Sygn. akt: KIO 3222/23

WYROK

z dnia 14 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez wykonawcę **ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczon odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce**, w postępowaniu prowadzonym przez **Społeczną 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. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczon odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce** i
   2.1. 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 ograniczon odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce**, tytułem wpisu od odwołania.
   2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 3222/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Społeczna Inicjatywa Mieszkaniowa w Stalowej Woli Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego p n . : *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)*". Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: Dz.U./S S119 22/06/2023 374775-2023-PL.

W dniu 30 października 2023 r. wykonawca ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Jasionce wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności Zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:

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 20 października 2023 r.;

2) zaniechania czynności wykluczenia z ww. postępowania **ADAMIETZ** na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z Rozdział IX ust. 1 pkt 13 SWZ, gdyż **ADAMIETZ** w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające 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 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 wprowadziła 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

4) zaniechania czynności odrzucenia oferty **ADAMIETZ** z postępowania.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1) naruszenie **art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP** poprzez zaniechanie czynności wykluczenia **ADAMIETZ** z postępowania, mimo że wskazany ADAMIETZ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w celu wykazania przez **ADAMIETZ** warunku uczestnictwa w postępowaniu wskazanego 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

2) 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 SWZ, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu;

ewentualnie

3) 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 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.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o 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, *„O 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*".

W postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę **ADAMIETZ**. Takie rozstrzygnięcie nie zasługuje na aprobatę. Wykonawca ADAMIETZ powinien zostać wykluczony z niniejszego postepowania, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez **ADAMIETZ** warunku udziału w postępowaniu wskazanego 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 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?".

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 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*".

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 inwestorem 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*".

W konsekwencji powyższego Zamawiający pismem z 7 września 2023r. dokonał wyboru oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej oferty złożonej w niniejszym postepowaniu.

Odwołujący zaskarżył ww. czynność wyboru oferty do Prezesa Krajowej Izby. W swoim odwołaniu Odwołujący wskazał, że ww. wyjaśnienie **ADAMIETZ** oraz Pana A. M. nie potwierdzają spełnienia przez **ADAMIETZ** warunków ubiegania się o ww. zamówienie. Odwołujący wskazał, że:

1) 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*".

2) 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. 2Prawa 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**.

3) 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 budowalnego) 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)* (...)".

4) Przyjęcie przez daną osobę odpowiedzialności za pełnienie samodzielnej funkcji technicznej przy konkretnych robotach budowalnych 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 budowalnego, 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.

5) Ww. okoliczność nie została potwierdzona 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 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*".

Wyrokiem z dnia 3 października 2023r. wydanym w sprawie KIO 2738/23 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „*Odnośnie 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". W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonane pismem z 7 września 2023r.,

b) wezwanie wykonawcy **ADAMIETZ** 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.

Izba zwróciła uwagę, że „(…) *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 art. 125 ust. 1, 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".

W konsekwencji powyższego pismem z 10 października 2023r. Zamawiający poinformował, że „*unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty*".

Następnie pismem z 12 października 2023r. Zamawiający „*Na podstawie art. 128 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j..)* (….)" wezwał **ADAMIETZ** „(…) *do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku o którym mowa w Rozdziale VII ust 1 pkt 4) lit b tir 2 w stosunku do Pana A. M.. Czy wykazany przez wykonawcę Kierownik Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych posiada minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku?*".

W odpowiedzi na ww. wezwanie **ADAMIETZ** pismem z 18 października 2023r. przedłożyła szereg dowodów oraz złożyła oświadczenie, iż Pan A. M. w sposób oczywisty spełnia wymagania Zamawiającego określone w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ. Jednakże z analizy treści ww. pisma **ADAMIETZ** oraz dołączonych do niego dokumentów, w szczególności wykresu pokazującego rzekomo zdobyte przez Pana A. M. doświadczenie, należy wyprowadzić wniosek, że **ADAMIETZ** nie udowodniła, aby Pan A. M. posiadał 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych.

Izba w sprawie KIO 2738/23, w ślad za zarzutami poprzedniego odwołania Odwołującego uznała, iż 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 dysponujące doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ.

Odnosząc się do przepisów prawa budowlanego, wskazać należy, iż w świetle art. 42 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przed rozpoczęciem robót budowlanych inwestor jest obowiązany ustanowić kierownika budowy w przypadku:

a) robót budowlanych objętych decyzją o pozwoleniu na budowę,

b) budowy, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1, 2–4, 9, 27 i 30, oraz instalowania, o którym mowa w art. 29 ust. 3 pkt 3 lit. d i e,

c) przebudowy, o której mowa w art. 29 ust. 3 pkt 1 lit. a,

ca) rozbiórki objętej decyzją o pozwoleniu na rozbiórkę,

d) robót budowlanych objętych decyzją o legalizacji budowy, o której mowa w art. 49 ust. 4, w której nałożono obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie,

e) robót budowlanych objętych decyzją o pozwoleniu na wznowienie robót budowlanych, o której mowa w art. 51 ust. 4.

Zgodnie zaś z ust. 4 ww. przepisu, **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**.

Zestawienia ww. przepisów prowadzi do pierwszego kluczowego w niniejszej sprawie wniosku, a mianowicie, kierownik robót ustanawiany jest tylko i wyłącznie na potrzeby inwestycji, w których istnieje prawny obowiązek inwestora wynikający z art. 42 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. *Prawa budowlanego do ustanowienia kierownika budowy*.

Druga istotna z puntu widzenia niniejszej sprawy okoliczność to treść art. 45 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, zgodnie z którą **w przypadku robót budowlanych wymagających ustanowienia kierownika budowy prowadzi się dziennik budowy zgodnie z przepisami rozdziału 5a**.

Innymi słowy, w inwestycjach, w których nie jest wymagane prowadzenie dziennika budowy, nie istnie prawny obowiązek ustanowienia kierownika budowy, a co za tym idzie nie istnieje prawny obowiązek ustanowienia kierownika robót. Gdyby nawet dana osoba pełniła w ramach takich inwestycji zadania odpowiadające swoim zakresem obowiązkom kierownika robót, to osoba taka w trakcie tych prac nie pełniła by samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie kierownika robót i tym samym nie nabyłaby doświadczenia wymagane przez Zamawiającego w Rozdziale VII. Ust. 2 Pkt 4) lit b) tir 2 SWZ

Nie jest prawdą również okoliczność, iż dopiero od 2023r. co do części robót budowlanych realizowanych na podstawie zgłoszenia, o którym mowa w art. 29 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, wprowadzono obowiązek prowadzenia dziennika budowy. Wskazać należy w tym względzie na § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 6 września 2021 r. w sprawie sposobu prowadzenia dzienników budowy, montażu i rozbiórki, zgodnie z którym Dziennik prowadzi się odrębnie dla każdego obiektu budowlanego, w przypadku którego wymagane jest pozwolenie na budowę albo zgłoszenie.

A zatem przed wejściem opisanej przez Zamawiającego w dniu 29 września 2023r. nowelizacji ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w odniesieniu do części prac realizowanych na podstawie zgłoszenia istniał obowiązek prowadzenia dziennika budowy. Jednakże obowiązek wynikał z faktu, ze w odniesieniu do tych prac ustawodawca – jak wskazano w pkt 6 niniejszego pisma – nałożył na inwestora prawny obowiązek ustanowienia kierownika budowy.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że pomimo treści wyroku Izby w sprawie KIO 2738/23 oraz wezwania skierowanego przez Zamawiającego w dniu 12 października 2023r. **ADAMIETZ** nie wykazała (nie przedstawiła dowodów), że 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.

Podkreślić należy, że w piśmie z 22 września 2023r. złożonym w toku postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 2738/23 ADAMIETZ oświadczyła, że *„Pan A. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Sanitarnych (z wpisem do dziennika budowy) w następujących okresach:*

1. „Wykonanie modernizacji systemu grzewczego i dystrybucji ciepłej wody użytkowej w 11 budynkach mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Radiowej nr 20, 20a, 20b, 20c, 20d, 20e, 20f, 20g, 20h, 20j, 20k w Warszawie", dla Inwestora AMW Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Kwatera" Sp. z o.o., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 01.02.2018r. – 21.08.2018r.;

2. „Roboty budowlane polegające na kompleksowym wykonaniu zgodnie z Dokumentacją Projektową i SST węzła centralnego Ogrzewania" dla Wykonawcy MERX Sp. z o.o. w ramach inwestycji „Nadbudowa budynku mieszkalnego z usługami w parterze ze zmianą użytkowania poddasza na cele użytkowe oraz częścią parteru na usługi wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techniczną przy ul. Mała 15 w Warszawie", okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 08.05.2018r. – 28.03.2019r.;

3. „Kompleksowe wykonanie węzła cieplnego w granicach nieruchomości (działka nr ew. 36, 37, 38, 112, j. ew. 146057_8, w obrębie ewidencyjnym 3-05-14 w Warszawie, ul. Gedymina 21 w budynku mieszkalnym wraz z jednokondygnacyjnym garażem podziemnym", dla Wykonawcy Technobud Sp. z o.o., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 14.05.2018r. – 20.11.2018r.

4. „Wykonanie adaptacji budowlanej pomieszczenia węzła cieplnego na podstawie dokumentacji projektowej" dla Inwestora Wspólnota Mieszkaniowa przy ul. Inżynierskiej 10 w Warszawie, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 02.10.2018r. – 31.12.2018r.;

5. „Wykonanie węzła cieplnego zgodnie z dokumentacją projektową, doposażenie budynku w instalację centralnego ogrzewania zgodnie z dokumentacją projektową, doposażenie budynku w instalację ciepłej wody użytkowej zgodnie z dokumentacją projektową", dla Inwestora Wspólnota Mieszkaniowa przy ul. Inżynierskiej 10 w Warszawie, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 04.03.2019r. – 15.06.2019r.

6. „Budowa budynków biurowych z funkcją handlowo – usługową w parterze oznaczonych jako budynki „M" i „N" z

jednopoziomowym garażem podziemnym, wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w dzielnicy Praga Północ w Warszawie, aktualny adres Plac Konesera 11 (budynek N) i Plac Konesera 12 (Budynek M) w Warszawie" dla inwestora Liebrecht & Wood Poland Sp. z o.o. (spółki należące do grupy Centrum Praskie Koneser sp. Z o.o. oraz K-Invest 2 sp. z o.o.), okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 18.12.2019r. – 21.12.2020 r.

7. „Budowa węzła cieplnego na terenie fortu Cze-Czerniaków im. Legionów Piłsudskiego w Warszawie", dla Inwestora AP. Development Sp. z o.o., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 25.02.2019r. – 31.05.2019r.;

8. „Budowa Węzła cieplnego 2 – funkcyjnego CO+CWU w budynku przy ul. Syreny 4 w Warszawie", dla Inwestora 4BAU Sp. z o.o., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 18.03.2019r. – 31.05.2019r.;

9. „Wykonanie prac polegających na wymianie wodomierzy budynkowych w zasobach SBM „Pod Kopcem" w Warszawie" , dla Inwestora Spółdzielnia Budowlano-Mieszkaniowa „Pod Kopcem", okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 01.04.2019r. – 04.04.2019r.;

10. „Wykonanie projektu i montaż węzła cieplnego dla Inwestycji przy ul. Broniewskiego 44 w Warszawie", dla Inwestora Przedsiębiorstwo Instalacyjno Budowlane „POLSAN" P. Z., Z. O. Sp. j., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 27.05.2019r. – 22.08.2019r.;

11. „Wykonanie instalacji przeciwpożarowej na podstawie dokumentacji projektowej przy ul. Bernardyńskiej 18 w Warszawie" dla Inwestora Wspólnota Mieszkaniowa Bernardyńska 18 w Warszawie, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 03.06.2019r. – 28.06.2019r.;

12. „Kompleksowe i kompletne wykonanie automatycznego sterowania węzłem cieplnym za pomocą sterownika swobodnie programowalnego TROVIS 5571" dla Zamawiającego ELTRIX ENERGIA P. B., w ramach realizacji inwestycji „Termomodernizacja budynków Akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie", okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 12.06.2019r. – 31.07.2019r.;

13. „Wykonywanie budowy węzłów cieplnych na terenie Warszawy", dla Inwestora Veolia Energia w Warszawie s.a., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 10.07.2019r. – 28.06.2021r.;

14. „Remont instalacji grzewczej wraz z węzłem ciepłowniczym w Przedszkolu nr 317 przy ul. Szaramowicza 11 w Warszawie", dla Inwestora Miasto Stołeczne Warszawa, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 17.07.2019r. – 30.11.2019r.;

15. „Wykonanie robót budowlanych polegających na dostosowaniu węzła cieplnego I i II Kostki Wydziału Farmaceutycznego do potrzeb wynikających z termomodernizacji budynków Wydziału Farmaceutycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. Banacha 1, w Warszawie" dla Inwestora Warszawski Uniwersytet Medyczny, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 23.09.2019r. – 23.12.2019r.

16. „Wykonanie robót budowlanych przy ul. Szymanowskiego 4 w Warszawie na podstawie opracowanych dokumentacji projektowej remontu instalacji centralnego ogrzewania" dla Inwestora Wspólnota Mieszkaniowa przy ul. Szymanowskiego 4 w Warszawie, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 16.03.2020r. – 30.09.2020

17. „Wykonanie modernizacji systemu grzewczego i dystrybucji cieplnej wody użytkowej wraz z remontem hydroforni w budynku wielorodzinnym przy ul. Szymanowskiego 4 w Warszawie" dla Inwestora Wspólnota Mieszkaniowa przy ul. Szymanowskiego 4 w Warszawie, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 24.09.2019 r. – 30.06.2020 r.

18. „Montaż węzła cieplnego 2 – funkcyjnego (CO+CWU) o mocach Nco=366,1kW, Ncwmax=120,0kW" dla Inwestora AP Development Sp. z o.o. Sp.k., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 07.11.2019r. – 16.12.2019r.;

19. „Wykonanie robót budowlanych polegających na budowie sieci i przyłączy ciepłowniczych oraz węzła cieplnego w budynku B8", dla Inwestora Mostostal Warszawa s.a., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 23.08.2019r. – 31.12.2019r.

20. „Wykonanie przyłącza ciepłowniczego do węzła cieplnego, wykonanie węzła ciepłowniczego w zakresie technologii, automatyki oraz instalacji elektrycznych, wykonani adaptacji budowlanej pomieszczeń węzła ciepłowniczego" dla Inwestora Pani Hanny Konopko zam. w Warszawie przy ul. Naruszewicza 5a m1, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 20.12.2019r. – 20.03.2020r.;

21. „Wykonanie instalacji centralnego ogrzewania i ciepłej wody użytkowej w budynku przy ul. Mokotowskiej 5 w Warszawie" dla Inwestora Pani Hanny Konopko zam. w Warszawie przy ul. Naruszewicza 5a m1, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 26.02.2020r. – 30.06.2020r.;

22. „Wykonanie robót budowlanych w zakresie węzłów ciepłowniczych w budynkach dla Etapu V – zasilanych z kotłowni Skoroszewska 7 i Nurzyńska 1", dla Inwestora Veolia Energia Warszawa S.A., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 08.06.2020r. – 17.11.2020r.

23. „Remont instalacji hydrantowej", dla Inwestora Skarb Państwa – Najwyższa Izba Kontroli z siedzibą w Warszawie, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 16.09.2020r. – 16.12.2020r.

24. „Montaż stabilizatora ciepłej wody – SCWA-300 0,6 MPA w budynku A13", dla Inwestora AP Development Sp. z o.o., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 14.10.2020r. – 21.10.2020r.

25. „Wykonanie zasilania podrozdzielni centralnego ogrzewania z indywidualnego węzła cieplnego", dla Inwestora Wspólnota Mieszkaniowa Nieruchomości w Warszawie, okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 19.10.2020r. – 06.11.2020r.

26. „Wykonanie robót montażowo – budowlanych w zakresie węzła i przyłącza ciepłowniczego dla Inwestycji przy ul. Bluszczańskiej w Warszawie" dla Inwestora „Edes" Sp. z o.o., okres realizacji: 12.08.2020r. – 30.10.2020r.;

27. „Montaż stabilizatora ciepłej wody – SCWA-300 0,6 MPA w budynku A7", dla Inwestora AP Development Sp. z o.o. okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 20.01.2021r. – 3.02.2021r.;

28. „Napraw przyłącza sieci ciepłowniczej doprowadzającego ciepło do budynku Pompowni Marymont Skarpa, ul. Rudzka 7 w Warszawie", dla Inwestora Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa s.a., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych: 21.04.2021r. – 21.05.2021r.

Ponadto Pan A. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Sanitarnych (z wpisem do dziennika budowy) przy realizacji innych, mniejszych inwestycji zachowując ciągłość nabywanego doświadczenia. Tym samym Pan A. M. w sposób oczywisty spełnia wymagania Zamawiającego określone w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ".

Pomimo skutecznego zakwestionowania przez Odwołującego prawdziwości ww. oświadczenia i zobowiązania zawartego w wyroku Izby z 3 października 2023r. (KIO 2738/23) **ADAMIETZ** nie wyjaśniła i nie udowodniła, że w toku wszystkich ww. realizacji Pan A. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Sanitarnych (z wpisem do dziennika budowy). Przeciwnie, wiedząc o tym, że ww. oświadczenia są nieprawdziwe, **ADAMIETZ** przedłożyła nowe zestawienie prac, tj.:

1) Wykonanie modernizacji systemu grzewczego i dystrybucji ciepłej wody w budynkach wielorodzinnych przy ul. Radiowej w Warszawie 01.02.2018 – 25.10.2018 **(w ww. zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 01.02.2018r. – 21.08.2018r. !!!)**;

2) Wykonanie węzła centralnego ogrzewania w ramach inwestycji p.n.„ Nadbudowa budynku mieszkalnego wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techn. przy ul. Mała 15 w Warszawie 08.05.2018 - 07.03.2019 **(w ww. zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 08.05.2018r. – 28.03.2019r. !!!);**

3) Budowa Węzła cieplnego 2 – funkcyjnego CO+CWU w budynku przy ul. Syreny 4 w Warszawie 18.03.2019 – 25.10.2019 **(w ww. zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 18.03.2019r. – 31.05.2019r. !!!);**

4) Wykonanie modernizacji systemu grzewczego i dystrybucji cieplnej wody użytkowej wraz z remontem hydroforni w budynku wielorodzinnym przy ul. Szymanowskiego 4 w Warszawie 24.09.2019 – 24.09.2020 **(w ww. zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 24.09.2019 r. – 30.06.2020 !!!);**

5) „Wykonanie robót montażowo – budowlanych w zakresie węzła i przyłącza ciepłowniczego dla Inwestycji przy ul. Bluszczańskiej w Warszawie" 12.08.2020 – 28.06.2021 **(w ww. zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 12.08.2020r. – 30.10.2020r. !!!)**;

6) Budowa i rozbudowa Hotelu Piast przy ul. Piastowskiej 1 w Opolu 18.01.2022 – 07.08.2023

7) Przebudowa i rozbudowa budynku hotelowego „Hotel Huzar" w Lublinie 23.11.2022 – 07.08.2023

8) Budowa domu jednorodzinnego w Rzeszowie 22.06.2021 – 31.12.2022

które – zdaniem **ADAMIETZ** – mają potwierdzać spełnienie warunku wymagania Zamawiającego określonego w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ, aby uniknąć konsekwencji opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP.

W ww. zestawieniu **ADAMIETZ** w odniesieniu do prac wskazanych w pkt 1)- 5) wskazała zupełnie inne daty realizacji prac w ramach których Pan A. M. miał nabyć doświadczenie Kierownika Robót Sanitarnych niż wskazane w piśmie z 22 września 2023r., jednakże nie wyjaśniła, dlaczego daty te nie pokrywają się z datami realizacji powołanymi w piśmie z 22 września 2023r.

ADAMIETZ nie przedłożyła też kompletnych wpisów z dzienników budów, które potwierdzałyby, iż na wszystkich ww. realizacjach Pan A. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Sanitarnych.

W tym stanie rzeczy należało uznać, że Zamawiający nie miał podstaw do wyboru oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu, gdyż ADAMIETZ nie wykazał -pomimo nałożonego przez Izbę w wyroku z 3 października 2023r. – obowiązku wykazania 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. Złożone przez **ADAMIETZ** oświadczenia i wykazy pozostają w ewidentnej sprzeczności z treścią innych oświadczeń **ADAMIETZ** złożonych w toku niniejszej sprawy a prawdziwości któregokolwiek z nich nie można zweryfikować w oparciu o złożone w postępowaniu dowody.

II. Zasadność zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP ewentualnie 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. Zgodnie zaś z pkt 10 ww. przepisu 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.
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. fakultatywne przesłanki wykluczenia zostały przewidziana w Rozdziale IX ust. 1 pkt 11 oraz 13 SWZ.
Jak wynika z uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:
- z dnia 18 maja 2022 r., KIO 1161/22: „*Aby przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, została spełniona, zamawiający nie musi zostać skutecznie wprowadzony w błąd, ale wystarczy sama możliwość jego wprowadzenia w błąd. Tym samym wystarczające jest, że treść przedstawionych informacji, bez ich szczegółowego badania i weryfikacji, prowadzi do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, aby przesłanka wprowadzenia w błąd została spełniona*".
- 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*".
Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 30 maja 2022 r., XXIII Zs 61/22 wskazano, że: „*Lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych nie przewiduje ograniczenia do rażącego niedbalstwa, zatem wystarczy zwykłe niedbalstwo*".
Odnosząc powyższe przesłanki 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 postepowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP. Co więcej, na wezwanie Zamawiającego z 23 sierpnia 2023r. oraz 12 października 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 lekkomyślnością lub niedbalstwem po stronie **ADAMIETZ**, gdyż **ADAMIETZ** składając ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, a następnie wyjaśnienia – po zakwestionowaniu treści Wykazu przez Zamawiającego, Odwołującego oraz Izbę – 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. Odwołujący stoi wszelako na stanowisku, że przedłożenie zmodyfikowanych dokumentów wraz z pismem z 18 października 2023r. wyczerpuje znamiona zawinionego działania **ADAMIETZ**

Podkreślić należy, że w celu spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu **ADAMIETZ** ostatecznie powołał się na realizację przez Pana M. 8 inwestycji. Jednakże w odmięśnieniu do 5 z tych realizacji w piśmie z 18 października 2023r. ADAMIETZ wskazał na inne daty realizacji inwestycji, niż w piśmie z 22 września 2023r., tj.:

1) Wykonanie modernizacji systemu grzewczego i dystrybucji ciepłej wody w budynkach wielorodzinnych przy ul. Radiowej w Warszawie 01.02.2018 – 25.10.2018 **(w zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 01.02.2018r. – 21.08.2018r. !!!)**;

2) Wykonanie węzła centralnego ogrzewania w ramach inwestycji p.n.„ Nadbudowa budynku mieszkalnego wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techn. przy ul. Mała 15 w Warszawie 08.05.2018 - 07.03.2019 **(w zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 08.05.2018r. – 28.03.2019r. !!!);**

3) Budowa Węzła cieplnego 2 – funkcyjnego CO+CWU w budynku przy ul. Syreny 4 w Warszawie 18.03.2019 – 25.10.2019 **(w zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 18.03.2019r. – 31.05.2019r. !!!);**

4) Wykonanie modernizacji systemu grzewczego i dystrybucji cieplnej wody użytkowej wraz z remontem hydroforni w budynku wielorodzinnym przy ul. Szymanowskiego 4 w Warszawie 24.09.2019 – 24.09.2020 **(w zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 24.09.2019 r. – 30.06.2020 !!!);**

5) „Wykonanie robót montażowo – budowlanych w zakresie węzła i przyłącza ciepłowniczego dla Inwestycji przy ul. Bluszczańskiej w Warszawie" 12.08.2020 – 28.06.2021 **(w zestawieniu zawartym w piśmie z 22 września 2023r. ADAMIETZ wskazywała inną datę realizacji, tj. 12.08.2020r. – 30.10.2020r. !!!)**.

Jednocześnie **ADAMIETZ** nie przedłożyła wpisów do dzienników budów dla ww. inwestycji, które potwierdzałyby daty, w których Pan M. faktycznie pełnił funkcję Kierownika Robót Sanitarnych na ww. inwestycjach. Skoro **ADAMIETZ** podała w piśmie z 18 października 2023r. inne daty realizacji ww. inwestycji niż w piśmie z 22 września 2023r., to w którymś z tych pism świadomie wprowadziła w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez Pana M. wymogu opisanego w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ.

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 również przedłożone przez Odwołującego na rozprawie dowody wykluczające nabycie doświadczenia w zakresie realizacji inwestycji wskazanych w pkt 6) - 8) wykazu dołączonego przez **ADAMIETZ** do pisma z 18 października 2023r. W związku z powyższym **ADAMIETZ** przekazała Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd lub celowo wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia wszystkie warunki udziału w ww. postępowaniu, co skutkowało wyborem przez Zmawiającego oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej złożonej w niniejszym postepowaniu.

Wskazać należy, że Zamawiający powinien wykluczyć **ADAMIETZ** z niniejszego postępowania, a zaniechanie dokonania tej czynności przez Zamawiającego uzasadnia zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP **ewentualnie** art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP.

III. 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 dwa 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 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 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. Przekładając zatem treść ww. przepisu na okoliczności stanu faktycznego niniejszej sprawy, Zamawiający jest uprawiony 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 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*".

Pomimo otrzymania przez **ADAMIETZ** od Zamawiającego wezwania z 23 sierpnia 2023r. wraz z pismem z 25 sierpnia 2023r. oraz wezwania z 12 października 2023r. **ADAMIETZ** nie przedłożył wyjaśnień oraz dowodów, które potwierdziłyby tezę, że Pan A. M. jest osobą, która spełnia wymogi opisane w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit b) tir 2 SWZ **ADAMIETZ** nie przedłożyła kompletnych wpisów z dzienników budów, które potwierdzałyby, iż na wszystkich ostatecznie wskazanych przez **ADAMIETZ** realizacjach Pan A. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Sanitarnych. Natomiast rozbieżność w podawanych przez ADAMIETZ w różnych pismach datach realizacji rzutuje na możliwość dokonania wiarygodnej oceny tego, czy rzeczywiście Pan M. dysponuje 5 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika Robót Sanitarnych.

Jednocześnie stwierdzić również należy, że Pan M. nie nabył doświadczenia przy realizacji zadania polegającego na Przebudowie i rozbudowie budynku hotelowego „Hotel Huzar" w Lublinie 23.11.2022 – 07.08.2023. Wskazać należy, iż odnośna realizacja jest w toku, natomiast w celu potwierdzenia posiadania doświadczenia na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych można powoływać się jedynie w odniesieniu do ukończonych realizacji.

Opisane postępowanie Zamawiającego prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postepowaniu 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.

Podniesione przez Odwołującego uchybienia w konsekwencji oznaczają, że Zamawiający naruszył w toku postępowania przetargowego przepisy w sposób wskazany na wstępie. Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 listopada 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

I.

Zamawiający **wykonując wyrok** Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.10.2023 r. ws. KIO 2738/23 w dniu 12.10.2023 r. wezwał wykonawcę Adamietz Sp. z o.o. (dalej jako ,,Adamietz") w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób.

W ramach udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień z dnia 18.10.2023 r. Zamawiający **uzyskał potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu** z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ (tj. że dysponuje 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).

Wyjaśnienia wykonawcy Adamietz były **szczegółowe** oraz **poparte dowodami** w postaci referencji dla A. M., zestawieniem sporządzonym w oparciu o referencję a ukazującym doświadczenie tej osoby na osi czasu oraz oświadczeniem A. M..

Zamawiający oceniając złożone przez wykonawcę Adamietz wyjaśnienia wraz z dowodami – miał na względzie, że w wyroku ws. KIO 2738/23 Izba stwierdziła, że skoro jedynym przedmiotowym środkiem dowodowym wymaganym w SWZ dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia kierownika robót branży sanitarnej jest **wykaz osób** (roz. X ust. 6 pkt 3 SWZ), to nie może wymagać od wykonawcy przedstawienia dowodów w postaci **wpisu do dziennika budowy czy zgłoszenia do organu nadzoru** (,,Jednakże Odwołujący powołując się na regulacje prawne związane z pełnieniem funkcji kierownika budowy / kierownika robót branżowych wskazując, że […] **pomija fakt, iż Zamawiający nie wymagał w SWZ jakichkolwiek dokumentów potwierdzających doświadczenie kierownika robót w postaci m.in. wpisów do dziennika budowy czy też zgłoszeń do organu nadzoru budowlanego'').**

Natomiast Odwołujący – w oderwaniu od opisanych powyżej ustaleń poczynionych w wyroku ws. KIO 2738/23 - nadal usiłuje **narzucić wymóg**, że spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu w niniejszym postępowaniu winno być wykazane za pomocą dowodów w postaci **kompletnych wpisów do dzienników budowy**.

Wyrok ws. KIO 2738/23 **nie został zaskarżony** przez Odwołującego w trybie art. 579 ust. 1 Pzp a jednocześnie Zamawiający **nie postawił wymagania** w SWZ, aby doświadczenie kierownika budowy branży sanitarnej było potwierdzone kompletnymi wpisami do dzienników budowy. Jak wspomniano - spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu następowało **jedynie na podstawie wykazu osób (roz. X ust. 6 pkt 3 SWZ).** Jednocześnie Zamawiający **nie wymagał w wezwaniu** z dnia 12.10.2023 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób, aby wykonawca Adamietz przedstawił dowody w postaci **kompletnych wpisów do dzienników budowy.**

II. Odwołujący dąży ponadto do wykazania, że wykonawca Adamietz przedstawił w toku postępowania **nieprawdziwe informacje**. Miały one dotyczyć podanych w piśmie procesowym wykonawcy Adamietz ws. KIO 2738/23 **dat, w których A. M. uzyskał doświadczenie** niezbędne do wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ.

Odwołujący pomija jednak, iż przedmiotowe daty wykonawca Adamietz **podał za referencjami** z dnia 28.06.2021 r. wystawionymi przez **poprzedniego pracodawcę** A. M., tj. Ekoprojekt Warszawa Sp. z o.o. oraz dysponując **oświadczeniem samego A. M.** z dnia 24.08.2023 r., iż legitymuje się on adekwatnym doświadczeniem

Jednocześnie Odwołujący pomija, że **dat tych nie przedstawiono do oceny Zamawiającemu** w toku postępowania o udzielenie zamówienia, lecz Krajowej Izbie Odwoławczej w ramach pisma procesowego z dnia 22.09.2023 r. ws. KIO 2738/23 w toku postępowania odwoławczego. Zamawiający nie dokonywał oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie informacji zawartych w ww. piśmie procesowym wykonawcy Adamietz, lecz w oparciu o informacje podane przez niego w **wykazie osób** oraz **wyjaśnieniach** udzielonych w trybie art. 128 ust. 4 Pzp dotyczących tego wykazu osób. W konsekwencji daty te **nie mogły mieć ani nie miały wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego** w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na marginesie zwrócić uwagę należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku ws. KIO 2738/23 nakazała Zamawiającemu wyjaśnienie w trybie art. 128 ust. 4 Pzp **wykazu osób a nie treści pisma procesowego** wykonawcy Adamietz z dnia 22.09.2023 r.

III.Natomiast w odniesieniu do dat podanych przez wykonawcę Adamietz w ramach wyjaśnień z dnia 18.10.2023 r. dotyczących wykazu osób – Odwołujący w **ogóle nie wykazał, że stanowią one nieprawdziwe informacje**. W zakresie informacji zawartych w pkt 1-5 wyjaśnień przyjął on założenie, że **muszą być one nieprawdziwe, bowiem nie przedłożono dowodów w postaci wpisów z dziennika budowy**. Niemniej – jak już wspomniano - wymóg taki nie wynikał z SWZ ani treści wezwania. Z kolei w zakresie informacji zawartych w pkt 6-8 wyjaśnień – Odwołujący **nie sprecyzował w ogóle okoliczności faktycznych** z których wywodzi nieprawdziwość informacji ani **nie przedstawił dowodów**. W tym zakresie zarzut **ma charakter blankietowy.**

Natomiast odnosząc się szczegółowo do zarzutów postawionych w odwołaniu - Zamawiający wskazuje co następuje:

IV.Zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Adamietz z postępowania, mimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa miał przedstawić on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w celu wykazania warunku uczestnictwa w postępowaniu wskazanego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tir 2 SWZ - co miało mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu

oraz

zarzut nr 2 odwołania (ewentualny) dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Adamietz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z postanowieniem rozdział IX ust. 1 pkt 11 SWZ, gdyż wykonawca Adamietz w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa miał wprowadzić w błąd Zamawiającego, co do spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu wskazanych w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ, co miało mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu

(Łączne odniesienie się do zarzutów nr 1 i 2 odwołania):

1) Nie może uzasadniać wykluczenia wykonawcy Adamietz z postępowania - na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ani art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp - okoliczność, że daty w których A. M. zdobył doświadczenie podane w wyjaśnieniach z dnia 18.10.2023 r. różnią się od dat podanych w piśmie procesowym tego wykonawcy złożonym w dniu 22.09.2023 r. w toku postępowania odwoławczego ws. KIO 2738/23.

Informacje zawarte w piśmie procesowym wykonawcy Adamietz ws. KIO 2738/23 **podano za referencjami** z dnia 26.08.2021 r. wystawionymi dla A. M. przez poprzedniego pracodawcę Ekoprojekt Warszawa Sp. z o.o. (załącznik nr 8 do pisma procesowego wykonawcy Adamietz ws. KIO 2738/23). Uwzględnić należy, że Ekoprojekt Warszawa Sp. z o.o. – jako pracodawca A. M. a jednocześnie wykonawca inwestycji, gdzie zdobył on doświadczenie – był podmiotem, który **legitymował się wiedzą o tym, w jakich datach A. M. zdobył doświadczenie na stanowisku kierownika robót w**

branży sanitarnej. Jednocześnie Ekoprojekt Warszawa Sp. z o.o **nie jest podmiotem zainteresowanym uzyskaniem przez wykonawcę Adamietz tego zamówienia**. Wydaje się, że w takich okolicznościach wykonawca Adamietz zasadnie przyjął, iż nie było podstaw do uznania, że podane przez Ekoprojekt Warszawa Sp. z o.o. informacje mogą być niewłaściwe.

Dodatkowo wykonawca Adamietz przedstawiając powyższe informacje działał w oparciu o **oświadczenie samego A. M.** z dnia 24.08.2023 r., gdzie wskazał on, iż posiada wymagane warunkiem udziału w postępowaniu 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót sanitarnych (załącznik nr 4 do pisma procesowego wykonawcy Adamietz ws. KIO 2738/23).

W takich okolicznościach sprawy nie są zasadne twierdzenia Odwołującego, iż informacje o datach zawarte w przedmiotowym piśmie procesowym wykonawca Adamietz podał w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa czy wręcz zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. **Na moment przedstawienia tych informacji** przez wykonawcę Adamietz w dniu 22.09.2023 r. **nie zachodziły wątpliwości, co do ich prawdziwości**. Te zostały podniesione dopiero przez Odwołującego na rozprawie w dniu 29.09.2023 r. ws. KIO 2738/23. Skoro wykonawca Adamietz przedstawiając przedmiotowe daty opierał się na informacjach przekazanych przez poprzedniego pracodawcę A. M. oraz posiadając oświadczenie samego A. M., że posiada on wymagane 5-letnie doświadczenie, wydaje się że **dochował w tym zakresie staranności**. Wobec tego nie można wykonawcy Adamietz przypisać - przy przedstawieniu ww. informacji - winy w którejkolwiek z postaci, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 czy art. 109 ust. pkt 8 Pzp.

2) Niezależnie od powyższego uwzględnić należy, że informacje przedstawione w ramach pisma procesowego wykonawcy Adamietz ws. KIO 2738/23 – **nie mogły mieć ani nie miały wpływu na zamówienia**. Przesłanki wykluczenia przewidziane w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp odwołują się do informacjach mogących mieć wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednak w okolicznościach sprawy Zamawiający podejmował decyzje na podstawie informacji zawartych w **wykazie osób** oraz **wyjaśnieniach z dnia 18.10.2023 r. dotyczących wykazu osób** a nie na podstawie informacji wynikających z pisma procesowego wykonawcy Adamietz ws. KIO 2738/23.

Daty podane w piśmie procesowym wykonawcy Adamietz ws. KIO 2738/23 **nie były przedstawione do oceny Zamawiającemu** w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast dokumenty na podstawie których Zamawiający podejmował decyzje w postepowaniu (tj. oceniał czy wykonawca Adamietz spełnia warunek udziału w postepowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ SWZ) - to przedłożony przez tego wykonawcę **wykaz osób** oraz **wyjaśnienia z dnia 18.10.2023 r. dotyczące wykazu osób**.

Zgodnie z roz. X ust. 6 pkt 3 SWZ **to wykaz osób był wymagany** w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w roz. VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ.

Jednocześnie przy ocenie czy wykonawca Adamietz spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu Zamawiający brał pod uwagę **dotyczące wykazu osób wyjaśnienia** wykonawcy Adamietz złożone w dniu 18.10.2023 r. trybie art. 128 ust. 4 Pzp. Wyjaśnienia te były **szczegółowe** oraz **poparte dowodami** w postaci referencji dla A. M., zestawieniem sporządzonym w oparciu o referencję a ukazującym doświadczenie tej osoby na osi czasu oraz oświadczeniem A. M..

Zatem Zamawiający w niniejszej sprawie **nie podejmował w ogóle decyzji w postępowaniu w oparciu o informacje podane w piśmie procesowym wykonawcy Adamietz** złożonym ws. KIO 2738/23.

W kontekście podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp ma to takie znaczenie, że informacje podane w **piśmie procesowym ws. KIO 2738/23 nie mogły mieć ani nie miały wpływu** na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na marginesie dodać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku ws. KIO 2738/23 nakazała Zamawiającemu wyjaśnienie w trybie art. 128 ust. 4 Pzp **wykazu osób a nie treści pisma procesowego** wykonawcy Adamietz. Jednocześnie na gruncie ustawy Zamawiający **nie ma narzędzi, aby weryfikować dokumenty złożone w postępowaniu odwoławczym.** Zwrócić uwagę należy, że przepisy art. 128 ust. 1 oraz 4 Pzp - odnoszą się do oraz oświadczeń oraz **dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia**. W świetle tych regulacji Zamawiający nie ma uprawnień, aby wzywać do uzupełnienia, poprawienia czy złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych w toku postępowania odwoławczego.

3) Niezależnie od powyższego podnieść należy, że Odwołujący **nie wykazał nieprawdziwości informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Adamietz z dnia 18.10.2023 r. dotyczących wykazu osób.**

a)W przypadku doświadczenia A. M. opisanego w pkt 1-5 wyjaśnień – Odwołujący przyjął, iż informacje te muszą być nieprawdziwe, bowiem **ich prawdziwość mogłaby być potwierdzona jedynie kompletnymi wpisami do dziennika budowy.**

Jednak taki sposób potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu **nie wynika z treści SWZ**. Zgodnie z postanowieniem roz. X ust. 6 pkt 3 SWZ Zamawiający – w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w roz. VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ – wymagał złożenia **wykazu osób**.
Jednocześnie Zamawiający w wezwaniu z dnia 12.10.2023 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób w trybie art. 128 ust. 4 Pzp - **nie sformułował wymogu,** aby były one poparte dowodami w postaci wpisów z dzienników budowy.
Kluczowe jest jednak, że forsowany przez Odwołującego sposób potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu **został już poddany ocenie przez Krajową Izbę Odwoławczą** w wyroku ws. KIO 2738/23. Izba uznała wówczas, że w okolicznościach niniejszego postępowania – z uwagi na ukształtowanie postanowień SWZ w taki sposób, że w roz. X ust. 6 pkt 3 SWZ wymagano jedynie wykazu dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ - spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu**nie musiało zostać wykazane wpisami do dziennika budowy czy zgłoszeniami do organu nadzoru budowlanego:**
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.10.2023 r., sygn. akt KIO 2738/23:
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. […] **Jednakże Odwołujący powołując się na regulacje prawne związane z pełnieniem funkcji kierownika budowy / kierownika robót branżowych wskazując, że […] pomija fakt, iż Zamawiający nie wymagał w SWZ jakichkolwiek dokumentów potwierdzających doświadczenie kierownika robót w postaci m.in. wpisów do dziennika budowy czy też zgłoszeń do organu nadzoru budowlanego.**
Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z wyrokiem ws. KIO 2738/23 – powinien był zaskarżyć ten wyrok w trybie art. 579 ust. 1 Pzp. Wyrok ten jednak nie został zaskarżony przez Odwołującego.
Zatem argumentacja Odwołującego, że informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy Adamietz dotyczących wykazu osób są nieprawdzie bowiem ich prawdziwość mogłaby być potwierdzona jedynie poprzez złożenie wpisów do dziennika budowy - jest sprzeczna z treścią wymogów SWZ oraz została już negatywnie zweryfikowana w ramach wyroku ws. KIO 2738/23 dotyczącego niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Twierdzenia Odwołującego stanowią więc **próbę narzucenia wymogu**, aby spełnienie warunku udziału w postępowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ było wykazane za pomocą dowodów w postaci kompletnych wpisów do dziennika budowy.

b) Z kolei w przypadku doświadczenia A. M. opisanego w pkt 6-8 wyjaśnień - Odwołujący**nie przedstawił jakichkolwiek okoliczności faktycznych ani dowodów.** Ograniczył się w tym zakresie jedynie do twierdzenia, iż zostanie to wykazane w ramach dowodów przedłożonych na rozprawie.
Wskazać należy, że w takiej sytuacji przedmiotowy zarzut – w zakresie, w jakim odnosi się do pkt 6-8 wyjaśnień – w ogóle nie powinien podlegać rozpoznaniu z uwagi na jego **blankietowe uzasadnienie** oraz brak wskazania okoliczności faktycznych, które stanowią podstawę zarzutów.
Skoro zarzut odwołania opiera się na kwestionowaniu prawdziwości informacji o doświadczeniu A. M. wskazanego w pkt 6-8 wyjaśnień, Odwołujący zobowiązany był do wskazania już w treści odwołania **co najmniej okoliczności faktycznych**, z których to wywodzi.
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.
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**.
Strategia Odwołującego zmierza więc do utrudnienia należytej analizy niniejszej sprawy przez Zamawiającego. Postawił on zarzuty w taki sposób, że zamierza je skonkretyzować dopiero na rozprawie – podając wtedy okoliczności faktyczne oraz zmuszając Zamawiającego do odniesienie się do nich ad hoc.
Taki sposób konstruowania zarzutów – to jest bez wskazania podstaw faktycznych, na których opierają się zarzuty – został uznany przez Krajową Izbę Odwoławczą za nieprawidłowy. Dano temu wyraz w następujących orzeczeniach:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9.03.2023 r., sygn. akt 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. Wpierw muszą zaistnieć bowiem w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.03.2020 r., sygn. akt 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.
Podkreślić należy, że brak wskazania przyczyn, z których Odwołujący wywodzi nieprawidłowość informacji zawartych w pkt 6-8 wyjaśnień - **uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację i szczegółowe odniesienie się do twierdzeń odwołania.**
W tych okolicznościach Zamawiający wnosi o uznanie zarzutów nr 1 i 2 odwołania – w zakresie, w jakim kwestionowana jest tam prawdziwość informacji podanych w pkt 6-8 wyjaśnień – **za bezzasadne.** 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.
4) Odnosząc się dodatkowo do podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – należy wskazać, że w wyroku ws. KIO 2738/23 Izba oceniła oraz oddaliła taki zarzut, oparty na tych samych okolicznościach faktycznych.
W ramach odwołania z dnia 17.09.2023 r. Odwołujący sformułował m.in. zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Adamietz w zwiazku z przedstawieniem w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w roz. VII ust. 1 pkt 4 lit b tiret 2 SWZ.
Przedmiotowy zarzut pierwotnie dotyczył okoliczności, że wykonawca Adamietz w toku postępowania o udzielenie zamówienie oświadczył, że spełnia warunek udziału w postępowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit b tiret 2 SWZ dotyczący doświadczenia kierownika robót w branży sanitarnej, podczas gdy wedle Odwołującego A. M. nie posiadał:

- minimum 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych;
- 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);

W uzasadnieniu do zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że A. M. na dzień składania wykazu osób nie posiadał doświadczenia na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych przez okres 5 lat.
Następnie Odwołujący wycofał odwołanie z dnia 17.09.2023 r. w zakresie zarzutu nr 1, ale jedynie w tej jego części, gdzie kwestionował doświadczenie A. M. jako kierownika 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).
Tym samym Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp (zarzut nr 1) w zakresie, w jakim dotyczył on posiadania przez A. M. minimum 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych.
Tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem ws. KIO 2738/23 **oddaliła zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp** (pkt 3 sentencji wyroku ws. KIO 2738/23), zaś uwzględniła odwołanie tylko w zakresie zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 128 ust. 4 PZP (pkt 1 sentencji wyroku ws. KIO 2738/23).
W takich okolicznościach uznać należy, że Odwołujący w ramach aktualnego odwołania w istocie postawił zarzut, który został już oceniony oraz oddalony przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach wyroku ws. KIO 2738/23. Krajowa Izba Odwoławcza oddalając przedmiotowy zarzut uznała, że wykonawca Adamietz – oświadczając, że spełnia warunek udziału w postępowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit b tiret 2 SWZ dotyczący doświadczenia kierownika robót w branży sanitarnej – nie przedstawił nieprawdziwych informacji w wyniku zamierzonego działania ani w warunkach rażącego niedbalstwa.
5) Wreszcie zauważyć należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie przesłanek odnoszących się do przekazania nieprawdziwych informacji w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa - w związku podaniem w wykazie osób niewłaściwych dat nabycia doświadczenia przez personel - jest **sankcją niewspółmierną, naruszającą zasadę proporcjonalności**. Wskazuje się, że prowadzi do

eliminacji wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu jedynie w związku z nieprawidłowościami o charakterze formalnym a nie merytorycznym:
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.08.2019 r., sygn. akt KIO 1576/19:
W ocenie Izby omyłka Odwołującego co do konkretnych dat pełnienia określonej funkcji w ramach inwestycji zamieszczonej w Wykazie personelu **nie może skutkować automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Istotna bowiem z punktu widzenia Zamawiającego w analizowanej sprawie jest ocena doświadczenia danej osoby. Skoro zaś wykonawcy składa oświadczenie, że dana osoba posiada wymagane doświadczenie, zdobyte na inwestycji pierwotnie umieszonej w Wykazie personelu, zaś błąd wykonawcy dotyczy wyłącznie dat sprawowania funkcji, to okoliczności takiej Zamawiający nie może pominąć. Wykluczenie wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp **byłoby sanacją nadmierną, gdzież de facto prowadziłoby do eliminowania wykonawców za błędy formalne, pomimo, iż posiadają oni odpowiednio doświadczoną kadrę personalną**. Stanowiłoby to **naruszenie głównej zasady zamówień publicznych tj. zasady proporcjonalności.** Sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania byłaby niewspółmiernie co do ustalanego przez Zamawiającego przewinienia tj. błędnego określona dat wykonywania funkcji kierownika robót torowych. Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy należy wskazać, że nawet gdyby uznać, że wykonawca Adamietz przedstawił w piśmie procesowym ws. KIO 2738/23 nieprawdziwe informacje w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa (czego w ocenie Zamawiającego nie można mu przypisać w okolicznościach, gdzie podał on daty za referencjami Ekoprojekt Warszawa Sp. z o.o. oraz dysponując oświadczeniem A. M.), to wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp - byłoby sankcją niewspółmierną, sprzeczną z zasadą prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 Pzp.
6) Opisane powyżej okoliczności powodują, że w postępowaniu nie zachodziły przesłanki do wykluczenia wykonawcy Adamietz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp ani tym bardziej na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zamawiający tym samym nie naruszył przepisów prawa w tym zakresie, zaś zarzuty nr 1 i 2 odwołania pozostają bezzasadne.
V.Zarzut nr 3 odwołania (ewentualny) dotyczący naruszenia 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 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:
1) Odwołujący oparł zarzut na założeniu, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit b tiret 2 SWZ musiało nastąpić w oparciu o **kompletne wpisy z dzienników budowy.**
Tymczasem Zamawiający wezwał wykonawcę Adamietz do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób oraz oceniał złożone wyjaśnienia wraz z dowodami w oparciu o ustalenia poczynione w wyroku ws. KIO 2738/23. Nakazano tam Zamawiającemu wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp a jednocześnie w uzasadnieniu wskazano, że jedynym przedmiotowym środkiem dowodowym wymaganym w SWZ dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia kierownika robót branży sanitarnej jest **wykaz osób** (roz. X ust. 6 pkt 3 SWZ) oraz że nie jest możliwe w okolicznościach postepowania wymaganie od wykonawców przedstawienia dowodów w postaci **wpisu do dziennika budowy czy zgłoszenia do organu nadzoru.**
Opisany przez Odwołującego sposób potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu został już poddany ocenie przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku ws. KIO 2738/23. Izba uznała wówczas, ż w okolicznościach niniejszego postępowania – z uwagi na ukształtowanie postanowień SWZ w taki sposób, że w roz. X ust. 6 pkt 3 SWZ wymagano jedynie wykazu dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit b tiret 2 SWZ - spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu **nie musiało zostać wykazane** wpisami do dziennika budowy czy zgłoszeniami do organu nadzoru budowlanego:
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.10.2023 r., sygn. akt KIO 2738/23:
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. […] **Jednakże Odwołujący powołując się na regulacje prawne związane z pełnieniem funkcji kierownika budowy / kierownika robót branżowych wskazując, że […] pomija fakt, iż Zamawiający nie wymagał w SWZ jakichkolwiek dokumentów potwierdzających doświadczenie kierownika robót w postaci m.in. wpisów do dziennika budowy czy też zgłoszeń do organu nadzoru budowlanego.**
Odwołujący nie zaskarżył wyroku ws. KIO 2738/23.
Zatem argumentacja Odwołującego, że potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu kompletnymi wpisami do dziennika budowy jest sprzeczna z treścią wymogów SWZ oraz została już negatywnie zweryfikowana w ramach wyroku ws. KIO 2738/23 dotyczącego niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

2) Jednocześnie Odwołujący oparł zarzut na twierdzeniach, że A. M. nie nabył wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu doświadczenia dotyczącego zadania polegającego na przebudowie i rozbudowie budynku hotelowego ,,Hotel Huzar" w Lublinie w okresie od 23.11.2022 r. do 7.08.2023 r. Wskazał, że realizacja tego zadania **ma być toku**, zaś warunek udziału w postepowaniu **dotyczył jedynie ukończonych realizacji.**

Jednak wbrew twierdzeniom Odwołującego warunek udziału w postępowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret SWZ – w zakresie w jakim Odwołujący obecnie kwestionuje jego spełnienie przez wykonawcę Adamietz - **nie dotyczył doświadczenia zdobytego jedynie przy ukończonych realizacjach**:

Warunek udziału w postępowaniu z roz. VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ – ukształtowany w ramach zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ z dnia 26.07.2023 r.:

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 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);

Z analizy treści przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wynika, że doświadczenie kierownika robót powinno składać się z **2 rodzajów doświadczenia:**

- minimum 5 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych;
- 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);

Jednocześnie z analizy tej wynika, że tylko w odniesieniu do doświadczenia w zakresie 1 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 – Zamawiający **sformułowano wymaganie, aby doświadczenie to dotyczyło zakończonej roboty budowlanej.**

Tymczasem zarzut odwołania oraz mająca go uzasadnić argumentacja Odwołującego - **odnoszą się do tego elementu doświadczenia kierownika robót w branży sanitarnej, gdzie nie określono wymagania, by roboty budowlane których ono dotyczy były zakończone**. Dodatkowo okres zajmowania przez A. M. stanowiska kierownika robót sanitarnych na tym zadaniu dotyczy okresu zamkniętego (23.11.2022-7.08.2023).

Powyższe powoduje, iż okoliczność, że nawet jeśli roboty budowlane polegające na przebudowie i rozbudowie Hotelu Huzar nie zostały jeszcze zakończone (przy czym **nie zostało to w ogóle przez Odwołującego w żaden sposób wykazane** w ramach odwołania), to nie ma to jakiegokolwiek znaczenia w kontekście spełnienia przez wykonawcy Adamietz warunku udziału w postępowaniu z roz. X ust. 6 pkt 3 SWZ. Wymagane 5-letenie doświadczenie kierownika robót w zakresie branży sanitarnej **nie musiało dotyczyć robót budowlanych zakończonych.**

7) Tym samym w okolicznościach postępowania nie zaistniały opisane przez Odwołujące przyczyny uzasadniającego odrzucenie oferty wykonawcy Adamietz. Zamawiający w tym zakresie nie naruszył przepisów ustawy, zaś sformułowany zarzut pozostaje bezzasadny.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

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

W dniu 30 października 2023 r. wykonawca ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Jasionce wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności Zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:

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 20 października 2023 r.;
2) zaniechania czynności wykluczenia z ww. postępowania **ADAMIETZ** na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z Rozdział IX ust. 1 pkt 13 SWZ, gdyż **ADAMIETZ** w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające 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 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 wprowadziła 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

4) zaniechania czynności odrzucenia oferty **ADAMIETZ** z postępowania.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1) naruszenie **art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP** poprzez zaniechanie czynności wykluczenia **ADAMIETZ** z postępowania, mimo że wskazany ADAMIETZ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w celu wykazania przez **ADAMIETZ** warunku uczestnictwa w postępowaniu wskazanego 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

2) 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 SWZ, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty **ADAMIETZ** jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu;

ewentualnie

3) 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 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.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczon odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 listopada 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba stwierdziła, ze 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 8 listopada 2023 r. (pismo z dnia 8 listopada 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. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

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.

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 zebranym 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 nieuzyskaniu 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 uwzględnia 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 sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Odnośnie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie czynności wykluczenia ADAMIETZ z postępowania, mimo że wskazany ADAMIETZ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w celu wykazania przez ADAMIETZ warunku uczestnictwa w postępowaniu wskazanego 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 oraz zarzutu nr 2 (ewentualny) dotyczący 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, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty ADAMIETZ jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu, są zdaniem Izby niezasadne.
W pierwszej kolejności Izba zważa, 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 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).

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).

Izba zważa, że Zamawiający pismem z dnia 7 września 2023 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Odwołujący zaskarżył ww. czynność wyboru oferty Przystępującego, składając odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 3 października 2023 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 2738/23 uwzględniła odwołanie i nakazała 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.

W konsekwencji powyższego, Zamawiający pismem (informacja o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o ponownym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert) z dnia 10 października 2023 r. poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postepowaniu, że: „*unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty*", a następnie pismem z dnia 12 października 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień: „Na podstawie art. 128 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j..); Zamawiający Społeczna Inicjatywa Mieszkaniowa w Stalowej Woli Sp. z o. o. wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku o którym mowa w Rozdziale VII ust 1 pkt 4) lit b tir 2 w stosunku do**Pana A. M..** Czy wykazany przez wykonawcę Kierownik Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych posiada minimum 5 letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku ?"

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący pismem z dnia 18 października 2023 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami wskazując m.in. „(...) Pan A. M. w okresie od dnia 1 lutego 2018 r. do dnia 28 czerwca 2021 r. zatrudniony był w firmie Ekoprojekt Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na stanowisku Kierownik Robót Sanitarnych (Kierownik Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych). Począwszy od dnia 17 stycznia 2022 r. do nadal, Pan A. M. zatrudniony jest w firmie Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich na stanowisku Kierownik Robót Sanitarnych (Kierownik Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych). Pan A. M. w ramach zajmowanego przez siebie stanowiska w firmie Adamietz Sp. z o.o. uczestniczył w realizacji licznych inwestycji z zakresu swojej specjalizacji. Niezależnie od inwestycji realizowanych w ramach ww. stanowisk, Pan A. M. uczestniczył przy realizacji mniejszych inwestycji budowalnych, niezwiązanych ze wskazanymi wyżej stanowiskami, zachowując ciągłość nabywanego doświadczenia. Pan A. M. był zatrudniony na stanowisku oraz pełnił funkcję kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych m.in. przy realizacji następujących inwestycji (dane wg stanu na dzień złożenia ofert):

1.Wykonanie modernizacji systemu grzewczego i dystrybucji ciepłej wody w budynkach wielorodzinnych przy ul. Radiowej w Warszawie, realizowanej na rzecz inwestora AMW TBS „Kwatera" Sp. z o.o., okres pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych: 01.02.2018r. - 25.10.2018 r.

2.Wykonanie węzła centralnego ogrzewania w ramach inwestycji pn. „Nadbudowa budynku mieszkalnego wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techn. przy ul. Mała 15 w Warszawie, realizowanej na rzecz inwestora MERX Sp. z.o.o., okres pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych:

08.05.2018 r.- 07.03.2019 r.

3.Budowa Węzła cieplnego 2 – funkcyjnego CO+CWU w budynku przy ul. Syreny 4 w Warszawie, realizowanej na rzecz inwestora 4BAU Sp. z o.o., okres pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych: 18.03.2019 r. - 25.10.2019 r.

4.Wykonanie modernizacji systemu grzewczego i dystrybucji cieplnej wody użytkowej wraz z remontem hydroforni w budynku wielorodzinnym przy ul. Szymanowskiego 4 w Warszawie, realizowanej na rzecz inwestora Wspólnota Mieszkaniowa przy ul. Szymanowskiego 4 w Warszawie, okres pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych: 24.09.2019 r. - 24.09.2020 r.

5. „Wykonanie robót montażowo – budowlanych w zakresie węzła i przyłącza ciepłowniczego dla Inwestycji przy ul. Bluszczańskiej w Warszawie", realizowanej na rzecz inwestora Edes Sp. z o.o., okres pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych: 12.08.2020 r. - 28.06.2021 r.

6. Przebudowa i rozbudowa Hotelu Piast w Opolu, realizowanej na rzecz inwestora Rajmunda Adamietz, okres pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych: 18.01.2022 r. - 07.08.2023 r.

7.Przebudowa i rozbudowa budynku hotelowego „Hotel Huzar" w Lublinie, realizowanej na rzecz inwestora PHH Hotele Sp. z o.o., okres pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Robót Budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych: 23.11.2022 - 07.08.2023

8. „Budowa domu jednorodzinnego w Rzeszowie", realizowanej na rzecz inwestora Dorota i Szymon Dyląg: 22.06.2021 r. - 31.12.2022 r. (...)

Pan A. M. posiada także 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), które zdobył przy realizacji inwestycji „Budowa budynków biurowych z funkcją handlowo – usługową w parterze oznaczonych jako budynki „M" i „N" z jednopoziomowym garażem podziemnym, wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w dzielnicy Praga Północ w Warszawie, aktualny Plac Konesera 11 (budynek N) i Plac konesera 12 (budynek M) w Warszawie", realizowanej na rzecz inwestora Liebrecht &Wood Poland Sp. z o.o.".

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, z kolei w myśl art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Oznacza to, iż z normy prawnej art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP musi wynikać wprowadzenie w błąd Zamawiającego, które przybierze formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, natomiast w myśl art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, musi wynikać wprowadzenie w błąd Zamawiającego, które przybierze formę lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności, z kolei niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić.

Izba wskazuje, że istota sporu dotyczyła dat, w których Pan A. M. uzyskał doświadczenie niezbędne do wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ, a które różnią się w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 18 października 2023 r. złożonych w niniejszym postępowaniu odwoławczym od dat podanych w piśmie procesowym (odpowiedz Przystępującego na odwołanie) z dnia 22 września 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2738/23.

Izba zważa, że Przystępujący przedstawiając przedmiotowe daty w piśmie procesowym z dnia 22 września 2023 r. opierał się na informacjach przekazanych przez poprzedniego pracodawcę Ekoprojekt Warszawa sp. z o.o., zgodnie z referencjami z dnia 28 czerwca 2021 r., oraz mając oświadczenie Pana A. M. z dnia 24 sierpnia 2023 r. o posiadaniu 5 – letniego doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych, Izba doszła do przekonania, że

Przystępujący działał w zaufaniu do danych podanych przez pracodawcę Ekoprojekt Warszawa sp. z o.o., a co za tym idzie Przystępujący nie miał podstaw do uznania, że podane przez Ekoprojekt Warszawa sp. z o.o. informacje są niewłaściwe lub nieprawidłowe.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że z dowodów wniesionych na posiedzeniu przez Przystępującego w postaci umów na roboty budowlane wraz z protokołami odbioru robót i dzienników budowy wynika, że zarówno informacje (daty) podane w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 18 października 2023 r., czy też w piśmie procesowym (odpowiedz Przystępującego na odwołanie) z dnia 22 września 2023 r. są prawdziwe, ponieważ, jak słusznie zauważył Przystępujący na rozprawie: „w niniejszym postępowaniu wykaz dotyczył okresu faktycznie wykonywanych prac, zaś poprzedni dotyczył okresów wynikających umów", a co nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, że Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił nieprawdziwości informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 18 października 2023 r. dotyczących Wykazu osób. W przypadku doświadczenia Pana A. M. opisanego w pkt 1-5 wyjaśnień z dnia 18 października 2023 r. Odwołujący przyjął, iż informacje te są nieprawdziwe, ponieważ ich prawdziwość mogłaby być potwierdzona jedynie kompletnymi wpisami do dziennika budowy, o czym świadczą słowa Odwołującego: „ADAMIETZ nie przedłożyła też kompletnych wpisów z dzienników budów".

Izba chciałaby w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z rozdziałem X 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: 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".

Izba zważa, iż ze względu na ukształtowanie ww. postanowień SWZ w taki, a nie inny sposób, oznacza, że w rozdziale X ust. 6 pkt 3 SWZ, Zamawiający wymagał jedynie wykazu osób dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ, a tym samym spełnienie ww. warunku nie musiało zostać wykazane wpisami do dziennika budowy. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczejz dnia 3 października 2023 r. o sygn. akt KIO 2738/23, w którym Izba orzekła: „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. (...)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", czy też dowód wniesiony przez Przystępującego na posiedzeniu w postaci opinii z dnia 18 października 2023 r.: „Żaden obowiązujący w ostatnich 5 latach przepis prawa nie zawierał takiej treści normatywnej, która pozwalałaby na stwierdzenie, że aby zostać kierownikiem robót, należy dokonać wpisu do dziennika budowy. Podobnie nie ma i nie było takiego przepisu prawa powszechnie obowiązującego, który uzależniałby możliwość pełnienia funkcji kierownika robót, od zgłoszenia tego faktu do powiatowego inspektoratu nadzoru budowlanego. Wystarczy w tym zakresie wskazać, że żaden z zacytowanych przez Odwołującego przepisów nie uzależnia pełnienia funkcji kierownika robót od wpisu do dziennika budowy lub zgłoszenia do PINB".

Z kolei w przypadku doświadczenia Pana A. M. opisanego w pkt 6-8 wyjaśnień z dnia 18 października 2023 r., Izba zważa, że Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek okoliczności faktycznych ani dowodów, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż: „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 również przedłożone przez Odwołującego na rozprawie dowody (...)", przy czym takich dowodów na rozprawie Odwołujący nie przedłożył.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Tym samym, w ocenie Izby przedmiotowy zarzut w zakresie pkt 6-8 wyjaśnień z dnia 18 października 2023 r. ma charakter blankietowy i nie odpowiada dyspozycji ww. normie prawnej, co jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację i szczegółowe odniesienie się do twierdzeń odwołania".

Powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r. o sygn. akt 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. Wpierw muszą zaistnieć bowiem w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne", czy też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. o sygn. akt 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.".

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, aby Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania, czy też w wyniku rażącego niedbalstwa, tym bardziej, że wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2023 r. o sygn. akt 2738/23, Izba oddaliła zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP (pkt 3 sentencji wyroku), jak również nie wykazał, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

Poza tym stwierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 3 października 2023 r. o sygn. akt KIO 2738/23: „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" , nie oznacza jeszcze zdaniem Izby, że w realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z niedbalstwem, o czym świadczą słowa: „co najwyżej o niedbalstwie". Nie można bowiem tracić z pola widzenia tego, jak już wcześniej Izba zważyła, że Przystępujący podał daty w piśmie procesowym z dnia 22 września 2023 r. za referencjami Ekoprojekt Warszawa sp. z o.o., jak również tego, iż informacje wynikające zarówno z dowodów złożonych przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym, jak i oświadczeń złożonych w poprzednim postępowaniu odwoławczym, są prawdziwe.

Co więcej, Izba chciałaby podkreślić, że daty wynikające z wyjaśnień Przystępującego z dnia 18 października 2023 r., jak również wynikające z oświadczenia Pana A. M. z dnia 13 października 2023 r. pokrywają się, a patrząc przez pryzmat załącznika nr 12 do wyjaśnień (wykres doświadczenia Pana A. M.) - Łączna ilość miesięcy na stanowisku Kierownika Robót wynosi 66,25 miesięcy, jednoznacznie potwierdza, że Pan A. M. posiada 5 -letnie doświadczenie na przedmiotowym stanowisku.

Nawet gdyby uznać, że Przystępujący przedstawił w piśmie procesowym z dnia 22 września 2023 r. informacje (niewłaściwe daty) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (z czym Izba się nie zgadza), to wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP byłoby sankcją niewspółmierną, sprzeczną jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 ustawy PZP. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r. o sygn. akt KIO 1576/19: „ W ocenie Izby omyłka Odwołującego co do konkretnych dat pełnienia określonej funkcji w ramach inwestycji zamieszczonej w Wykazie personelu nie może skutkować automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Istotna bowiem z punktu widzenia Zamawiającego w analizowanej sprawie jest ocena doświadczenia danej osoby. Skoro zaś wykonawcy składa oświadczenie, że dana osoba posiada wymagane doświadczenie, zdobyte na inwestycji pierwotnie umieszonej w Wykazie personelu, zaś błąd wykonawcy dotyczy wyłącznie dat sprawowania funkcji, to okoliczności takiej Zamawiający nie może pominąć. Wykluczenie wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp byłoby sanacją nadmierną, gdzież de facto prowadziłoby do eliminowania wykonawców za błędy formalne, pomimo, iż posiadają oni odpowiednio doświadczoną kadrę personalną. Stanowiłoby to naruszenie głównej zasady zamówień publicznych tj. zasady proporcjonalności. Sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania byłaby niewspółmiernie co do ustalanego przez Zamawiającego przewinienia tj. błędnego określona dat wykonywania funkcji kierownika robót torowych", a Izba w pełni podziela pogląd tamtejszego składu orzekającego.

Tym samym zarzuty nr 1 i 2 w ocenie Izby są niezasadne.

Odnośnie 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 i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo 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, jest zdaniem Izby niezasadny.
W pierwszej kolejności Izba zważa, że zarzut odwołania w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) PZP w zw. z rozdziałem VII ust. 1 pkt 4) lit b) tiret 3 SWZ nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadniony w odwołaniu, w związku z czym Izba uznała go jako niewykazany, tj. nieudowodniony, tym samym podlegał oddaleniu.
Z kolei w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) PZP w zw. z rozdziałem VII ust. 1 pkt 4) lit b) tiret 2 SWZ, Izba zważa, że Odwołujący oparł swój zarzut na założeniu, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinno nastąpić w oparciu o „kompletne wpisy z dzienników budów".
Izba wskazuje, 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.
Jak już Izba powyżej zważyła w swoich rozważaniach, iż zgodnie z rozdziałem X 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: 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, w ocenie Izby, ze względu na ukształtowanie ww. postanowień SWZ w powyższy sposób, oznacza, że w rozdziale X ust. 6 pkt 3 SWZ wymagano jedynie wykazu osób dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 2 SWZ, a tym samym spełnienie ww. warunku nie musiało zostać wykazane wpisami do dziennika budowy.
Nadto Odwołujący oparł ww. zarzut na stwierdzeniu, iż: „Jednocześnie stwierdzić również należy, że Pan M. nie nabył doświadczenia przy realizacji zadania polegającego na Przebudowie i rozbudowie budynku hotelowego „Hotel Huzar" w Lublinie 23.11.2022 – 07.08.2023. Wskazać należy, iż odnośna realizacja jest w toku, natomiast w celu potwierdzenia posiadania doświadczenia na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych można powoływać się jedynie w odniesieniu do ukończonych realizacji".
Izba zważa, 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 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).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że z przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wynika, że doświadczenie kierownika robót obejmowało dwa rodzaje doświadczenia:

a) minimum 5 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń gazowych, c.o., wodociągowych, kanalizacyjnych i wentylacyjnych;
b) 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).

W związku powyższym, Izba zważa, że wymagane 5 – letnie doświadczenie Kierownika robót w zakresie branży sanitarnej nie musiało dotyczyć robót budowlanych zakończonych, na co zwrócił słusznie uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a tylko w odniesieniu do doświadczenia jako kierownik robót w zakresie 1 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, o czym świadczy zapis w SWZ: „posiadającym doświadczenie jako kierownik robót dla co najmniej 1 zakończonej roboty budowlanej". Tym samym, Izba nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, że „ w celu potwierdzenia posiadania doświadczenia na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych można powoływać się jedynie w odniesieniu do ukończonych realizacji".
Nadto Izba zważa, że Przestępujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 18 października 2023 r. jednoznacznie wskazał, iż:

„Pan A. M. posiada także 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), które zdobył przy realizacji inwestycji „Budowa budynków biurowych z funkcją handlowo – usługową w parterze oznaczonych jako budynki „M" i „N" z jednopoziomowym garażem podziemnym, wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w dzielnicy Praga Północ w Warszawie, aktualny Plac Konesera 11 (budynek N) i Plac konesera 12 (budynek M) w Warszawie", realizowanej na rzecz inwestora Liebrecht &Wood Poland Sp. z o.o.".., co też zostało potwierdzone listem referencyjnym z dnia 22 lutego 2021 r.

Tym samym, zarzut nr 3 (ewentualny) w ocenie Izby jest niezasadny.

Pozostałe dowody wniesione przez Przystępującego na posiedzeniu w ocenie Izby nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

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 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….