Sygn. aktKIO 34/19

WYROK
z dnia 16 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Daniel Konicz

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę MWM Elektro sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Kopalnię Soli „Wieliczka" S.A. z siedzibą w Wieliczce,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1.unieważnienie wyboru oferty wykonawcy MARAT sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku;

1.2.wykluczenie wykonawcy MARAT sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, który w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej, opisany w Rozdziale VI ust. 1 pkt 3 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

1.3.ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 34/19

Uzasadnienie

Kopalnia Soli „Wieliczka" S.A. z siedzibą w Wieliczce (dalej: „Zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie modernizacji stacji wentylatorów przy szybie Wilson w Kopalni Soli „Wieliczka", zwane dalej: „Postępowaniem".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 sierpnia 2018 r., pod nr 599228-N-2018.

4 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MARAT sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (dalej „Wykonawca M").

9 stycznia 2019 r. wykonawca MWM Elektro sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie od:

1.wyboru oferty Wykonawcy M jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten winien podlegać wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a złożona przez niego oferta winna zostać uznana za odrzuconą w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 Pzp;

2.zaniechania wykluczenia Wykonawcy M na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania i spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie

uznania oferty Wykonawcy M za odrzuconą w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 Pzp;

ewentualnie, na wypadek przyjęcia przez KIO braku na tym etapie podstaw do wykluczenia Wykonawcy M z udziału w Postępowaniu:

3. zaniechania wezwania Wykonawcy M do złożenia wyjaśnień co do treści złożonych w wykonaniu postanowienia pkt VIII.7 poz. 4 SIWZ w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, wykazu robót oraz listu referencyjnego wystawionego przez Piecexport-Piecbud sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej „Piecexport"), mimo że budzą one obiektywne i uzasadnione wątpliwości;

oraz

4. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ i nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez jego błędne niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy M z Postępowania, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji pominięcie zastosowania art. 24 ust. 4 Pzp i uznania oferty Wykonawcy M za odrzuconą w sytuacji wykluczenia tego wykonawcy;

   ewentualnie, na wypadek uznania przez KIO, że brak było na tym etapie podstaw do wykluczenia Wykonawcy M z Postępowania,

   art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, a – w konsekwencji – zaniechanie wezwania Wykonawcy M do złożenia wyjaśnień co do treści złożonych, w wykonaniu postanowienia pkt VIII.7 poz. 4 SIWZ w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, wykazu robót oraz listu referencyjnego wystawionego przez Piecexport, mimo że budzą one obiektywne i uzasadnione wątpliwości;

2. art. 7 ust. 3 Pzp przez błędne jego zastosowanie i dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z Postępowania, względnie wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy M;
2. wykluczenia Wykonawcy M, ewentualnie – wezwania Wykonawcy M do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. złożonych przez Wykonawcę M przy piśmie z dnia 29 listopada 2018 r. wykazu robót oraz listu referencyjnego wystawionego przez Piecexport;
3. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu;

Uzasadniając spełnianie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp Odwołujący podał, że jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, zatem w razie wykluczenia Wykonawcy M, który złożył najkorzystniejszą ofertę, Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podniósł co następuje:

Zarzut naruszenia 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 4 Pzp

Zgodnie z treścią pkt VI. 1 poz. 3) lit. b) SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki zdolności technicznej lub zawodowej w postaci „udokumentowania wykonania w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej zakresem budowę lub przebudowę obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego o wartości nie mniejszej niż 2 min zł (brutto)".

Na potwierdzenie spełniania tego warunku oraz braku podstaw do wykluczenia z Postępowania wykonawca miał złożyć:

1. oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z wzorem podanym w załączniku nr 8 do SIWZ (pkt VIII.1 poz. 1 SIWZ);
2. oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z Postępowania,

zgodnie z wzorem podanym w załączniku nr 9 do SIWZ (pkt VIII.1 poz. 2 SIWZ), a także – w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza (z uwagi na stosowaną tzw. procedurę odwróconą zgodnie

z art. 24aa Pzp);

3. wykaz wykonanej nie wcześniej niż w okresie ostatnich. 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej zakresem budowę lub przebudowę obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł (brutto) wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotu, na rzecz którego robota ta została wykonana, z załączeniem dowodów określających czy robota została wykonana należycie, w szczególności informacji o tym czy robota została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty (pkt VIII.7 poz. 4 SIWZ),

Na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt VI.1 poz. 3) lit. b) SIWZ Wykonawca M wraz z ofertą złożył oświadczenie dotyczące spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wraz z oświadczeniem, że wszystkie informacje zawarte w oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą (zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 8 do SIWZ) oraz oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania, wraz z oświadczeniem, że wszystkie informacje zawarte w oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą (zgodne ze wzorem określonym w załączniku nr 9 do SIWZ), a wraz z pismem z dnia 29 listopada 2018 r., złożył wykaz robót (zgodny ze wzorem określonym w załączniku nr 12 do SIWZ) oraz list referencyjny wystawiony przez Piecexport z dnia 31 sierpnia 2018 r.

Zdaniem Odwołującego złożone przez Wykonawcę M wraz z ofertą oświadczenia dotyczące spełniania warunków udziału w Postępowaniu i o niepodleganiu wykluczeniu, jak również złożony przy piśmie z dnia 29 listopada 2018 r. wykaz robót są nieprawdziwe,
a list referencyjny wystawiony przez Piecexport zawiera nieprawdziwe informacje. W konsekwencji Odwołujący zarzuca, że Wykonawca M nie spełnia określonego w pkt VI.1 poz. 3) lit. b) SIWZ warunku udziału w Postępowaniu.

Według wiedzy Odwołującego, w ramach realizowanej przez Zakład Górniczy Lubin („ZG Lubin") inwestycji Wykonawca M nie wykonywał robót budowlanych w zakresie „Budowy dla ZG Lubin kompleksu szybowego wraz z logistyką transportu (projekt i budowa) w ramach projektu *Zmiana funkcji szybu L-VI na materiałowo-zjazdowy*" (które to roboty wskazał w wykazie robót). Odwołujący podał, że jest jednym z głównych podwykonawców prac w ramach tego zamówienia i jest nieprzerwanie obecny na placu tej budowy od 2016 r. do dnia dzisiejszego. W tym okresie, według wiedzy Odwołującego, Wykonawca M ani jego pracownicy nie byli obecni na obiekcie. Ponadto, zgodnie z kwestionowanym wykazem robót, w zestawieniu z listem referencyjnym, Wykonawca M miał zakończyć prace związane z „wykonaniem obudowy nadszybia, baszty i pionu komunikacyjnego" w 2017 r. Tymczasem, zgodnie z informacjami Odwołującego, wymienione prace zostały zakończone dopiero w 2018 r., co miało wpływ na zmianę terminów realizacji prac Odwołującego.

Przedstawione okoliczności wskazują, że Wykonawca M w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Złożone przez niego oświadczenia, wykaz robót oraz list referencyjny wskazują na wykonywane osobiście przez Wykonawcę M roboty budowlane, a w konsekwencji podanie przez niego nieprawdziwych informacji w tym zakresie jest świadomym, zamierzonym działaniem. Wykonawca wszak posiada wiedzę jakie roboty zostały przez niego rzeczywiście wykonane, a jakich nie realizował.

Wskazane okoliczności stanowią obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, przewidzianą w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a zatem jej wystąpienie obliguje Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy M, a w konsekwencji uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą. Zaniechanie powyższych czynności, a następnie dokonanie wyboru oferty Wykonawcy M jako najkorzystniejszej, stanowi naruszenie przepisów Pzp i uzasadnia odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp

Z ostrożności, na wypadek uznania przez KIO, że brak było na tym etapie podstaw do wykluczenia Wykonawcy M z Postępowania, Odwołujący zarzuca naruszenie
art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, tj. wezwania Wykonawcy M do złożenia wyjaśnień co do treści złożonych przez niego, w wykonaniu postanowienia pkt VIII.7 poz. 4 SIWZ w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, wykazu robót oraz

listu referencyjnego wystawionego przez Piecexport, mimo, że budzą one obiektywne i uzasadnione wątpliwości.

Niezależnie od wyżej przedstawionych zarzutów należy zauważyć, że załączony przez Wykonawcę M list referencyjny jest sformułowany bardzo ogólnie i jego treść winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Uważna analiza jego treści pozwala zauważyć, że w zakresie odnoszącym się do aktywności Wykonawcy M w referencjach wskazano bardzo ogólnie, że podmiot ten wykonywał roboty budowlane i cechował się sprawną organizacją i koordynowaniem prac. Co najmniej dwuznaczne są stwierdzenia, że zakres robót obejmował wykonanie obudowy nadszybia, baszty i pionu komunikacyjnego, a wartość robót wyniosła 2.120.000 zł, bowiem z treści pisma nie wynika, że stwierdzenia te dotyczą robót realizowanych właśnie przez Wykonawcę M. Przeciwnie, w liście referencyjnym jako podstawa robót powołana została umowa nr 2017/06/00188 z dnia 8 sierpnia 2017 r., której stroną nie był Wykonawca M, lecz inne podmioty – PeBeKa S.A. i Piecexport. W szczególności ten ostatni element winien wzbudzić wątpliwość Zamawiającego. Wszak obiektywne i uzasadnione wątpliwości budzi list referencyjny (z założenia służący potwierdzeniu należytego wykonania robót przez wykonawcę), w którym podmiot wystawiający go nie wskazuje umowy, na podstawie której to właśnie ten wykonawca miał realizować dane roboty, lecz inną umowę, której wspomniany wykonawca nawet nie jest stroną.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Z uwagi na fakt, że dokumenty, o których mowa w pkt VIII.7 poz. 4 SIWZ (tj. wykaz robót i list referencyjny), to dokumenty, których Zamawiający żąda celem potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art 25 ust. 1 Pzp, to Zamawiający winien co najmniej wezwać Wykonawcę M do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Tego jednak Zamawiający nie uczynił, czym naruszył ww. przepis, czyniąc zarzut uzasadnionym.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

W konsekwencji powyższych zastrzeżeń Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp przez błędne jego zastosowanie i dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z Postępowania, względnie wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, jak również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i wykluczył Wykonawcę M z udziału w Postępowaniu, to dokonałby wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Uchybienie przepisom art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 26 ust. 4 Pzp skutkuje naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 7 Pzp ze względu na ich bezzasadność;
2. uwzględnienie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp ze względu na ujawnienie nowych okoliczności faktycznych sprawy po dacie wniesienia odwołania;
3. umorzenie postępowania odwoławczego w razie wycofania przez Odwołującego zarzutów poza uwzględnionym przez Zamawiającego;
4. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 4 lit a. Pzp, gdyby Odwołujący nie wycofał zarzutów poza uwzględnionym przez Zamawiającego lub też wzajemne ich zniesienie gdyby Odwołujący wycofał te zarzuty zgodnie z art. 186 ust. 3a Pzp.

Zamawiający stwierdził, że w związku z treścią odpowiedzi na odwołanie zasadnym wydaje się rozważenie przez Odwołującego zasadności podtrzymania zarzutów i cofnięcia odwołania.

Uzasadniając swoje Stanowski Zamawiający oświadczył, że uznaje za prawidłowe i podtrzymuje czynności podjęte w Postępowaniu z zastrzeżeniem, że w związku z treścią oświadczenia przekazanego przez Wykonawcę M w dniu 14 stycznia 2019 r. uzasadnione jest powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp Zamawiający podniósł, że nie zastosował tego przepisu, ponieważ nie posiadał żadnych informacji, które pozwoliłyby poddać w wątpliwość prawdziwość oświadczeń składanych przez Wykonawcę M. W szczególności żadnych informacji, które mogłyby wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości w tym zakresie nie przedstawił Odwołujący, który mógł poinformować o swoich podejrzeniach, jeżeli nie jeszcze w toku Postępowania, to z całą pewnością niezwłocznie po otrzymaniu udostępnionych mu 7 stycznia 2019 r. dokumentów złożonych przez Wykonawcę M. Odwołujący nie podjął jednak żadnych działań w tym zakresie, wstrzymując się aż do chwili złożenia odwołania z przekazaniem jakiegokolwiek sygnału o możliwych nieprawidłowościach, przy czym nawet przy składaniu odwołania nie wskazał dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Ze względu na powyższe okoliczności, a także biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący (według stanu na dzień składania odpowiedzi na odwołanie) nie ujawnił żadnych dowodów zarzucanych nieprawidłowości, jego zarzuty nie wydają się wiarygodne. Odwołujący kwestionuje postępowanie Wykonawcy M dopiero od momentu, w którym dowiedział się, że konkurencyjna oferta, którą w wyniku postępowania wybrał Zamawiający, jest znacznie bardziej korzystna finansowo od jego oferty (oferta Odwołującego opiewa na 17.084.700 zł, podczas gdy oferta Wykonawcy M – na kwotę 11.343.753,95 zł).

Zamawiający stwierdził, że przepisy Pzp nie nakładają na niego obowiązku weryfikacji dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców, jeżeli nie budzą one uzasadnionych wątpliwości. W sprawie nie zaistniały żadne przesłanki, które mogłyby spowodować powstanie uzasadnionych wątpliwości co do tego czy przedstawiany wykaz robót jest prawdziwy, lub też że list referencyjny wystawiony przez Piecexport zawiera nieprawdziwe informacje. Tym samym, w toku Postępowania, nie było podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i wykluczenia Wykonawcy M z uwagi na jego zamierzone działanie mające na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, Zamawiający podniósł,
że w czasie trwania Postepowania nie było przesłanek do zastosowania tego przepisu. Obowiązek zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp aktualizuje się bowiem w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego.

Rodzaje dokumentów jakich może żądać od wykonawcy zamawiający określa rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z § 2 ust, 4 tego rozporządzenia, dowodem należytego wykonania robót (lub usług) są przede wszystkim referencje.

List referencyjny jednoznacznie potwierdzał, że „zakres robót obejmował wykonanie obudowy nadszybia, baszty i pionu komunikacyjnego", a więc – jak wymagano w SIWZ – obejmował zakresem budowę lub przebudowę obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego. Nie było podstaw do interpretowania tego stwierdzenia w ten sposób, że dotyczy on prac wykonywanych przez inne podmioty, skoro list referencyjny był kierowany do Wykonawcy M, jako: „solidnego i rzetelnego Wykonawcy robót budowlanych".

Zamawiający podkreślił, że referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi podane w wykazie zostały prawidłowo zrealizowane a dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania warunku udziału w tym postępowaniu. Nie można tym samym wymagać, aby w referencjach zawierało się dosłowne powtórzenie postanowień SIWZ w zakresie w jakim referencje potwierdzają należyte wykonanie prac. Ponadto, w praktyce bardzo częste są sytuacje, w których wykonanie zamówienia jest realizowane przez wykonawców, którzy korzystają z pomocy podwykonawców do wykonania zadań w ramach poszczególnego zamówienia. Podobnie w tym przypadku, Zmawiający nie miał żadnych przesłanek do tego aby kwestionować prawdziwość oświadczeń składanych przez Wykonawcę M, ani też przez wystawcę listu referencyjnego.

Gdyby przyjąć tok rozumowania Odwołującego, w każdym postępowaniu należałoby wzywać wykonawców do wyjaśniania składanych listów referencyjnych lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, podczas gdy ani Pzp, ani przywołane rozporządzenie nie stawia tak restrykcyjnych wymagań. Zamawiający wzywa do wyjaśnień, dopiero kiedy poweźmie wątpliwości, czy to w oparciu o własne doświadczenie, czy też w związku z informacjami przekazanymi przez innych uczestników obrotu gospodarczego funkcjonujących na rynku usług danego rodzaju.

Pomimo powyżej przedstawionych okoliczności, które wskazują na prawidłowość działań Zamawiającego w toku Postępowania, z uwagi na pojawienia się nowych okoliczności, uzasadnione jest wyjaśnienie kwestii referencji złożonych przez Wykonawcę M. W dniu 14 stycznia 2019 r. do Zamawiającego wpłynęło bowiem pismo Wykonawcy M, w którym stwierdza, że wartość prac wskazana w liście referencyjnym i przez niego wykonana jest odmienna i wynosi 1.900.000 zł. Okoliczność ta wymaga dalszego wyjaśnienia i powtórzenia czynności przez Zamawiającego. Z uwagi na to, że na skutek okoliczności powstałych już po wniesieniu odwołania istnieje stan faktyczny, w którym Zamawiający widzi potrzebę powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert, co jest w istocie zgodne z żądaniem Odwołującego, Zamawiający wniósł o częściowe uwzględnienie zarzutu w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 Pzp Zamawiający stwierdził, że nie doszło do jego naruszenia i zwrócił uwagę, że zarzut ten nie jest w odwołaniu uzasadniony. Odwołujący zarzuca, że czynności Zamawiającego

godzą w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie wskazuje jednak na czym to naruszenie miałoby polegać.

Zasada uczciwej konkurencji oznacza przede wszystkim zakaz ograniczania konkurencji w postępowaniu przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji. Należy podkreślić, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do zawężenia kręgu wykonawców, co więcej nie podnosi tego sam Odwołujący.

Odwołujący nie wskazuje na czym miałoby polegać naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zasada ta oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

Odwołujący nie przytoczył żadnych okoliczności, które mogłyby stanowić naruszenie jednej ze wskazanych powyżej zasad, poprzestając jedynie na wskazaniu, że gdyby Zamawiający wykluczył konkurencyjnego wykonawcę i udzielił zamówienia Odwołującemu, nie uchybiłby przepisom Pzp.

Ponadto, przekonanie Odwołującego o udzieleniu mu zamówienia za proponowaną przez niego kwotę jest zbyt daleko idące. Zwiększenie wartości zamówienia o ponad połowę nie jest przesądzone i bardziej prawdopodobne wydaje się unieważnienie Postępowania i ewentualnie modyfikacja warunków przy jego ponownym ogłoszeniu w celu zapewnienia racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Na rozprawie Strony postępowania odwoławczego podtrzymały pisemne stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. oświadczenia przedstawiciela Przedsiębiorstwa Budowy Kopalń PeBeKa S.A. („PeBeKa") z 15 stycznia 2019 r. – dowód O1;
2. wniosku o akceptację dalszego podwykonawcy (ENERGE sp. z o.o. – „ENERGE"), złożonego przez PeBeKa, w dniu 3 października 2017 r., zamawiającemu – ZG Lubin wraz z załącznikami – zgłoszeniem podwykonawstwa z 8 września 2017 r., schematem organizacyjnym podwykonawcy w zakresie wykonywanych robót, kartą zgłoszenia wykonawcy robót dla zamawiającego, schematem organizacyjnym zamawiającego w zakresie wykonywanych robót – dowody O2;
3. umowy nr 2017/06/00188 z 8 sierpnia 2017 r. zawartej pomiędzy PeBeKa a Piecexport z załącznikiem w postaci wzoru dokumentu zgłoszenia podwykonawstwa – dowód O3;
4. protokołu stanu zaawansowania robót nr 8/05/2018 sporządzonego pomiędzy przedstawicielami ENERGE i PeBeKa – dowód O4;

na okoliczność, że Wykonawca M nie realizował robót budowlanych opisanych w liście referencyjnym wystawiony przez Piecexport.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany,
zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ;
2. oferty Wykonawcy M z załącznikami w postaci oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu i braku przesłanek do wykluczenia;
3. wezwania Wykonawcy M do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp (pismo z 27 listopada 2018 r.);
4. odpowiedzi Wykonawcy M na ww. wezwanie (pismo z 29 listopada 2018 r.) wraz z załącznikami w postaci wykazu robót budowlanych i listu referencyjnego wystawionego przez Piecexport;
5. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 3 stycznia 2019 r.;
6. dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie.

Skład orzekający stwierdził, że przedstawione powyżej stanowiska Stron postępowania odwoławczego są zgodne ze stanem faktycznym wynikającym ze zgromadzonego materiału dowodowego.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem Wykonawca M winien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego, w wyniku zamierzonego działania, w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek odnoszący się do zdolności zawodowej, opisany w Rozdziale VI ust. 1 pkt 3 lit. b SIWZ. Z dowodów O1-O4 wynika, że Wykonawca M nie wykonywał na rzecz Piecexport opisanych w liście referencyjnym robót w ramach zamówienia pn.: „Budowa kompleksu szybowego wraz z logistyką transportu (projekt i budowa) w ramach projektu *Zmiana funkcji szybu L-VI na materiałowo-zjazdowy*", realizowanego na rzecz ZG Lubin, czym wprowadził Zamawiającego w błąd w sposób zamierzony.

Na wstępie Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Zamawiającego, w którym zarzucił Odwołującemu bierność w toku Postępowania, wyrażającą się zaniechaniem poinformowania Zamawiającego o stwierdzonych przez Odwołującego nieprawdziwych informacjach, co pozbawiło Zamawiającego możliwości kompleksowego ustalenia stanu faktycznego sprawy i zweryfikowania stanowiska Odwołującego bezpośrednio u Wykonawcy M i innych zainteresowanych podmiotów (PeBeKa, Piecexport, ENERGE).

Należy przede wszystkim zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia nie ulega zawieszeniu na czas trwania postępowania odwoławczego. Z przepisu art. 183 ust. 1 Pzp wynika jedynie, że do czasu ogłoszenia przez Izbę rozstrzygnięcia kończącego postępowanie odwoławcze Zamawiający co do zasady (zob. przepis art. 183 ust. 2 Pzp) nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego. *Ergo* zamawiający jest uprawniony do podejmowania innych czynności, nawet takich, które dotyczą kwestii poruszonych w odwołaniu, co jest – zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp – uwzględniane przez Izbę przy wydawaniu wyroku. W konsekwencji skład orzekający wyraża zapatrywanie, że Zamawiający po otrzymaniu odwołania mógł podjąć działania zmierzające do zweryfikowania twierdzeń Odwołującego o nieprawdziwości informacji zawartych w złożonym przez Wykonawcę M wykazie robót i liście referencyjnym. Przykładowo, Zamawiający mógł skorzystać z instytucji wyjaśnienia treści dokumentów, nie zaś jedynie wnosić o uwzględnienie odwołania w części obejmującej zarzut zaniechania podjęcia takiej czynności (por. pkt 2, str. 1 odpowiedzi na odwołanie), bądź sięgnąć po uprawnienie wynikające z § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126) i zweryfikować informacje dotyczące realizacji przez Wykonawcę M robót ujętych w wykazie.

Przechodząc do kwestii podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie wypełnione zostały wszystkie przesłanki wynikające z tego przepisu, tj. (1) przedstawienie przez Wykonawcę M nieprawdziwej informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu opisany w Rozdziale VI ust. 1 pkt 3 lit. b SIWZ, (2) wprowadzenie Zamawiającego w błąd, (3) zamierzone działanie Wykonawcy M.

W zakresie pierwszego z ww. warunków wykluczenia z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp skład orzekający uznał, że informacją nieprawdziwą (niezgodną z rzeczywistością) było twierdzenie, że Wykonawca M wykonywał roboty budowlane w ramach realizowanego dla ZG Lubin zamówienia pn.:„Budowa kompleksu szybowego wraz z logistyką transportu (projekt i budowa) w ramach projektu *Zmiana funkcji szybu L-VI na materiałowo-zjazdowy*". Treść kwestionowanego listu referencyjnego wskazuje, że Wykonawca M miał być podwykonawcą Piecexport, który to – w świetle przywołanej w tym dokumencie umowy 2017/06/00188 z 8 sierpnia 2017 r., przedstawionej przez Odwołującego jako dowód O3 – był z kolei podwykonawcą PeBeKa, będącym głównym wykonawcą zamówienia realizowanego na rzecz ZG Lubin. Tymczasem w świetle oświadczenia przedstawiciela PeBeKa (dowód O1) rolę taką (tj.*de facto* dalszego podwykonawcy) pełniła wyłącznie ENERGE, zgłoszona zgodnie z procedurą przewidzianą w § 2 ust. 7 ww. umowy (zob. dowód O2) i wskazana wprost w jej treści (§ 2 ust. 6). Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w świetle § 2 ust. 5 umowy nie było możliwości powierzenia jej wykonania w jakimkolwiek zakresie wykonawcy, który nie został zgłoszony zgodnie ze wspomnianą procedurą. Z dowodu O1 wynika ponadto, że Wykonawca M nie brał udziału w realizacji wskazanej w wykazie robót inwestycji, co – w świetle § 2 ust. 7 umowy – jest stwierdzeniem wiarygodnym. Nie sposób przyjąć, że wykonawca (PeBeKa) nie miał wiedzy o tym ilu dalszych podwykonawców zostało zaangażowanych przez jego podwykonawcę (Piecexport), skoro na wykonawcy spoczywał obowiązek złożenia Kierownikowi Ruchu Zakładu Górniczego zgłoszenia podwykonawstwa, a w przypadku robót budowlanych – również kompletnej kopii umowy z dalszym podwykonawcą, celem uzyskania akceptacji (argument z § 2 ust. 7 lit. b i c umowy). Co więcej, z dowodu O4 wynika, że ENERGE faktycznie wykonała powierzone jej roboty, których zakres, w ocenie Izby, pokrywał się z zakresem wskazanym w kwestionowanym przez Odwołującego liście referencyjnym. Zwraca również uwagę wynikająca z protokołu data wykonania robót (okres od 1 do 30 maja 2018 r.), która nie pokrywa się z datą wskazaną w wykazie robót (2017 r.).

Suma przedstawionych okoliczności potwierdza zawarty w odwołaniu wniosek, że Wykonawca M – wbrew oświadczeniu zawartemu w wykazie robót i treści listu referencyjnego – nie realizował robót w ramach inwestycji, zatem

przedstawione przezeń informacje są nieprawdziwe.

Niewątpliwie przedstawienie nieprawdziwych informacji wprowadziło Zamawiającego w błąd, bowiem Zamawiający uznał, że Wykonawca M wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, a jego oferta została wybrana. *Ergo* druga z przesłanek wykluczenia wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp również się ziściła.

W kwestii stopnia zawinienia Wykonawcy M skład orzekający zgodził się z argumentacją Odwołującego, że działanie miało charakter zamierzony. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania prowadziłoby do uchybiającego zasadom logicznego rozumowania wniosku, że Wykonawca M nie miał pełnej wiedzy o tym czy wykonywał roboty budowlane opisane w treści wykazu i listu referencyjnego, pomimo wskazania na ich samodzielną realizację.

W odniesieniu do załączonego do odpowiedzi na odwołanie dowodu Izba uznała,
że w okolicznościach sprawy rzeczywiście należy potraktować go jako próbę uchylenia się Wykonawcy M od skutków podania nieprawdziwych informacji przez wskazanie na inną okoliczność (wartość robót), która uzasadniać miała konieczność wezwania Wykonawcy M do uzupełnienia dokumentów, wobec stwierdzenia, że nie spełnia on warunku udziału w Postępowaniu.

W związku z powyższym Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp i związanego z nim oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w tej części (tak Izba interpretuje wniosek Zamawiającego o uwzględnienie odwołania, zważywszy na towarzyszący mu wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego w przypadku wycofania przez Odwołującego pozostałych zarzutów) stwierdzono, że wniosek ów pozbawiony jest doniosłości prawnej w tej sprawie. Z odwołania wynika bowiem, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp miał charakter ewentualny, a rozstrzyganie o nim, zgodnie z intencją Odwołującego, możliwe było dopiero w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Zważywszy na okoliczność, że zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy M potwierdził się, odpadła konieczność rozważania, czy w tej sprawie Zamawiający powinien był rozważyć wszczęcie procedury wyjaśniającej treść dokumentów podmiotowych. Dodatkowo, w przypadku stwierdzenia wprowadzenia zamawiającego w błąd nie jest możliwe, w ocenie składu orzekającego, korzystanie z procedur uzupełniania, bądź wyjaśniania dokumentów.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący:……