

WYROK
z dnia 3 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2020 r. przez wykonawcę Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Podgórzyn

przy udziale wykonawcy Firmy Wielobranżowej Plast-term D. L. z siedzibą w Podgórzynie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2552/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Sudeckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze na rzecz Zamawiającego Gminy Podgórzyn kwotę 799 zł 00 gr (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Jeleniej Górze.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Podgórzyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę z rozbudową drogi wojewódzkiej nr 366 w celu zapewnienia bezpiecznego dojazdu do zespołu szkolno-przedszkolnego w Podgórzynie - rozwiązanie bezkolizyjnego skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 366 z drogą powiatową nr 2650D typu rondo, z elementami odwodnienia, oświetlenia drogowego oraz przebudowa z rozbudową ciągu pieszo-rowerowego”, nr sprawy GP.271.08.01.2020.

W dniu 7 sierpnia 2020 r. przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 572283-N-2020.

Odwołujący: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze w dniu 1 października 2020 r. powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Firmy Wielobranżowej Plast-term D. L. z siedzibą w Podgórzynie.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 6 października 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od: niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: Firma Wielobranżowa Plast-term D. L. z siedzibą w Podgórzynie, w sytuacji, kiedy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, gdyż:

- 1) Wykonawca wybrany powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona i uznana za odrzuconą, z uwagi na fakt, że Wykonawca wybrany podlega wykluczeniu z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych, wymienionych w p. 9.1.3. p. 2) SIWZ polegających na konieczności wykazania, że wykonawca wykonał

należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub remoncie drogi o nawierzchni bitumicznej wraz z budową, przebudową lub remontem kanalizacji deszczowej i oświetlenia drogowego, gdzie wartość netto zamówienia wynosiła nie mniej niż 2.000.000 PLN; wykazał natomiast w Wykazie robót budowlanych jedno zamówienie, którego miejscem realizacji jest Gmina Mirsk, ale nie zgadzał się ani zakres wykonanych prac (m.in. brak wykonywania oświetlenia) ani wartość - Wykonawca wybrany wskazał wartość brutto 2 234 024,01 zł, zamiast netto, które wynosiło 1 816 276,68 zł - (wynikało to z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z Gminy Mirsk z dnia 24 lipca 2017r.), tym samym robota budowlana nie spełniała wymogów Zamawiającego; przedstawiane w dalszym toku postępowania dokumenty tj. poświadczenia oraz w dalszej kolejności wyjaśnienia Wykonawcy wybranego potwierdzały tylko brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu; złożone referencje w trybie art. 26 ust 2 ustawy PZP także nie potwierdziły spełnienia warunku, wskazanego przez Wykonawcę Wybranego, gdyż wskazywały na wykonanie dwóch różnych robót budowlanych o różnych zakresach, których dopiero łączna kwota przekraczała wymagane przez Zamawiającego 2 000 000,00 zł netto i których przedmiot nie wypełniał wymogu, postawionego przez Zamawiającego; Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu jasno - wymagał realizacji co najmniej jednego zamówienia, które wymagało wykonania jednocześnie robót dotyczących nawierzchni wraz z przebudową wymienionych sieci, którego wartość wynosiła 2 000 000,00 zł netto; brak spełnienia tego warunku skutkować powinien wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty; Wykonawca wybrany dokonał również nieusprawiedliwionej zmiany treści oświadczenia, zawartego w załączniku nr 4 poprzez swoje wyjaśnienia wskazując, że omyłkowo źle, wpisał nazwy zamówień i dokonał sprostowania informacji zawartych w załączniku nr 4, de facto zmieniając jego treść, co jest niedopuszczalne w trybie art. 26 ust 4 ustawy PZP; kluczowym jest jednak, że nawet gdyby Wykonawca wybrany złożył nowy wykaz robót budowlanych wraz z wyjaśnieniami, podając roboty, wymienione w referencjach i tak nie wykazałby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a to z uwagi na przedstawienie dwóch zamówień, których przedmiot i wartość należałoby zsumować, żeby spełniły wymagania, wskazane w p. 9.1.3. p. 2) SIWZ, a które musiały być spełnione łącznie przez co najmniej jedno zamówienie, wykonane przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat i polegające na budowie, przebudowie lub remoncie drogi o nawierzchni bitumicznej wraz z budową, przebudową lub remontem kanalizacji deszczowej i oświetlenia drogowego, gdzie wartość netto zamówienia wynosiła nie mniej niż 2.000.000 PLN;

2) Wykonawca Wybrany powinien być zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona i uznana za odrzuconą, w związku ze złożeniem w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje, podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących wykonania 1 zamówienia na roboty budowlane na rzecz podmiotu BUDROMAX, T. M., Rząsiny 104, 59-620 Gryfów Śl. na kwotę powyżej 2 000 000,00 zł netto, gdy w rzeczywistości w pierwszej wersji podał zamówienie niespełniające wymogu kwotowego Zamawiającego, a następnie po ujawnieniu rozbieżności pomiędzy wykazem wykonanych robót budowlanych a referencjami, które w sposób bezsprzeczny potwierdzały, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, wyjaśnił, że się pomylił i wpisał złe informacje do formularza i wyjaśnieniami chciał zmienić treść załącznika nr 4, mając świadomość, że przedstawione przez niego referencje nie potwierdzają ani informacji z załącznika nr 4 ani nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu (gdyż przedstawiają dwa odrębne zadania, z których żadne samodzielnie nie spełnia wymogów p. 9.1.3. p. 2) SIWZ);

3) Wykonawca Wybrany powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona i uznana za odrzuconą, w związku ze złożeniem w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje, podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia na formularzu załącznika nr 2 do SIWZ, podczas gdy Wykonawca wybrany miał pełną świadomość, że warunków udziału nie spełnia, a posiadane przez niego dokumenty w postaci referencji nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie wykonał 1-go zamówienia, w którym łącznie wykonane były prace polegające na budowie, przebudowie lub remoncie drogi o nawierzchni bitumicznej wraz z budową, przebudową lub remontem kanalizacji deszczowej i oświetlenia drogowego, gdzie wartość netto zamówienia wynosiła nie mniej niż 2.000.000 PLN netto.

Odwolujący wskazał, że poprzez wskazane powyżej czynności i zaniechania Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; poprzez prowadzenie postępowania w sposób sugerujący faworyzowanie Wykonawcy wybranego, niepodjęcie działań wymaganych przepisami ustawy Pzp.

2.art. 180 ust. 2 pkt. 6 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 89 ust. 1 p. 5 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty przy zaniechaniu czynności wykluczenia Wykonawcy Wybranego, który podlega wykluczeniu, albowiem 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, oraz przy zaniechaniu odrzucenia oferty i uznania jego oferty za odrzuconą;

3.art. 180 ust. 2 pkt. 6 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 p. 5 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty przy zaniechaniu czynności wykluczenia Wykonawcy Wybranego, który podlega wykluczeniu z uwagi na niespełnianie przez Wykonawcę Wybranego warunku udziału w postępowaniu, określonego w p. 9.1.3. p. 2) SIWZ oraz przy zaniechaniu odrzucenia jego oferty i uznania jego oferty za odrzuconą;

4.art. 180 ust. 2 pkt. 6 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 89 ust. 1 p. 5 i art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty przy zaniechaniu czynności wykluczenia Wykonawcy Wybranego, który podlega wykluczeniu, w sytuacji złożenia przez Wykonawcę Wybranego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na formularzu załącznika nr 2 do SIWZ, zawierającego nieprawdziwe informacje dotyczące braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Wykonawca wybrany miał pełną świadomość, że nie wykonał ani jednego zamówienia o zakresie i wartości wymaganej przez Zamawiającego, oraz przy zaniechaniu odrzucenia jego oferty i uznania jego oferty za odrzuconą;

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał naruszenie również przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

5.art. 180 ust. 2 pkt. 6 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty przy zaniechaniu czynności wezwania Wykonawcy Wybranego do złożenia prawidłowego wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wobec faktu, że złożone w trybie art. 26 ust. 2 PZP dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nadto wobec faktu, że są to dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, które są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, i zamawiający powinien był wezwać do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej
- 2.dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert,
- 3.wykluczenia Wykonawcy wybranego z postępowania,
- 4.odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego,

5.zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Ewentualnie, w razie uwzględnienia zarzutu 5 podniesionego z ostrożności procesowej, wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej
- 2.dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert,

3.wezwanie Wykonawcy wybranego do złożenia dokumentów, oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania,

- 4.wykluczenia Wykonawcy wybranego z postępowania,

- 5.odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego,

6.zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W zakresie zarzutu niespełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w rozdz. 9.1 SIWZ p.n. „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” wskazał, że Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące (...):

„9.1.3 zdolności technicznej lub zawodowej: (...)

2. Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub remoncie drogi o nawierzchni bitumicznej wraz z budową, przebudową lub remontem kanalizacji deszczowej i oświetlenia drogowego, gdzie wartość netto zamówienia wynosiła nie mniej niż 2.000.000 PLN.”.

Zauważył również, że Informacje, potwierdzające spełnienie ww. warunku miały być zawarte w załączniku nr 4 do SIWZ p.n. „WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.”, a dokument ten zgodnie z dyspozycją rozdz. 9.6 SIWZ pn. „Wykaz oświadczeń i dokumentów (środki dowodowe) jakich Zamawiający będzie żądał od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, miał być przedłożony razem z innymi dokumentami wymaganymi SIWZ w tym referencjami, poświadczeniami na wezwanie Zamawiającego po dokonaniu wstępnej oceny ofert i przed wyborem oferty najwyżej ocenionej.

Zaznaczył, że wykonawca wybrany zdecydował się na dołączenie załącznika nr 4 do SIWZ tj. „Wykazu robót budowlanych” razem z ofertą, z którego wynika, że jako spełnienie warunków Zamawiającego wpisał on zamówienie realizowane dla firmy Budromax T. M., Rząsiny 104, 59- 620 Gryfów Śląski o wartości 2 234 024,01 zł., natomiast jako rodzaj i zakres robót wskazano: „Uzbrojenie terenów aktywności gospodarczej przy Alei Wojska Polskiego w Mirsku. Sieci wod/kan sieć teleinformatyczna elektryczna i droga asfaltowa.”.

Wskazał, że zamówienie wskazane w Wykazie robót budowlanych nie spełnia wymogów zarówno zakresu prac, jak i wymaganej kwoty, opisanych w rozdz. 9.3.1. pkt 2 SIWZ.

Zdaniem Odwołującego - istota określonego warunku udziału w postępowaniu jest taka, że wykonawca miał wykazać się realizacją co najmniej jednego zamówienia, w ramach którego jednocześnie tzn. w jednej lokalizacji wykonywano budowę, przebudowę lub remont drogi o nawierzchni bitumicznej wraz z budową, przebudową lub remontem kanalizacji deszczowej i oświetlenia drogowego o wartości nie mniej niż 2 000 000,00 zł netto.

Według Odwołującego - wykonanie dwóch czy więcej zamówień w ramach dwóch zadań, w różnych lokalizacjach, różnym czasie dla różnych inwestorów jest spełnieniem powyższego warunku, jak również nie można mówić o jedności zamówienia w przypadku współpracy podwykonawczej z co prawda jednym podmiotem, ale na dwóch zadaniach, u dwóch różnych inwestorów, z których żadne samodzielnie nie spełnia wymogu, określonego przez zamawiającego w SIWZ.

Wskazał, że wykonawca wybrany w Wykazie robót budowlanych ujął jedno zamówienie, którego miejscem realizacji jest gmina Mirsk, i to de facto ta gmina jest podmiotem, na rzecz którego zostały wykonane prace, które to zamówienie nie wyczerpuje zakresem wymagań postawionych przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego - także wartość zamówienia nie odpowiada wymogowi SIWZ - Wykonawca wybrany wskazał wartość 2 234 024,01 zł, która jest jednak wartością brutto zamiast netto, które to netto wynosiło 1 816 276,68 zł - tym samym zadanie nie spełnia wymogów Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił również, że zgodnie z uzyskanymi w Gminie Mirsk informacjami, firma Firma Wielobranżowa Plast-term D. L. nie była podwykonawcą wykonawcy przez nich wybranego tj. konsorcjum BUDROMAX, T. M., Rząsiny 104, 59-620 Gryfów Śl. partner: FOBIS, Spółka z o.o. ul. Przemysłowa 3, 59-300 Lubin.

Stwierdził, że kwota tego zamówienia to 2.234.024,01 zł brutto, termin zakończenia robót i zgłoszenia do odbioru końcowego do 31.05.2018r. (poświadczenie ma datę 28-05-2018 r. a termin wskazany w ofercie firmy Budromax był skrócony do dnia 31.05.2018 r. - było to punktowane, pierwotny termin z SIWZ to 31.03.2019 r.).

Podniósł, że wykonawca wybrany opisał jednak wyłącznie tę usługę, co jasno wynika z porównania opisu Wykonawcy wybranego zawartego w załączniku nr 4 z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w dokumentacji przetargowej dostępnej na stronie Gminy Mirsk: n_uzbrojenie_terenow_aktywno.

Dodatkowo, zwrócił uwagę, że po wskazaniu nieprawidłowości przez Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 29.09.2020r. wezwał Wykonawcę wybranego do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust 4 ustawy PZP rozbieżności pomiędzy

wykazem robót budowlanych a referencjami, mimo, że wykazano mu brak spełnienia warunków udziału na podstawie Wykazu robót budowlanych, co powinno skutkować co najmniej wezwaniem do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

W przekonaniu Odwołującego - wykonawca wybrany w dniu 29.09.2020r. złożył wyjaśnienia, z których wprost wynika fakt niespełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem powołał się na wykonanie 2-ch różnych zakresowo zamówień dla dwóch różnych podmiotów końcowych - gmin, zwanych w referencjach Inwestorami, których dopiero połączone kwoty opiewają na wysokość nieco ponad 2 000 000,00 zł netto.

Zarzucił, że wykonawca wybrany w sposób nieuprawniony dokonał zmiany treści załącznika nr 4 Wykaz robót budowlanych poprzez wyjaśnienia z dnia 29.09.2020 r., w których faktycznie wskazał nowe, dodatkowe roboty budowlane, która nie została ujęta w złożonym z ofertą załączniku nr 4 tj. wykazie robót budowlanych.

Jednocześnie podkreślił, że dokumentem, który potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest właśnie wykaz robót budowlanych, a nie referencje. Nie można zatem dokonywać dopasowania treści wykazu usług poprzez wyjaśnienia do treści referencji. Wykonawca, chcąc zmienić wykaz robót budowlanych, powinien był złożyć nowy załącznik nr 4. Nie zmienia to faktu, że podane w „wyjaśnieniach” nowe zamówienia, również nie spełniają wymogów Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego w tym przypadku Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości opisał warunek udziału w postępowaniu, zaś wykonawca wybrany go nie tylko nie spełnił, ale celowo wprowadzał w błąd Zamawiającego, a to powinno prowadzić do jego wykluczenia i odrzucenia jego oferty- czego Zamawiający nie uczynił.

Kolejny zarzut dotyczył podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania - wskazanie w ofercie wykazu robót, których wykonawca wybrany nie wykonywał i nie spełniają one wymogu SIWZ.

Zgłosił dodatkowy zarzut wobec wykonawcy wybranego, który jako profesjonalista w swojej dziedzinie, prowadzący działalność gospodarczą od prawie 20 lat, nie potrafił w sposób prawidłowy odczytać warunków udziału w postępowaniu, a zatem Odwołujący przyjął, że tamten działał w sposób co najmniej lekkomyślny tj. zdawał sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądził, że uda mu się jednak tego uniknąć.

Argumentował, że przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Według Odwołującego w tej sprawie podana przez wykonawcę informacja miała znaczący wpływ na decyzję Zamawiającego, który na tej podstawie - przedstawionych przez wykonawcę wybranego nierzetelnych informacji i to zarówno w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 2 SIWZ), jak i w Wykazie wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 4 SIWZ), wybrał ofertę Wykonawcy Firma WielobranżowaPlast-term D. L. jako najkorzystniejszą.

Dodatkowo wskazał, że do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

Są to więc informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym, niezgodne z rzeczywistością, nieprawdziwe.

Wywodził, że podanie takiej informacji wprowadzającej w błąd ma wywołać przekonanie, że wykonawca może należycie wykonać zamówienie, podczas gdy w rzeczywistości nie posiada cech (własnych lub udostępnionych), które dla Zamawiającego były tak istotne że uczynił z nich kryteria kwalifikacji.

Wyjaśnił, że pod pojęciem „informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego.

Jednocześnie podkreślił, że w świetle tego przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego - przesłanka wykluczenia wykonawcy wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zachodzi, w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, przy czym w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziszcza się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Pismem z dnia 10 października 2020 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Firma Wielobranżowa Plast-term D. L. z siedzibą w Podgórzynie, zwany dalej Przystępującym podnosząc, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Pismem z dnia 28 października 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, odwołanie, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej SIWZ, oferty Przystępującego z dnia 23 sierpnia 2020 r., wykazu robót budowlanych z dnia 23 sierpnia 2020 r., wezwania Zamawiającego z dnia 15 września 2020 r. do złożenia dokumentów przez Przystępującego, pisma Przystępującego z dnia 18 września 2020 r. wraz ze złożonymi dokumentami podmiotowymi, w tym z referencją stanowiącą poświadczenie należytego wykonania roboty budowlanej z dnia 28 maja 2018 r. wystawioną przez Budromax T. M., wezwania Zamawiającego z dnia 29 września 2020 r. do wyjaśnienia złożonych dokumentów przez Przystępującego, odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z dnia 29 września 2020 r. (wpływ 30 września 2020 r.) wraz z umową nr 1/08/2017 zawartą pomiędzy Przystępującym a Budromax T. M., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 września 2020 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 28 października 2020 r, jak również na podstawie złożonych dowodów i wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.22 ust.1 i 2, art.24 ust.1 pkt 12 i pkt 17, art.25a ust.1 pkt 1, art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp w zakresie w jakim nie wezwał Przystępującego do złożenia poprawionego wykazu robót budowlanych, jednak – w ocenie Izby - naruszenia przepisów ustawy nie miały i nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, z tego powodu, że Przystępujący wyjaśnił popełnione w powyższym wykazie pomyłki, a złożenie poprawionego wykazu według analogicznej treści jak w wyjaśnieniach nie spowodowałoby zmiany oceny Zamawiającego odnośnie spełniania spornego warunku udziału w przetargu.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze skutkiem odrzucenia jego oferty z tego powodu, że wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a także z powodu niespełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła w zakresie przedmiotowego sporu, że w pkt 9.1.3. ppkt 2 Tomu I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców Zamawiający uregulował Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, w ten sposób, że Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne musieli spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

2) Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub remoncie drogi o nawierzchni bitumicznej wraz z budową, przebudową lub remontem kanalizacji deszczowej i oświetlenia drogowego, gdzie wartość netto zamówienia wynosiła nie mniej niż 2.000.000 PLN.

Dalej, Izba stwierdziła, że Przystępujący w wykonaniu powyższego postanowienia SIWZ złożył wykaz robót budowlanych z dnia 23 sierpnia 2020 r., w którym zadeklarował rodzaj i zakres robót budowlanych wskazując „Uzbrojenie

terenów aktywności gospodarczej przy Al. Wojska Polskiego w Mirsku, sieci wod/kan sieć teleinformatyczna, elektryczna i droga asfaltowa" na kwotę 2 234 024,01 zł wykonanych na rzecz Budromax T. M. .

W ocenie Izby - złożenie tego oświadczenia było przedwczesne na tamtym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem Zamawiający jeszcze nie zastosował przepisu art.26 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Niezależnie od powyższego, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 15 września 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia w powyższym trybie dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w następstwie czego ten drugi przedłożył referencję stanowiącą poświadczenie należytego wykonania roboty budowlanej z dnia 28 maja 2018 r. wystawioną przez Budromax T. M. potwierdzającą wykonanie, w ramach jednej umowy dwóch obiektów „Uzbrojenie terenów aktywności gospodarczej przy Al. Wojska Polskiego w Mirsku – zadanie 2” oraz „Przebudowę drogi ul. Kleeberga i ul. Starzyńskiego w Bolesławcu – etap 2” ze wskazaniem wartości robót na kwotę 2 033 000, 00 zł netto.

Dostrzegając pewne nieścisłości w treści przedłożonego wyżej wykazu z treścią złożonej referencji Zamawiający na podstawie przepisu art.87 ust.1 i art.26 ust.4 ustawy Pzp wezwał pismem z dnia 29 września 2020 r. Przystępującego do ich wyjaśnienia, co ten uczynił wyjaśniając, że popełnił omyłki pisarskie i oświadczył, że w kolumnie nr 2 powinno być wpisane „Uzbrojenie terenów aktywności gospodarczej przy Al. Wojska Polskiego w Mirsku – zadanie 2” oraz „Przebudowa drogi ul. Kleeberga i ul. Starzyńskiego w Bolesławcu – etap 2”, a w kolumnie nr 3 powinna być kwota 2 033 000, 00 zł netto.

Jednocześnie Przystępujący wyjaśnił, że roboty budowlane były wykonane jako jedno zlecenie w dwóch różnych miejscach i na tą okoliczność przedstawił umowę nr 1/08/2017 z dnia 7 sierpnia 2017 r. zawartą pomiędzy nim a Budromax T. M. .

Opierając się o powyższe oświadczenia i dokumenty, Izba uznała, że wykazują one spełnianie przez Przystępującego cyt. wyżej warunku udziału w postępowaniu.

Z treści zawartej pomiędzy Przystępującym a Budromax T. M. umowy i referencji wynika, że dotyczy ono jednego zamówienia, które obejmowało dwa zadania inwestycyjne obejmujące swoim zakresem przedmiot zamówienia (vide: zakres wskazany w referencji z dnia 28 maja 2018 r.).

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że sporny warunek zakładał wykonanie przedmiotu zamówienia ściśle w jednej lokalizacji i u jednego inwestora.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że postanowienia SIWZ nie przewidywały żadnych ograniczeń co do kręgu podmiotów na rzecz których miało być realizowane zamówienie, nie zawierały również zastrzeżenia, że chodzi o zamówienie publiczne, to jest stosunek prawny, który łączyłby wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego z danym zamawiającym (inwestorem).

Przedstawiony przez Odwołującego dowód ze strony internetowej słownika języka polskiego PWN definiujący słowo „wraz” – w ocenie Izby – nie jest adekwatny do przedmiotowego stanu faktycznego, bowiem odniesienie się do synonimu tego słowa – „równocześnie” czy „razem” przy analizie znaczenia tego słowa w kontekście brzmienia warunku nie przesądza o tym, że wykazywane zamówienie miało być realizowane w tej samej lokalizacji i wobec tego samego inwestora.

Irrelevantne dla tej sprawy jest również rozumienie omawianego warunku przez innego wykonawcę, bowiem w innej sytuacji jest wykonawca, który legitymuje się bezpośrednim wykonaniem umowy na rzecz inwestora, a w innej podmiot, który wykonał zadanie na rzecz innego wykonawcy, który jest z tym inwestorem związany umową realizacyjną.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art.25a ust.1 pkt 1 ustawy Pzp stosownie do którego, do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że Przystępujący takie oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków

udziału w postępowaniu złożył w piśmie z dnia 23 sierpnia 2020 r.

Wobec tego zarzut Odwołującego wywiedziony z art.25a ust.1 pkt 1 ustawy Pzp należało uznać za bezpodstawny.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, Izba uznała, że nie został on udowodniony.

Należy wskazać, że do zastosowania przepisu art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy konieczne jest spełnienie wszystkich opisanych w nim przesłanek, bowiem z postępowania o udzielenie zamówienia w granicach tej regulacji prawnej 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.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że Przystępujący przedstawił błędne informacje w złożonym wykazie robót budowlanych, który następnie został wyjaśniony w odniesieniu do wykonanych robót i ich wartości.

Izba oparła swoje rozstrzygnięcie na powołanej wyżej umowie nr 1/08/2017 z dnia 7 sierpnia 2017 r. zawartej pomiędzy nim a Budromax T. M. i referencji z dnia 28 maja 2018 r., które to dokumenty wskazują na realizację zamówienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w pkt 9.1.3. ppkt 2 Tomu I SIWZ.

W przekonaniu Izby - przedłożone przez pełnomocnika Odwołującego na posiedzeniu dowody (pismo z gminy Mirsk z dnia 13 października 2020r. wraz z protokołami odbioru końcowego, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 lipca 2017 r., SIWZ dotyczące przetargu na „Uzbrojenie terenów aktywności gospodarczej przy Al. Wojska Polskiego w Mirsku”, pisma z 13 października 2020r. gminy miejskiej Bolesławiec wraz z protokołem) wykazują przede wszystkim okoliczność braku realizacji zadeklarowanego zamówienia w formule podwykonawstwa, co jednak nie przesądza o fakcie, że prace te nie zostały wykonane faktycznie przez Przystępującego, przez co zdobył on stosowną wiedzę i doświadczenie.

Poza tym, dla analizy rozpoznawanej sprawy – w ocenie Izby - jest bez znaczenia okoliczność, że Przystępujący wykonywał u innych Zamawiających faktycznie roboty budowlane nie uzyskując statusu podwykonawcy, w warunkach, gdy inwestorzy ci w trakcie realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego, nie zbadali tej kwestii i nie wyciągnęli stosownych konsekwencji prawnych wobec wykonawcy z którym zawarli umowę.

W związku z powyższym, Izba uznała, że spełnieniem powyższego warunku udziału w postępowaniu było zadeklarowanie faktycznego zdobycia wiedzy i doświadczenia uzyskanego w ramach wykonania umowy nr 1/08/2017 z dnia 7 sierpnia 2017 r. zawartej pomiędzy Przystępującym a Budromax T. M. .

Jednocześnie, według Izby – Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący faktycznie nie zrealizował zadania w ramach cyt. wyżej umowy.

Należy podkreślić, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, co wynika wprost z art.6 kodeksu cywilnego.

Wobec tego, Izba nie mogła przyjąć, że złożone przez Przystępującego dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu zostały przez niego przedłożone w sposób nieprzemyślny czy niedbały i wprowadziły Zamawiającego w stan błędnego przekonania co do okoliczności faktycznych związanych z oceną warunku.

W tym stanie rzeczy, konsekwencją braku stwierdzenia przez Izbę, możliwości uznania, że zachowanie Przystępującego mieściło się w dyspozycji przepisów art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp, należało stwierdzić, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp Izba uznała go potwierdzony, bowiem Zamawiający mając do czynienia z oświadczeniem zawartym w wykazie posiadającym błędy i budzącym wskazane przez niego wątpliwości zaniechał wezwania Przystępującego do poprawienia wykazu.

Podstawę prawną takiego działania Zamawiającego stanowi przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w , 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 poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega

odrzućeniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jednak w myśl przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba doszła do przekonania, że wyjaśnienie przez Przystępującego omyłki w wykazie było na tyle precyzyjne, że w rezultacie brak wezwania nie mógł wpłynąć na ostateczną decyzję Zamawiającego, z tego powodu, że wyjaśnienia niejako konwalidowały powyższe omyłki wykonawcy, a oceniany przez Zamawiającego stan faktyczny w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu po wyjaśnieniach nie budził jego wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....