

Sygn. akt: KIO 1978/17

WYROK

z dnia 4 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe A.P. z siedzibą w Pułtusku, R.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa G. R.G. z siedzibą w Warszawie oraz M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa M.K. z siedzibą w Promnie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Kolejnictwa w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WMAKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa oraz D.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WMAKS - T.D.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

kosztami **2.** postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe A.P. z siedzibą w Pułtusku, R.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa G. R.G. z siedzibą w Warszawie oraz M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa M.K. z siedzibą w Promnie, i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

1

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe A.P. z siedzibą w Pułtusku, R.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa G. R.G. z siedzibą w Warszawie oraz M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa M.K. z siedzibą w Promnie, tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe A.P. z siedzibą w Pułtusku, R.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa G. R.G. z siedzibą w Warszawie oraz M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa M.K. z siedzibą w Promnie, na rzecz zamawiającego: Instytut Kolejnictwa w Warszawie, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1978/17

Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut Kolejnictwa w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w

terenie Instytutu Kolejnictwa w Warszawie” (numer: IK.PZ-380-02/UE/PN/17), dalej jako „Postępowanie”.

Wartość ww. zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 lipca 2017 r., numer ogłoszenia: 552461-N-2017.

W dniu 19 września 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe A.P. z siedzibą w Pułtusku, R.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa G. R.G. z siedzibą w Warszawie oraz M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa M.K. z siedzibą w Promnie /dalej jako „Odwołujący”/ wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania, pomimo że nie zaistniały określone w tym przepisie przesłanki do wykluczenia, w szczególności poprzez:
 - a) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący składając informację działań z zamiarem lub w warunkach rażącego niedbalstwa [zarzut nr 1],
- 2) art 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania, pomimo że nie zaistniały określone w tym przepisie przesłanki do wykluczenia, w szczególności poprzez:
 - a) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący składając informację działań w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa [zarzut nr 2],
- 3) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp [zarzut nr 3],
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnień, w związku z powzięciem wątpliwości przez Zamawiającego w stosunku do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy [zarzut nr 4],
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez:

- a) określanie w wezwaniach procedowanych w trybie art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 8 ustawy Pzp nierealnych terminów na złożenie wyjaśnień i dokumentów [zarzut nr 5].

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

„W trakcie procedury przetargowej do Zamawiającego zostało przesłane przez jednego z wykonawców biorących udział w postępowaniu pismo Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 kwestionujące dokumenty złożone przez Odwołującego w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Na podstawie powyższego Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i poparcia ich stosownymi dokumentami, które jednoznacznie potwierdzą prawdziwość informacji podanych w złożonych przez Odwołującego dokumentach. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący poinformował, że przedmiotowe wezwanie winno być procedowane w trybie art.

26 ust. 4 ustawy, a nie jak wskazał Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym Zamawiający dopuścił się zaniechania czynności, do której zobowiązany był na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, tj. wezwania w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Podkreślić należy, iż termin wyznaczony przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień był terminem nierealnym i nieliczącym z powagą instytucji publicznej. Trudno zakładać, że Odwołujący był w stanie przygotować w sposób rzetelny wyjaśnienia oraz poprzeć je stosownymi dokumentami w ciągu kilku godzin, bowiem przedmiotowe wezwanie zostało dostarczone w piątek 8.09.2017 r. po godzinie 15:00, a wyznaczony przez Zamawiającego termin przypadał na poniedziałek na godzinę 11:00. Tym samym w ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

W związku z tym, iż dokument potwierdzający spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej został zakwestionowany, Zamawiający nie był w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy Odwołujący powyższy warunek spełnia czy też nie. W takiej sytuacji właściwym byłoby uznanie wspomnianych dokumentów za błędne i dalsze prowadzenie postępowania poprzez zastosowanie wezwania do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych w trybie art. 26 ust. 3

4

ustawy.

Pismem z dnia 13.09.2017 r., znak; IK.PZ-380-02/IJE/PN/32/17 Zamawiający poinformował o wystąpieniu w stosunku do Odwołującego podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, jednocześnie umożliwiając Odwołującemu przedstawienie dowodów, o których mowa w art. 24

ust. 8 ustawy w nieprzekraczalnym

terminie do dnia 14.09.2017 do godziny 9:00.

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący złożył wyjaśnienia, zwracając uwagę na brak podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Ponadto w celu wykazania rzetelności wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Odwołujący przekazał uzupełniony Wykaz robót budowlanych, dokonując zmiany w kwestionowanej przez Zamawiającego informacji, przez co potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Tym samym oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożone wraz z ofertą pozostaje dalej aktualne.

W opinii Odwołującego trudno jest przypisać mu zamierzone działanie, rażące niedbalstwo lub lekkomyślność, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, gdyż podane informacje w Wykazie robót budowlanych miały odzwierciedlenie w dokumentach pochodzących od podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane.

Dokument potwierdzający wykonane roboty przechowywany jest jedynie w wersji elektronicznej. W świetle czasu jaki upłynął od daty wystawienia wspomnianego dokumentu oraz wielu robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego w tym okresie trudno wymagać od Odwołującego pamiętania dokładnego zakresu robót oraz terminu ich wykonania. Należy podkreślić, iż Odwołujący dysponuje doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego, nie mniej jednak poprzez niewłaściwe prowadzenie postępowania nie mógł udowodnić powyższego faktu. Właściwe stosowanie przepisów ustawy przez Zamawiającego pozwoliłoby na przedstawienie stosownych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, w ślad za czym Odwołujący miałby dalej szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.”

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podkreślił, „iż w związku z powzięciem wątpliwości co do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i tym samym naruszył wspomniany przepis. Nie ma wątpliwości, że Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, co oświadczył składając ofertę. Powyższe dowodzi przedstawienie uzupełnionego Wykazu robót budowlanych potwierdzającego wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. (...) Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Zamawiający jako podstawę uzasadnienia faktycznego

5

wykluczenia użył ustaleń telefonicznych chociaż w danym aspekcie był w posiadaniu dokumentów na podstawie których winien procedować. Wiele czynności Zamawiającego było poprzedzonych pismami składanymi przez Podmiot, który uzyskał drugie miejsce względem punktacji. Wydaje się, że Zamawiający winien sam prowadzić postępowanie, dokonywać ustaleń we własnym zakresie a nie w sposób bezkrytyczny poruszać się według ścieżki nakreślanej mu przez jednego z uczestników postępowania ponieważ naraża go to na zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania uczestników postępowania i zaufania do instytucji publicznej.”

W dniu 27 września 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i w związku z tym o nie uwzględnienie wniosków Odwołującego dotyczących: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając powyższe stanowisko Zamawiający wskazał, co następuje:

W odniesieniu do zarzutu nr 1 i 2:

„Zarzuty wskazane w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego nie tylko nie straciły na aktualności, ale – w świetle postępowania wyjaśniającego kontynuowanego przez Zamawiającego po złożeniu Odwołującemu oświadczenia o wykluczeniu go z Postępowania – należy uznać, że zarzucenie Odwołującemu jedynie rażącego niedbalstwa w składaniu informacji koniecznej dla ustalenia spełniania przez niego warunków udziału w Postępowaniu, było w pełni uzasadnione według stanu wiedzy Zamawiającego w chwili składania oświadczenia o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i jednocześnie nie wyczerpywało dalej idącego zarzutu uzasadnionego w świetle ustaleń poczynionych po złożeniu tego oświadczenia.

W treści uzasadnienie oświadczenia o wykluczeniu Zamawiający sygnalizował, że „do dnia podjęcia decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z Postępowania nie zostało zakończone postępowanie wyjaśniające dotyczące okoliczności wystawienia listu referencyjnego” z datą wystawienia 2013-01-18 (załączonego przez Odwołującego do wykazu robót), gdyż pomimo niezakończenia postępowania wyjaśniającego w tym zakresie istniały uzasadnione przesłanki do wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Jednocześnie – w ocenie Zamawiającego – odłożenie wykluczenia Odwołującego z Postępowania do zakończenia postępowania wyjaśniającego dotyczącego okoliczności wystawienia listu referencyjnego wiązało się z ryzykiem przekroczenia terminów Postępowania uniemożliwiającego wybór oferty, zwłaszcza że czynnością konieczną dla zakończenia postępowania wyjaśniającego w

tym zakresie była wizyta przedstawiciela Zamawiającego w biurze Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 w dniu 2017-09-14 o godz. 18⁰⁰ (...).

Przedstawiciele Wspólnoty Mieszkaniowej nie tylko potwierdzili ustalenia Zamawiającego dotyczące zamieszczenia przez Odwołującego w poz. 1 wykazu robót budowlanych nieprawdziwych informacji o zakresie tych robót oraz terminie ich wykonania, ale także

okazali archiwalną dokumentację obejmującą umowę zawartą z członkiem konsorcjum będącego Odwołującym, M.K., i protokół odbioru końcowego, potwierdzającą te ustalenia. Przedstawiciele Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 potwierdzili także, że oświadczenie z dnia 2017-09-01 złożone przez Odwołującego w związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, zawierające nieprawdziwe informacje o zakresie robót oraz terminie ich wykonania, zostało sporządzone przez Odwołującego i przedłożone do podpisu prezesowi zarządu Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13, który podpisał je bez sprawdzenia informacji w nim zawartych, jedynie na podstawie zapewnień przedstawiciela Odwołującego, że informacje zawarte w tym oświadczeniu są prawdziwe.

W czasie wizyty przedstawiciela Zamawiającego A.T. w biurze Wspólnoty Mieszkaniowej zostały ujawnione także nowe okoliczności dotyczące listu referencyjnego z datą wystawienia 2013-01-18 (...). Okazało się, że Wspólnota Mieszkaniowa Barska 11/13 wystawiła wykonującemu na jej rzecz roboty budowlane członkowi konsorcjum składającego odwołanie w niniejszym postępowaniu, M.K., list referencyjny, którego kopia jest przechowywana w archiwum Wspólnoty Mieszkaniowej. Po odnalezieniu kopii tego listu okazało się, że różni się on listu referencyjnego z datą wystawienia 2013-01-18, którego potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia została złożona przez Odwołującego w Postępowaniu, przy czym zarówno zakres wykonanych prac, jak i termin ich wykonania,

wskazane w treści listu referencyjnego faktycznie wystawionego przez Wspólnotę Mieszkaniową w dniu 2012-08-03, nie były wystarczające do wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, gdyż zakres prac realizowanych przez firmę Grupa Dociepleniowa M.K. nie obejmował wykonania pokryć dachowych o powierzchni minimum 1.000 m², a ponadto prace te były realizowane w okresie od 30.06.2011 r. do 12.06.2012 r., tj. wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Jednocześnie przedstawiciele Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13, po zapoznaniu się z listem referencyjnym z datą wystawienia 2013-01-18, którego potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia została złożona przez Odwołującego w Postępowaniu, zaprzeczyli, że list ten został wystawiony przez Wspólnotę Mieszkaniową Barska 11/13."

7

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie dowód w postaci notatki służbowej sporządzonej przez A.T. w dniu 15 września 2017 r. wraz z 5 załącznikami, tj.:

- 1) kopią listu referencyjnego z dnia 3 sierpnia 2012 r. wystawionego przez Wspólnotę Mieszkaniową;
- 2) kopią listu referencyjnego przekazanego przez Wykonawcę Instytutowi Kolejnictwa;
- 3) kopią oświadczenia z dnia 1 września 2017 r.;
- 4) kopią dwóch pierwszych stron umowy o roboty budowlane zawartej w dniu 16 czerwca 2011 r.;
- 5) kopią protokołu odbioru – końcowego spisane w dniu 12 czerwca 2012 r.

Wobec powyższych ustaleń Zamawiający uznał, że ujawnione okoliczności wskazują na zamierzone działania Odwołującego przy przedstawieniu nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia przez niego warunków udziału w Postępowaniu, a ponadto wyczerpują znamiona przestępstw polegających na podrobieniu dokumentu, wyłudzeniu poświadczenia nieprawdy i posłużeniu się podrobionym dokumentem i dokumentem zawierającym poświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia publicznego, w związku z czym Zamawiający złożył w Prokuraturze Rejonowej Warszawa Praga – Południe zawiadomienie o możliwości popełnienia przez Odwołującego ww. przestępstw.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 i 5:

Zamawiający nie zgodził z twierdzeniem zawartym w odwołaniu, iż nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał Odwołującego trzykrotnie do złożenia wyjaśnień odnośnie tych dokumentów – pismami z dnia: 29 sierpnia 2017 r., 31 sierpnia 2017 r. oraz 8 września 2017 r., przy czym dwa ostatnie z tych wezwań dotyczyły między innymi informacji złożonych przez Odwołującego w pozycji nr 1 wykazu robót i były konsekwencją zastrzeżeń zgłoszonych przez innego wykonawcę uczestniczącego w Postępowaniu oraz – w przypadku pisma z dnia 8 września 2017 r. – dostarczonej przez tego wykonawcę kopii dokumentu kwestionującego prawdziwość informacji złożonych przez Odwołującego w pozycji nr 1 wykazu robót (pismo Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 z dnia 7 września 2017 r.) Termin udzielony Odwołującemu był w każdym przypadku wystarczający na udzielenie wyjaśnień, gdyż ich udzielenie nie wymagało dostępu do innych informacji i dokumentów, niż znajdujące się w posiadaniu Odwołującego. Jednocześnie w uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie wskazał, złożenia jakich to wyjaśnień i dokumentów uniemożliwiło mu wyznaczenie przez Zamawiającego rzekomo „nierealnych” terminów.

8

Zamawiający za nietrafny uznał również zarzut, iż prowadził postępowanie niesamodzielnie, „według ścieżki nakreślonej mu przez jednego z uczestników postępowania”. Wskazał, iż wystąpienie w stosunku do Odwołującego przesłanek wykluczenia zostało przez niego ustalone po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, które jedynie zostało zainicjowane na skutek złożenia zastrzeżeń przez innego wykonawcę. W wyniku ww. postępowania wyjaśniającego prawdziwość informacji zawartych w piśmie Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 z dnia 7 września 2017 r. została potwierdzona w rozmowie telefonicznej pracownicy Zamawiającego z przedstawicielami Wspólnoty Mieszkaniowej

Barska 11/13. Na dowód powyższego Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie notatkę służbową sporządzoną przez Panią M.K. w dniu 14 września 2017 r. Ponadto Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia Odwołującego zawarte w jego piśmie z dnia 11 września 2017 r. utwierdziły Zamawiającego w przekonaniu, że informacje zawarte w pozycji 1. wykazu robót są nieprawdziwe, zwłaszcza że Odwołujący stwierdził, „iż w chwili obecnej nie sposób jednoznacznie ustalić czy Wykonawca [tj. Odwołujący] spełnia warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej”, usiłując w ten sposób uniknąć potwierdzenia lub zaprzeczenia prawdziwości złożonych przez siebie informacji koniecznych do ustalenia spełnienia przez niego warunków udziału w Postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 i 5:

Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma możliwości wezwania wykonawcy, który złożył oświadczenie zawierające nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp /wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia: 18 kwietnia 2017 r. (KIO 576/17); 13 kwietnia 2017 r. (KIO 619/17); 4 maja 2017 r. (KIO 734/17) oraz 7 czerwca 2017 r. (KIO 1004/17). Ponadto Zamawiający podkreślił, iż nie tylko, jak stwierdził Odwołujący, powziął „wątpliwości co do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp”, ale – po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego – uzyskał pewność co do niezetelności tych dokumentów w prezentowaniu informacji koniecznych dla ustalenia spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu. W takiej sytuacji wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zastąpienie wykazu robót zawierającego nieprawdziwe informacje konieczne dla ustalenia spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu, wykazem innych robót, stanowiłoby nie tylko naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, ale także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

9

przez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: WIMAKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa oraz D.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WIMAKS - T.D.. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawców (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania oraz z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

W pkt 7.1.2.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z tym postanowieniem Zamawiający uzna spełnienie ww. warunku, jeżeli wykonawca wykaże, że między innymi (lit. a):

„nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli

okres prowadzenia działalności był krótszy – w tym okresie, wykonał w budynkach o dwóch lub więcej kondygnacjach nadziemnych, o kubaturze minimum 20.000 m³ każdy, co najmniej 2 (dwa) zamówienia w każdym z poniższych zakresów:

10

- wykonanie ocieplenia ścian zewnętrznych budynków;
- wymiana stolarki okiennej
- wykonanie pokryć dachowych o powierzchni minimum 1.000 m³

(powyższe zamówienia muszą być potwierdzone dowodami, że zostały one wykonane w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone).”

W ramach oferty złożonej w Postępowaniu Odwołujący (każdy z konsorcjantów) złożył oświadczenia, iż spełnia warunki udziału w Postępowaniu opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Na powyższe wezwanie Odwołujący odpowiedział w dniu 22 sierpnia 2017 r., składając między innymi wykaz robót budowlanych przygotowany na formularzu zgodnym z załącznikiem nr 9 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z dowodami dotyczącymi wykonania robót budowlanych wskazanych w ww. wykazie.

W pozycji nr 1 wykazu robót Odwołujący zawarł następujące informacje:

Nazwa i adres podmiotu, na Data(y) Informacje uszczegółowiające zakres robót

Lp. rzecz którego roboty wykonania budowlanych

budowlane zostały wykonane (od-do)

Termomodernizacja budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Barskiej 11/13 w Warszawie o kubaturze powyżej 20.000 m³ oraz ponad dwóch kondygnacjach naziemnych Od 09.2012

Wspólnota Mieszkaniowa polegająca na: rok 1.

ul. Barska 11/13 Warszawa ścian zewnętrznych budynku Do 12.2012 dociepleni (pow. 9000 m²), rok

- wykonaniu pokryć dachowych (pow. 2150 m²),
- wymianie obróbek blacharskich.

Na potwierdzenie informacji zawartych w pozycji nr 1 wykazu Odwołujący załączył list referencyjny z dnia 18 stycznia 2013 r. wystawiony według treści tego dokumentu przez Wspólnotę Mieszkaniową ul. Barska 11/13 w Warszawie. W treści ww. listu zawarto informację, iż Pan M.K. z siedzibą w Przybyszewie w okresie 09.2012 r. – 12.2012 r. był wykonawcą termomodernizacji budynku polegającej na:

11

- dociepleni ścian zewnętrznych budynku (pow. 9000 m²),
- wykonaniu pokryć dachowych (pow. 2150 m²),
- wymianie obróbek blacharskich budynku.

Ww. list referencyjny został złożony w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Pismem z dnia 28 sierpnia 2017 r. Przystępujący zawiadomił Zamawiającego między innymi o tym, iż w zakres robót budowlanych polegających na termomodernizacji budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Barskiej 11/13 w Warszawie nie wchodziło wykonanie pokrycia dachowego o powierzchni minimum 1 000 m², albowiem z informacji uzyskanych w administracji ww. Wspólnoty Mieszkaniowej wynika, że „pokrycie wykonała inna firma, prace nie obejmowały również wymiany stolarki okiennej”.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i poparcia ich stosownymi dokumentami, w zakresie wskazanym w tym piśmie, tj. między innymi w odniesieniu do pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych z uwagi na to, iż jak wynika z informacji przekazanych przez innego wykonawcę: „...w zakres wykonanych robót nie wchodziło wykonanie pokrycia dachowego o powierzchni minimum 1 000 m², oraz że z informacji uzyskanej w administracji Wspólnoty Mieszkaniowej wynika, że pokrycie wykonała inna firma ...”. Zamawiający wyznaczył termin

na udzielenie w formie pisemnej odpowiedzi na ww. wezwanie na dzień 4 września 2017 r., godz. 10:00. Pismo to zostało przez Zamawiającego wysłane do Odwołującego drogą elektroniczną w dniu 31 sierpnia 2017 r. (czwartek) o godz. 13:18.

Odpowiedź na ww. wezwanie została przez Odwołującego udzielona już w dniu 1 września 2017 r. W odniesieniu do roboty wskazanej w pozycji nr 1 wykazu robót Odwołujący oświadczył, iż „prace prowadzone na budynku przy ul. Barskiej 11/13 w Warszawie realizowane przez firmę Grupa Dociepleniowa M.K. obejmowały swoim zakresem wykonanie pokryć dachowych o powierzchni powyżej 1 000 m². Wyżej wymienione roboty w całości zostały wykonane przez firmę Grupa Dociepleniowa M.K.. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący złożył dodatkowe oświadczenie uzyskane od Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 w Warszawie datowane na dzień 1 września 2017 r., zgodnie z którym: „Pan M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Grupa Dociepleniowa M.K. z siedzibą w Przybyszewie ul. Przybyszkowice 57 wykonał pokrycia dachowe o łącznej powierzchni 2150 m² w związku z przeprowadzaną termomodernizacją Naszego budynku w okresie wrzesień 2012 r. – grudzień 2012 r.”

W trakcie posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 4 września 2017 r. zastrzeżenia zgłoszone przez innych wykonawców, w tym Przystępującego, uznano za niezasadne.

12

Zgłaszający zastrzeżenia zostali o powyższym poinformowani pismami z dnia 4 września 2017 r.

Pismem z dnia 8 września 2017 r. Przystępujący ponownie poinformował Zamawiającego, iż w zakres robót wskazanych przez Odwołującego w pozycji 1 wykazu robót nie wchodziło wykonanie pokrycia dachowego o powierzchni minimum 1 000 m², a ponadto termin wykonania tych robót wskazany w wykazie jest niezgodny ze stanem faktycznym. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący załączył pismo Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 w Warszawie z dnia 7 września 2017 r.

W ww. piśmie z dnia 7 września 2017 r. stwierdzono, iż roboty wykonane przez Grupę Dociepleniową M.K. polegały na:

- dociepleniui ścian zewnętrznych budynku (pow. 9000 m²),
- oczyszczenie stropów strychowych ze starej warstwy dociepleniowej, ułożeniu nowej warstwy dociepleniowej oraz wykonaniu wylewki (pow. 2150 m²),
- wymianie obróbek blacharskich na budynku oraz wymianie okienek strychowych.

Wymienione prace zostały wykonane w okresie od 30.06.2011 r. do 12.06.2012 r.

Ponadto stwierdzono, iż „w oświadczeniu z dnia 01.09.2017 r. dotyczącym prac wykonanych przez firmę Grupa Dociepleniowa M.K. nieprecyzyjnie podano zakres robót oraz termin ich wykonania. Faktycznie pokrycie dachowe obejmowało tylko pas papy przy obróbkach blacharskich tj. ok. 500 m², a prace te zostały wykonane w terminie podanym powyżej [od 30.06.2011 r. do 12.06.2012 r.]. Treść informacji podanych w oświadczeniu z dnia 01.09.2017 r. została przygotowana przez firmę Pana M.K., a z uwagi na to, że oświadczenie sporządzono poza biurem Wspólnoty, nie zostało uprzednio zweryfikowane w dokumentacji dotyczącej prac przy dociepleniu budynku. Prawdopodobnie omyłkowo podano w zakresie robót zamiast „warstwa dociepleniowa strychu wewnątrz oraz wylewki na strychu” zakres „pokrycia dachowe”. Poza tym nie poinformowano osoby podpisującej w jakim celu firma Grupa Dociepleniowa M.K. zamierza wykorzystać ten dokument. W szczególności nie poinformowano, że oświadczenie to będzie wykorzystane w dokumentacji przetargowej składanej przy zamówieniu publicznym, na co podpisujący nie wyraził zgody.”

Pismem z dnia 8 września 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o fakcie kwestionowania treści dokumentów złożonych na potwierdzenie danych zawartych w pozycji nr 1 wykazu robót – w odniesieniu do zakresu robót oraz terminu ich wykonania. W związku z tym, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i poparcia ich stosownymi dokumentami, jednoznacznie potwierdzającymi prawdziwość informacji podanych w ww. zakresie. Do wezwania zostało załączone pismo Wspólnoty Mieszkaniowej z dnia 7 września 2017 r. Termin na udzielenie

13

(w formie pisemnej) odpowiedzi na to wezwanie został wyznaczony na dzień 11 września 2017 r. /poniedziałek/, do godz. 11. Wezwanie zostało wysłane do Odwołującego drogą

elektroniczną w dniu 8 września 2017 r. /piątek/ o godz. 14:01, natomiast Odwołujący potwierdził odbiór tego wezwania tego samego dnia, tj. 8 września 2017 r. /piątek/ o godz. 15:23.

Odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 września 2017 r. Odwołujący udzielił pismem z dnia 11 września 2017 r. Na wstępie Odwołujący wskazał, iż przedmiotowe wezwanie powinno być wystosowane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a nie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił również, iż wskazany przez Zamawiającego termin na złożenie wyjaśnień jest terminem nierealnym i licującym z powagą instytucji publicznej. Trudno bowiem zakładać, iż wykonawca jest w stanie przygotować w sposób rzetelny wyjaśnienia oraz poprzeć je stosownymi dokumentami w ciągu kilku godzin. Ponadto w piśmie z dnia 11 września 2017 r. Odwołujący stwierdził, iż „*Wspólnota Mieszkaniowa Barska 11/13 w piśmie z dnia 7 września 2017 r. kwestionuje informacje przedstawione w pozycji 1 „Wykazu robót budowlanych” dotyczące m.in. zakresu robót oraz okresu ich wykonania. Pragniemy zwrócić uwagę, że wspomniane informacje zostały podane na podstawie stosownych dokumentów wystawionych również przez Wspólnotę Mieszkaniową Barska 11/13. Podkreślenia wymaga fakt, że list referencyjny oraz oświadczenie z dnia 1 września 2017 r. zostały opatrzone podpisem Prezesa Zarządu Wspólnoty – Pana K.D.. Natomiast pismo z dnia 7 września 2017 r. opatrzone jest podpisem Pana A.W. pełniącego funkcję Członka Zarządu Wspólnoty. W związku z powyższym powstaje pytanie o zasady reprezentacji obowiązujące w ww. Wspólnocie. Należy podkreślić, iż w chwili obecnej nie sposób jest jednoznacznie ustalić czy Wykonawca spełnia warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. (...)*

Uwzględniając powyższe rozważania zasadnym będzie uznanie dokumentów pochodzących od Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 za błędne. Takie działanie pozwoli skorzystać ze ścieżki postępowania określonej w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) i tym samym wezwać Wykonawcę do uzupełnienia „Wykazu robót budowlanych”.

Pismem z dnia 13 września 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o stwierdzeniu zaistnienia w stosunku do Odwołującego podstawy do wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w związku z zamieszczeniem w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych nieprawdziwych informacji dotyczących zakresu wykonanych robót i terminu ich wykonania. W związku z tym Zamawiający, przed podjęciem decyzji

14

w sprawie wykluczenia, umożliwił Odwołującemu przedstawienie dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Termin na złożenie ww. dowodów (w formie pisemnej) został wyznaczony na dzień 14 września 2017 r., do godz. 9:00. Wezwanie to zostało wysłane do Odwołującego drogą elektroniczną w dniu 13 września 2017 r. o godz. 7:19. Odwołujący potwierdził odbiór wezwania w dniu 13 września o godz. 7:28.

Odpowiedź na wezwanie z dnia 13 września 2017 r. została przez Odwołującego udzielona pismem z dnia 14 września 2017 r. Odwołujący stwierdził, iż przedstawione w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych informacje mają odzwierciedlenie w liście referencyjnym wydanym przez Wspólnotę Mieszkaniową Barska 11/13 datowanym na dzień 18 stycznia 2013 roku, w związku z tym nie sposób przypisać wykonawcy zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa lub lekkomyślności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Ponadto zakres robót wskazany w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych został potwierdzony w oświadczeniu złożonym przez Prezesa Zarządu Wspólnoty z dnia 1 września 2017 r. Mając na uwadze powyższe w ocenie Odwołującego trudno jest jednoznacznie stwierdzić, że informacje zawarte w pozycji nr 1 ww. wykazu są nieprawdziwe, tym samym podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości ich zastosowania. Odwołujący stwierdził także, iż przyjęcie przez Zamawiającego stanowiska odnośnie złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji na podstawie pisma innego wykonawcy narusza zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, w celu wykazania rzetelności wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, Odwołujący złożył zmieniony wykaz robót budowlanych (zmiana dotyczyła robót wskazanych w pozycji nr 1) wraz z listem referencyjnym dotyczącym robót wskazanych w pozycji 1 (zamieszczonych po raz pierwszy w tym wykazie) oraz dokumentem

potwierdzającym kubaturę budynku wskazanego w pozycji 1 wykazu.

W dniu 14 września 2017 r., w drodze rozmowy telefonicznej, przedstawiciele Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 w Warszawie poinformowali pracownicę Zamawiającego, iż:

- oświadczenie z dnia 1 września 2017 r. zostało Prezesowi Wspólnoty przedłożone do podpisu bez poinformowania o celu, do jakiego zostanie ono wykorzystane i zostało ono podpisane bez weryfikacji zawartych w nim informacji na zasadzie zaufania do wykonawcy;
- informacje, jakie zostały zawarte w piśmie będącym odpowiedzią na zapytanie Przystępującego, zostały uprzednio zweryfikowane przez Wspólnotę;
- nie mają wiedzy o istnieniu listu referencyjnego z dnia 18 stycznia 2013 r.

15

Pismem z dnia 14 września 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Uzasadniając decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Zamawiający opisał dotychczasowy przebieg postępowania wyjaśniającego, a także (między innymi) stwierdził, iż:

- „Wykonawca – wbrew prezentowanemu przez niego stanowisku – powinien sporządzić informację o wykonanych robotach w oparciu o pełną wiedzę odnośnie wykonanych przez niego prac, przez co należy rozumieć przede wszystkim zawartą umowę o wykonanie tych prac i inne dokumenty związane z procesem budowlanym, w tym protokoły odbioru, a nie list referencyjny wystawiony przez inwestora”;
- „uznając za prawdziwą informację, że Wykonawca sporządzając wykaz robót budowlanych czerpał wiedzę o zakresie i okresie wykonywanych robót z listu referencyjnego wystawionego przez inwestora, a – z uwagi na upływ czasu od udzielenia tych referencji do złożenia oferty w Postępowaniu – nie pamiętał, że zawierają one nieprawdziwe informacje odnośnie zakresu wykonanych robót i okresu ich wykonania, to nie sposób wytłumaczyć inaczej niż jako rażące niedbalstwo tego, że w czasie gdy odbierał te referencje, tj. w styczniu 2013 roku, nie zauważył zawartych w nich nieprawdziwych informacji dotyczących robót, które ukończył w okresie nieznacznym jedynie poprzedzającym czas wystawienia listu referencyjnego”; nie dokonując sprawdzenia prawdziwości przekazanych informacji, jego postępowanie cechuje rażący brak należytej staranności, zwłaszcza że jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miał pewną świadomość wagi informacji zawartych w wykazie robót budowlanych dla oceny spełniania przez niego warunków udziału w Postępowaniu;
- Odwołujący nie potwierdził prawdziwości informacji przedstawionych w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty nr 1 i 2 [naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp]:

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

16

Z przytoczonej regulacji wynika, że do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie konieczne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- w wyniku zachowania wykonawcy przy przedstawianiu informacji zamawiający zostaje wprowadzony został w błąd [przesłanka 1],
- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa [przesłanka 2], błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji [przesłanka 3].

Zgodnie z przepisem 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. Z przepisu tego wynika, że do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie konieczne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- w wyniku zachowania wykonawcy polegającego na przedstawieniu informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd [*przesłanka 1*],
- wykonawca działał w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa [*przesłanka 2*], błąd dotyczy informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia [*przesłanka 3*].

Przesłanka 1:

Przez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego (jak i przez wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji) należy rozumieć w szczególności przekazanie przez wykonawcę informacji, w wyniku których zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Błędne postrzeganie przez zamawiającego określonych okoliczności musi zatem bezpośrednio wynikać z zachowania wykonawcy.

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia ze ziszczeniem się ww. przesłanki. Skutkiem zachowania Odwołującego (zawarcie informacji dotyczących termomodernizacji budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Barskiej 11/13 w Warszawie w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych) Zamawiający pozostawał w przekonaniu, że ww. roboty zostały wykonane w okresie od września do grudnia 2012 r. i polegały m. in. na wykonaniu pokryć dachowych /pow. 2150 m²/, co okazało się być niezgodne z rzeczywistością.

Uzasadniając uznanie informacji zawartych przez Odwołującego w pozycji nr 1 wykazu robót za informacje nieprawdziwe należy wskazać, iż:

17

-
- po pierwsze, okoliczność ta wynika wprost z dokumentów, jakie zostały przez Zamawiającego załączone do odpowiedzi na odwołanie, a wcześniej udostępnione przez Wspólnotę Mieszkaniową Barska 11/13 w Warszawie, tj. z umowy na realizację ww. robót budowlanych oraz protokołu odbioru);
 - po drugie, prawdziwość informacji zawartych w ww. dokumentach udostępnionych przez Wspólnotę Mieszkaniową nie została przez Odwołującego zakwestionowana – ani w treści wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwania Zamawiającego, ani w trakcie rozprawy przeprowadzonej przed Izbą.

Przesłanka 2:

W treści uzasadnienia informacji o wykluczeniu z Postępowania Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie zachowanie Odwołującego cechuje rażące niedbalstwo.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy Odwołujący stwierdził, iż informacje w pozycji

nr 1 wykazu robót budowlanych przedstawił opierając się jedynie na treści listu referencyjnego, posiadanego wyłącznie w wersji elektronicznej. W ocenie składu orzekającego Izby zachowanie Odwołującego odbiega od miernika należytej staranności

18

profesjonalisty biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy są bowiem obowiązani do starannego sprawdzenia wszystkich informacji zawieranych w przygotowywanych ofertach, a w szczególności informacji tak doniosłych dla wyniku postępowania, jak te potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W żadnym wypadku nie tłumaczy Odwołującego – na co wskazywał między innymi w treści odwołania – upływ czasu od realizacji przedmiotowej inwestycji oraz znaczna ilość innych robót wykonanych w tym okresie. Wykonawca powinien w odpowiedni sposób prowadzić archiwację dokumentacji związanej z wykonywanymi robotami, tak aby następnie informacje, które odnośnie takich robót przekazuje zamawiającemu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiadały rzeczywistości. W przypadku, w którym wykonawca nie ma pewności co do prawdziwości określonych informacji, to informacjami takimi nie może się posługiwać w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy przy tym wskazać, iż referencje nie stanowią podstawowego źródła informacji odnośnie zrealizowanych robót budowlanych, usług lub dostaw, lecz składane są na potwierdzenie, że te roboty, usługi czy dostawy zostały wykonane należycie (a w przypadku robót budowlanych – również że zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone zgodnie z zasadami sztuki budowlanej). Źródłem informacji o zrealizowanych robotach budowlanych, usługach lub dostawach, na które wykonawca ma zamiar się powołać w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, powinny być przede wszystkim takie dokumenty, jak umowy i protokoły odbioru. W związku z tym, iż zachowanie Odwołującego odbiegało od miernika należytej staranności profesjonalisty biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy Odwołującemu przypisać co najmniej winę nieumyślną w postaci niedbalstwa /art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp/. Uwzględniając to, iż Odwołujący przekazał Zamawiającemu informacje jedynie w oparciu o list referencyjny posiadany wyłącznie w wersji elektronicznej, przekazane informacje dotyczyły okoliczności mających istotne znaczenie dla wyniku postępowania, a ponadto – pomimo trzech wezwań ze strony Zamawiającego – Odwołujący ani razu nie zwrócił się do Wspólnoty Mieszkaniowej z prośbą o wgląd do dokumentacji źródłowej – należy uznać, iż niedbalstwo to było rażące /art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp/.

Przesłanka 3:

Informacje zawarte w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych zostały złożone na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu /art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp/

19

w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przewidzianego w pkt 7.1.2.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie należy uznać za mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia /art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp/. Informacje te, mając bowiem znaczenie dla oceny wykonawcy pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu wpływają na decyzję podejmowaną przez zamawiającego odnośnie ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, a tym samym mają istotne znaczenie w ogóle dla możliwości udzielenie danemu wykonawcy konkretnego zamówienia.

W konsekwencji zatem ziszczenia się wszystkich przesłanek składających się na podstawie wykluczenia wykonawcy z postępowania określoną przez ustawodawcę zarówno w art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 ustawy Pzp, należało uznać, iż Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie ww. przepisów, a tym samym zarzuty nr 1 i 2 nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzuty nr 3 [naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25

ust. 1 ustawy]:

Powyższy zarzut jest niezasadny, a jego postawienie w świetle ustalonych okoliczności faktycznych jest niezrozumiałe. Zamawiający bowiem dwukrotnie wystosował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących kwestionowanych informacji zawartych w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych, tj. pismem z dnia 31 sierpnia 2017 r. oraz pismem z dnia 8 września 2017 r., wskazując jako podstawę prawną art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Należy przy tym wskazać, iż po zmianie przepisów ustawy Pzp, wprowadzonych ustawą nowelizacyjną z dnia 22 czerwca 2016 r., także regulacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi podstawę do wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień. W myśl tego przepisu jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub

20

poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zarzut nr 4 [naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnień, w związku z powzięciem wątpliwości przez Zamawiającego w stosunku do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy]:

Skład orzekający całkowicie podziela stanowisko wypracowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przepisy 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp z jednej strony oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z drugiej strony stanowią odrębne i niezależne podstawy wykluczenia z postępowania. Wykluczeniu wykonawcy za wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przekazaniu informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi towarzyszyć jednoczesne stwierdzenie wykluczenia za niewykazanie spełnienia tych warunków, poprzedzone zastosowaniem procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odmienne stanowisko prowadziłoby do takiej interpretacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnienie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnienie tego warunku. Interpretację taką uznać należy za niezasadną i nieodpowiadającą celowi wprowadzenia regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. *Rato legis* tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, który wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Zastępowanie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi należy zatem uznać za niedopuszczalne.

Zarzut nr 5 [naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez określanie w wezwaniach procedowanych w trybie art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 8 ustawy Pzp nierealnych terminów na złożenie wyjaśnień i dokumentów]:

21

W ocenie Składu orzekającego Izby terminy, jakie Zamawiający wyznaczał Odwołującemu na udzielenie odpowiedzi na wezwania z dnia 8 oraz 13 września 2017 r. co do zasady powinny być dłuższe. Licząc wyłącznie dni robocze, termin wskazany w wezwaniu z dnia 8 września 2017 r. w istocie wynosił zaledwie kilka godzin.

Trzeba jednak przy tym wskazać, iż, po pierwsze, wezwanie z dnia 8 września 2017 r. było już drugim wezwaniem w tej samej sprawie, a konieczność jego ponownego wystosowania spowodowana była okolicznościami leżącymi po stronie Odwołującego. W przypadku prawidłowego zachowania Odwołującego, Zamawiający w ogóle nie musiałby ponownie wzywać go do wyjaśnień w zakresie pozycji nr 1 wykazu robót.

Po drugie, co należy podkreślić, wszystkie niezbędne wyjaśnienia i dokumenty powinny zostać przez Odwołującego przedstawione już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie (z dnia 31 sierpnia 2017 r.). Tym samym stawianie zarzutu zbyt krótkiego terminu na udzielenie odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 września 2017 r., w sytuacji, gdy samemu doprowadziło się do konieczności jego ponownego wystosowania, należy uznać za nieuprawnione.

Po trzecie, wyznaczane przez Zamawiającego terminy nie mają wpływu na ocenę czynności Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji nie mają również wpływu na wynik postępowania. Należy bowiem wskazać, iż w trakcie rozprawy w odpowiedzi na pytanie, jakie inne wyjaśnienia i dokumenty przedstawiłby Odwołujący, gdyby Zamawiający wyznaczył mu dłuższe terminy na udzielenie odpowiedzi, Odwołujący stwierdził, iż zwróciłby się o dokumenty do Wspólnoty Mieszkaniowej Barska 11/13 w Warszawie. Tymczasem, dokumenty te, udostępnione przez Wspólnotę Zamawiającemu, potwierdzają nieprawdziwość informacji zawartych pierwotnie w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych. Także na wcześniejszym etapie Postępowania, Odwołujący nie podejmował prób dowiedzenia prawdziwości przekazanych informacji czy też rzetelności swojego postępowania, lecz ograniczał się do stwierdzenia, iż wobec sprzeczności treści różnych dokumentów odnoszących się do inwestycji wskazanej w pozycji nr 1 wykazu robót nie jest możliwe jednoznaczne przesądzenie, które informacje są zgodne rzeczywistością i w związku z tym konieczne jest wezwanie Odwołującego do dokonania zmiany wykazu robót budowlanych w zakresie kwestionowanej pozycji nr 1. W związku z powyższym ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

22

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

23