) dokonanej pismem Zamawiającego z dnia 7 września 2023 r.;
- 2) zaniechania czynności wykluczenia z ww. postępowania **ADAMIETZ** na podstawie Rozdział IX ust. 1 pkt 11 SWZ, gdyż **ADAMIETZ** w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez **ADAMIETZ** warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu;

#### **ewentualnie**

- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty **ADAMIETZ** z postępowania;

#### **ewentualnie**

- 4) zaniechania wezwania Wykonawcy **ADAMIETZ** do uzupełnienia/poprawienia dokumentu wykazu osób, skierowanych przez **ADAMIETZ** do realizacji zamówienia publicznego lub złożenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, na podstawie art. 128 ust. 1 oraz 4 PZP, a następnie odrzucenia oferty tego Wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- 1) naruszenie **art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP** poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z ww. postępowania **ADAMIETZ** na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z Rozdział IX ust. 1 pkt 11 SWZ, gdyż **ADAMIETZ** w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez **ADAMIETZ** warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu; **ewentualnie**
- 2) naruszenie **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) PZP** poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty **ADAMIETZ** dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo tego że **ADAMIETZ** nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wskazanych w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ; **ewentualnie**
- 3) naruszenie **art. 128 ust. 1 PZP** oraz **art. 128 ust. 4 PZP** poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania **ADAMIETZ** do uzupełnienia/poprawienia wykazu osób, skierowanych przez **ADAMIETZ** do realizacji zamówienia publicznego lub udzielenia wyjaśnień – co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej określonego w **Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 oraz 3 SWZ**, tj. dysponowania przez **ADAMIETZ** odpowiednią kadrą techniczną wskazaną w tych punktach SWZ.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce, Zamawiający pismem z dnia 23 września 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca **Adamietz Sp. z o.o.** z siedzibą w Strzelcach Opolskich.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2023 r. (pismo z dnia 22 września 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

#### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

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

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 3 co do naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 128 ust. 4 PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania ADAMIETZdo uzupełnienia/poprawienia wykazu osób, skierowanych przez ADAMIETZdo realizacji zamówienia publicznego lub udzielenia wyjaśnień – co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ w stosunku do Pana A. M. w zakresie pełnienia przez niego funkcji Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych posiadającym minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku, znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret drugi SWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu), Wykonawca winien dysponować kadrą techniczną z uprawnieniami i kwalifikacjami tj.:

- kierownikiem robót posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych, posiadającym minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku oraz posiadającym doświadczenie jako kierownik budowy dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń cieplnych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej branży).

W dniu 16 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP, w tym do złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami –załącznik nr 6.

W dniu 17 sierpnia 2023 r. Przystępujący złożył załącznik nr 6 (Wykaz osób), w którym wskazał Pana A. M. jako Kierownika Robót Sanitarnych wskazując, iż: „Posiada min.5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku oraz posiada doświadczenie jako Kierownik Robót Sanitarnych dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń cieplnych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto tj.

→ Inwestycja: *Budowa budynków biurowych z funkcją usługową przy ul. Plac Konesera 12 w Warszawie*

→ Inwestor: K-INVEST 2 Sp. z o.o.

→ okres realizacji: styczeń 2021 – maj 2021

→ wartość inwestycji: powyżej 1 500 000,00 zł brutto”.

Następnie w wyniku złożonego Wykazu, Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP dotyczącego m.in.

„W zakresie podmiotowego środka dowodowego – „wykaz osób”:

- Czy wskazana wartość inwestycji powyżej 1 500 000,00 zł brutto dotycząca pana A. M. dotyczy branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych czy całego zadania? (...).

W dniu 25 sierpnia 2023 r. Przystępujący oświadczył, iż: „Wskazana, w załączniku nr 6 do dokumentu SWZ – Wykaz osób, wartość inwestycji pn. „*Budowa budynków biurowych z funkcją usługową przy ul. Plac Konesera 12 w Warszawie*”, której inwestorem była firma K-INVEST 2 Sp. z o.o., podczas, której funkcję Kierownika Robót Sanitarnych pełnił Pan A M., dotyczyła wykonania robót branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Wymieniony powyżej zakres robót instalacyjnych branży sanitarnej przekroczył wartość 1 500 000,00 PLN brutto. Całkowita wartość inwestycji odnosząca się do wskazanego przez Zamawiającego obszaru wynosiła 2.130.000,00 zł”, dołączając do powyższego oświadczenie w postaci załącznika nr 2 (oświadczenie Pana A. M. z dnia 24 sierpnia 2023 r. o spełnieniu wymogu określonego przez Zamawiającego w rozdziale VII, punkt 1, ppkt. 4 lit. b).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba odniesie się wpieryw do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z ww. postępowania **ADAMIETZ** na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z Rozdział IX ust. 1 pkt 11 SWZ, gdyż **ADAMIETZ** w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez **ADAMIETZ** warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Oznacza to, iż z powyższej normy prawnej musi wynikać wprowadzenie w błąd Zamawiającego, które przybierze formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. I tak zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r., sygn. akt . KIO 918/22: „*Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na*

ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie. W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 KC, zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości”.

Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, aby Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania, czy też w wyniku rażącego niedbalstwa. To, że Przystępujący wskazał na daty dla inwestycji „Konesera” w Wykazie styczeń 2021 – maj 2021, a w piśmie procesowym daty 18.12.2019-21.12.2020, na co zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie, zdaniem Izby nie może jeszcze świadczyć o zamierzonym działaniu czy rażącym niedbalstwie ze strony Przystępującego, a co najwyżej o niedbalstwie. Poza tym stwierdzenie Odwołującego w uzasadnieniu do tegoż zarzutu, że: „Obiektywnie należy stwierdzić, że Pan A. M. nie jest osobą, która spełnia wymogi opisane w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ (...)” nie może stanowić o tym, że Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego w wyniku zamierzonego działania, czy też w wyniku rażącego niedbalstwa.

Tym samym zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) PZP poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty **ADAMIETZ** dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo tego że **ADAMIETZ** nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wskazanych w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Izba w pierwszej kolejności zważyła, że zgodnie z rozdziałem X ust. 6 pkt 3 SWZ: „W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca na wezwanie zamawiającego przedkłada następujące dokumenty: wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami załącznik nr 6”.

Tym samym jedynym dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu żądanym przez Zamawiającego był Wykaz osób, stanowiący załącznik nr 6 do SWZ. Oznacza to, iż Zamawiający nie żądał jakichkolwiek innych dokumentów czy dowodów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu co do osób wskazanych w Wykazie przez Przystępującego. Warto w tym miejscu zauważyć, że Przystępujący jedynie dodatkowo złożył oświadczenie Pana A. M. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w wyniku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, a które dotyczyło de facto potwierdzenia czy wskazane w Wykazie wartości robót dotyczą wartości robót konkretnego rodzaju wskazanego w opisie warunku udziału, czy całej inwestycji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie zgadza się z argumentacją Odwołującego jakoby „Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty **ADAMIETZ** na wskazanej podstawie prawnej, gdyż w stosunku do uprzednio złożonych przez **ADAMIETZ** podmiotowych środków dowodowych zastosował procedurę z art. 128 PZP”, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastosował normy prawnej w trybie art. 128 ustawy PZP, lecz przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wskazując, iż „Pan A. M. posiada uprawnienia budowlane co prawda od grudnia 2017 r., a więc niecałe 6 lat, co nie jest jednoznaczne z warunkiem postawionym przez Zamawiającego” jest stwierdzeniem prawidłowym, ponieważ zdaniem Izby wymóg Zamawiającego w postaci posiadania minimum 5 letniego doświadczenia na przedmiotowym stanowisku odnosi się do okresu sprawowania danej funkcji.

Jednakże Odwołujący powołując się na regulacje prawne związane z pełnieniem funkcji Kierownika budowy/Kierownika robót branżowych wskazując, iż „Pan A. M. na dzień składania Wykazu nie spełniał warunku w postaci pełnienia funkcji kierownika robót budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych przez okres 5 lat potwierdzonego stosownymi wpisami do dzienników

budów, a także zgłoszeniami do organu nadzoru budowlanego dokonanymi w odniesieniu do funkcji, której rozpoczęcie nastąpiło przed 19 września 2021r.”, pomija fakt, iż Zamawiający nie wymagał w SWZ jakichkolwiek dokumentów potwierdzających doświadczenie Kierownika robót w postaci m.in. wpisów do dzienników budowy, czy też zgłoszeń do organu nadzoru budowlanego.

Należy również zwrócić uwagę, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym, Dziennik budowy prowadzi się odrębnie dla każdego obiektu budowlanego wymagającego pozwolenia na budowę, pozwolenia na rozbiórkę albo zgłoszenia (art. 47b ust. 1 ustawy Prawo budowlane), przy czym przepis ten został wprowadzony do ustawy Prawo budowlane na podstawie ustawy o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw z dnia 7 lipca 2022 r., z mocą obowiązującą od dnia 27 stycznia 2023 r. Oznacza to, zdaniem Izby, że we wcześniejszym stanie prawnym można było uzyskać doświadczenie na stanowisku kierownika robót (jak w niniejszej sprawie Kierownika robót sanitarnych) nie tylko poprzez wpisy do dziennika budowy na podstawie pozwoleń na budowę, ale również poprzez zgłoszenie, co do którego nie był wymagany wpis do dziennika budowy.

Zgodnie z art. 29 ust. 1, Nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę, natomiast wymaga zgłoszenia, o którym mowa w , budowa:

1) wolno stojących budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których obszar oddziaływania mieści się w całości na działce lub działkach, na których zostały zaprojektowane;

1a) wolno stojących, nie więcej niż dwukondygnacyjnych budynków mieszkalnych jednorodzinnych o powierzchni zabudowy do 70 m<sup>2</sup>, których obszar oddziaływania mieści się w całości na działce lub działkach, na których zostały zaprojektowane, a budowa jest prowadzona w celu zaspokojenia własnych potrzeb mieszkaniowych inwestora;

2) sieci:

a) elektroenergetycznych obejmujących napięcie znamionowe nie wyższe niż 15 kV,

b) wodociągowych,

c) kanalizacyjnych,

d) cieplnych,

e) gazowych o ciśnieniu roboczym nie wyższym niż 0,5 MPa;

3) wolno stojących parterowych budynków stacji transformatorowych i kontenerowych stacji transformatorowych o powierzchni zabudowy do 35 m<sup>2</sup> (...).

Potwierdza to również dowód wniesiony przez Odwołującego w postaci maila z dnia 25 września 2023 r. „Dla dużej większości budów nie było prowadzonych dzienników budowy” , czy też oświadczenie Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 22 września 2023 r. „ Pan A. M. pełnił funkcję Kierownika Robot Sanitarnych (z wpisem do dziennika budowy) przy realizacji innych, mniejszych inwestycji zachowując ciągłość nabywanego doświadczenia”, co zdaniem Izby świadczy o tym, iż Pan A. M. mógł uzyskać 5 letnie doświadczenie jako Kierownik Robót Sanitarnych na podstawie zgłoszeń, a nie tylko na podstawie wpisów do dziennika budowy, na co zwrócił uwagę również Zamawiający na rozprawie.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wraz z pismem procesowym z dnia 22 września 2023 r. złożył dowody dotyczące Pana A. M. m.in. decyzję z dnia 30 grudnia 2017 r. o posiadaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci , instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; dzienniki budowy nr 123/2019, 893/2022 w którym to Pan A. M. był Kierownikiem Robót Sanitarnych ; dziennik budowy Urzędu Miasta Rzeszówreferencje z dnia 28 czerwca 2021 r. potwierdzające, iż Pan A.M. w okresie od dnia 01.02.2018 r. do dnia 28.06.2021 r. pełnił stanowisko Kierownika Robót Sanitarnych.

Tym samym zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 128 ust. 4 PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania ADAMIETZ do uzupełnienia/poprawienia wykazu osób, skierowanych przez ADAMIETZ do realizacji zamówienia publicznego lub udzielenia wyjaśnień – co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ w stosunku do Pana A. M. w zakresie pełnienia przez niego funkcji Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych posiadającym minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku, jest zdaniem Izby zasadny.

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

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich

złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba zważa, że art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Celem przepisu jest ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach, przy czym co istotne obowiązek dodatkowego wezwania dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP lub w trybie art. 274 ust. 1 ustawy PZP.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zważa, że w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący był wzywany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym Wykazu osób na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP, przy czym należy w tym miejscu podkreślić, iż zgodnie z postanowieniami SWZ do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagane było złożenie jedynie ww. Wykazu, bez konieczności złożenia jakichkolwiek innych dokumentów, które miałyby dodatkowo potwierdzać informacje tam zawarte.

Jednakże Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż nie może być tak, iż Zamawiający nie będzie weryfikował oświadczeń / dokumentów złożonych przez wykonawcę, który składa podmiotowy środek dowodowy (jak w niniejszej sprawie Wykaz osób). Inaczej mówiąc, Zamawiający ma obowiązek dokonania takiej weryfikacji i prawdziwości złożonego oświadczenia przez wykonawcę.

Izba zważa, iż konfrontując wykaz robót przedstawiony przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 22 września 2023 r., wskazując 28 inwestycji, w których Pan A. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Sanitarnych z dowodem wniesionym przez Odwołującego w postaci Osi czasu, Izba doszła do przekonania, iż Wykaz osób złożony przez Przystępującego może zawierać błędy co do wymogu spełnienia 5 letniego doświadczenia na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych przez Pana A. M., co zdaniem Izby uzasadniałoby zastosowanie w przedmiotowej sprawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba zważa, że przepis ten służy wyłącznie wyjaśnieniu treści złożonych oświadczeń lub dokumentów. Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż mimo, że przepis ten ma charakter fakultatywny, to bez zastosowania tego przepisu nie mógłby Zamawiający stwierdzić jednoznacznie, czy Pan A.M. spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego.

Tym samym zarzut ten w ocenie Izby jest zasadny.

Pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego, jak i Przystępującego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Nadto Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 – 3, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 3 SWZ w stosunku do Pana M. S. oraz w stosunku do Pana A.M. co do posiadanego doświadczenia jako Kierownik Robót dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej w branży instalacyjnej w zakresie realizacji sieci lub instalacji i urządzeń cieplnych lub wentylacyjnych lub gazowych lub wodociągowych lub kanalizacyjnych, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto (wartość dotyczy tylko wartości robót powyższej branży) określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ, ze względu na cofnięcie tych zarzutów przez Odwołującego pismem z dnia 29 września 2023 r., co zostało również potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....