Sygn. akt: KIO 1160/19

WYROK

z dnia 5 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2019 r. przez wykonawcę POMPAX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzie przy ul. Przemysłowej 7A (64-130 Rydzyna) w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie przy Placu Starynkiewicza 5 (02-015 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - POMPAX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - POMPAX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego - POMPAX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzie na rzecz zamawiającego - Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1160/19

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. -1. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. Serwisowanie oraz remont pomp i mieszadeł firmy KSB (nr postępowania 02317/WS/PW/PZP-DRZ-WRS/U/2018), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielona na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2018 r., pod numerem 2018/S 247-571398.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca POMPAX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzie zwany dalej: „odwołującym" w dniu 21 czerwca 2019 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu dla części VI i IX, polegających na:

1) wykluczeniu odwołującego dla części VI i IX na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) oraz 17) Pzp;

2) odrzuceniu w dniu 11 czerwca 2019 r. oferty odwołującego dla części VI i IX na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;

3) unieważnieniu postępowania w dniu 11 czerwca 2019 r. dla części VI i IX na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 16) oraz 17) Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego dla części VI i IX w dniu 11 czerwca 2019 r.;

2) art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez odrzucenie w dniu 11 czerwca 2019 r. oferty odwołującego dla części VI i IX;

3) art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w dniu 11 czerwca 2019 r. dla części VI i IX.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 11 czerwca 2019 r. (wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty i unieważnienie postępowania dla części VI i IX) i zobowiązanie zamawiającego do wyboru oferty odwołującego dla części VI i IX jako

najkorzystniejszej oferty dla części VI i IX.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż działanie zamawiającego narusza jego interes i działa na jego szkodę, gdyż w wyniku zaskarżonych czynności zamawiający nie udzielił zamówienia dla części VI i IX zamówienia odwołującemu. Tym samym, gdyby zamawiający wskazane wyżej czynności dokonał prawidłowo, odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienia, a więc oczywiste jest, iż zaskarżone czynności zamawiającego narażają odwołującego na poniesione szkody w postaci kosztów sporządzenia oferty oraz w postaci utraconego zysku wskutek nieudzielenia zamówienia.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zgodnie z treścią pkt. 5.1.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ") określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj.: którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali:

a) dla części VI:

- co najmniej 1 usługę (umowę) polegającą na remoncie pomp/y AMACAN o mocy minimalnej 300kW

oraz

- co najmniej 1 usługę (umowę) polegającą na remoncie pomp/y zatapialnej w zabudowie suchej o mocy minimum 250kW

b) dla części IX:

- co najmniej 2 usługi (umowy) polegające na remoncie pomp/y OMEGA

oraz

- co najmniej 2 usługi (umowy) polegające na remoncie pomp/y KRPK

Następnie odwołujący wskazał, że wraz z jednolitym europejskim dokumentem zamówienia złożył stosowne oświadczenia, a następnie wykazy usług wraz z referencjami poświadczającymi, że te usługi zostały wykonane należycie. Na tej podstawie zamawiający w dniu 25 marca 2019 r. poinformował, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu. Z przesłanej informacji wynikało, że zamawiający w postępowaniu dokonał oceny ofert, a następnie zbadał, czy odwołujący, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jego oferta otrzymała 100 pkt, natomiast oferta drugiego wykonawcy - KSB Polska Sp. z o.o., została odrzucona. Odwołujący wyjaśnił, że dopiero po tym fakcie wykonawca - KSB Polska Sp. z o.o., rozpoczął działania mające na celu zdyskredytowanie konkurencji. Na rozstrzygnięcie zamawiającego z dnia 25 marca 2019 r. złożył odwołanie do

z których wycofał się jeszcze przed terminem posiedzenia KIO w przedmiotowej sprawie. Zdaniem odwołujący zarzuty KSB Polska Sp. z o.o. w zakresie części VI sprowadzały się do twierdzenia, że odwołujący oraz Delta P Tech Sp. z o.o. w roku 2016 nie mogły realizować usługi remontu urządzeń pompowych KSB typu AMACAN typ PA4 1200-870/310 10 310 o mocy 310 kW na rzecz VITENS N.V. Swoje twierdzenia opiera na oświadczeniach KSB Holandia oraz KSB Halle, a nadto na oświadczeniach byłych pracowników odwołującego. Natomiast zarzuty KSB Polska Sp. z o.o. w zakresie części IX sprowadzały się do umowy pomiędzy odwołującym a Aąuanet S.A., z której rzekomo nie wynika, iż odwołujący wykonał usługi remontu pompy KRPK. Powyższe zarzuty oparte na tych samych podstawach zostały ujęte w zawiadomieniu do prokuratury z dnia 13 maja 2019 r., a następnie przesłane do zamawiającego, który na tej podstawie wezwał odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący podtrzymał w całości swoje stanowisko, że wskazane w wykazach usług dla części VI i IX doświadczenie spełnia wymagania Zamawiającego określone w pkt. 5.1.1.2 SIWZ i złożył stosowne wyjaśnienia w zakresie obydwóch części. Pismem z dnia 11 czerwca 2019 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego dla części VI i IX na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) oraz 17) Pzp. W dalszej kolejności odwołujący przedstawił opartą na orzecznictwie interpretacje przepisów zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 16) oraz 17) Pzp.

Następnie odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu dla części VI przedłożył wykaz usług, w którym wskazał m.in. remont urządzeń pompowych KSB Amacan typ PA4 1200-870/310 10 310 z silnikiem o mocy 310 kW na rzecz spółki Delta P Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. Na potwierdzenie powyższego przedłożył referencje od spółki Delta P Tech Sp. z o.o. z dnia 4 listopada 2016 r. Natomiast w zakresie części IX przedłożył wykaz usług, w którym wskazał m.in. usługę modernizacji, remontu, montażu laserowego osiowania oraz uruchomienia agregatu pompowego KSB typ KRPK 500-540 na rzecz AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu. Należytą realizację wykazanej usługi zostały potwierdzone w poświadczeniu spółki AOUANET S.A. z dnia 11 lutego 2019 r.

Po dokonaniu powyższej prezentacji odwołujący wskazał, że zarówno w zakresie części VI oraz IX przedstawione informacje były prawdziwe i zgodne z rzeczywistością, a tym samym nie wprowadził zamawiającego w błąd.

W ocenie odwołującego zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający jest obowiązany do uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wskazania podstawy prawnej, na której oparł przedmiotową decyzję. Stanowisko zamawiającego powinno zostać sformułowane w sposób umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia. Zatem to na gospodarzu postępowania ustawodawca nałożył ciężar udowodnienia zaistnienia w konkretnej sytuacji elementów pozwalających na wyeliminowanie wykonawcy. Natomiast z uzasadnienia informacji zamawiającego o wykluczeniu go w zakresie części VI i IX na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) oraz 17) Pzp nie wynika, że te informacje są nieprawdziwe/wprowadzające w błąd zamawiającego. Zamawiający ograniczył się jedynie to stwierdzenia, że dał wiarę twierdzeniom KSB Polska

Sp. z o.o., a przecież jedno nie wykluczało drugiego. To, że Delta P Tech Sp. z o.o. w roku 2016 nie mógł realizować usługi remontu urządzeń pompowych KSB typu AMACAN typ PA4 1200-870/310 10 310 o mocy 310 kW na rzecz VITENS N.V. nie wyklucza, że odwołujący takową usługę zrealizował na rzecz Delta P Tech Sp. z o.o. - co jednoznacznie wynika z załączonego wykazu wykonanych usług i załączonych poświadczeń. Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dla części VI było wykonanie co najmniej 1 usługę (umowę) polegającą na remoncie pomp/y AMACAN o mocy minimalnej 300kW oraz co najmniej 1 usługę (umowę) polegającą na remoncie pomp/y zatapialnej w zabudowie suchej o mocy minimum 250kW, co niewątpliwie zostało przez odwołującego wykazane zgodnie z prawdą i stanem rzeczywistym. Zdaniem odwołującego dywagacje na ten temat ze strony KSB Polska Sp. z o.o. potwierdzają jedynie, że odwołujący nie mógł realizować takiej usługi na rzecz VITENS N.V., ale z jakiegokolwiek dokumentu złożonego przez odwołującego nie wynika, że oświadczał on coś takiego, a tym samym podał nieprawdę i wprowadził zamawiającego w błąd. Wyjaśnił, że nigdy nie był stroną żadnej umowy z VITENS N.V., a więc nie mógł przedłożyć żadnych dowodów podważających twierdzenia KSB Polska Sp. z o.o., ale przedmiotowe postępowanie tego nie wymagało. Równie dobrze odwołujący musiałby odpierać podobnie absurdalne zarzuty w stosunku do innych podmiotów, którym usług nigdy nie świadczył. Tymczasem odwołujący wyjaśnił, że na rzecz Delta P Tech sp. z o.o. świadczył usługę remontu urządzenia pompowego KSB typu AMACAN o mocy minimalnej 300 kW, a Delta P Tech Sp. z o.o. to wyraźnie poświadczyło. Jako kolejny dowód wykonania przedmiotowej usługi odwołujący wskazał na wysłaną wraz z Informacją o czynności niezgodnej z przepisami z 14 czerwca 2019 załączoną zaksięgowaną fakturę nr FU006/01/2016 z dnia 8 stycznia 2016 r., która dodatkowo w jego ocenie potwierdziła, że odwołujący zawarł umowę pomiędzy stronami oraz że świadczenie było zasadne. Dodatkowo przedłożono również potwierdzenie zapłaty za wykonane usługi.

W zakresie wykluczenia odwołującego dla części IX zamówienia wskazał on, że zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że takie rozumienie formalnego wymogu w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego w zakresie wykonania remontu, jest nieuprawnione dla jakiegokolwiek z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie może być pominięte W żaden sposób nie wyjaśniając co rozumie pod pojęciem „nieuprawnione rozumienie". W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że przedłożył wykaz usług, w którym wskazał usługę modernizacji, remontu, montażu laserowego osiowania oraz uruchomienia agregatu pompowego KSB typ KRPK 500- 540 na rzecz AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu wraz ze stosownymi referencjami. Ponadto szczegółowo wyjaśnił co wchodziło w zakres zrealizowanych usług na rzecz AQUANET S.A. tj. Etap 1 - demontaż starych agregatów pompowych, w którego zakres wchodziło : demontaż rurociągów, demontaż części hydraulicznej pompy, demontaż kozła łożyskowego, rozsprzęglenie silnika, demontaż ramy nośnej agregatu pompowego, skucie fundamentu betonowego. Etap 2 - wykonanie nowych fundamentów, posadowienia ramy nośnej, rozłożenia istniejącej pompy na części pierwsze (zakres pracy identyczny jak przy klasycznym remoncie pompy), montaż części hydraulicznej, montaż wirnika wraz z wałem i kozłem łożyskowym, zasprzęglenie pompy z silnikiem elektrycznym, podłączanie elektryczne pompy, laserowe osiowanie wału pompy z walem silnika, próbny rozruch, sprawdzenie poziomu wibracji w węzłach łożyskowych, przygotowanie pompy do uruchomienia pompy przez serwis KSB. Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dla części IX było wykonanie co najmniej 2 usług (umowy) polegających na remoncie pomp/y OMEGA oraz co najmniej 2 usług (umowy) polegających na remoncie pomp/y KRPK, co niewątpliwie zostało zdaniem odwołującego przez niego wykazane zgodnie z prawdą i stanem rzeczywistym. Dalej odwołujący wyjaśnił, że zamawiający nie precyzował w SWIZ na czym miał polegać remont, a jedynie lakonicznie ujął, że usługa miała polegać na remoncie pomp/y KRPK. Zgodnie z definicją słownikową remont to doprowadzenie jakiegoś budynku lub urządzenia do stanu używalności (źródło: lub przywrócenie wartości użytkowej przywrócenie wartości użytkowej . W bardziej potocznym rozumieniu pod słowem remont rozumie się również odświeżenia rzeczy czy podniesienie jej wartości użytkowej. Tym samym jest to sformułowanie bardzo nieostre. Tym niemniej wykazanie przez niego usługi modernizacji, remontu, montażu laserowego osiowania oraz uruchomienia agregatu pompowego KSB typ KRPK 500-540 na rzecz AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu niewątpliwie mieści się pod pojęciem remontu pomp/y KRPK.

Ponadto - w jego ocenie - należy mieć na uwadze, że do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14

ustawy Pzp, mają zastosowanie przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Tym samym czynność wykonawcy polegającą na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego należy oceniać przez pryzmat cywilistyczny, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od

uczestnika postępowania.

Reasumując odwołujący wskazał, że przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania. Niewątpliwie w przedmiotowym postępowania, w oparciu o materiał zgromadzony na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powyższe zachowanie po stronie odwołującego nie zostało wykazane i udowodnione.

Co do zarzutu podniesionego w pkt 2) odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykluczonego wykonawcy uznaje się za odrzuconą. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia podniesione w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1) odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu nie było podstaw do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) oraz 17) Pzp. W konsekwencji uwzględnienia zarzutu nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego w przedmiotowym postępowaniu za zasługujący na uwzględnienie uznać należy także zarzut niezasadnego odrzucenia jego oferty dla części VI i IX.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 3) odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia podniesione w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1) odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę (odwołującego), która nie podlegała odrzuceniu, a tym samym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp jest niezasadne. W konsekwencji uwzględnienia zarzutu bezpodstawnego odrzucenia jego oferty za zasługujący na uwzględnienie uznać należy także zarzut niezasadnego unieważnienia postępowania. W ocenie odwołującego, zamawiający przedwcześnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp nie mając pewności czy w postępowaniu nie ma ofert niepodlegających odrzuceniu. Art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp jako przepis nakazujący zakończyć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy o zamówienie publiczne, musi być wykładany ściśle. Oznacza to, że nie może być żadnych wątpliwości, co do tego czy przesłanka unieważnienia zaistniała. W okolicznościach przedmiotowej sprawy takie wątpliwości są, zatem bez ich usunięcia niedopuszczalne jest zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, co oznacza, że zamawiający swoim działaniem naruszył treść tego przepisu.

Reasumując odwołujący podkreślił, że w przypadku obu wskazanych przesłanek wykluczenia podstawowymi elementami, które muszą wystąpić łącznie, są: 1) wprowadzenie zamawiającego w błąd, oraz 2) przedstawienie informacji niezgodnych z rzeczywistością przez wykonawcę. Odwołujący stwierdził, że w żadnym elemencie nie oświadczył/przedstawił informacji niezgodnych z rzeczywistością, które mogłyby wprowadzić zamawiającego w błąd. Na marginesie, odwołujący podniósł, że należałoby się zastanowić, mając świadomość, że KSB Polska sp. z o.o. konkuruje z odwołującym w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i jej działania mają na celu tylko i wyłącznie zdyskredytowanie tejże konkurencji, to czy to KSB Polska sp. z o.o. nie wprowadza zamawiającego w błąd. Tym niemniej zamawiający musi pamiętać, że to zachowaniem wykonawcy musi być przedstawienie informacji niezgodnych z rzeczywistością. Zatem jeżeli mylne przekonanie o rzeczywistości powstanie u gospodarza postępowania w wyniku innego zdarzenia niż przekazanie informacji, w tym również zachowania, którego dopuścił się wykonawca, zamawiający nie może na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp wykluczyć uczestnika postępowania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca - KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Broniszach.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Broniszach, który zgłosił swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Przesłanki przystąpienia uregulowane zostały w art. 185 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przywołana regulacja zawiera niezbędne przesłanki przystąpienia, z których na pierwszy plan wysuwa się interes wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Potwierdza to art. 185 ust. 3 Pzp stanowiąc, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Orzecznictwo przyjmuje, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jednak nie jest ono nieograniczone.

Jak ustaliła Izba okolicznością bezsporną było, iż oferta wykonawcy KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Broniszach została „ostatecznie" odrzucona tj. zamawiający w dniu 5 lutego 2019 r. odrzucił ofertę ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp i wykonawca ten od tej czynności się nie wniósł odwołania.

Zgodnie z art. 2a ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zwanej „dyrektywą odwoławczą" Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Ponadto zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebaudebetreuung i Caverion Osterreich Trybunał orzekł, że Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, ze nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postepowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.

Izba wzięła pod uwagę powyżej cytowane przepisy i stanowiska oraz nie dopatrzyła się żadnej korzyści, jaką wykonawca KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Broniszach miałby odnieść z uzyskania rozstrzygnięcia w postępowaniu na korzyść zamawiającego, w sytuacji, gdy sam nie jest już wykonawcą, który ubiega się o udzielenie zamówienia w postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 1 lipca 2019 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ;

- pisma z dnia 16 kwietnia 2019 r. spółki KSB Polska Sp. z o.o. wraz z załącznikami do niego w tym przede wszystkim załączonej umowy nr U/1146/MOS/XI/2017 z dnia 24 listopada 2017 r. zawartej pomiędzy Aquanet S.A. i odwołującym wraz z załączoną do niej ofertą wykonawcy nr 01006/2017 z dnia 15 listopada 2017 r.;

- wezwania do wyjaśnień z dnia 30 maja 2019 r. skierowanego przez zamawiającego do odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp;

- pisma z dnia 5 czerwca 2019 r. stanowiącego odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie;

- pisma z dnia 11 czerwca 2019 r. stanowiącego informacje o wykluczeniu odwołującego w zakresie części VI i IX zamówienia;

- pisma odwołującego z dnia 14 czerwca 2019 r. zawierającego informacje o czynności zamawiającego niezgodnej z prawem, wniesionego na podstawie art. 181 ust.1 Pzp wraz z załącznikami;

2) dokumentów uzupełnionych przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym (potwierdzonych za zgodność z oryginałem) obejmujących:

- wykaz usług złożony przez odwołującego w zakresie części VI zamówienia, podpisany w dniu 6 marca 2019 r.;

- poświadczenie z dnia 4 listopada 2016 r. udzielone przez spółkę Delta P Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi;

- wykaz usług złożony przez odwołującego w zakresie części IX zamówienia, podpisany w dniu 27 lutego 2019 r.;

- oświadczenie z dnia 18 lutego 2019 r. złożone przez odwołującego w zakresie usługi zrealizowanej na rzecz Aquanet S.A. z siedzibą w Poznaniu;

- poświadczenie z dnia 11 lutego 2019 r. udzielone przez spółkę Aquanet S.A. z siedzibą w Poznaniu;

- pismo odwołującego z dnia 5 kwietnia 2019 r. dotyczące poświadczenia udzielonego przez Aquanet S.A. z siedzibą w Poznaniu;

3) złożonych przez zamawiającego na rozprawie:

- dowodu nr 1 w postaci wyciągu dokumentów dotyczących parametrów technicznych pompy AMACAN P;

- dowodu nr 2 w postaci oświadczenia z dnia 27 czerwca 2019 r. podpisanego przez trzy osoby;

- dowodu nr 3 w postaci dwóch pism z dnia 25 sierpnia 2011 r. oraz z dnia 29 sierpnia 2016 r. sporządzonych przez spółkę Aquanet S.A. z siedzibą w Poznaniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z treścią pkt. 5.1.1.2 SIWZ (IDW) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY) tj.: którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali:

Dla Część VI:

- co najmniej 1 usługę (umowę) polegającą na remoncie pomp/y AMACAN o mocy minimalnej 300kW

(■■■)

Dla Część IX:

(■■■)

- co najmniej 2 usługi (umowy) polegające na remoncie pomp/y KRPK.

Odwołujący w zakresie spełniania warunków udziału w postępowania w powyżej wskazanym zakresie w złożonych wykazach usług wskazał:

- odnośnie części VI zamówienia usługę pn.: Remont urządzeń pompowych KSB Amacan, typ PA4 1200-870/310 10 310 z silnikiem o mocy 310kW, która miała być wykonana na rzecz spółki Delta P Tech Sp z o.o. w okresie od maja do września 2016 r. Do wykazu usług w zakresie części VI odwołujący załączył poświadczenie jej wykonania;

- odnośnie części IX zamówienia usługę pn.: Modernizacja, remont, montaż, laserowe osiowanie i uruchomienie agregatu pompowego KSB typ: KRPK 500-540 na podstawie

umowy U/1146/MOS/XI/2017, która miała być wykonana na rzecz spółki Aquanet S.A. w okresie od grudnia 2017 do lutego 2018 r. Do wykazu usług w zakresie części IX odwołujący załączył poświadczenie jej wykonania.

W związku z toczącym się przed Izbą postępowaniem odwoławczym oznaczonym sygn. akt KIO 602/19 spółka KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Broniszach złożyła do Izby pismo z dnia 16 kwietnia 2019 r. wraz załącznikami. Pismo to zamawiający przedłożył Izbie w przedmiotowym postępowaniu. Przedmiotowe pismo zostało złożone na okoliczność: niewykonania przez odwołującego w 2016 roku usługi remontu pompy KSB typu AMACAN o mocy 310 kW (cześć VI zamówienia), niewykonania przez odwołującego usługi remontu

pompy KSB typu KRPK (cześć IX zamówienia) oraz składania przez odwołującego nieprawdziwych informacji w ww. zakresie.

Biorąc pod uwagę okoliczności przedstawione przez wykonawcę KSB Polska Sp. z o.o., zamawiający pismem z dnia 30 maja 2019 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia, czy podtrzymuje on swoje stanowisko, że wskazane w wykazach usług dla części VI i IX (doświadczenie spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt. 5.1.1.2 SIWZ (IDW)). Zamawiający zastrzegł w tym piśmie, że jeżeli odwołujący podtrzyma swoje stanowisko w powyższym zakresie, to wzywa go do złożenia szczegółowego wyjaśnienia w zakresie wszystkich zarzutów zawartych w ww. dokumentach, wskazując dodatkowo, że dokumenty należy złożyć zgodnie z określonymi w SIWZ (IDW) zasadami.

Odwołujący odpowiedział na ww. wezwanie pismem z dnia 5 czerwca 2019 r. W swojej odpowiedzi podtrzymał w całości swoje stanowisko, że wskazane w wykazach usług dla części VI i IX doświadczenie spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt. 5.1.1.2 SIWZ. Odwołujący nie dołączył do swojej odpowiedzi żadnych dokumentów, które mogłyby potwierdzać podnoszone wcześniej kwestie.

Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2019 r. wykluczył odwołującego z postępowania w zakresie części VI i IX zamówienia. W przedmiotowym piśmie zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne swojej czynności.

Następnie odwołujący pismem z dnia 14 czerwca 2019 r. w trybie art. 181 ust. 1 Pzp złożył zamawiającemu informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności, do której zamawiający był zobowiązany. Odwołujący przedstawił w nim uzasadnienie faktyczne i prawne złożenia informacji oraz załączył do niego dokumenty, które miały potwierdzać wykonanie usługi na rzecz spółki Delta P Tech Sp. z o.o. tj.:

- fakturę VAT nr: FU 006/01/2016, która została wystawiona w dniu 8 stycznia 2016 r. na kwotę 4 494 zł 21 gr brutto za wykonanie remontu pompy kolumnowej typu Amacan;
- potwierdzenie zapłaty z dnia 1 lutego 2016 r. ww. faktury na wskazaną powyżej kwotę.

Izba zważyła co następuje.

Istota odwołania wniesionego w przedmiotowej sprawie sprowadza się do oceny prawidłowości czynności wykluczenia odwołującego przez zamawiającego w ramach części VI i IX zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp. Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp są niejako zarzutami pochodnymi od powyżej wskazanego zarzutu głównego.

W ocenie Izby zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z części VI i IX postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę:

(i) 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 (pkt 16); oraz

(ii) 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 (pkt 17). Celem powyższych przepisów jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymują od osób trzecich.

Izba uznała, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem.

Z kolei ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki: po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd; po drugie działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy; po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia określona w tym przepisie może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Przy wykazaniu wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym 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 kc precyzuje, że należytą 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. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny wskazać należy, iż spełnione zostały przesłanki wynikające zarówno z art. 24 ust. 1 pkt 16) jak i 17) Pzp.

Na wstępie rozważań dotyczących przedmiotowej sprawy Izba uznała, że twierdzenie odwołującego zmierzające do stwierdzenia, iż zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę na podstawie ww. przepisów po uzyskaniu informacji niezgodnych z rzeczywistością, które zostały uzyskane wyłącznie od tego wykonawcy (w tym wypadku odwołującego), jest zbyt daleko idącą interpretacją tych przepisów. Gdyby przyjąć interpretację zaproponowaną przez odwołującego zamawiający nie mógłby skorzystać z informacji budzących jego wątpliwości

co do takiego wykonawcy, które pozyskał od innych podmiotów (nie tylko innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu) czy też pozyskał je w wyniku własnych ustaleń. Ponadto na marginesie należy dodać, że dla części VI i IX zamówienia informacje budzące wątpliwości co do rzeczywistego wykonania usług na spełnienie warunków udziału w postępowaniu były wynikiem albo działań podejmowanych przez odwołującego (część VI), albo wynikały z dokumentów, w których przygotowaniu odwołujący brał udział (część IX), co szczegółowo zostało zaprezentowane poniżej.

W przedmiotowej sprawie zamawiający dysponował pismem innego wykonawcy tj. spółki KSB Polska Sp. z o.o. z dnia 16 kwietnia 2019 r. Pismo to nie stanowiło ogólnikowego i gołosłownego oświadczenia wykonawcy o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego, lecz było poparte zebranymi dowodami, które zostały wymienione zarówno w piśmie z dnia 30 maja 2019 r. stanowiącym wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień jak i w piśmie z dnia 11 czerwca 2019 r. stanowiącym informacje o wykluczeniu odwołującego z postępowania w ramach wskazanych części. W związku z tym zamawiający wszedł w posiadanie informacji, które w ocenie Izby mogły wywołać jego wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego. W konsekwencji zwrócił się on do odwołującego z wezwaniem o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp (na podstawie ww. pisma z dnia 30 maja 2019 r.). W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący pismem z dnia 5 czerwca 2019 r. przesłał wyjaśnienia, które nie zostały poparte żadnymi dokumentami. W ocenie Izby wyjaśnienia odwołującego były lakoniczne i gołosłowne przez co nie mogły rozwiać wątpliwości zamawiającego. Ponadto w zakresie części VI zamówienia odwołujący wyjaśnił m. in., że Wyraźnie należy podkreślić, że ww. usługa była wykonywana przez Pompax sp. z o.o. na rzecz Delta P Tech sp. z o.o., tym niemniej Pompax sp. z o.o. nie jest w stanie zweryfikować w żaden sposób typu urządzenia pompowego, ani tym bardziej podmiotu na rzecz którego Delta P Tech sp. z o. o. wykonywała usługę remontu wskazanej pompy. Bezsporne jednak pozostaje to, że przedmiotowa usługa polegała na remoncie pompy AMACAN o mocy minimalnej 300 kW. Powyższe stwierdzenie odwołującego nie ma żadnego waloru pozwalającego upewnić się, że rzeczywiście wykonał wskazaną usługę. Z tego stwierdzenia można właściwie wywieść okoliczność przeciwną, w związku z tym, że nie ma tam wynikowej argumentacji, a z pewnością już nie mogła ona rozwiać definitywnie wątpliwości zamawiającego. W pozostałym zakresie wyjaśnienia w ramach części VI zamówienia skupiły się właściwie na podważeniu oświadczenia złożonego przez byłych pracowników odwołującego, przy czym jego argumentacja w tym zakresie nie została poparta czy też chociażby uprawdopodobniona stosowanymi dokumentami (np. treścią zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa przez osoby składające to oświadczenie). Natomiast jeśli chodzi o wyjaśnienia w zakresie części IX odwołujący skupił się na zaprezentowaniu czynności jakie obejmowała umowa pomiędzy nim a spółką Aquanet S.A. oraz krótkim wskazaniu, że usługę dotyczącą tej umowy należy zakwalifikować jako remont w potocznym tego słowa rozumieniu.

Jak wskazano powyżej zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania w zakresie części VI i IX co znalazło swoją emanację w piśmie z dnia 11 czerwca 2019 r. Następnie odwołujący pismem z dnia 14 czerwca 2019 r. w trybie art. 181 ust. 1 Pzp złożył zamawiającemu informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności, do której zamawiający był zobowiązany. Odwołujący przedstawił w nim uzasadnienie faktyczne i prawne złożenia tej informacji, które następnie znacznej mierze zostało powtórzone w odwołaniu oraz dopiero do tego pisma załączył dokumenty, które miały potwierdzać wykonanie usługi na rzecz spółki Delta P Tech Sp. z o.o. Niemniej załączone do tego pisma dokumenty tj.:

- faktura VAT nr: FU 006/01/2016, która została wystawiona w dniu 8 stycznia 2016 r. na kwotę 4 494 zł 21 gr brutto za wykonanie remontu pompy kolumnowej typu Amacan;

- potwierdzenie zapłaty z dnia 1 lutego 2016 r. ww. faktury na wskazaną powyżej kwotę,

w ocenie Izby mogły co jedynie doprowadzić do pogłębienia się wątpliwości co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie części VI zamówienia. Izba przyjęła w tym zakresie stanowisko zamawiającego wyrażone na rozprawie, które niezbicie wykazało rozbieżności w okolicznościach podnoszonych przez odwołującego. Otóż w wykazie usług złożonym w zakresie części VI zamówienia odwołujący wskazał, że usługa pn.: Remont urządzeń pompowych KSB Amacan, typ PA4 1200-870/310 10 310 z silnikiem o mocy 310kW, miała być wykonana na rzecz spółki Delta P Tech Sp z o.o. w okresie od maja do września 2016 r. Natomiast załączona do pisma z dnia 14 czerwca 2019 r. faktura została wystawiona 8 stycznia 2016 r., a z wygenerowanego potwierdzenia zapłaty wynikało, że zostało ono dokonane w dniu 1 lutego 2016 r. Niniejsze dokumenty nie mogły potwierdzić wykonania usługi na rzecz spółki Delta P Tech Sp. z o.o. ponieważ zostały zostały sporządzone przed terminem rozpoczęcia tej usługi wskazanym w wykazie usług dla części VI (maj 2016 r.). Odwołujący nie był w stanie wyjaśnić tej rozbieżności. Wskazał jedynie, że mogłyby one ewentualnie stanowić podstawę do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp.

W związku z tym Izba uznała, że w zakresie części VI zamówienia zamawiający słusznie dokonał wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp.

Jeśli chodzi o część IX zamówienia to należy wskazać, że zamawiający dysponował umową nr U/1146/MOS/XI/2017 zawartą w dniu 24 listopada 2017 r. pomiędzy odwołującym a spółką Aquanet S.A. wraz z załącznikami. Zgodnie z § 1 tej umowy: Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania wymiany 2 szt. Pompy KSB w (...) w zakresie określonym w zapytaniu ofertowym Zamawiającego znak DW/M O S/269/64766/2017 z dnia 10.11.2017r. oraz ofercie Wykonawcy nr 01006/2017 z dnia 15.11.2017r., stanowiących integralna część niniejszej Umowy (zwanej dalej: „Przedmiotem Umowy"). Natomiast z oferty odwołującego z dnia 15 listopada 2017 r. załączonej do ww. umowy wynika, że zakres usługi obejmował:

- demontaż istniejących 2 szt. pomp ściekowych KSB KRP K 500-540/2 (pkt 1 zawarty w kolumnie pn.: Zakres usługi opisanej w tabelce znajdującej się w ofercie);

- montaż dwóch kompletnych, nowych pomp KSB Sewatec K 500-630G 3ENH 315L 08 przekazanych od zamawiającego (pkt 2 zawarty w kolumnie pn.: Zakres usługi opisanej w tabelce znajdującej się w ofercie).

Wobec powyższego należy stwierdzić, że odwołujący wykonał na rzecz Aąuanet S.A. usługę wymiany pomp. Niemniej nawet jeśli uznać, że ta wymiana była remontem w związku z brakiem dookreślenia tego pojęcia przez zamawiającego to i tak z treści ww. dokumentów niezbicie wynika, że odwołujący wykonał jedynie demontażu pomp KRPK (do których referował warunek w punkcie 5.1.1.2 SWIZ w zakresie części IX). Montaż dotyczył już innego modelu pomp, zatem Izba uznała, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd także w zakresie przedmiotowej usługi za co słusznie został wykluczony także z tej części.

Konkludując Izba uznała, że odwołujący co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie części VI i IX zamówienia przez co słusznie został wykluczony z postępowania przez zamawiającego w ramach tych części na podstawie art. 24 ust. pkt 16) Pzp. Ponadto w ocenie Izby odwołujący co najmniej w wyniku lekkomyślności przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające go błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dzięki czemu także przesłanka wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp także miała wobec niego zastosowanie. W związku z tym postawiony przez odwołującego zarzut obejmujący powyżej wskazane przepisy należy oddalić.

W konsekwencji oddalenia zarzutu naruszania art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp, Izba uznała, że należy także oddalić pozostałe zarzuty postawione w odwołaniu, które były determinowane przez ww. zarzut. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą w związku z tym oddalenie przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania powinno skutkować także uznaniem oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. Natomiast na podstawie art. 91 ust. 1 pkt 1) Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3. W przedmiotowym stanie sprawy ziściła się przedmiotowa przesłanka do unieważnienia postępowania w zakresie części VI i IX ponieważ przedmiotowe postępowanie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, a wszystkie oferty jakie wpłynęły na te części podlegały odrzuceniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty reprezentacji przed Izbą zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.