

**Sygn. akt:** XXIII Zs 101/21

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 listopada 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Aleksandra Komór
Protokolant:	Sylwia Budek-Kudła

po rozpoznaniu w dniu 29 października 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiających: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w (...) spółki akcyjnej w W.;

uczestników: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.,

(...) spółki akcyjnej w W.

na skutek skargi: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) A.S. w A. w Turcji;

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 16 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1222/21

1. oddała skargę,
2. zasądza solidarnie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i (...) A.S. w A. w Turcji na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w (...) spółki akcyjnej w W. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Aleksandra Komór

Sygn. Akt XXIII Zs 101/21

## UZASADNIENIE

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w (...) spółka akcyjna w W., w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzi spółka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. (...) i ul. (...)”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa

Pzp” lub „PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 lipca 2020 r. pod numerem (...).

W przedmiotowej sprawie w dniu 25.10.2021 r. Zamawiający zawarł umowę o zamówienie publiczne (dalej: „Umowa” lub „Zamówienie”) w postępowaniu na zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. (...) i ul. (...)”, z konsorcjum w składzie: (...) sp. z o.o. oraz (...)a.s., którego oferta została oceniona najwyżej oraz zawierała najniższą cenę za realizację Zamówienia tj. 205 400 500,00 PLN brutto. Wynagrodzenie wybranego przez Zamawiającego wykonawcy jest niższe od wynagrodzenia wynikającego z oferty Skarżącego o 43 988 940,29 PLN.

W dniu 23 kwietnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) sp z o.o. w W. oraz (...) S.A. w W. (Hiszpania), dalej „Odwołujący 1” lub (...), wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez jego niezasadne zastosowanie, podczas gdy nie doszło do wypełnienia przesłanek objętych dyspozycją tego przepisu, Odwołujący 1 nie przedstawił bowiem informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, gdyż wszystkie informacje podane przez Odwołującego 1 są zgodne z prawdą i odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd

2. art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie umożliwienia przeprowadzenia przez Odwołującego 1 procedury samooczyszczenia, gdy tymczasem wykluczenie Odwołującego 1 z postępowania jest nieuzasadnione nawet w przypadku uznania, że przekazane informacje mają charakter nieprawdziwy (Odwołujący 1 przedstawił bowiem wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy) i nieproporcjonalne do rzekomych uchybień;

a w konsekwencji

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności przez interpretację niejednoznacznych postanowień SIWZ w sposób niekorzystny dla wykonawcy (tj. z naruszeniem obowiązującej na gruncie Pzp reguły in dubio contra proferentem).

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego 1 z postępowania; uznania, że doświadczenie Pana A. K. (1), zdobyte w ramach realizacji inwestycji pn. „Przebudowa ul. (...) i ul. (...) w ciągu pieszo rowerowym łączącym z ul. (...) z ul. (...)” oraz „Budowa mostu nad (...) łączącego wyspy K. i W. w Ś. w S.” spełnia wymagania, o których mowa w rozdziale I pkt 5.1.2.2 ppkt 11) (warunki udziału) SIWZ oraz pkt 15 ppkt 15.2.2.3. „Doświadczenie Kierowników”, Podkryterium 3 (kryterium oceny ofert);

Ewentualnie, tj. w przypadku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliłaby stanowiska Odwołującego 1 o spełnienie wymogów kryterium oceny ofert z pkt. 15 ppkt 15.2.2.3 SIWZ w sposób uzasadniający przyznanie maksymalnej liczby punktów - nakazania Zamawiającemu nieprzyznawania Odwołującemu 1 punktów z tytułu kryteriów pozacenowych, przy jednoczesnym zaniechaniu wykluczenia Odwołującego 1 z postępowania;

Ewentualnie, tj. w przypadku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza podzieliłaby stanowisko Zamawiającego o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd - nakazania Zamawiającemu uznania, że złożone przez Odwołującego 1 wyjaśnienia wyczerpują wymogi w zakresie procedury samooczyszczenia lub nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego 1 do wykazania, że przeprowadzona została procedura samooczyszczenia;

W każdym przypadku - dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W dniu 23 kwietnia 2021 r. również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) sp. z o.o. w W. oraz (...) A.Ş. w A. (Turcja), dalej „Odwołujący 2” lub (...), wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 1222/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2), art. 22d i art. 91 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 PZP przez niezasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania, w sytuacji w której Odwołujący 2 nie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału oraz pozacenowych kryteriów oceny ofert, w tym w szczególności nie podał Zamawiającemu - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia i kwalifikacji p. K. D. (1) związanych z inwestycją pn. „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.” – takie stanowisko Zamawiającego wynika wyłącznie z niewyraźnej wprost, nieliteralnej, rozszerzającej wykładni warunku udziału w postępowaniu;

2. art. 92 ust. 1 i 1a oraz art. 7 ust. 1 PZP przez brak wyjaśnienia, a nawet wskazania przez Zamawiającego podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia w zakresie inwestycji „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”, w tym w szczególności całkowite zaniechanie podania w przekazanej Odwołującemu informacji o wykluczeniu powodów, dla których Zamawiający uznał, że art. 24 ust. 8 PZP nie znajduje zastosowania, a dowody przedstawione przez Wykonawcę na potrzeby procedury samooczyszczenia są niewystarczające, do czego zobowiązuje treść art. 92 ust. 1 i 1a PZP – uzasadnienie Zamawiającego w tym zakresie ograniczyło się natomiast wyłącznie do stwierdzenia W przedmiotowym przypadku nie znajduje również zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, co jest wprost sprzeczne w powołanym powyżej przepisem, a także np. zasadą przejrzystości i uczciwej konkurencji;

3. art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 7 ust. 1 PZP przez uznanie, że art. 24 ust. 8 i 9 PZP nie znajduje zastosowania oraz, że wykonawca podlega wykluczeniu, mimo że przedstawił on Zamawiającemu stosowne dowody, a także wyjaśnił istotne dla sprawy okoliczności, co jest podstawą do skutecznego skorzystania przez wykonawców z procedury samooczyszczenia;

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz 7 ust. 1 PZP przez niezasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania, w sytuacji w której w zakresie doświadczenia i kwalifikacji p. K. D. (1) związanego z inwestycją pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowosieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)” art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP nie znajdzie zastosowania, gdyż informacje przekazane Zamawiającemu w tym zakresie pozostają bez istotnego wpływu na wynik postępowania;

5. art. 7 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, jego przywrócenia do postępowania, dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz przyznania Odwołującemu 2 stosownej punktacji w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert.

W dniu 26 kwietnia 2021 r. (...) sp. z o.o. w P., dalej „Odwołujący 3” lub (...), wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 1227/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) S.A. z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w zakresie doświadczenia p. K. M. - wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika budowy, które to doświadczenie stanowiło kryterium oceny ofert;

2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) S.A. w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w zakresie doświadczenia p. A. Z. - wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika budowy, które to doświadczenie stanowiło kryterium oceny ofert;

3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) S.A., w sytuacji, w której oferta została złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) S.A., w sytuacji, w której oferta została złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

5) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaproszenie wykonawcy (...) S.A. do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta powinna podlegać odrzuceniu;

6) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaproszenie wykonawcy (...) S.A. do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta powinna podlegać odrzuceniu;

7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący 3 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: wykluczenia z postępowania wykonawców (...) S.A. oraz (...) S.A.; odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców (...) S.A. oraz (...) S.A.; unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców (...) S.A. oraz (...) S.A.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21 przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) sp. z o.o. oraz (...) A.Ş. w A. (Turcja).

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21 przystąpił (...) S.A. w W..

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili: (...) S.A. w W. w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21 oraz KIO 1222/21; (...) sp. z o.o. w P. w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21 oraz KIO 1222/21; (...) S.A. w P. w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21; (...) S.A. w W. w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21.

Pismami z dnia 9 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o ich oddalenie. Pisma procesowe złożyli również Odwołujący 2, przystępujący (...) S.A. oraz (...) S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania o sygn. akt KIO 1219/21 oraz KIO 1222/21 podlegają oddaleniu, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 1227/21 podlega odrzuceniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi w zakresie treści SIWZ, ofert złożonych przez wykonawców, wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania, informacji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych Odwołującego 2 oraz przystępujących, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania

odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 czerwca 2021 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uwzględniła wniosek przystępującego (...) Spółka Akcyjna o odrzucenie odwołania (...) (KIO 1227/19) jako złożonego przez podmiot nieuprawniony. Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 nPzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 nPzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 nPzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców - okoliczność bezsporna - odwołanie nie dotyczy ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia.

Izba oddaliła odwołanie w sprawie KIO 1279/21. Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ww. przepis składa się z dwóch elementów, których łączne zaistnienie umożliwia dopiero zastosowanie przewidzianej w nim sankcji, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy. Pierwszym z nich jest wykazanie, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, drugim natomiast jest wykazanie, że powyższe mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego w niniejszym stanie faktycznym ziściły się wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący 1 przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, ich przedstawienie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa oraz mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego – doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót mostowych jest zarówno warunkiem udziału w postępowaniu (pkt 5 pkt 5.1.2.2 ppkt 11 SIWZ) jak i kryterium oceny ofert (ppkt 15.2.2.3 SIWZ).

W ocenie Izby brak było również podstaw do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego 1 wyczerpują wymogi w zakresie samooczyszczenia wykonawcy lub, że Odwołujący 1 winien być wezwany do złożenia dowodów samooczyszczenia. Po pierwsze, co do zasady samooczyszczenie powinno być dokonane przed złożeniem oferty, gdyż wykonawca nie powinien podlegać wykluczeniu w momencie jej złożenia. Tymczasem Odwołujący 1 konsekwentnie utrzymywał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający wzywał Odwołującego 1 do wyjaśnień swoich wątpliwości, zanim podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy. Po drugie, Izba aprobując pogląd wyrażany w orzecznictwie wskazała, że możliwość samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego powinna być stosowana wstrzeźliwie, w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Izba uznała, że okoliczności sporu nie uzasadniają możliwości samooczyszczenia. Zamawiającemu nie można więc przypisać naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego 1 z postępowania na podstawie postanowień SIWZ, których jasne brzmienie nie daje miejsca na dowolność interpretacyjną.

W sprawie KIO 1222/21 Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 5.1.2.2 ppkt 10) SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania się do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej - co najmniej 1 osobą, która posiada co najmniej 12- miesięczne doświadczenie zawodowe, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta o długości co najmniej 500 mtp w konstrukcji bezpodsypankowej.

Zgodnie z pkt 15.2.2.3 SIWZ Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKRD)”. Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych. Punkty zostaną przyznane zgodnie z tabelą, maksymalna liczba punktów: 10. 1. wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 1 roboty budowlanej (umowy), spełniającej wymogi, o których mowa w pkt. 5.1.2.2 ppkt 10) - 0 pkt. 2. wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 2 robót budowlanych (umów), spełniających wymogi, o których mowa w pkt. 5.1.2.2 ppkt 10) - 5 pkt. 3. wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 3 i więcej robót budowlanych (umów), spełniających wymogi, o których mowa w pkt. 5.1.2.2 ppkt 10) - 10 pkt.

Załącznik nr 3 do rozdziału IV – Wykaz Kierowników stanowił tabelę zawierającą 9 kolumn, gdzie w odniesieniu do kierownika robót drogowych w kolumnie nr 5 pn. Osoba (wskazana w kolumnie 3) nabyła doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych należało wpisać nazwę stanowiska, w kolumnie nr 6 pn. Przedmiotem inwestycji (opisanej w kolumnie 7) była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta o długości co najmniej 500 mtp w konstrukcji bezpodsytkowej należało wpisać długość torowiska, na którym wybudowano lub przebudowano torowisko tramwajowe w konstrukcji bezpodsytkowej: .... mtp (co najmniej 500 mtp), w kolumnie 7 pn. Nazwa inwestycji oraz podmiot, na rzecz którego została zrealizowana\*\* (na której osoba wskazana w kolumnie 3 pełniła funkcję wskazaną w kolumnie 5 w okresie wskazanym w kolumnie 8) należało wpisać nazwę inwestycji: ..... oraz wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja została zrealizowana ....., w kolumnie 8 pn. Okres, w którym osoba (wskazana w kolumnie 3) nabyła doświadczenie (wskazane w kolumnie 5) na inwestycji (wskazanej w kolumnie 7) od – do (dd.mm.rrrr) \*\*\* należało wpisać Od ... Do .... (min. 12 miesięcy, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu).

Odwołujący 2 przedstawił w Wykazie Kierowników Pana K. D. (1) i podał m.in.:

1) w kolumnie 5 jako nazwę stanowiska Kierownika Robót Drogowych na zadaniu „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”, w kolumnie 8: Od 1.05.2018 Do 28.02.2019 (przez okres całego kontraktu);

2) w kolumnie 5 jako nazwę stanowiska Kierownika robót na zadaniu „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.”, w kolumnie 8: Od 1.07.2011 Do 31.12.2012.

Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie dot. pozycji z pkt 2 powyżej, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była ww. inwestycja, tj. Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w K., informację pismem z 5 marca 2021 r., że Pan K. D. (1) nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych podczas realizacji ww. inwestycji, a następnie na pytanie Zamawiającego czy Pan K. D. (1) pełnił jakąś inną funkcję na ww. inwestycji (np. Kierownika budowy), uzyskał informację pismem z 16 marca 2021 r. że Pan K. D. (1) nie pełnił funkcji kierownika budowy podczas realizacji zadania pn. Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K. .

Zamawiający wezwał Odwołującego 2 w dniu 10 marca 2021 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w Wykazie a informacjami przekazanymi przez inwestora w zakresie funkcji pełnionej przez p. K. D. (1).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w dniu 15 marca 2021 r., Odwołujący 2 wyjaśnił, że przypuszcza, że (...), od którego Zamawiający uzyskał informacje kwestionujące kierowanie przez p. K. D. robotami w zakresie posiadanych uprawnień, najprawdopodobniej bazował wyłącznie na treści dziennika budowy, w którym ww. osoba nie została ujawniona. Odwołujący 2 wskazał, że jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, okoliczność braku wpisu do dziennika budowy jednego z kierowników robót nie świadczy jeszcze o tym, że określona osoba „faktycznie” nie kierowała robotami w danej specjalności.

Ponadto, Odwołujący 2 wskazał, iż dysponuje oświadczeniem inspektora nadzoru, który potwierdza kierowanie przez p. K. D. robotami w ramach inwestycji „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.” zgodnie z posiadanymi przez niego uprawnieniami. Wynika to również z oświadczenia złożonego przez samego p. D., w którym wprost wskazuje zakres robót, którymi kierował i po raz drugi podkreślał, że w oparciu o orzecznictwo KIO okoliczność taka, jak brak wpisu w dzienniku budowy, nie przekreśla w takiej sytuacji faktycznie i realnie nabytego doświadczenia.

Do przedłożonych wyjaśnień Odwołujący 2 załączył dokumenty potwierdzające obecność p. K. D. na kwestionowanym zadaniu, tj.:

1) oświadczenie p. A. K. (2) z dnia 10 października 2018 r., potwierdzające, że p. K. D. (1), w okresie od 07.2011 do 12.2012 prowadził cały proces budowlany w zakresie obowiązków kierownika robót takich jak: kierowanie robotami budowlanymi, koordynowanie zadań brygad roboczych, organizowanie zamówień materiałów budowlanych, uczestniczenie w naradach koordynacyjnych, odbiory robót, bezpośrednia współpraca z p. A. K. (2), jako Inspektorem Nadzoru, przez cały okres trwania inwestycji, dokonywanie wpisów do Dziennika Budowy, pod którymi podpisywał się Kierownik Budowy, zgodnie z oczekiwaniami inwestora;

2) oświadczenie p. K. D. (1), który oświadcza, że przez cały okres trwania inwestycji pełnił obowiązki kierownika robót torowych oraz kierownika robót drogowych; na dokumencie widnieje pieczęć i podpis mgr inż. K. D. (1).

Odwołujący 2 wskazał, że powyższe dowody są o tyle istotne, iż oświadczenie inspektora nadzoru jest odpowiednie do wykazania pełnienia funkcji.

Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie, uzyskał także od zamawiającego, na rzecz którego realizowana ww. inwestycja, tj. (...), informacje, że w ramach zadania nr 3 Pan K. D. (1) pełnił funkcję kierownika robót torowo-drogowych od maja 2018 r. do lutego 2019 r. tj. okres nie obejmował całego kontraktu.

Dalej, Zamawiający wezwał Odwołującego 2 w dniu 4 marca 2021 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania numeru zadania, w ramach którego p. K. D. (1) pełnił funkcję na inwestycji „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 8 marca 2021 r. Odwołujący 2 wyjaśnił, że prostuje i wnosi o nieuwzględnianie doświadczenia ww. osoby w zakresie projektu „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. S. do drogi ekspresowej”, wykonanego na rzecz (...) S.A. Doświadczenie w zakresie wskazanej roboty budowlanej nie spełnia bowiem warunków określonych przez Zamawiającego, gdyż realizacja ww. umowy nie trwała krócej niż 12 miesięcy. Jednocześnie Odwołujący załączył poprawiony Wykaz, wyjaśniając, że zaistnienie powyższej sytuacji jest (prawdopodobnie) wynikiem pomyłki jednego z pracowników Odwołującego, który podczas weryfikacji informacji dotyczących doświadczenia poszczególnych osób (w tym przypadku p. D.), całość wykonywania kontraktu, która dotyczyła umowy wykonywanej również na rzecz TS (poz. 2 Wykazu), przypisał „Budowie i modernizacji infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”. W konsekwencji informacja o ww. projekcie pojawiła się w przedłożonym Wykazie, choć nie powinna.

Odwołujący 2 w swoich wyjaśnieniach podkreślił, że w jego ocenie okoliczność ta pozostaje zasadniczo bez wpływu na przebieg postępowania. Niezależnie bowiem od tego, że do sprostowania informacji doszło jeszcze przed oceną ofert, z inicjatywy własnej Odwołującego, Odwołujący oprócz projektu (...) i modernizacji infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)” zgłosił na potrzeby postępowania trzy inne niezbędne projekty oraz zaznaczył, że w Wykazie nie podał wprost informacji że umowa trwała krócej niż 12 miesięcy, co jest warunkiem uznania doświadczenia personelu krótszego niż rok. Jednocześnie Odwołujący poinformował o wprowadzeniu procedury samooczyszczenia wskazując na przyjęte rozwiązania i wskazał, że inwestycja „Budowa i modernizacja infrastruktury torowosieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)” została wykonana w ramach zadania nr 3 etap I.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2021 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego 2 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający wskazywał, że wymagał, aby doświadczenie osoby zgłoszonej na stanowisko Kierownika robót drogowych odnosiło się do zajmowania stanowiska Kierownika robót drogowych lub Kierownika Budowy. Tym samym, oświadczenie wykonawcy, że Pan K. D. (1) pełnił taką funkcję na inwestycji w K. jest niezgodne ze stanem faktycznym, co wprost wynika z informacji uzyskanych od inwestora oraz z przedstawionych przez niego dokumentów. Pan K. D. (1) nie posiada doświadczenia zawodowego wymienionego w Wykazie, a oświadczenie w tym zakresie jest nieprawdziwe. Wykonawca niejako sam potwierdził ten fakt wyjaśniając, że przypuszcza, że (...), od którego Zamawiający uzyskał informacje kwestionujące kierowanie przez p. K. D. robotami w zakresie posiadanych uprawnień, najprawdopodobniej bazował wyłącznie na treści dziennika budowy, w którym ww. osoba nie została ujawniona.

W zakresie doświadczenia Pana K. D. (1) dla inwestycji realizowanej przez (...) wykonawca przedstawił Zamawiającemu w złożonym wraz z ofertą Wykazie informacje, które pozostają w sprzeczności ze stanem faktycznym, a tym samym przedstawił informacje nieprawdziwe. Jest to bezsporne między stronami – wykonawca potwierdził wskazanie nieprawdziwych informacji wyjaśniając, że podane zostały omyłkowo. Nie ma znaczenia, czy podał je wprost, czy też nie, choć Zamawiający uważa, że przez złożenie w Wykazie oświadczenia, że Pan K. D. (1) pełnił funkcję Kierownika robót drogowych na inwestycji „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”, w okresie „od 1.05.2018 do 28.02.2019 r., w sposób jednoznaczny podał informację, że umowa trwała krócej niż 12 miesięcy, a nabyte doświadczenie obejmuje okres całego kontraktu. Wykonawca przedstawił więc Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i w ocenie Zamawiającego przedstawienie tych informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub też niedbalstwa. Przedstawione informacje mogły mieć też istotny wpływ na decyzje Zamawiającego – doświadczenie Kierownika robót drogowych jest zarówno warunkiem udziału w postępowaniu jak i kryterium oceny ofert.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu jako bezzasadne.

Odwołujący 2 podkreślał, że ani z SIWZ, ani też z przepisów prawa budowlanego nie wynika wprost, że warunkiem pełnienia funkcji kierownika robót jest wpis do dziennika budowy. Odwołujący 2 podnosił, że Zamawiający, w treści SIWZ nie posłużył się pojęciem „pełnienia funkcji”, który posługuje się prawo budowlane, ale wymagał od kierowników robót „doświadczenia zawodowego na stanowisku”. Odwołujący 2 wskazywał, że okoliczność, że p. D. kierował robotami na Projekcie w K. wynika z szeregu dokumentów, zarówno tych załączonych do odwołania, jak i tych w posiadaniu których jest już Zamawiający. Odnosząc się do Projektu w S., Odwołujący 2 podkreślił, że nie jest sporne, że doświadczenie p. D. na Projekcie w S. nie spełnia określonego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący 2 przyznał to już na wstępie swojego pisma do Zamawiającego z dnia 8 marca 2021 r., wyjaśnił jak doszło do całej sytuacji oraz opisał rozwiązania, które przyjął, a które mają zagwarantować, aby w przyszłości pomyłki podobne do tej, do jakiej doszło, nie powtarzały się. Natomiast w informacji o wykluczeniu nie sposób doszukać się jakiegokolwiek uzasadnienia, dlatego Zamawiający nie uznał, że wprowadzona przez Wykonawcę procedura samooczyszczenia nie znajdzie zastosowania.

W ocenie Izby ziściły się wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący 2 przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, ich przedstawienie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa oraz mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego – doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót drogowych jest zarówno warunkiem udziału w postępowaniu (pkt 5 pkt 5.1.2.2 ppkt 10 SIWZ) jak i kryterium oceny ofert (ppkt 15.2.2.2 SIWZ).

Wypełniając Wykaz Kierowników dotyczący kryteriów pozacenowych, Odwołujący 2 złożył oświadczenie, że Pan K. D. (1) zajmował stanowisko Kierownika Robót Drogowych na zadaniu „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)” od 1.05.2018 do 28.02.2019 oraz że zajmował



stanowisko Kierownika robót na zadaniu „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.” od 1.07.2011 do 31.12.2012.

(...) nie potwierdził funkcji, którą miał pełnić p. K. D. (1), wskazanej przez Odwołującego w Wykazie a także funkcji wskazanej przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach. Ponadto, sam Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 15 marca 2021 r. przyznał, że p. K. D. (1) nie pełnił takiej funkcji w rozumieniu Prawa budowlanego przez złożenie oświadczenia, że p. K. D. (1) nie był wpisany do Dziennika Budowy.

Ponadto, słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na niespójność i brak konsekwencji w podawanych przez Odwołującego 2 informacjach, kiedy wskazuje na dokumenty, w których w jednym przypadku p. K. D. (1) podpisuje się jako Kierownik budowy, a w innych jako Kierownik robót. Odwołujący 2 wskazał Kierownika robót w: Wykazie, w oświadczeniu p. K. D. (1) oraz w oświadczeniu p. A. K. (2), załączonych do wyjaśnień z dnia 15 marca 2021 r., świadectwach pracy i karcie opisu stanowiska, załączonych do odwołania. Natomiast Kierownik budowy widnieje na pieczęci wraz z podpisem w załączonych do odwołania dokumentach, tj. Protokół udostępnienia z dnia 12 grudnia 2011 r., Protokół przekazania próbek mas mineralno-bitumicznych, Kosztorys ofertowy – Załącznik nr 1, Szczegółowy harmonogram robót - Załącznik nr 2 i Załącznik nr 3). Do odwołania załączono również kopię Dziennika Budowy, gdzie widnieją podpisy Kierownika Budowy p. B. Z. oraz p. A. K. (2), Inspektora Nadzoru robót torowych.

Dodatkowo, Zamawiający wyjaśnił, że badał wykazane przez Odwołującego 2 doświadczenie p. K. D. (1) na ww. inwestycji w innym prowadzonym w roku 2020 postępowaniu, w którym uzyskał następujące informacje: W odpowiedzi na (...) wniosek z 2 kwietnia 2020 r. w sprawie potwierdzenia informacji o pełnieniu przez Pana K. D. (1) funkcji kierownika robót na zadaniu pn. „Budowa linii tramwajowej łączącej ul (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru” oraz w sprawie zapytania dot. budowy torowiska metodą bezpodsypanką uprzejmie informuje, iż wykonana kwerenda materiałów archiwalnych znajdujących się w zasobach (...) tj. umowa nr (...) z 18 listopada 2010 r. na wykonanie ww. zadania wraz z załącznikami, nie potwierdziła aby Pan K. D. (1) figurował w wykazie kluczowego personelu (załącznik nr 1 i aneks nr 1 z 23 listopada 2011 r, do ww. umowy) odpowiedzialnego za kierowanie robotami budowlanymi podczas ich realizacji w okresie od lipca 2011 r. do grudnia 2013 r. Równocześnie informuje, że w ramach powyższej inwestycji zrealizowana została budowa torowiska o dł. 8016,56 mtp, w tym 7769,48 mtp w konstrukcji bezpodsypankowej wraz z 7 rozjazdami. Według wyjaśnień inwestora (...), p. K. D. (1) w ogóle nie figurował w wykazie kluczowego personelu odpowiedzialnego za kierowanie robotami budowlanymi.

Zamawiający wskazał także, że z wiedzy posiadanej przez niego dotyczącej umowy zawartej 18 listopada 2010 r. pomiędzy Gminą Miejską K. a Konsorcjum, w skład którego wchodziło (...) S.A., dotyczącej ww. inwestycji a także Aneksu 1 zawartego w dniu 23 listopada 2011 r. wynika, że jedyną osobą wykonującą obowiązki w zakresie kierowania robotami drogowymi był p. B. Z..

Powyższe potwierdza również umowa z dnia 18 listopada 2010 r. między Gminą Miejską K. a konsorcjum, w skład którego wchodziło (...) S.A. wraz z załącznikami do umowy oraz Aneksem 1 zawartym w dniu 23 listopada 2011 r. Zgodnie z ww. umową osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego zostały wskazane w załączniku nr 1. Ustęp 9 pkt 9.1.5 umowy określał przesłanki zmiany personelu kluczowego, które zgodnie z pkt 9.1.1 mogły być przez strony dokonywane wyłącznie w formie pisemnej. P. K. D. (1) nie widniał w Wykazie Kluczowego Personelu, nie została też wprowadzona żadna zmiana umowy w zakresie osoby kierującej robotami drogowymi, jedyną osobą wykonującą obowiązki w zakresie kierowania robotami drogowymi był p. B. Z.. Skoro inwestor wymagał wpisania osoby w zakresie kierowania robotami drogowymi w Wykaz Kluczowego Personelu to p. K. D. (1) winien zostać tam wpisany.

Mając na uwadze fakt, że w innym prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby (KIO 1599/20) było już doświadczenie Pana K. D. (1) na inwestycji „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.”, Izba uznała, że Odwołujący 2 działał w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa. Skład orzekający doszedł do przekonania, że skoro Odwołujący 2 zdecydował się, opisując doświadczenie zawodowe personelu, powołać na zamówienie, którym posłużył się stanowiąc już przyczynę wykluczenia innego wykonawcy z wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to winien był ustalić w sposób

niebudzący wątpliwości kwestię osoby, która je wykonała. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości i czy przedłożone dokumenty są prawdziwe.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom Odwołującego 2, p. K. D. (1) nie posiada doświadczenia zawodowego wymienionego w Wykazie, a oświadczenie w tym zakresie jest nieprawdziwe.

Izba uznała za irrelevantne wywody dotyczące prawidłowej interpretacji treści warunku. Zdaniem składu orzekającego argumentacja ta była wyłącznie przejawem określonej strategii procesowej Odwołującego 2. Izba jest zresztą zdania, że treść warunku nie pozostawia wątpliwości jak należy interpretować postanowienia SIWZ dotyczące pojęć „kierownik robót”, „kierownik budowy”. Na str. 3 SIWZ, znajduje się zdanie ostatnie, które wskazuje, że należy je rozumieć tak, jak wskazuje na to ustawa Prawo budowlane. Powoływanie się Odwołującego 2 na zmianę przepisów Prawa budowlanego, wprowadzoną ustawą z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie w dniu 19 września 2020 r. oraz na rozbieżność pomiędzy zapisami § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia z dnia 26 czerwca 2002 r., a brzmieniem obecnego art. 45 ust. 7 ustawy Prawo budowlane jest bezzasadne, z uwagi na fakt, że inwestycja pn. „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.”, była realizowana w latach 2011-2012, tj. przed wejściem nowelizacji Prawa budowlanego, na którą powołuje się Odwołujący 2.

Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie argumentacji dotyczącej wpisu do Dziennika Budowy oraz zamiennego używania przez Zamawiającego pojęć „stanowisko” i „funkcja”, jak w sprawie z odwołania o sygn. akt KIO 1219/21, tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie pełnej argumentacji w przedmiotowym zakresie. Jedyne uzupełniającą należy dodać, że przedstawione dodatkowo dowody tj. umowa o pracę, świadectwa pracy, karta opisu stanowiska nie podważają w żaden sposób podstawy wykluczenia Odwołującego 2, nie wyjaśniają nieprawdziwych informacji odnośnie pełnionej funkcji, wskazują jedynie, że taki pracownik pracował. Okoliczność, że Pan K. D. (1) podpisywał dokumentację w postaci protokołu przekazania mas mineralno-bitumicznych czy protokołu udostępnienia nie jest wystarczająca do przyjęcia, że Pan K. D. (1) zajmował wymaganymi postanowieniami SIWZ stanowisko. Także okoliczność, że Pan K. D. (1) posiadał pieczętę z dopiskiem „Kierownik budowy” lub tak był określany w pismach, nie zmienia faktu, że na kontrakcie nie pełnił funkcji Kierownika robót drogowych.

Odnosząc się do doświadczenia Pana K. D. (1) na zadaniu „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”, w pierwszej kolejności Izba uznała, że do sprostowania informacji doszło jeszcze przed oceną ofert, z inicjatywy własnej Odwołującego 2, skoro już w trakcie badania oferty Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była ww. inwestycja, informację, że w ramach zadania nr 3 Pan K. D. (1) pełnił funkcję kierownika robót torowo-drogowych od maja 2018 r. do lutego 2019 r. tj. okres nie obejmował całego kontraktu. Po drugie, w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji nie miało znaczenia, czy Odwołujący 2, posługując się następnie prawdziwymi informacjami, obiektywnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Równocześnie, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego 2, że podanie informacji nieprawdziwych pozostaje bez wpływu na przebieg postępowania, ponieważ wskazał on na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału oraz dodatkowej punktacji trzy inne projekty. Odwołujący 2 nie wie przecież, czy zgłoszone przez niego inwestycje spełnią warunki udziału w postępowaniu lub otrzymają punkty w kryterium oceny ofert, nadto zgłasza je z zamiarem i w celu wykazania spełnienia warunku i uzyskania jak największej liczby punktów w danym kryterium. Po trzecie, informacje podawane w postępowaniu o zamówienie były oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności. Tym samym podnoszenie, że jakieś dane zostały wpisane w sposób omyłkowy, lub też

pozostają bez znaczenia dla danego postępowania, należałoby uznać za niezachowanie podstawowych zasad działania profesjonalisty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający stanął na stanowisku, że zastosowanie tej instytucji było możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia.

Odnosząc się do kolejnej kwestii podniesionej w odwołaniu, Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, zaś zgodnie z art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2, zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające. Izba podzieliła pogląd, że pełne uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępowania i uznania jego samooczyszczenia za niewystarczające, jest nie tylko obowiązkiem zamawiającego wynikającym z ww. przepisów, ale jest też niezbędne do tego, aby wykonawca mógł skutecznie kwestionować swoje wykluczenie korzystając ze środków ochrony prawnej i niezbędne do zapewnienia w postępowaniu zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Niemniej w przedmiotowej sprawie procedura self-cleaningu w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest niemożliwa, gdyż wykonawca w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wprowadził Zamawiającego w błąd, nie może jednocześnie rzetelnie wykazywać, że przedsięwziął takie środki zaradcze, aby Zamawiający mógł uznać samooczyszczenie za dopuszczalne. Zatem stwierdzenie Zamawiającego ograniczające się do jednego zdania, że w przedmiotowym przypadku nie znajduje zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, było wystarczające. Ponadto Zamawiający podał podstawę wykluczenia faktyczną i prawną w odniesieniu do inwestycji realizowanej w S..

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy §8 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.

Skargę na powyższe orzeczenie wniosło konsorcjum (...), zaskarżając je w części tj. w zakresie pkt 1 (w zakresie, w jakim Izba oddaliła odwołanie Konsorcjum (...) w sprawie o sygn. akt KIO 1222/21) oraz 4. Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciło:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2), art. 22d i art. 91 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”) poprzez niezasadne uznanie przez Izbę, że wykluczenie Wykonawcy z Postępowania było prawidłowe, w sytuacji w której Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału oraz pozacenowych kryteriów oceny ofert, w tym w szczególności nie podał Zamawiającemu - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia i kwalifikacji p. K. D. (1) związanych z inwestycją pn.: „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.” - takie stanowisko Izby wynika wyłącznie z niewyraźnej wprost, nieliteralnej, rozszerzającej, a przez to błędnej wykładni warunku udziału w Postępowaniu, w tym istotnych dla sprawy przepisów prawa budowlanego, co też zostanie wykazane w treści uzasadnienia;

2. art. 92 ust. 1 i 1a oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez niezasadne uznanie przez Izbę, że Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów, mimo iż w uzasadnieniu informacji o wykluczeniu Konsorcjum (...) brak jest wyjaśnienia, a nawet wskazania przez Zamawiającego podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia w zakresie inwestycji „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”, w tym w szczególności Zamawiający całkowicie zaniechał podania powodów, dla których uznał, że art. 24 ust. 8 PZP nie znajduje zastosowania a dowody przedstawione przez Wykonawcę na potrzeby procedury samooczyszczenia (art. 24 ust. 8 PZP) są niewystarczające, do czego zobowiązuje treść art. 92 ust. 1 i 1a PZP - uzasadnienie Zamawiającego w tym zakresie ograniczyło się natomiast wyłącznie do stwierdzenia „W przedmiotowym przypadku nie znajduje również zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp”, co jest wprost sprzeczne w powołanym powyżej przepisem, a także np. z podstawową dla zamówień publicznych zasadą przejrzystości i uczciwej konkurencji;

3. art. 24 ust. 8 i 9 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez uznanie przez Izbę (podobnie jak i przez Zamawiającego), że art. 24 ust. 8 i 9 PZP w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w ogóle nie znajduje zastosowania oraz, że Wykonawca podlega wykluczeniu, mimo że przedstawił on Zamawiającemu stosowne dowody, a także wyjaśnił istotne dla sprawy okoliczności, co jest podstawą do skutecznego skorzystania przez wykonawców z procedury samooczyszczenia, a sam zakaz skorzystania z procedury samooczyszczenia w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego nie wynika z żadnego przepisu prawa;

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP oraz 7 ust. 1 PZP poprzez uznanie przez Izbę za prawidłowe niezasadne wykluczenie Wykonawcy z Postępowania, w sytuacji w której w zakresie doświadczenia i kwalifikacji p. K. D. (1) związanego z inwestycją pn.: „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)” art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP nie znajduje zastosowania, gdyż informacje przekazane Zamawiającemu w tym zakresie pozostają bez istotnego wpływu na wynik Postępowania;

5. art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia;

6. art. 45 ust. 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (dalej jako „pr. bud.”) poprzez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji tego, błędne zastosowanie tego przepisu i uznanie, że przepis ten ustanawia obowiązek wpisu do dziennika budowy kierownika robót, w sytuacji w której przepis ten wskazuje jedynie katalog osób, które uprawnione są do dokonywania wpisów do dziennika budowy (dokumentowania przebiegu prac), z czego oczywiście nie można wywodzić obowiązku wpisu do tego dokumentu określonych osób;

7. art. 538 ust. 2 i 3 oraz art. 542 PZP poprzez brak wszechstronnego rozważenia zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, na co wskazuje treść uzasadnienia, w którym Izba nie odniosła się do obszernej dokumentacji przedłożonej w trakcie posiedzenia przez Skarżącego, w tym do ponad 70 protokołów z rad budowy, na których p. K. D. (1) występował w charakterze kierownika robót, co do których Izba nie wydała nawet postanowienia o dopuszczeniu tych dowodów, czym dopuściła się naruszenia wskazanych przepisów, w tym w szczególności art. 538 ust. 2 i 3 PZP.

Mając powyższe na uwadze wniósł o: dopuszczenie i przeprowadzenie wszystkich dowodów wskazanych w treści pisma złożonego w KIO przez Skarżącego z dnia 10 czerwca 2021 roku, a załączonych również do przedmiotowej Skargi - na okoliczności w nim wskazane; uwzględnienie Skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej Konsorcjum (...) poprzez uwzględnienie odwołania Konsorcjum (...) w całości oraz zasądzenie od Przeciwnika Skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem oraz kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 25 października 2021r. zamawiający zawarł umowę o zamówienia publiczne. Wobec powyższego skarżący złożył wniosek odnosząc się do aktualnego stanu sprawy o uwzględnienie skargi i orzeczenie o stwierdzeniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej, a tym samym utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz zasądzenie od Skarżącego na rzecz Zamawiającego kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga jest niezasadna.

Przed przystąpieniem do konkretnej oceny skargi konieczne jest wskazanie na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprawPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprawPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy wprawPZP stanowi natomiast, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprawPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP. Wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia i postępowanie odwoławcze zostały wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy dPZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprawPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Dodatkowo w odniesieniu do zagadnień proceduralnych należy wskazać, iż przedmiotowa sprawa została rozpoznana, stosownie do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 28 maja 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, w składzie jednoosobowym (art. 4 pkt 4 ww. ustawy).

Sąd Okręgowy w pełni aprobuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej co do poszczególnych zarzutów poniesionych w odwołaniu. Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podziela także ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Izba w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób kompleksowy i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2), art. 22d i art. 91 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 PZP okazał się niezasadny.

Ww. zarzut miał na celu wykazanie, że skarżący nie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie doświadczenia i kwalifikacji K. D. (1) związanych z inwestycją „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.”.

W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszym stanie faktycznym zaktualizowały się przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia

wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skarżący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, ich przedstawienie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa oraz mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego – doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót drogowych jest zarówno warunkiem udziału w postępowaniu (pkt 5 pkt 5.1.2.2 ppkt 10 SIWZ) jak i kryterium oceny ofert (ppkt 15.2.2.2 SIWZ).

Należy wskazać, że już sama potencjalna możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd, pozwala na uznanie, że spełniona jest pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazany przepis ma za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja mogła nie mieć wpływu na decyzje zamawiającego. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2021 r.; KIO 797/21).

Zamawiający w rozdz. I SIWZ pkt. 5.1.2.2 ppkt 10, w ramach warunków udziału w postępowaniu wymagał aby osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych posiadała co najmniej 12 miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeśli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta o dł. co najmniej 500 mtp w konstrukcji bezpodsypankowej. W ramach oceny ofert ocenie podlegała liczba robót budowlanych spełniających ww. wymagania [rodz. I SIWZ pkt. 15.2.2.2].

Słusznie wskazuje Zamawiający, że na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dowodów nie sposób przyjąć, że Pan K. D. (1) pełnił funkcję kierownika robót drogowych na projekcie pn.: „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.”.

Nie jest przekonywujące twierdzenie Wykonawcy, że potwierdzenie przez Pana A. K. (2), pełniącego na projekcie pn.: „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.” funkcji inspektora nadzoru, reprezentującego inwestora na budowie zgodnie z przepisami prawa budowlanego, świadczy o tym, że Pan K. D. (1) pełnił funkcję kierownika robót.

Przede wszystkim wykonawca nie wykazał, jaką funkcję pełnił na ww. projekcie A. K. (2), czy był inspektorem nadzoru inwestorskiego (jak wskazuje Wykonawca), czy inspektorem nadzoru robót torowych/koordynatorem inspektorów nadzoru, o którym mowa w art. 27 prawa budowlanego.

Ponadto oświadczenie zostało złożone w dniu 10 października 2018 r., a zatem co najmniej 6 lat po zakończeniu inwestycji „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.”, a więc wiarygodność treści takiego oświadczenia jest wątpliwa ze względu na upływ czasu.

Oświadczenie A. K. (2), równie dobrze może być dowodem na fakt, że K. D. (1) pełnił funkcję sekretarza/asystenta kierownika budowy, ponieważ przygotowywał wpisy pod którymi podpisywał się kierownik budowy zgodnie z oczekiwaniami Inwestora. Jeżeli A. K. (2) pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, co jak wskazano powyżej nie jest przesądzone, to należy zakładać że „oczekiwania Inwestora”, były wyrażane również przez inspektora nadzoru inwestorskiego, do którego obowiązków należy reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. W związku z powyższym oświadczenie A. K. (2) można odczytywać jako oświadczenie wiedzy w zakresie tego kto był uprawniony do składania wpisów w dzienniku budowy i że tą osobą nie był K. D. (1).

Co więcej oświadczenie to nie potwierdza, że K. D. (1) pełnił funkcję kierownika robót drogowych - jak wskazano wyżej, A. K. (2) oświadczył jedynie, że K. D. (1) prowadził proces budowy w zakresie obowiązków kierownika robót.

W ocenie Sądu Okręgowego nie znajduje oparcia w przepisach prawa twierdzenie Skarżącego, jakoby z przytoczonych tam dokumentów wynikało, że K. D. (1) realizował czynności, które zgodnie z prawem mają być wykonywane przez kierownika budowy lub robót, tj. „prowadzenie dokumentacji budowy”.

Zgodnie z art. 3 pkt 13 ustawy Prawo Budowlane przez dokumentację budowy należy rozumieć: pozwolenie na budowę wraz z załączonym projektem budowlanym, dziennik budowy, protokoły odbiorów częściowych i końcowych, w miarę potrzeby, rysunki i opisy służące realizacji obiektu, operaty geodezyjne i książkę obmiarów, a w przypadku realizacji obiektów metodą montażu - także dziennik montażu. Katalog składający się na dokumentację budowy to enumeratywnie wymienione tam dokumenty.

Wykonawca nie załączył dziennika budowy, protokołów odbiorów rysunków i opisów służących realizacji obiektu, operatów geodezyjnych, kopii książki obmiarów, czy też dziennika montażu, w których figurowałby K. D. (1) jako pełniący funkcję kierownika robót drogowych.

Nie można zgodzić się też ze Skarżącym, że K. D. (1) brał udział w odbiorze rozjazdu tramwajowego wraz z kozłem oporowym, co według twierdzenia Wykonawcy miało miejsce w dniu 16 października 2012 roku, w sytuacji gdy dokumentem, na który powołuje się Wykonawca jest notatka przekazania zużytego rozjazdu do depozytu.

Nie stanowią również dokumentacji budowy w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Prawo Budowlane pisma z dnia 5 listopada 2012 roku zaadresowane do inwestora, w których K. D. (1) zgłosił do odbioru roboty w branży torowej oraz drogowej, pisma z dnia 12 lutego 2013 roku, które potwierdza, że to K. D. (1) brał udział w próbach i badaniach kontrolnych w zakresie robót torowych ponieważ w ww. katalogu zostały wskazane protokoły odbioru, a nie pisma zgłaszające do odbioru.

Pełnienia funkcji kierownika robót drogowych przez Pana K. D. (1) nie potwierdzają załączone przez Skarżącego protokoły z rady budowy. Protokoły rad budowy jako dokumenty prywatne potwierdzają oświadczenia osoby, która te dokumenty sporządziła i nie stanowią dokumentacji budowy, o której mowa w art. 2 pkt 13 prawa budowlanego.

Należy przy tym mieć na względzie, że zgodnie z art. 3 pkt 13 Prawa budowlanego dokumentacje budowy stanowią: pozwolenie na budowę wraz z załączonym projektem budowlanym, dziennik budowy, protokoły odbiorów częściowych i końcowych, w miarę potrzeby, rysunki i opisy służące realizacji obiektu, operaty geodezyjne i książką obmiarów, a w przypadku realizacji obiektów metoda montażu - także dziennik montażu. Dokumentacja budowy (a zatem nie tylko dziennik budowy) obejmuje dokumenty, których celem jest utrwalenie realizacji procesu inwestycyjno-budowlanego (Prawo budowlane. Komentarz, wyd. III, red. A. Gliniecki, Warszawa 2016, art. 3). Nie ulega zatem wątpliwości, że wszechstronne i zgodne z prawdą ustalenie przebiegu robót budowlanych i innych okoliczności związanych z prowadzoną budową (realizowaną inwestycją) wymaga analizy całokształtu dokumentacji wytworzonej w związku z realizacją inwestycji. Oparcie się w tym zakresie jedynie na dzienniku budowy jest wynikiem nieprawidłowej i zawężającej interpretacji właściwych przepisów prawa, w tym przede wszystkim Prawa budowlanego, i nie pozwala na miarodajną rekonstrukcję prawnie relewantnych okoliczności, w tym w szczególności ustalenie, kto pełni! funkcję kierownika robót przy realizacji danej inwestycji."

Mając na uwadze powyższą definicję zaden z załączonych przez Skarżącego dokumentów nie stanowi dokumentacji budowy w rozumieniu art. 3 pkt 13 pr. bud., a co za tym idzie nie stanowią one dowodu na faktyczne i realne kierowanie robotami drogowymi przez K. D. (1) na projekcie pn.: „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.”.

Zatem nawet zakładając, że można nabyć doświadczenie polegające na sprawowaniu funkcji kierownika robót nawet bez wpisu tej osoby do dziennika budowy to przedstawione powyżej wywody nie odpowiadają rzeczywistości, a informacja wprowadza Zamawiającego w błąd co do faktu nabycia doświadczenia kierownika robót drogowych przez Pana K. D. (1), a tym samym stanowi podstawę wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

Zamawiający wskazuje za Izbą, że Odwołujący w takim przypadku działa w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa. Opisując doświadczenie zawodowe personelu, powołuje się na doświadczenie, którym posłużenie się stanowiło już przyczynę wykluczenia innego wykonawcy (KIO 1599/20) z wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący winien był ustalić w sposób niebudzący wątpliwości kwestię osoby, która je wykonała. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości i czy przedłożone dokumenty są prawdziwe. Tymczasem z przedstawionych przez Odwołującego (obecnie Skarżącego) dowodów nie sposób określić, czy Pan K. D. (1) działał jako Kierownik robót drogowych czy kierownik budowy, ponieważ w przywołanych dokumentach posługuje się zmiennie tymi określeniami.

W ocenie Sądu należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

Z przedstawionego przez Odwołującego materiału dowodowego nie wynika, aby dochował on należytej staranności w jego weryfikacji.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej nie można informacji nieprawdziwych zastąpić informacjami prawdziwymi, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak choćby w wyrokach: z dnia 08.08.2017 r. KIO 1509/17, z dnia 20.08.2018 r. sygn. akt KIO 1432/18, z dnia 27.08.2021 r. sygn. akt 2073/21, 2080/21, 2095/21 i 2097/21). Jest to również sprzeczne z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r., zgodnie z którym uzupełnieniu podlegają dokumenty, które nie zostały złożone, są niekompletne lub budzą wątpliwości zamawiającego. Dokumenty, które zawierają informacje niezgodne ze stanem faktycznym nie zaliczają się do żadnej ze wskazanych wyżej kategorii.

Zamawiający na etapie weryfikacji ofert musiał wykonać pracę, która była jednym z kluczowych zadań Wykonawcy przy przygotowywaniu oferty. Zweryfikował doświadczenie wszystkich osób przedstawionych w ofercie Wykonawcy, dokładnie przeanalizował oświadczenia i dokumenty opracowane i złożone przez Wykonawcę, wszedł w kontakt z inwestorami, na rzecz których były realizowane kontakty ujęte w Wykazie, ustalał daty pracy i pełnione funkcje. Natomiast prawidłowe, staranne przygotowanie oferty jest rolą Wykonawcy i nie każdy błąd można wytłumaczyć pomyłką pracownika. Wykonawca przez okres prawie 200 dni miał za zadanie przygotować prawidłowo jedną ofertę, w szczególności właściwie przekazać informację w odniesieniu do K. D. (1), który stanowi zasób własny Wykonawcy.

Kolejny zarzut tj. naruszenie przez Izbę art. 92 ust. 1 i la oraz art. 7 ust. 1 PZP również nie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Sądu należy podzielić stanowisko Izby w zakresie doświadczenia K. D. (1) na zadaniu „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”.

Jak najbardziej słusznie wskazał Wykonawca, że do sprostowania informacji doszło jeszcze przed oceną ofert, z inicjatywy własnej Odwołującego, skoro już w trakcie badania oferty. Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była ww. inwestycja, informację, że w ramach zadania nr 3 Pan K. D. (1) pełnił funkcję kierownika robót torowo-drogowych od maja 2018 r. do lutego 2019 r. tj. okres nie obejmował całego kontraktu.

Ponadto, w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji nie miało znaczenia, czy Odwołujący, posługując się następnie prawdziwymi informacjami, obiektywnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Równocześnie, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że podanie informacji nieprawdziwych pozostaje bez wpływu na przebieg postępowania, ponieważ wskazał on na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału oraz dodatkowej punktacji trzy inne projekty.



Dodatkowo, informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności. Tym samym podnoszenie, że pewne dane zostały wpisane w sposób omyłkowy, lub też pozostają bez znaczenia dla danego postępowania, należy uznać za niezachowanie podstawowych zasad działania profesjonalisty.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzuty naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP oraz 7 ust. 1 PZP również okazały się niezasadne.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie Kierowników, zwrócił się drogą elektroniczną w dniu 26 lutego 2021 r., do (...) S.A. na rzecz których realizowana była inwestycja „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”, z prośbą m.in. o informację, czy na ww. inwestycji Pan K. D. (1) pełnił funkcję kierownika robót drogowych od maja 2018 r. do lutego 2019 r. i czy okres pełnienia wskazanej funkcji obejmował okres całego kontraktu.

W odpowiedzi (...) S.A. udzieliły informacji, że w zakresie ww. inwestycji (zadania 3) K. D. (1) pełnił funkcję kierownika robót torowo- drogowych od maja 2018 r. do lutego 2019 r., tj. okres nie obejmował okres całego kontraktu.

Zamawiający pismem z 4 marca 2021 r. weryfikując informacje zawarte w Wykazie Kierowników, odnośnie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót drogowych K. D. (1), zwrócił się do Skarżącego o udzielenie informacji w zakresie pozycji nr 1 Wykazu Kierowników - inwestycja Budowa i modernizacja infrastruktury torowo- sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...) - Zamawiający poprosił o wskazanie numeru zadania, w ramach którego Pan K. D. (1) pełnił określoną w Wykazie funkcję na ww. inwestycji.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał od Wykonawcy pismo z dnia 8 marca 2021 r., w którym Wykonawca wniósł o nieuwzględnianie doświadczenia K. D. (1) w zakresie ww. projektu powołując się na pomyłkę jednego z pracowników, który podczas weryfikacji informacji dotyczących doświadczenia poszczególnych osób, całość wykonywania kontraktu, która dotyczyła umowy wykonywanej również na rzecz (...) S.A. (poz. 2 Wykazu), przypisał „Budowie i modernizacji infrastruktury torowo sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”. W konsekwencji informacja o ww. projekcie pojawiła się w przedłożonym Wykazie, choć nie powinna. W załączeniu do wyjaśnień Wykonawca przedłożył poprawiony Wykaz (bez ww. inwestycji) i wskazał, że do sprostowania informacji doszło jeszcze przed oceną ofert, z jego inicjatywy własnej, a ponadto podkreślił, że oprócz projektu „Budowy i modernizacji infrastruktury torowo sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)” zgłosił na potrzeby postępowania jeszcze trzy inne niezbędne projekty.

Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu z powodu wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5 ustawy Pzp może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać. Wykonawca powinien zatem: (i) poinformować o zdarzeniu zamawiającego; (ii) wskazać jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne; (iii) wyjaśnić okoliczności w jakich doszło do ich przekazania zamawiającemu; (iv) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych; (v) przedstawić dowody na wykazanie, że podjęte przez niego działania zapobiegą powtórzeniu się tego rodzaju sytuacji w przyszłości.

W piśmie z dnia 8 marca 2021 r. Wykonawca nie podjął ww. czynności, wymaganych przepisem art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. 3. Przede wszystkim Wykonawca nie przyznał, że wprowadził Zamawiającego w błąd, co do doświadczenia Kierownika robót drogowych na inwestycji „Budowa i modernizacją infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”. Zamiast przyznania się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd i uznania, że w

stosunku do Wykonawcy zachodzi przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Wykonawca pozostawił Zamawiającemu ocenę przedstawionych w piśmie faktów, jednocześnie wskazując, że wprowadza stosowną procedurę samooczyszczenia. Zatem Wykonawca nie przyjął na siebie odpowiedzialności za wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co stanowi warunek sine qua non zastosowania wobec niego instytucji samooczyszczenia z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (por. Wyrok SO w Warszawie z 18.01.2019 r., XXIII Ga 1811/18, LEX nr 2669138).

Mając na uwadze treść powyższej korespondencji należy dojść do wniosku, że czynności Wykonawcy związane z wprowadzeniem procedury samooczyszczenia były wywołane wątpliwościami Zamawiającego, co do doświadczenia Pana K. D. (1) nabytego w czasie realizacji inwestycji „Budowa i modernizacją infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. (...) w S. od ul. (...) do drogi ekspresowej (...)”.

W ocenie Sądu Izba prawidłowo uznała, że Wykonawca nie mógł skutecznie skorzystać z przepisów art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, dotyczących samooczyszczenia się Wykonawcy. Zastosowanie tej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia (vide wyrok z dnia 15 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18, KIO 1007/18 i KIO 1016/18).

Stanowisko analogiczne, do zajętego przez Izbę oraz Zamawiającego prezentowane jest również w orzecznictwie sądów powszechnych. W przypadku przesłanki z pkt 17 art. 24 ust. 1 PZP słusznym wydaje się zatem uznanie, że dopuszczalność samooczyszczenia „aktualizuje się” dopiero w kolejnym postępowaniu, dopiero bowiem w przypadku kolejnego postępowania fakt istnienia podstawy wykluczenia jest już wykonawcy znany (wykonawca został wykluczony w innym postępowaniu i ciąży na nim opinia wykonawcy przedstawiającego zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd). Nielogicznym byłoby przyjęcie, aby wykonawca składający nieprawdziwe informacje jednocześnie składał wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie swojej rzetelności, w tym opisywał jakie środki przedsięwziął w celu zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis)” (wyrok Sądu Okręgowego z dnia Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 23 czerwca 2021 r. XXIII Zs 33/21).

Zarzut naruszenia art. 45 ust. 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane również okazał się niezasadny.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, które pełnią funkcje kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji. Przedmiotowy przepis nie dotyczy kierowników robót.

Ponadto wpisu osób, które pełnią funkcję kierowników robót należy także dokonywać, ale przed rozpoczęciem poszczególnych robót objętych danym kierownictwem. Ustawodawca nadal wymaga, aby zmiana kierownika robót była udokumentowana w dzienniku budowy, zgodnie z § 6 ust. 4 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, dlatego też należy dokonywać wpisu osób, które pełnią funkcję kierowników robót.

Nawet, gdyby przyjąć za prawdziwe twierdzenia Wykonawcy, że można nabyć doświadczenie polegające na sprawowaniu funkcji kierownika robót nawet bez wpisu tej osoby do dziennika budowy, to faktyczny udział K. D. (1), jako kierownika robót w inwestycji pn.: „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.” nie został przez Skarżącego wykazany. W świetle przekazanych przez Skarżącego dowodów, aktualne jest stanowisko, że wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału oraz pozacenowych kryteriów oceny ofert, w tym w szczególności podał Zamawiającemu - w wyniku lekkomyślności lub

niedbalstwa - nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia i kwalifikacji K. D. (1) związanych z inwestycją pn.: „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. (...) oraz (...) wraz z systemem sterowania ruchem w K.". Tym samym Sąd nie podzielił poglądu wyrażonego w prywatnej opinii załączonej do skargi, stanowi ona tylko umotywowane z punktu widzenia wiadomości specjalnych stanowisko strony.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP również okazał się niezasadny.

Założeniem podstawowym PZP jest przygotowanie i przeprowadzone postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 PZP), które gwarantować ma szczegółowe określenie terminów, sekwencji i sposobu podejmowania przez zamawiającego czynności zmierzających do wybrania najkorzystniejszej oferty i ostatecznie - zawarcia umowy.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określa ona wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Jest swoistym zaproszeniem wykonawców do składania ofert. Pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający, czy są w stanie wykonać dane zamówienie oraz jakie są warunki udziału w postępowaniu. Stanowi ona oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 k.c. Wykładnia dokonywana jest na trzech poziomach. Pierwszy wyznaczany jest przez dosłowne brzmienie tekstu, drugi zdeterminowany jest przez treść odczytywaną przy zastosowaniu reguł interpretacyjnych wyrażonych w art. 65 k.c., trzeci polega na ustalaniu znaczenia oświadczeń woli poprzez odwoływanie się do zgodnego zamiaru i celu umowy. Pamiętać jednak należy, że prawo zamówień publicznych ze względu na swą specyfikę wynikającą przede wszystkim z faktu dysponowania przez zamawiających środkami publicznymi ma niezwykle sformalizowany charakter.

W przedmiotowej sprawie w ocenie Sądu Zamawiający, poprzez oczekiwanie wykazania doświadczenia na określonym stanowisku zawartego w SIWZ, w żaden sposób nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia.

Ostatni z zarzutów tj. naruszenie art. 538 ust. 2 i 3 oraz art. 542 PZP poprzez brak wszechstronnego rozważenia zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego również okazał się niezasadny.

W ocenie Sądu Okręgowego wbrew wywodom skarżącego dokonane przez KIO ustalenia faktyczne były wystarczające dla prawidłowego rozstrzygnięcia odwołania.

Jak już wskazano powyżej nie można zgodzić się z twierdzeniami skarżącego, że protokoły z rady budowy potwierdzały pełnienie funkcji kierownika robót drogowych przez Pana K.. Protokoły rad budowy jako dokumenty prywatne potwierdzają oświadczenia osoby, która te dokumenty sporządziła i nie stanowią dokumentacji budowy, o której mowa w art. 2 pkt 13 prawa budowlanego.

Reasumując, należy wskazać, że zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w pełni odpowiadał przepisom prawa procesowego i materialnego. Podniesione w skardze zarzuty nie zdołały natomiast obalić trafnego rozstrzygnięcia Izby w jakimkolwiek zakresie.

Powyższe zaś stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w oparciu o art. 588 ust. 1 nPZP.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 nPZP. Ponieważ postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego to zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz przeciwnika skargi. Na koszty poniesione przez przeciwnika skargi w toku postępowania skargowego składały się koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015, poz. 1804 ze zm.). Odnośnie do stawki wynagrodzenia pełnomocnika, to uzupełniająco należy wskazać, że Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w tej niniejszej uznaje, że nie ma żadnych prawnych podstaw do stosowania stawek obowiązujących

w postępowaniu odwoławczym przed KIO w sytuacji gdy tylko ww. rozporządzenie określa stawki przed organami wymiaru sprawiedliwości. Należy też podkreślić, że w kognicji tutejszego Sądu nie ma kategorii spraw podobnych do skargi na orzeczenie KIO. Z tych względów jedynym wyznacznikiem stawki wynagrodzenia musi być wartość przedmiotu zamówienia – zaskarżenia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

Aleksandra Komór