

## WYROK

z dnia 30 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Polimex Mostostal Spółka Akcyjna w Warszawie, Trakcja Spółka Akcyjna w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olsztyn w Olsztynie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Budimex Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **ZUE Spółka Akcyjna w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu - **Gminie Olsztyn w Olsztynie** - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy **ZUE Spółka Akcyjna w Krakowie** i uznanie jego oferty za odrzuconą i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę **ZUE Spółka Akcyjna w Krakowie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex**

**Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Polimex Mostostal Spółka Akcyjna w Warszawie, Trakcja Spółka Akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **ZUE Spółka Akcyjna w Krakowie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Polimex Mostostal Spółka Akcyjna w Warszawie, Trakcja Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 **Olsztynie**.

### Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Olsztyn w Olsztynie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbudowa linii tramwajowej w Olsztynie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 sierpnia 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Polimex Mostostal Spółka Akcyjna w Warszawie, Trakcja Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu:

- (1) dokonania wyboru oferty wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie („ZUE”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
  - (2) zaniechania wykluczenia wykonawcy ZUE z postępowania; ewentualnie;
- zaniechania wezwania ZUE do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia;
- (3) zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- (1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia ZUE i niesłuszne uznanie, że ZUE spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.1) lit. c s.i.w.z., gdy tymczasem, wbrew twierdzeniom ZUE zawartym w przedłożonym zamawiającemu wykazie robót budowlanych, w ramach inwestycji pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Białdolino - Tarnów w km 61,300 - 80,200 w ramach projektu POIŚ 5.1-7 Faza II „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III” Przetarg 1.3” wykonawca ZUE nie dobudował trzech przęseł kratowych;

ewentualnie;

art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUE do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.1) lit. c) s.i.w.z.;

- (2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie ich zastosowania, pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd przez ZUE, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa), przy przedstawieniu informacji w zakresie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, co doprowadziło do niesłusznego wyboru oferty ZUE jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

a w konsekwencji,

- (3) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Uwzględniając powyższe, odwołujący wniosł:

- (1) na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p. o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty ZUE jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

- wykluczenie ZUE z postępowania;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ma podstaw do wykluczenia ZUE z postępowania;

wezwanie ZUE do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.;

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty ZUE;

- uznanie oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu;

- (2) na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

- (3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w ustawie P.z.p. i w konsekwencji wykluczył ZUE z postępowania, oferta odwołującego (która plasuje się na drugim miejscu w rankingu ofert) mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („s.i.w.z.”), zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że należycie zrealizował w okresie 8 lat przed terminem składania oferty jedną umowę na roboty budowlane obejmującą budowę lub przebudowę obiektu mostowego wieloprzęslowego o rozpiętości najkrótszego przęsła powyżej 30 m” (rozdział V pkt 2.1) lit. c) s.i.w.z.).

W postępowaniu złożonych zostało siedem ofert. Po dokonaniu analizy pod kątem kryteriów oceny ofert zamawiający uznał, że najkorzystniejszą jest ta złożona przez wykonawcę ZUE. W przedłożonym zamawiającemu wykazie robót budowlanych (w ramach procedury, o której mowa w art. 26 ust. ustawy P.z.p.), na potrzeby wykazania doświadczenia, o którym mowa w rozdziale V pkt. 2.1) lit. c) s.i.w.z., wykonawca ZUE wskazał inwestycję pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Biadoliny- Tarnów w km 61,300 - 80,200 w ramach projektu POHŚ 5.1- 7 Faza II „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków - Rzeszów, etap HF Przetarg 1.3\* („Inwestycja Biadoliny - Tarnów”). W opisie inwestycji wskazano:

Zakres prac:

Budowa obiektu mostowego - mostu kolejowego na linii kolejowej dwutorowej, wieloprzęslowego, dobudowa dodatkowych przęseł z uwagi na zbyt małe światło mostu, dobudowa 3-ch przęseł kratowych.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2020 r. zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez ZUE jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że

(a)ZUE, wbrew twierdzeniu ujętemu w wykazie robót budowlanych, nie wykonało w ramach Inwestycji Biadoliny - Tarnów dobudowy dodatkowych 3 przęseł kratowych oraz

(b)prace wykonane na moście kolejowym znajdującym się w km. 71,327 linii kolejowej nie stanowiły budowy lub przebudowy w rozumieniu art. 3 pkt 6 i 7 Pr. bud.,

a w konsekwencji ZUE nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w Rozdziale V pkt. 2.1) lit. c) s.i.w.z. i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż prace, które wykonało ZUE na wskazanej inwestycji, polegające na naprawach i wymianie zużytych elementów mostu, są charakterystyczne dla remontu definiowanego jako wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym (art. 3 pkt 8 Pr. bud.).

W ocenie odwołującego, konsekwencją powyższego jest brak spełnienia przez ZUE warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale V pkt 2.1) lit. c) s.i.w.z., skutkujące uznaniem, że ZUE podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do przesłanek wykluczenia z postępowania z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.), mając na względzie kategoryczne, jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie ZUE, że w jego zakresie, który wykonywał leżały wyżej wskazane roboty, uwzględniając, że oczywistym celem tego oświadczenia było spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, w której dokładnie te roboty polegające na dobudowie 3-ch przęseł kratowych nie zostały w ogóle wykonane, odwołujący stwierdził, że powyższe zachowanie ZUE należy ocenić jako umyślne (a zatem w wyniku zamierzonego działania) wprowadzenie zamawiającego w błąd w zakresie braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.) oraz spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym zachowanie ZUE wypełnia przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do ewentualnego zastosowania procedury uzupełniającej (art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.), odwołujący wskazał, że ze względu na fakt, że oświadczenie ZUE zawarte w wykazie robót budowlanych, dotyczące wykonania przez ZUE robót polegających na dobudowie trzech przęseł kratowych jest niezgodnie z rzeczywistością, bowiem takie roboty nigdy nie zostały wykonane przez ZUE, wykluczona jest możliwość zastosowania procedury uzupełniającej z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. ZUE dopuściło się bowiem wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego już na tym etapie, bez względu na dalsze ewentualne składanie wyjaśnień czy uzupełnień, podlega wykluczeniu. Jednakże, nawet jeżeliby dojść do przekonania, że ZUE nie podlega wykluczeniu to ze względu na wykazane niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, należy unieważnić czynność wyboru oferty ZUE oraz zobowiązać zamawiającego do przeprowadzenia procedury uzupełniającej. Odwołujący podkreślił, że zarzut ten ma charakter ewentualny i procedura uzupełniająca winna mieć zastosowanie jedynie wtedy, gdyby Izba uznała, że ZUE nie podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawca Budimex Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 września 2020 roku oświadczył, że na zasadzie art. 186 ust. 3a ustawy P.z.p., uwzględnia zarzuty odwołania w części, tj. w zakresie naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUE S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.1.c s.i.w.z. (warunek odnoszący się do obiektu mostowego), pomimo że wykonawca ZUE S.A. nie wykazał spełnienia tego warunku. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania wg rachunków przedłożonych na rozprawie.

Zamawiający stwierdził, że po przeanalizowaniu zarzutów odwołania, a także korespondencji, jaką otrzymał od inwestora PKP PLK S.A., odnoszącej się do obiektu referencyjnego wskazanego przez wykonawcę ZUE w wykazie robót budowlanych, jakim był most na rzece Dunajec koło Tarnowa, doszedł do wniosku, że na przedmiotowym obiekcie nie były wykonywane roboty budowlane wykazane przez ZUE w wykazie robót w postaci dobudowy dodatkowych przęseł z uwagi na zbyt małe światło mostu.

Zamawiający podniósł, że nieprawdziwe oświadczenie ZUE zawarte w wykazie robót o wykonaniu takiej budowy stanowiło podstawę dla zamawiającego do stwierdzenia, że ZUE wykazał spełnianie warunku i dalej do podjęcia decyzji o ocenie oferty ZUE jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu. Stwierdzając zatem, że ZUE: (1) przedstawiło informacje wprowadzające w błąd; (2) które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. i linii orzeczniczej KIO, zamawiający obowiązany był do zbadania, czy przedstawienie nieprawdziwych informacji nastąpiło wskutek co najmniej niedbalstwa.

Zamawiający pismem z dnia 17 września 2020 roku zwrócił się do ZUE o wyjaśnienia w tym zakresie, które otrzymał pismem z dnia 22 września 2020 roku,

Zamawiający wskazał, że z uwagi na objęcie pisma zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający nie negując zastrzeżenia, nie może w jawnym piśmie przedstawić argumentacji i szerszego wywodu na ten temat.

Zamawiający po analizie wyjaśnień ZUE oraz załączonych dowodów stwierdził, że przedstawienie nieprawdziwych informacji nastąpiło w wskutek innych okoliczności, nie zaliczanych do niedbalstwa, a tym bardziej lekkomyślności. Wniosek ten prowadzi do konkluzji o braku podstaw do wykluczenia ZUE z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 29 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. (jak i tym bardziej w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., który wymaga niedbalstwa w stopniu rażącym). W efekcie Zamawiający potwierdził częściowo zasadność zarzutu odwołującego w zakresie nie wykazania przez ZUE spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Żądanie wykluczenia tego wykonawcy zamawiający ocenił jednakże jako przedwcześnie.

Jednocześnie zamawiający nie podzielił argumentacji opisanej przez ZUE w piśmie z dnia 25 września 2020 roku, jakoby roboty na przedmiotowym moście były przebudową tego mostu. Zwrócił uwagę, że decyzja o pozwoleniu na budowę dotyczy szeregu obiektów i robót na całej linii kolejowej na szlaku Bogumiłowice-Tarnów Mościwe w km 71,100-

72,800, która jako całość bez wątpienia była budową i przebudową. Wysnuwanie wniosku o konieczności kwalifikacji robót jako przebudowy co do jednego tylko z elementów tej inwestycji, objętych wspólnym kompleksowym pozwoleniem na budowę z brzmienia jednego z akapitów decyzji o pozwoleniu na budowę jest nieuprawnione.

Przystępujący ZUE w piśmie procesowym z dnia 25 września 2020 roku wniósł o:

a.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, jak wskazano w piśmie, oraz

b.oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Odnosząc się do zarzutu niespełnienia przez przystępującego ZUE warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.1 lit. c s.i.w.z., zgodnie z którym wykonawca miał posiadać doświadczenie w realizacji prac dotyczących „budowy lub przebudowy obiektu mostowego wieloprzęsłowego o rozpiętości najkrótszego przęsła powyżej 30 m”, ZUE wskazało, że twierdzenia odwołującego są całkowicie niezgodne z prawdą. Przystępujący zrealizował bowiem na zadanu prace wymagane s.i.w.z., a więc spełnia on kwestionowany warunek udziału w postępowaniu.

W dalszej części uzasadnienia odwołania przystępujący ZUE szeroko argumentował twierdzenie, iż wykonane przez niego prace stanowiły przebudowę obiektu mostowego.

Odnosząc się zatem do zarzutów dotyczących art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., przystępujący ZUE zauważył, że w sytuacji, gdy przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie sposób mówić o możliwości zastosowania tych przepisów.

Przystępujący ZUE stwierdził, że art. 24 ust. 1 pkt 16 może być zastosowany wówczas, gdy po stronie zamawiającego zaistnieje błąd w postaci stworzenia u niego mylnego („błédnego”) wyobrażenia, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, podczas gdy w rzeczywistości warunek ten nie jest spełniony. Wykonawca podlega zatem wykluczeniu niejako „za karę” działania w celu uzyskania nieuzasadnionej korzyści. Przepis ten nie może zatem znaleźć zastosowania wówczas, gdy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Przystępujący ZUE podkreślił, że w niniejszej sprawie nie można nawet mówić o niedbalstwie (czy też lekkomyślności). Tym samym nie sposób też mówić o rażącym niedbalstwie. Wskazał, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał zaistnienia tych przesłanek, a to na nim ciąży w tym zakresie obowiązek dowodowy.

W ocenie przystępującego ZUE, analogicznie sytuacja przedstawia się z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Podkreśla się w tym zakresie, że w przypadku informacji wprowadzających w błąd istotne jest to, jaki skutek mogły one wywoływać w świadomości zamawiającego. W konsekwencji więc, gdy zamawiający podjąłby taką samą decyzję na podstawie informacji prawidłowych, nie ma mowy o tym, aby przedstawienie nieprawidłowych informacji miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego. W konsekwencji w takiej sytuacji nie ma podstaw na gruncie tego przepisu do wykluczenia wykonawcy.

Przystępujący ZUE wskazał, że nie złożył nieprawdziwych informacji, gdy składając wstępne oświadczenia w JEDZ oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Omyłkowo jedynie nastąpiło podanie danych ze świadectwa przejęcia, odnoszących się do wartości prac (która to pozycja w świadectwie przejęcia stanowiła powtórzenie odpowiedniej pozycji RCO), co nie zmienia faktu, że przystępujący może się wykazać doświadczeniem w przebudowie podanego przez niego obiektu mostowego na wskazanym przez niego zadaniu.

Jednocześnie przystępujący ZUE zauważył, że odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Otóż bowiem odwołujący i tak nie miałby możliwości realizacji zamówienia, a to z tego powodu, że powinien zostać wykluczony z udziału w niniejszej procedurze o udzielenie zamówienia.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że należycie zrealizował w okresie 8 lat przed terminem składania oferty jedną umowę na roboty budowlane obejmującą budowę lub przebudowę obiektu mostowego wieloprzęsłowego o rozpiętości najkrótszego przęsła powyżej 30 m” (rozdział V pkt 2.1) lit. c) s.i.w.z.).

W postępowaniu złożonych zostało siedem ofert.

Formularz ofertowy przystępującego ZUE został podpisany przez Panią A. S., na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez ZUE SA.

Po dokonaniu analizy pod kątem kryteriów oceny ofert zamawiający uznał, że najkorzystniejszą jest ta złożona przez wykonawcę ZUE. W przedłożonym zamawiającemu wykazie robót budowlanych (w ramach procedury, o której mowa w art. 26 ust. ustawy P.z.p.), na potrzeby wykazania doświadczenia, o którym mowa w rozdziale V pkt. 2.1) lit. c) s.i.w.z., wykonawca ZUE wskazał inwestycję pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Biadolin- Tarnów w km 61,300 - 80,200 w ramach projektu POHŚ 5.1- 7 Faza II „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap HF Przetarg 1.3\* („Inwestycja Biadolin- Tarnów”). W opisie inwestycji wskazano:

Zakres prac:

Budowa obiektu mostowego - mostu kolejowego na linii kolejowej dwutorowej, wieloprzęsłowego, dobudowa dodatkowych przęseł z uwagi na zbyt małe światło mostu, dobudowa 3-ch przęseł kratowych.

Złożony wykaz robót został podpisany również przez Panią A. S. .

Pismem z dnia 17 sierpnia 2020 r. zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez ZUE jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zgodnie z treścią pisma z dnia 4 września 2020 roku, jakie od inwestora PKP PLK S.A. otrzymał zamawiający oraz załączników do tego pisma w postaci kopii decyzji o pozwoleniu na budowę, kopii projektu architektoniczno-budowlanego, dokumentacji fotograficznej, zakres robót (w odniesieniu do dobudowy trzech przęseł), w wyniku prac projektowych został ograniczony w porównaniu do pierwotnych zamierzeń inwestora. Powyższe zostało poparte dokumentami w postaci:

1)decyzji nr 1069/2016 o udzieleniu inwestorowi pozwolenia na użytkowanie przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych;

2)zawiadomienia o zakończeniu budowy i wykonaniu pozostałych robót.

Zamawiający pismem z dnia 17 września 2020 roku zwrócił się do przystępującego ZUE o złożenia wyjaśnień w kontekście przyczyn przedstawienia przez ZUE informacji, że doszło do *Budowy obiektu mostowego - mostu kolejowego na linii kolejowej dwutorowej, wieloprzęsłowego, dobudowa dodatkowych przęseł z uwagi na zbyt małe światło mostu.*

Przystępujący ZUE w odpowiedzi złożył pismo z dnia 22 września 2020 roku wraz z załącznikami. Treść pisma oraz załączniki zostały przez niego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego ZUE, iż odwołujący nie ma interesu, ponieważ podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Dla oceny, czy danemu wykonawcy przysługują uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., należy ustalić, czy zaszły przesłanki wskazane w przedmiotowym unormowaniu, tj., czy:

-wykonawca wnoszący odwołanie ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia,

-wykonawca ten poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że odwołujący wykazał istnienie powyższych przesłanek. W szczególności dowiódł, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, co uzasadnia

jego interes w uzyskaniu zamówienia. Wykazał również, że zamawiający zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że w ramach procedury odwróconej, a z taką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący nadal pozostaje uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie dokonywał oceny jego oferty pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, na tym etapie postępowania, brak jest podstaw do dokonywania jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie.

*W rozpoznawanej sprawie bezspornym jest, że przystępujący ZUE w złożonym wykazie robót wykazał wykonanie Budowy obiektu mostowego - mostu kolejowego na linii kolejowej dwutorowej, wieloprzęsłowego, dobudowa dodatkowych prześel z uwagi na zbyt małe światło mostu, dobudowa 3-ch prześel kratowych. Bezspornym jest również okoliczność, że wskazane roboty nie zostały wykonane.*

W ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie, że przystępującemu ZUE można przypisać co najmniej niedbalstwo przy przedstawieniu nieprawdziwych informacji.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 K.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, 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 (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrome w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 K.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

W tym miejscu wskazać należy na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18. zgodnie z którym: „Działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż przystępujący ZUE nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności, na które powołał się przystępujący ZUE, jako przyczynę podania nieprawdziwych informacji, odnoszą się do jednego z pracowników przystępującego ZUE. Podkreślić należy, że tylko i wyłącznie przystępujący ZUE jest odpowiedzialny za własny personel i jest to kwestia wewnętrznej organizacji wykonawcy. Na zewnątrz natomiast spółkę reprezentują osoby do tego uprawnione (przede wszystkim członkowie zarządu) oraz osoby upoważnione do działania w jej imieniu. To na tych osobach spoczywa obowiązek zachowania należytej staranności stypizowanej w art. 355 § 2 K.c. Przystępujący ZUE, działając poprzez upoważnioną do tego osobę, złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie podał nieprawdziwe informacje w tym zakresie. Odpowiedzialnymi za tego rodzaju okoliczności są osoby

działające w imieniu spółki, nie zaś jakiekolwiek inne osoby, nawet jeśli były zaangażowane w przedmiotowe postępowaniu.

W ocenie Izby, czynnościom przystępującego ZUE można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Podkreślenia wymaga, że podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c., obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania, niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach.

Podkreślenia wymaga, iż dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także w wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek.

Co do trzeciej przesłanki wykluczenia przystępującego ZUE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że wskazane przez niego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez przystępującego ZUE zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Wskazując na powyższe, stwierdzić należy, że wszelka argumentacja przystępującego ZUE, mająca wykazać, że wykazane przez niego roboty, były w istocie przebudową obiektu mostowego, należy ocenić jako bezprzedmiotowe. Ze względu na fakt, że oświadczenie ZUE zawarte w wykazie robót budowlanych, dotyczące wykonania przez ZUE robót polegających na dobudowie trzech przęseł kratowych, jest niezgodnie z rzeczywistością, bowiem takie roboty nigdy nie zostały wykonane przez ZUE, zamawiający nie był obowiązany ani uprawniony do badania, czy roboty, które przystępujący ZUE wykazał, odpowiadają postawionemu warunkowi pod innym względem.

Podkreślenia również wymaga, że w rozpoznawanej sytuacji wykluczona jest możliwość zastosowania procedury uzupełniającej z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. ZUE dopuściło się bowiem wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego już na tym etapie, bez względu na dalsze ewentualne składanie wyjaśnień czy uzupełnień, podlega wykluczeniu. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zgodnie bowiem z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zaś ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyrok KIO z 2.04.2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13.07.2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.