

**WYROK**  
**z dnia 28 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę **SGS Polska sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 3; 01-248 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20; 01-232 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **Egis Poland sp. z o.o., ul. Domaniewska 39A; 02-672 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **SGS Polska sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 3; 01-248 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SGS Polska sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 3; 01-248 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Zarządzanie kontraktem pn. „Budowa zajezdni Annopol”, w tym opracowanie dokumentacji przetargowej, pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 stycznia 2020 r., pod nr 2020/S 004-005735.

Dnia 3 lipca 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 13 lipca 2020 roku wykonawca SGS Polska sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu, polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, przez wykluczenie odwołującego jako wykonawcy błędnie zakładając, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, w zakresie doświadczenia Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy zamawiający nie uwzględnił przedłożonych przez wykonawcę dowodów (dokumentów) i w efekcie niezgodnie z przepisami ustawy wykluczył wykonawcę, w sytuacji gdy odwołujący szczegółowo wyjaśnił, że wprowadzenie zamawiającego w błąd w ww. zakresie, nie miało miejsca,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, przez wykluczenie odwołującego jako wykonawcy błędnie zakładając, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy takie zdarzenia nie miały miejsca, albowiem odwołujący w treści JEDZ, stanowiącego załącznik do oferty, złożył oświadczenie, kierując się przyjętym w orzecznictwie rozróżnieniem odrębnej podmiotowości samodzielnego wykonawcy, w odniesieniu do wykonawcy starającego się o zamówienie w formie konsorcjum, stąd nie można przypisać po jego stronie złej woli, lekkomyślności lub zaniedbania przy wypełnianiu części III lit. C JEDZ,
3. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, przez ich bezpodstawne zastosowanie z powołaniem się na fakt odstąpienia (rozwiązania) przez

zamawiającego wcześniejszej umowy z odwołującym oraz nieuzasadnioną ocenę, że rozwiązanie umowy spowodowane było jej nienależytym wykonaniem z przyczyn leżących po stronie odwołującego, podczas gdy nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, zaś oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało złożone przez obie strony kontaktu, tj. przez zamawiającego oraz konsorcjum,

4. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie zbadania jakie faktycznie okoliczności stanowiły podstawę rozwiązania poprzedniej umowy z wykonawcą, podania błędnego, niezgodnego z rzeczywistym stanem uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu odwołującego, polegającego na przyjęciu, że zarówno przyczyny w rozwiązaniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i fakt nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w istotnym stopniu - leżały po stronie wykonawcy, skutkujące w rezultacie bezpodstawnym zastosowaniem ww. regulacji,
5. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zastosowanie sankcji wykluczenia odwołującego we wskazanych wyżej okolicznościach, z naruszeniem zasady proporcjonalności.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą,
- 2) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Jednocześnie, na podstawie art. 381 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów przedłożonych do odwołania pn.:

- 3) załącznika do oferty wykonawcy „Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów Wykonawcy”,
- 4) protokołu udostępnienia z dnia 12.12.2011 r. dot. Kontraktu: Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru,
- 5) karty przekazania odpadu z 2011 r.,
- 6) pisma odwołującego z dnia 29.06.2020 r. w przedmiocie odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z kopią z dziennika budowy i charakterystyką wykonanego zakresu robót,
- 7) oświadczenia A. K., pełniącego funkcję Inspektora Nadzoru na inwestycji pn. „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru, na okoliczność potwierdzającą fakt, że K. D. legitymuje się doświadczeniem, którego wymaga zamawiający w niniejszym postępowaniu, oraz że

wykonawca spełnia kryteria udziału w postępowaniu, a nadto że nie istnieją żadne podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp,

- 8) pisma odwołującego z dnia 22.06.2020 r. w przedmiocie odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z załącznikami,
- 9) porozumienia w przedmiocie dochodzenia roszczeń przeciwko Skarbowi Państwa - GDDKiA Oddział w Białymstoku z dnia 20 listopada 2019 r.,
- 10) listu angażującego z dnia 1 czerwca 2020 r., na okoliczność, że odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, oraz że podjął działania związane z dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych na drodze postępowania sądowego,
- 11) pisma z dnia 26.06.2020 r.
- 12) pisma zamawiającego z 3.07.2020 r. - wykluczenie z postępowania, na okoliczność potwierdzającą fakt wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo złożenia obszernych wyjaśnień oraz pomimo braku podstaw do wykluczenia.

Nadto, odwołujący wniósł o wezwanie Zarządu Dróg Miasta Krakowa o udostępnienie protokołów z Rad budowy dotyczących inwestycji pn. *„Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru”*, realizowanej na rzecz Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, a następnie przeprowadzenie dowodu z ww. protokołów na okoliczność potwierdzającą fakt uczestnictwa K. D. przy realizacji ww. inwestycji.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania. W zakresie ww. zadania zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego i uznał ofertę odwołującego za odrzuconą, bezpodstawnie przyjmując, że po stronie odwołującego wystąpiły przesłanki, o których mowa powyżej. Powyższe oznacza, że odwołujący, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, które powinien uzyskać.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zaniechanie prawidłowego badania i oceny ofert, pozbawia go możliwości uzyskania i realizacji zamówienia. Szkodą jaką odwołujący może ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie mógłby on uzyskać w razie uzyskania

zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż przedłożył wykaz i wskazał w nim K. D., oświadczając jednocześnie, że pełnił on funkcję: Kierownika robót na inwestycji „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru” w okresie od 07.2011 do 12.2013 (str. 13 Wykazu, Lp.2), tj. przez okres 27 miesięcy. Ponadto, w wykazie na str. 13, Lp. 1 – K. D. pełnił funkcję kierownika budowy na inwestycji „Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - etap I” w okresie od 03.2013 do 06.2015 r., tj. przez okres 27 miesięcy.

W wyniku weryfikacji informacji posiadanych w wykazie, zamawiający stwierdził, że K. D. nie figurował w wykazie kluczowego personelu odpowiedzialnego za kierowanie robotami budowlanymi na inwestycji „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru”.

W odpowiedzi na powyższe, odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 29 czerwca 2020 r. szczegółowo wskazał, że K. D. nie był wpisany do Dziennika Budowy, jednakże był Kierownikiem budowy i prowadził samodzielnie wszystkie roboty torowe, na całym zadaniu. Uczestniczył w Radach Budowy. Ponadto Odwołujący załączył: oświadczenie A. K. (Inspektora Nadzoru robót torowych z ramienia inwestora), potwierdzające, że K. (D. w okresie od 07.2011 do 12.2012 prowadził cały proces budowlany w zakresie obowiązku kierownika robót takich jak: kierowanie robotami budowlanymi, koordynowanie zadań brygad roboczych, organizowanie zamówień materiałów budowlanych, uczestniczenie w naradach koordynacyjnych, odbioru robót, bezpośrednio współpracował z Inspektorem Nadzoru przez cały okres trwania w/w inwestycji (tj. od 07.2011 do 12.2012). K. D. dokonywał również wpisów do Dziennika Budowy, pod którymi podpisywał się Kierownik Budowy, zgodnie z oczekiwaniami Inwestora, kartę przekazania odpadu ZUE/DPI/4502, na której w imieniu ZUE S.A. w rubryce przekazujący widnieje podpis K. D. wraz z pieczętką kierownik budowy, protokół udostępnienia z dnia 12.12.2011 r., dotyczący udostępnienia rozjazdu tramwajowego wraz z kozłem oporowym w celu jego zabudowania, który to dokument został uprzednio udostępniony zamawiającemu, lecz całkowicie przez niego zignorowany - widnieje podpis K. D. i pieczęć określająca funkcję Kierownik Budowy.

Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień odwołującego. W ocenie zamawiającego przedstawione informacje mogły mieć istotny wpływ na jego decyzję, gdyż doświadczenie Inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej jest zarówno warunkiem udziału w postępowaniu, jak i kryterium oceny ofert.

Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu szczegółowo przedstawił argumentację przemawiającą za uznaniem, że nie podlega wykluczeniu, z uwagi na fakt, że:

1) z oświadczenia A. K. z dnia 10.10.2018 r., wynika, że K. D. 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, odbioru robót, bezpośrednio współpracował z Inspektorem Nadzoru przez cały okres trwania ww. inwestycji (tj. od 07.2011 do 12.2012). K. D. dokonywał również wpisów do Dziennika Budowy, pod którymi podpisywał się Kierownik Budowy, zgodnie z oczekiwaniami Inwestora,

2) K. D. był Kierownikiem robót na ww. inwestycji i samodzielnie prowadził wszystkie roboty torowe na całym zadaniu,

3) K. D. uczestniczył w Radach Budowy w związku z w/w inwestycją, co zamawiający mógł zweryfikować przeglądając archiwum ZDMK w Krakowie, a czego nie uczynił,

4) na protokole udostępnienia rozjazdu tramwajowego z dnia 12.12.2011 r., widnieje podpis K. D. i pieczętka określająca funkcję Kierownik Budowy, na inwestycji wskazanej w pkt 1,

5) na protokole przekazania odpadu z dnia 30.09.2011 r., widnieje podpis K. D. i pieczętka określająca funkcję Kierownik Budowy na inwestycji wskazanej w pkt 1.

W ocenie odwołującego, K. D. był obecny podczas realizacji zadania, a ponadto wykonywał czynności kierownika budowy na tej inwestycji.

Odwołujący wskazał, iż zarówno kierownik budowy, jak i kierownik robót są uczestnikami procesu budowlanego. Zadania kierownika budowy określa ustawa Prawo budowlane. O ile jednak art. 17 prawa budowlanego wprowadza rozróżnienie obydwu tych funkcji, o tyle art. 22-24 traktują tylko o prawach i obowiązkach kierownika budowy. Rozpoczęcie robót budowlanych jest poprzedzone dokonaniem przez inwestora wpisu w dzienniku budowy osób, którym zostało powierzone kierownictwo, a więc jako uczestnika procesu budowlanego - kierownika budowy, inspektora nadzoru inwestorskiego, a także osób upoważnionych do kontroli technicznej robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem w dzienniku budowy przyjęcie powierzonych im funkcji, tak Plucińska-Filipowicz Alicja (red.), Wierzbowski Marek (red.), Prawo budowlane. Komentarz aktualizowany, opublikowano: LEX/el. 2019.

Ustawa prawo budowlane nie określa sytuacji, w których konieczne jest ustanowienie kierownika robót. Jak wynika z literatury: konieczność ustanowienia kierownika robót może mieć dwie przyczyny. Pierwsza wynika z zakresu budowy, który jest tak duży, że nie sposób, aby kierowała nią jedna osoba. Druga - to przyczyna opisana w art. 42 ust. 4 prawo

budowlane, czyli sytuacja, w której kierownik budowy nie posiada uprawnień budowlanych o specjalności techniczno-budowlanej odpowiedniej do kierowania wszystkimi rodzajami robót budowlanych wykonywanych na jednej budowie, Gliniecki Andrzej (red.), Prawo budowlane. Komentarz, wyd. III, Opublikowano: WK 2016.

Z kolei Kisilowska Helena (w: Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz, wyd. II Opublikowano: LexisNexis 2010) wskazuje, że powołanie kierownika robót jest obligatoryjne przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi wymagane jest przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż ta, którą ma kierownik budowy. Ustanowienie kierownika robót w danej specjalności jest obowiązkiem inwestora (art. 42 ust. 4).

Odwołujący wskazał, że nie można utożsamiać, jak czyni to zamawiający, funkcji kierownika budowy z funkcją kierownika robót. Niekiedy na danej inwestycji, ze względu m.in. na jej zakres, konieczne jest ustanowienie poza kierownikiem budowy, kierownika robót. Zakres czynności kierownika budowy i kierownika robót jest różny, przy czym zakres zadań kierownika budowy określa prawo budowlane. Kierownik budowy jest zawsze jeden. Na budowie może oczywiście występować wielu kierowników robót budowlanych, ale ich udział w procesie budowlanym nie ogranicza zakresu obowiązków kierownika budowy (por. R. Dziwiński, P. Ziemiński, Prawo budowlane..., s. 126-129). Wpisów w dzienniku budowy dokonują takie podmioty, jak: inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant, kierownik budowy. K. D. pełnił funkcję kierownika robót, jak wskazał odwołujący w Wykazie Kluczowych Ekspertów, *de facto* jednak zakres czynności, których dokonywał obejmował także te same co kierownika budowy. Wypełniał on dziennik budowy (dokonywał wpisów merytorycznych) poza podpisywaniem wpisów w dzienniku budowy.

Zdaniem odwołującego, nie można jedynie na podstawie wykazu kluczowych ekspertów wnioskować, że K. D. nie pełnił funkcji kierownika robót. Po pierwsze, K. D. nie musiał być w ogóle wpisany w wykazie kluczowych ekspertów z w/w inwestycji, aby pełnić funkcję kierownika robót, po drugie osoba kierownika robót może być nie wpisana do dziennika budowy. Do dziennika budowy musi być natomiast wpisana osoba pełniąca funkcję kierownika budowy. K. D. wypełniał dziennik budowy (dokonywał zapisów merytorycznych) w dzienniku budowy, Ale ze względu na zasady prawa budowlanego - wpisy w dzienniku budowy podpisywał formalnie ustanowiony kierownik budowy. Fakt niewpisania K. D. do wykazu kluczowych ekspertów na poprzednio realizowanej inwestycji, nie oznacza, że nie uczestniczył on przy realizacji tej inwestycji (zaś fakt uczestnictwa potwierdza szereg dokumentów przedłożonych zamawiającemu). Ponadto zamawiający nie powinien się sugerować jedynie wykazem kluczowego personelu z poprzedniej inwestycji, skoro w trakcie realizacji zamówienia personel zgłoszony w wykazie mógł ulec zmianie. Skoro odwołujący wykazał, że K. D. pełnił funkcję kierownika robót, jednocześnie wykonując czynności



przypisane kierownikowi budowy, to nie było podstaw do wykluczenia odwołującego. Jak wskazano bowiem w dokumentacji przetargowej - dopuszczalne było wskazanie osoby pełniącej uprzednio przez okres min. 24 miesiące funkcję także kierownika robót, a nie jedynie kierownika budowy.

Motywy którym kierował się odwołujący wpisując ww. zadanie w opisie doświadczeń K. D. nie była chęć wskazania jakichkolwiek nieprawdziwych informacji o K. D. . Jest on wysokiej klasy specjalistą, albowiem posiada wiedzę i doświadczenie, aby wykonać zadania znacznie przekraczające zakres umiejętności, których się od niego wymaga. Fakt pełnienia funkcji kierownika budowy na w/w inwestycji potwierdził szereg dokumentów przedłożonych przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że nie przedstawił informacji wprowadzających zamawiającego w błąd – K. D. pełnił funkcję kierownika robót, a także wykonywał czynności z zakresu funkcji kierownika budowy. Działanie odwołującego nie było lekkomyślne ani nie było nacechowane niedbalstwem.

Argumentując natomiast wykluczenie odwołującego z przedmiotowego postępowania w zakresie złożonego w JEDZ, tj. oświadczenia dotyczącego rozwiązania umowy przed czasem, odwołujący podniósł, co następuje.

Odwołujący w treści JEDZ, stanowiącego załącznik do oferty, złożył oświadczenie, zgodnie z którym na pytanie: *„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową?”*, udzielił odpowiedzi: *„Nie”*.

Dnia 18 czerwca 2020 r. Zamawiający zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 PZP do odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie powziętych informacji, z których wynika, że umowa nr 2410.11.2017/2018 zawarta w dniu 19 stycznia 2018 r. pomiędzy konsorcjum wykonawców, którego liderem było SGS a SP GDDiK Oddział w Białymstoku na Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. *„Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka - Szczuczyn odcinek: węzeł „Łomża Południe” (z węzłem) - węzeł „Łomża Zachód” (bez węzła), na długości około 7,186 km [Sól] + DK 63 [GP] 8,907 km”*, została z przyczyn leżących po stronie SGS niewykonana w istotnym stopniu, co doprowadziło do jej rozwiązania przed czasem na podstawie art. 491 § 1 k.c. Zamawiający zwrócił się do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonego przez SGS oświadczenia w powyższym zakresie, które zamawiający określił jako sprzeczne z uzyskanymi przez niego informacjami i ze stanem faktycznym oraz wezwał do wskazania, czy rozwiązanie umowy było przez odwołującego kwestionowane, w jeśli tak to w jaki sposób.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż za prawidłowym wypełnieniem JEDZ w części III lit. C przemawiają następujące okoliczności faktyczne i prawne. Możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego została wprost przewidziana w treści art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Jedną z form wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne jest forma konsorcjum. Pomimo, iż umowa konsorcjum nie została uregulowana wprost w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, to jednak dopuszczalność jej zawarcia nie budzi wątpliwości w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego, przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c. Istota konsorcjum sprowadza się bowiem do zobowiązania jego członków do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań - na gruncie ustawy Pzp będzie to wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne (art. 23 ust. 1 ustawy Pzp), polegające na podejmowaniu wspólnych działań w celu uzyskania danego zamówienia, podpisania umowy w wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania, a następnie realizacji zawartej umowy.

Jak wynika z powyższego, konsorcjum nie została nadana osobowość prawna, jednak na gruncie ustawy Pzp traktuje się je jako *quasi* samodzielny podmiot.

Zgodnie z brzmieniem 141 ustawy Pzp, wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Na podstawie art. 141 ustawy Pzp, zamawiający może zatem żądać wykonania umowy od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia łącznie lub od każdego z osobna, a zaspokojenie zamawiającego przez któregośkolwiek z tych wykonawców zwalnia pozostałych (art. 366 k.c.). Umieszczenie powyższego przepisu w dziale IV pt. „Umowy w sprawach zamówień publicznych” sugeruje, że solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum odbywa się tylko w obrębie reżimu odpowiedzialności kontraktowej. Czym innym jest natomiast solidarna odpowiedzialność względem zamawiającego za wykonanie bądź niewykonanie umowy, a czym innym podmiotowość konsorcjum. Wprawdzie, jak wskazano wyżej, konsorcjum nie posiada swoistej podmiotowości prawnej, to jednak w ramach konkretnego zamówienia publicznego funkcjonuje jako jeden podmiot. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy przyjąć należało, że również w niniejszej sprawie obie spółki, tj. IDM Inwestycje Sp. z o.o. oraz SGS Polska Sp. z o.o. działały *de facto* jako jeden podmiot przy realizacji zadania.

Powołaną argumentację wzmacnia fakt, że pomimo iż podmioty te odpowiadają solidarnie za zobowiązania względem zamawiającego, to jednak tylko razem mogą podejmować czynności jako wykonawca. W praktyce przy udzielaniu pełnomocnictwa wszyscy członkowie konsorcjum udzielają pełnomocnictwa jednemu z nich. W istocie dochodzi do sytuacji, która na gruncie prawa cywilnego budziłaby wątpliwości, gdyż jeden z członków konsorcjum

udzielając pełnomocnictwa dokonałby czynności „samego ze sobą” co powodowałoby jej nieważność. A jednak na gruncie ustawy Pzp nie stanowi to o nieważności czynności prawnej. Składającego oświadczenie woli konsorcjanta nie traktuje się bowiem jako samodzielny podmiot, lecz jako jeden z podmiotów łącznie tworzących i występujących w imieniu jednego *de facto* wykonawcy-konsorcjum.

Powyższa konstatacja może prowadzić do wniosku, że konsorcjum w niektórych aspektach działa jako jeden podmiot, który tworzy zbiór wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Podpis wszystkich członków udzielających pełnomocnictwa liderowi konsorcjum jest konieczny dla jego skuteczności. Zatem konsorcjum działa jako całość. Przepis art. 23 ustawy Pzp ma duże znaczenie praktyczne, ponieważ sytuacja wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jest powszechna na rynku zamówień publicznych. Wprawdzie wymaga się, aby każdy z członków konsorcjum złożył osobny dokument JEDZ, co wydaje się to uzasadnione dlatego, iż niektóre aspekty będą dotyczyły *stricte* tylko jednego z konsorcjantów. Niemniej, co do zasady podmioty te składają wspólne oferty, aby skumulować potencjał celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdarzają się bowiem sytuacje, że każdy z tych podmiotów samodzielnie nie mógłby starać się o udzielenie zamówienia, a razem tworzą zgrany podmiot, którego potencjał i kapitał pozwala na wykonanie zamówienia.

W rezultacie, odwołujący mając na względzie, że należy odróżnić podmiotowość SGS Sp. z o.o. jako samodzielnego wykonawcy od działań, które podejmuje wspólnie z innym konsorcjantem, jako inny wykonawca (konsorcjum) - uznał za właściwe wskazanie odpowiedzi „NIE” na pytanie dotyczące wcześniejszego kontraktu z nim jako współwykonawcą. Odwołujący podkreślił, że z firmą SGS Sp. z o.o., jako samodzielnie ubiegającym się o zamówienie podmiotem (samodzielnym wykonawcą), nigdy nie została rozwiązana umowa o udzielenie zamówienia publicznego przed czasem. W efekcie informacje podane przez odwołującego w formularzu JEDZ, w części C, na str. 13 nie są sprzeczne z informacjami uzyskanymi przez zamawiającego, jak również nie są sprzeczne ze stanem faktycznym. Oświadczenie złożone w JEDZ wynikało z przekonania, że okoliczności dające podstawę wykluczenia, a określone w JEDZ miały dotyczyć SGS jako samodzielnego podmiotu, albowiem składał on ofertę, w tym postępowaniu, jako jeden podmiot. W ocenie odwołującego należało rozdzielić, jako dwa niezależne od siebie modele kontraktowania funkcjonujące w trybie zamówień publicznych. Nie sposób zatem przypisać odwołującemu złej woli, lekkomyślności lub zaniedbania przy wypełnieniu JEDZ, która z kolei uprawniałaby zamawiającego do zastosowania względem niego przesłanki przewidzianej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż wbrew ocenie dokonanej przez zamawiającego, pisma, których adresatem było konsorcjum i zamawiający (strony wcześniejszej umowy w sprawie

zamówienia publicznego), a które zostały przedłożone przez odwołującego wraz z pismem z dnia 22 czerwca 2020 r., nie stanowiły zwykłej „polemiki“ pomiędzy stronami, a w sposób wiarygodny obrazowały ich stanowiska przedprocesowe. Kontrahenci przedstawili w nich swoją argumentację, wzajemne zarzuty, ect. W pierwszej kolejności intencją stron (przynajmniej konsorcjum) było polubowne rozwiązanie sporu lub osiągnięcie konsensusu. Wraz z załączoną korespondencją zostało również wykazane, że nie było podstaw do przyjęcia (wbrew temu, jak przyjął zamawiający), iż do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (konsorcjum), albo że to wykonawca w istotnym stopniu wykonał umowę w sposób nienależyty. Uszło uwadze zamawiającego, iż obie strony tego kontraktu złożyły odstąpienie od umowy. Co więcej, w przedłożonym piśmie wyraźnie zostały wskazane przeszkody w dalszym realizowaniu kontraktu, które wystąpiły po stronie zamawiającego. Stanowiły one niekwestionowaną przeszkodę i uniemożliwiły dalsze wykonywanie umowy przez wykonawcę (konsorcjum). W rezultacie ww. okoliczności oraz brak współdziałania po stronie zamawiającego, doprowadziły odwołującego do odstąpienia od umowy.

Odwołujący podniósł, iż analiza treści zawiadomienia o wykluczeniu wykonawców dowodzi, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania nie wykazał, że ziściły się wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Uzasadnienie w tym zakresie zamawiający ograniczył do wskazania, że *„z powziętych przez Zamawiającego informacji wynika, że jedna z umów, w której stroną był Wykonawca (...) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy nie została wykonana należycie w istotnym stopniu, co doprowadziło do jej rozwiązania przed czasem na podstawie art. 491 § 1 k.c.”*. Zamawiający poza podniesieniem okoliczności odstąpienia od umowy z odwołującym nie wykazał, że odwołujący nie wykonał lub nienależyte wykonał umowę, że to niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego ani, że miało ono miejsce w stopniu istotnym, a już tym bardziej przemilczał fakt, że odstąpienie od umowy zostało złożone również przez wykonawcę w piśmie z dnia 4 września 2019 r.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w pierwszej kolejności winien był zbadać, czy w przedmiotowej sprawie ziściły się przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania, a w przypadku uznania, że zachodzi podstawa do wykluczenia winien był wykazać zaistnienie wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamiast tego zamawiający, w sposób automatyczny, przyjął, iż skoro odstąpił od wcześniejszej umowy z odwołującym, to zachodzi podstawa do jego wykluczenia z postępowania. W ocenie odwołującego, okoliczności stanu faktycznego nie uzasadniały uznania, że względem odwołującego zaszła podstawa do wykluczenia go z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Na dowód powyższego odwołujący wraz z odwołaniem przedłożył porozumienie w przedmiocie dochodzenia roszczeń przeciwko

Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku zawarte w dniu 20 listopada 2019 r., które zostało zawarte pomiędzy SGS Sp. z o.o. a IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp.k. oraz list angażujący z dnia 1 czerwca 2020 r. Przedmiotowe dokumenty potwierdzają stanowisko odwołującego, które było przez niego konsekwentnie prezentowane od początku postępowania, tj. iż odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, oraz że podjął działania związane z dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych na drodze postępowania sądowego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Egis Poland sp. z o.o. (dalej „przystępujący”), który złożył pismo procesowe z wnioskiem o oddalenie odwołania.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego oraz przystępującego, a ponadto wskazuje, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in.:

1) wykażą, że dysponują osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego, w tym „do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej pełniącego równocześnie funkcję Koordynatora w rozumieniu art. 27 Prawa Budowlanego – co najmniej 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej oraz min. 24 – miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku Inspektora Nadzoru, Kierownika Budowy lub Kierownika Robót, w tym przy realizacji co najmniej 1 roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego, o długości co najmniej 1 000 mtp – w tym 500 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej, z co najmniej 1 rozjazdem tramwajowym\*\*);

*\*\*)* jeżeli w dokumencie jest mowa o stanowiskach: Kierownika budowy, Kierownika Robót, Inspektora Nadzoru, należy je rozumieć jako stanowiska spełniające kryteria i doświadczenie zawodowe w danej specjalności jakiej wymaga się przy nazwie stanowiska osoby z personelu.”

[rozdział I s.i.w.z. pkt 5.1.2.2 ppkt 8];

doświadczenie Inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej pełniącego równocześnie funkcję Koordynatora w rozumieniu art. 27 Prawa Budowlanego stanowi w Postępowaniu Podkryterium 4, w którym każdy z Wykonawców mógł uzyskać maksymalnie 3 punkty, w kryterium „Doświadczenie Ekspertów Kluczowych (D)”;

2) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, tj. którzy z przyczyn leżących po ich stronie, nie wykonali albo nienależycie wykonali w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący w złożonym wraz z ofertą Wykazie Ekspertów Kluczowych (dalej: „wykaz”) wskazał na stanowisko Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej Pana K. D. (wskazując jako podstawę dysponowania zasób własny) i jednocześnie oświadczył, że Pan K. D. pełnił funkcję Kierownika robót na inwestycji „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru”, w okresie od 07.2011 do 12.2013 r. (str. 13 Wykazu, Lp. 2).

Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w wykazie, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była ww. inwestycja, tj. Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (obecnie Zarząd Dróg Miasta Krakowa, dalej: „ZDMK”), informacje, z których wynika, że Pan K. D. nie pełnił funkcji Kierownika robót.

W związku z powyższym zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności w zakresie funkcji pełnionej przez Pana K. D. pomiędzy informacjami zawartymi w wykazie a informacjami przekazanymi przez inwestora (ZDMK).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący wyjaśnił, że Pan K. D. nie był wpisany do Dziennika Budowy, niemniej jednak był Kierownikiem budowy i prowadził samodzielnie wszystkie roboty torowe na całym zadaniu oraz uczestniczył w Radach Budowy, które muszą znajdować się w archiwum ZDMK w Krakowie. Ponadto odwołujący załączył dokumenty potwierdzające obecność Pana K. D. na kwestionowanym zadaniu, tj. oświadczenie Pana A. K. (Inspektora Nadzoru robót torowych z ramienia inwestora) potwierdzające, że Pan K. D. (wówczas pracownik wykonawcy - spółki ZUE S.A. oraz oddelegowany do realizacji projektu przez PRK Kraków S.A.), 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 Panem A. K., jako Inspektorem Nadzoru, przez cały okres trwania inwestycji, dokonywanie wpisów do Dziennika Budowy, pod którymi podpisywał się Kierownik Budowy, zgodnie z oczekiwaniami inwestora; kartę przekazania odpadu ZUE/DPI/4502, na której w imieniu ZUE S.A. w rubryce „potwierdzam przekazanie odpadu, data pieczęć i podpis” widnieje pieczęć i podpis Kierownika Budowy mgr inż. K. D., złożony 30 września 2011 r; protokół udostępnienia z dnia 12.12.2011 r. dotyczący udostępnienia rozjazdu tramwajowego wraz z kozłem oporowym w celu jego zabudowania, na którym jako jednej z osób reprezentujących „Pobierającego” ZUE S.A. i podpisanych na dokumencie widnieje pieczęć i podpis Kierownika Budowy mgr inż. K. D. .

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp uznając, że zostały spełnione wszystkie trzy przesłanki wskazane w ww. przepisie. W ocenie zamawiającego odwołujący przedstawił w wykazie informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy (Pan K. D. nie pełnił funkcji Kierownika robót) i przedstawienie tych informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub też niedbalstwa. Przedstawione informacje mogły mieć też istotny wpływ na decyzje zamawiającego – doświadczenie Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej jest zarówno warunkiem udziału w postępowaniu (rozdział I s.i.w.z. ust. 5 pkt 5.1.2.2. ppkt 8) jak i kryterium oceny ofert (rozdział I s.i.w.z. ust. 15 pkt 15.2.3 „Doświadczenie Ekspertów Kluczowych”, Podkryterium 4).

Izba wskazuje, iż zamawiający wymagał, aby osoba wskazana na stanowisko Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej posiadała doświadczenie na stanowisku Inspektora Nadzoru, Kierownika Budowy lub Kierownika Robót.

Ww. stanowiska należy rozpatrywać zgodnie z Prawem budowlanym, co potwierdza również treść s.i.w.z., w której zamawiający (str. 3) zawarł postanowienie: *„Jeżeli terminy (pojęcia) użyte w SIWZ posiadają definicje ustawowe lub są używane w ustawie*

*w określonym znaczeniu, to na potrzeby niniejszej SIWZ należy rozumieć je w taki sposób jak wynika z tych ustaw, chyba że z niniejszej SIWZ wynika inaczej.*”. Z Prawa budowlanego wynika natomiast, że pełnienie obowiązków kierownika budowy, czy też kierownika robót, potwierdzone zostaje wpisem do Dziennika Budowy lub zgłoszeniem do Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w trakcie robót (art. 45 ust. 2). Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji.

Jak stanowi art. 45 ust. 1 Prawa budowlanego, Dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót i jest wydawany odpłatnie przez organ administracji architektoniczno-budowlanej. Powyższe oznacza, że właściwie tylko taki dokument, jakim jest dziennik budowy, potwierdza skład osobowy kadry z odpowiednimi uprawnieniami inżynierskimi, techniczno-budowlanymi, które są uprawnione i zostały skierowane, w ramach prac, do nadzorowania i kierowania robotami budowlanymi, na odpowiednich stanowiskach, np. kierownika robót lub kierownika budowy. Dlatego też istotne w przedmiotowej sprawie jest to, kto pełnił ww. funkcje.

Warunek udziału w postępowaniu odnosił się do doświadczenia zawodowego zdobytego "na stanowisku Inspektora Nadzoru, Kierownika Budowy lub Kierownika Robót", a zatem nie wystarczyło aby osoba wykonywała czynności takich osób, ale by formalnie zajmowała jedno z tych stanowisk.

W zakresie powyższego ustalenia, Izba stwierdziła, że dowody złożone przez odwołującego nie potwierdzają okoliczności, na które zostały powołane. Wskazać bowiem należy, iż odwołujący do oferty załączył wykaz, w którym oświadczył, że pan K. D. pełnił funkcję na stanowisku kierownika robót na zadaniu „Budowa linii tramwajowej (...)” dla ZDMK w Krakowie. Jednakże, żaden z powołanych przez odwołującego dowodów, tej okoliczności nie potwierdza. W szczególności kopie wpisów z dziennika budowy potwierdzają, iż kierownikiem budowy była inna osoba. Żaden z wpisów, z przekazanych kopii dziennika budowy nie potwierdził, że pan K. D. realizował zadanie pełniąc funkcję kierownika robót. Kopia protokołu udostępnienia z dnia 12 grudnia 2011 roku, nie może stanowić wiarygodnego dowodu na okoliczność pełnienia, przez pana K. D. funkcji kierownika robót, albowiem widniejąca pieczętka (z podpisem) dotyczy funkcji kierownika budowy, a jak wynika z dziennika budowy, funkcję kierownika budowy pełniła inna osoba (pan B. Z.) – dowód niewiarygodny.

Na karcie przekazania odpadu z 2011 roku, co prawda widnieje pieczętka p. K. D., jako kierownika budowy, jednakże brak jest informacji, odwołujący takiej nie przedstawił, że w trakcie realizacji kontraktu nastąpiła zmiana na funkcji kierownika budowy, tym samym uznać należało, że funkcję taką nadal pełnił pan B. Z. – dowód niewiarygodny.



Odwołujący przedłożył jako dowód oświadczenie p. A. K., pełniącego funkcję Inspektora Nadzoru na rzeczowej inwestycji, jednakże dowód ten potwierdza jedynie okoliczność, iż p. K. D. „(...) *prowadził cały proces budowlany w zakresie obowiązków kierownika robót (...)*”, a zatem nie prowadził procesu budowlanego jako kierownik robót, a jedynie wykonywał czynności wypełniające takie funkcje, co nie jest równoznaczne z wymaganiem zamawiającego, postawionym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczność wynikająca z treści omawianego oświadczenia, iż „*Dokonywał również wpisów do Dziennika Budowy, pod którym podpisywał się Kierownik Budowy (...)*”, również nie potwierdza, że p. K. D. faktycznie wykonywał funkcję kierownika robót czy nawet dalej kierownika budowy, albowiem nadal kierownikiem budowy widniejącym w dzienniku budowy był pan B. Z. . Nadto treść złożonego oświadczenia potwierdza, że p. K. D., na rzeczowej inwestycji realizował pracę w okresie od lipca 2011 do grudnia 2012 roku, co również w swoim odwołaniu podkreślał odwołujący (strona 11 odwołania), który to okres nie wypełnia w całości okresu wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu ustanowionym przez zamawiającego. Na rozprawie Izba zadała pytanie odwołującemu, jak należy rozumieć powyższą rozbieżność (wykaz-oświadczenie), na co odwołujący stwierdził, iż w oświadczeniu wystąpiła oczywista omyłka pisarska. Izba nie uwzględniła oświadczenia odwołującego, albowiem to nie odwołujący był autorem tego oświadczenia, dlatego też nie miał uprawnień do korygowania oświadczenia złożonego przez osobę trzecią, tym bardziej, że sam odwołujący w odwołaniu powoływał się na daty wynikające z treści oświadczenia złożonego przez p. A. K. .

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że odwołujący został prawidłowo wykluczony przez zamawiającego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, albowiem odwołujący nie dokonując sprawdzenia informacji podanej w wykazie i ich własnej oceny, nie wykazał się oczekiwaną od profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego starannością przy przedstawieniu zamawiającemu informacji o doświadczeniu Pana K. D. . Czynność odwołującego należało zakwalifikować, jako wypełniającą dyspozycję ww. przepisu, tj. jako lekkomyślność lub niedbalstwo, które wprowadziły zamawiającego w błąd i mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

W zakresie drugiej z przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący na potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, w złożonym wraz z ofertą Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia (dalej: „JEDZ”), winien złożyć w części III lit. C JEDZ „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje”, oświadczenie o treści: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego,

wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, poprzez udzielenie odpowiedzi: TAK albo NIE.

W złożonym wraz z ofertą JEDZ (str. 13) odwołujący zaznaczył odpowiedź NIE, a tym samym oświadczył, że nie jest wykonawcą, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Z powyższych przez zamawiającego informacji wynikało jednak, że jedna z umów, w której stroną był odwołujący, tj. umowa nr 2410.11.2017/2018 zawarta w dniu 19 stycznia 2018 r. pomiędzy konsorcjum wykonawców, którego liderem był odwołujący - SGS Polska sp. z o.o. a Skarbem Państwa, Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku na Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka-Szczuczyn, odcinek: węzeł „Łomża Południe” (z węzłem) - węzeł „Łomża Zachód” (bez węzła), na długości około 7,186 km [S61] + DK 63 [GP] 8,907 km”, z przyczyn leżących po stronie odwołującego nie została wykonana należycie w istotnym stopniu, co doprowadziło do jej rozwiązania przed czasem na podstawie art. 491 § 1 kc. W powyższym zakresie zamawiający przedłożył dowody, tj. pismo GDDKiA Oddział Białystok nr O.BI.I-4.414.22.2019.393.ss z dnia 19 czerwca 2019 r. (Wezwanie do wykonania umowy pod rygorem odstąpienia) oraz pismo GDDKiA Oddział Białystok nr O.BI.I-4.414.22.2019.396.ss z dnia z 21 czerwca 2019 r. (Odstąpienie od umowy), które Izba uznała za wiarygodne.

W związku z powyższym w dniu 18 czerwca 2020 r., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonego przez odwołującego oświadczenia, które jest sprzeczne z uzyskanymi przez zamawiającego informacjami oraz do wskazania, czy rozwiązanie umowy było przez odwołującego kwestionowane, a jeśli tak, to w jaki sposób.

W dniu 22 czerwca 2020 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący wyjaśnił, że jego działanie było prawidłowe, bowiem w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego odwołujący samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia, natomiast w postępowaniu, gdzie zamawiającym była GDDKiA Oddział w Białymstoku odwołujący ubiegał się, a następnie realizował zamówienie, jako członek konsorcjum, w którego skład wchodziły dwa podmioty, w związku z czym nie mógł w dokumencie JEDZ złożyć oświadczenia, że wcześniejsza umowa została z nim rozwiązana przed czasem, bo byłoby to oświadczenie nieprawdziwe, gdyż umowa została rozwiązana z konsorcjum, w którego skład wchodził. Ponadto, odwołujący wskazał, że w jego ocenie nie ponosi on odpowiedzialności

za rozwiązanie umowy, ponieważ została ona rozwiązana z winy drugiego członka konsorcjum. Odwołujący nie przedstawił informacji, czy w zakresie rozwiązania umowy zostało wniesione powództwo cywilne, a jedynie załączył pismo do GDDKiA, w którym polemizował z argumentami GDDKiA Oddział w Białymstoku w zakresie zaistniałych przesłanek rozwiązania.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp uznając, że zostały spełnione wszystkie trzy przesłanki wskazane w ww. przepisie. W ocenie zamawiającego odwołujący przedstawił w JEDZ informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i przedstawienie tych informacji było wynikiem, co najmniej lekkomyślności lub też niedbalstwa. Przedstawione informacje mogły mieć też istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający prawidłowo ocenił stan faktyczny i prawny w zakresie podstaw do wykluczenia odwołującego, dlatego zasadne było zastosowanie, względem odwołującego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wskazać bowiem należy, iż nie może zostać zaakceptowana sytuacja, w której wykonawca składa jednoznaczne oświadczenie w formularzu JEDZ, że nie została rozwiązana z nim umowa, a jednocześnie ze stanu faktycznego sprawy wynika, że takie rozwiązanie umowy nastąpiło. Izba nie badała przyczyn rozwiązania takiej umowy, jak też nie było przedmiotem badania przez Izbę, skuteczność wypowiedzenia umowy oraz stopnia zawinienia wykonawcy. Istotą rozstrzygnięcia jest jedynie okoliczność ustalenia prawdziwości składanych przez odwołującego oświadczeń. Nie można również przyjąć argumentacji odwołującego, że ukrycie informacji o wcześniejszym zerwaniu umowy jest usprawiedliwione tym, że realizował ją w konsorcjum, a drugi konsorcjant lub zamawiający jest winien tego zerwania. Usprawiedliwienie to powinien natomiast zawrzeć w wyjaśnieniu, po udzieleniu twierdzącej odpowiedzi na pytanie w części III lit. C JEDZ. W ten sposób odwołujący pozwoliłby zamawiającemu na dokonanie oceny tej przesłanki wykluczenia. Odwołujący ukrywając ten fakt, pozbawił go tej możliwości, z potencjalną szkodą dla udzielanego zamówienia. Jak słusznie wskazał zamawiający, odwołujący, jako profesjonalista, nie może odczytywać wymaganego w JEDZ oświadczenia inaczej i interpretować go dowolnie, bowiem jego treść jest jednoznaczna. Należy uznać, że odwołujący nie wskazując informacji zgodnej ze stanem faktycznym nie wykazał się oczekiwaną od profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego starannością. Zaniechanie obowiązku poinformowania zamawiającego o rozwiązaniu umowy stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Za zamawiającym podnieść należy, iż należy zgodzić się z odwołującym, który podnosi, że członkowie konsorcjum są traktowani jako oddzielne podmioty, jednak podkreślenia wymaga fakt, że tylko „w niektórych sytuacjach”, co oznacza, że nie we wszystkich.

Jeśli chodzi o odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązań wynikających z umowy, została ona wprost przewidziana w art. 143 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Solidarność ma więc charakter ustawowy, a nie tylko umowny (wynikający z umowy z zamawiającym) i ponosi ją każdy z wykonawców realizujących umowę.

Wobec powyższego stan ten powinien znaleźć odzwierciedlenie w złożonym przez odwołującego dokumencie JEDZ, poprzez złożenie w nim stosownego oświadczenia informującego o fakcie rozwiązania umowy, co nie nastąpiło. Decyzja ta była podjęta świadomie przez odwołującego i nie była skutkiem tzw. oczywistej omyłki. Jednocześnie bowiem nie podano zamawiającemu żadnej innej informacji, nie wspominając o szczegółach rozwiązania umowy przed czasem, jak choćby, że odwołujący był członkiem konsorcjum, z którym rozwiązano umowę, czy też o podjętych środkach samooczyszczenia oraz czy podjęte przez odwołującego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Izba oddaliła wszystkie dowody zgłoszone przez odwołującego w punktach 7 oraz 8 odwołania, oraz dowód zgłoszony na rozprawie, albowiem są one bez znaczenia do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba, za bezzasadne uznała zarzuty stawiane zamawiającemu, dotyczące naruszenia przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, albowiem zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, w informacji o wykluczeniu odwołującego nie wskazał tej podstawy prawnej, jako podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Izba oddaliła również odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzając, iż zamawiający nie naruszył zasad określonych tym przepisem. W ocenie Izby, postępowanie prowadzone było w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym

i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

**Przewodniczący:** .....