

WYROK

z dnia 12 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie **11 lutego 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **13 stycznia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Climatic sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Michałowicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Roboty budowlane w formule zaprojektuj-zbuduj polegające na budowie żłobka i przedszkola w technologii modułowej na osiedlu Budziwój w Rzeszowie wraz z zagospodarowaniem terenu w ramach zadań inwestycyjnych: „Budowa żłobka na os. Budziwój w Rzeszowie”, „Budowa przedszkola na os. Budziwój w Rzeszowie”* (nr postępowania CZ-A.271.54.166.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Rzeszów**

przy udziale wykonawcy: **SOLKAN sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonej czynności w prowadzonym postępowaniu wykluczenie SOLKAN sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V pkt 1.3.1. tiret pierwsze i drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciążyć po połowie Zamawiającego i Odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) – odpowiadającą połowie kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz jego uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Miasto Rzeszów {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Roboty budowlane w formule zaprojektuj-zbuduj polegające na budowie żłobka i przedszkola w technologii modułowej na osiedlu Budziwój w Rzeszowie wraz z zagospodarowaniem terenu w ramach zadań inwestycyjnych: „Budowa żłobka na os. Budziwój w Rzeszowie”, „Budowa przedszkola na os. Budziwój w Rzeszowie”* (nr postępowania CZ-A.271.54.166.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 lipca 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 568049-N-2020.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SOLKAN sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie {dalej również w skrócie: „Solkan” lub „Przystępujący”}.

13 stycznia 2021 r. Climatic sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Michałowicach {dalej: „Climatic” lub „Odwołujący”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania wykluczenia z postępowania Solkan, a także od zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wykluczenia Solkanu, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 16 – przez zaniechanie wykluczenia Solkanu, który w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.
3. Art. 24 ust. 1 pkt 17 – przez zaniechanie wykluczenia Solkanu, pomimo że w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Wykluczenia Solkanu z postępowania.
3. Ponownej oceny ofert pod kątem przyjętych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1.-3. listy zarzutów – okoliczności wspólne}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu badania spełniania przez Drogomax warunków udziału w postępowaniu.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w szczególności w programie funkcjonalno-użytkowym {dalej: „PFU”}. W pkt 1.1. (w szczególności w pkt 1.1.1. i 1.1.1.2 oraz 1.1.2. i 1.1.2.1.) PFU określono charakterystyczne parametry odnośnie wielkości budynku i zakresu prac budowlanych, jak również podstawowe założenia dotyczące budynku przedszkola oraz żłobka. Przewidziano m.in. zastosowanie technologii modułowej opartej o moduły w konstrukcji

stalowej o możliwie dużych gabarytach segmentów oraz o wysokim stopniu prefabrykacji. Odnośnie konstrukcji modułów wskazano na główną konstrukcję nośną, konstrukcję podłogi i konstrukcję dachu – jako stalowe ramy.

Z powyższymi wymogami dotyczącymi technologii realizacji robót korespondowały warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VI SIWZ w następującym brzmieniu:

- Wykonawca wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedno zamówienie na robotę budowlaną polegającą na budowie w technologii modułowej stalowej o powierzchni zabudowy większej lub równej 750 m².

- Wykonawca wykaże, że nie wcześniej niż w terminie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej dotyczącej budowy budynku w technologii modułowej stalowej o powierzchni zabudowy większej lub równej 750 m².

Po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Climatic 18.11.2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 4.12.2020 sygn. akt. KIO 3022/20 uwzględniła je i nakazała Zamawiającemu unieważnić

wybór najkorzystniejszej oferty i powtórzyć badanie i ocenę ofert, w tym wezwać Solkan w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp do wyjaśnienia, na czym polega technologia modułowa stalowa w wykazanym przez Przystępującego doświadczeniu zawodowym i czy jest to technologia odpowiadająca technologii opisanej przez Zamawiającego w pkt. 1.1.1 i 1.1.2 oraz 1.1.2 i 1.1.2.1 PFU oraz ewentualnie wezwać Solkan w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia wykazu usług i wykazu robót o doświadczenie potwierdzające zaprojektowanie lub wykonanie usługi lub zamówienia na roboty budowlane dotyczące budowy budynku w technologii modułowej stalowej.

W uzasadnieniu odwołania Izba wskazała, że w odniesieniu do zamówienia, na które powoływał się Solkan dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarówno w zakresie robót budowlanych, jak i dokumentacji budowlanej – Budowa zaplecza technicznego do obsługi taboru w zajezdni autobusowej – hali napraw i diagnostyki z zapleczem magazynowo-socjalnym, budynku automatycznej myjni, elementów komunikacji wewnętrznej, infrastruktury technicznej, przy al. Wyzwolenia w Rzeszowie w formule „zaprojektuj-wybuduj” dla Związku Gmin Podkarpacka Komunikacja Samochodowa – skutecznie została podważona wiarygodność oświadczenia wynikającego z referencji przedłożonych przez Solkan, wobec tego wskazane przez Solkan doświadczenie nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z ww. wyrokiem Izby Zamawiający pismem z 15.12.2020 r. wezwał Solkan do złożenia wyjaśnień, na czym polega technologia modułowa stalowa w wykazanym przez wykonawcę doświadczeniu, czy jest to technologia odpowiadająca technologii opisanej przez Zamawiającego pkt 1.1.1. i 1.1.2 oraz 1.1.2 i 1.1.2.1. PFU, ewentualnie do złożenia nowych dokumentów, w szczególności wykazu usług i robót. Przy czym Zamawiający zaznaczył, że warunki udziału „muszą być zgodne z ww. wyrokiem Izby i ściśle z nim powiązane”, zaś wykonawca składając nowy wykaz usług i robót wraz z referencjami winien potwierdzić, że posiada doświadczenie zawodowe polegające na wykonaniu usług i robót dotyczących budynków w technologii modułowej stalowej, odpowiadającej technologii opisanej przez Zamawiającego w powyższych punktach PFU.

W odpowiedzi Solkan pismem z 21.12.2020 r. złożył nowy wykaz usług i robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w którym ujęte były następujące usługi i roboty.
[poz. 1. wykazów]

Nazwa zamówienia: „Budowa zaplecza technicznego do obsługi taboru w zajezdni autobusowej – hali napraw i diagnostyki z zapleczem magazynowo-socjalnym, budynku automatycznej myjni, elementów komunikacji wewnętrznej, infrastruktury technicznej, przy al. Wyzwolenia w Rzeszowie w formule „zaprojektuj-wybuduj”.

Data wykonania: luty-listopad 2019, w tym opracowanie dokumentacji projektowej w okresie luty-maj 2019.

Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana: Związek Gmin Podkarpacka Komunikacja Samochodowa.

Do wykazu Solkan załączył referencje wystawione przez Związek Gmin Podkarpacka Komunikacja Samochodowa, w których wskazano, że Solkan zrealizował inwestycję polegającą na (...) {jw w nazwie zamówienia”.

Przedmiot umowy obejmował:

- opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej dla przedmiotowego zadania, obejmującej w szczególności projekt budowlany, projekty wykonawcze wszystkich branż, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary robót wraz z kosztorysami inwestorskimi,

- budowę hali napraw wraz z myjnią w technologii stalowej modułowej o powierzchni użytkowej 753,93 m²,

- budowę budynku zaplecza magazynowo-socjalnego w technologii tradycyjnej o powierzchni użytkowej 249,54 m²,

- dostawę wyposażenia zaplecza technicznego hali napraw.

[poz. 2. wykazów]

Nazwa zamówienia: „Budowa budynku produkcyjno-magazynowego o powierzchni zabudowy 3100 m² w technologii stalowej modułowej, obejmująca opracowanie dokumentacji projektowej, wykonanie budynku o konstrukcji stalowej opartej na ramach nośnych stalowych oraz innych robót budowlanych i wykończeniowych”.

Data wykonania: listopad 2017 - czerwiec 2018.

Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana: ITCmetalcon.

Do wykazu Solkan załączył referencje wystawione przez ITCmetalcon, w których wskazano, że Solkan zrealizował inwestycję polegającą na budowie hali produkcyjno-magazynowej o powierzchni zabudowy 3.100 m² w miejscowości Cottbus w Niemczech oraz że zadania wchodzące w skład inwestycji wykonane przez Solkan polegały m.in. na:

- opracowaniu dokumentacji projektowej hali,

- wykonaniu konstrukcji stalowej hali,

- montażu elementów prefabrykowanych z gotową konstrukcją hali,

- montażu płyt elewacyjnych, okien, brak i innych elementów tworzących gotowy budynek.

W referencjach wskazano również, że budynek hali został zaprojektowany i wykonany w technologii stalowej modułowej, z głównymi konstrukcjami powtarzalnymi:

- konstrukcja nośna budynku jako rama stalowa spawana,

- konstrukcja ryglówki jako elementy stalowe spawane,

- konstrukcja dachu stalowa.

Następnie, Zamawiający pismem z dnia 30.12.2020 r. wezwał Solkan do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego wykazu tj. odnośnie tego:

- w jakim zakresie zaprojektowana technologia wykonania budynku wykazanego w pkt 2. wykazu usług i robót odpowiada technologii opisanej w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ i PFU (w ww. punktach) ,

- pod jakim dokładnie adresem zrealizowano roboty wskazane w wykazie robót.

W odpowiedzi z 5.01.2021 r. Solkan wyjaśnił, że konstrukcja budynku została złożona z prefabrykatów, w tym ram stalowych spawanych jako konstrukcja nośna spięta spawaną ryglówką stalową oraz stalową konstrukcją dachu.

Wskazał, że cała konstrukcja zrealizowanego budynku jest oparta na konstrukcji stalowej, w szczególności podłoga budynku, konstrukcja nośna oraz dach zostały oparte na ramach stalowych. Dodał, że dla konstrukcji nośnych była to rama stalowa ze słupkami stalowymi, a dla konstrukcji podłogi rama stalowa składająca się z belek stalowych, zaś dla dachu rama stalowa wzmocniona belkami i dźwigarami.

Zamawiający pismem z 8.02.2021 r. poinformował o ponownym wyborze oferty Solkanu jako najkorzystniejszej.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

W odniesieniu do pierwszej inwestycji z wykazu usług i robót Odwołujący powołał się na to, co orzekła już Izba w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3022/20, co powyżej zrelacjonowano.

W odniesieniu do drugiej inwestycji z tego wykazu Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 45 ust. 2 ustawy o rachunkowości z dnia 29.09.1994 r. (t.j. Dz. U. 2019 poz. 351) sprawozdanie finansowe składa się z m.in. informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia. Natomiast zgodnie z załącznikiem nr 1 do tej ustawy, określającym zakres informacji wykazywanych w sprawozdaniu finansowym, o którym mowa w art. 45 ustawy, dla jednostek innych niż banki, zakłady budżetowe i zakłady reasekuracji dodatkowe informacje obejmują w szczególności strukturę rzeczową (rodzaje działalności) i terytorialną (rynk geograficzne) przychodów netto ze sprzedaży towarów i produktów, w zakresie, w jakim te rodzaje i rynki istotnie różnią się od siebie, z uwzględnieniem zasad organizacji sprzedaży produktów i świadczenia usług. Oznacza to, że jeżeli firma dokonuje transakcji zagranicznych, w sprawozdaniu finansowym powinna wskazać na fakt prowadzenia takiej działalności, przez wskazanie ww. struktury rzeczowej i terytorialnej (rynk geograficzne).

Odwołujący podał, że z zamieszczonych na stronie internetowej www.ekrs.ms.gov.pl sprawozdań finansowych Solkanu nie wynika jednak, że dokonywał on tego typu transakcji w okresie sprawozdawczym obejmującym termin realizacji wykazanej inwestycji na rzecz ITCmetalcomu, tj. ani w 2017 i 2018, ani nawet w 2019.

Według Odwołującego oznacza to, że powoływanie się na realizację usług lub robót, w których kontrahentem jest podmiot zagraniczny (niemiecka firma ITCmetalcom), w sytuacji braku wykazania w dokumentach finansowych Solkanu dokonywania transakcji zagranicznych, czyni złożony przez Solkan wykaz usług i robót niewiarygodnym.

Odwołujący nadmienił, że jeżeli wykaz robót i usług został rzetelnie sporządzony i zawiera faktycznie zrealizowane przez Solkan zamówienia, prowadziłyby do wniosku, że Solkan dopuszcza się uchybień w kwestii sprawozdań finansowych.

Niezależnie od powyższego według Odwołującego nie można uznać, że inwestycja w Cottbus odpowiada warunkom udziału w postępowaniu przy jednoczesnym nawiązaniu do wymagań postawionych w PFU. Zgodnie z wymogami dotyczącymi przedmiotu zamówienia budynki przedszkola i żłobka powinny być bowiem wykonane w technologii modułowej stalowej.

Odwołujący wyjaśnił, że jest to technologia wykonywania obiektów kubaturowych z modułów – przestrzennych, trójwymiarowych (wolumetrycznych) segmentów o stalowej konstrukcji nośnej, stalowej konstrukcji podłogi i stalowej konstrukcji dachu. Moduły te charakteryzują się dużym stopniem prefabrykacji tj. są produkowane jako fabrycznie gotowe elementy konstrukcyjne, które dostarcza się na miejsce i montuje jako duże elementy objętościowe lub jako istotne elementy budynku, takie jak całe pomieszczenia, części pomieszczeń lub oddzielne jednostki o wysokim poziomie użyteczności, takie jak toalety lub windy. Zbiór oddzielnych modułów tworzy samonośną konstrukcję lub, w przypadku wysokich budynków, może opierać się na niezależnej ramie konstrukcyjnej. Przez połączenie modułów powstaje budynek modułowy definiowany jako produkt budowlany i projektowany jako trójwymiarowa konstrukcja, możliwy do przetransportowania na miejsce w trójwymiarowych lub płaskich opakowaniach, szybko zapewniający powłokę odporną na działanie czynników atmosferycznych, który może być poddawany ostatecznemu dostosowaniu do działania czynników atmosferycznych, spajaniu budynków (modułów) lub łączeniu budynków (modułów) z fundamentami.

Przy czym, jak wskazał projektant, który wykonał dokumentację projektową przedmiotowego postępowania (p. T. K. z firmy KKAD): *PFU przedszkola i żłobka na osiedlu Budziwój w Rzeszowie(...) zakłada realizację budynku w oparciu o moduły, czyli wielkogabarytowe przestrzenne, trójwymiarowe segmenty o stalowej konstrukcji nośnej takie, gdzie szkielet konstrukcji stanowią trójwymiarowe „klatki” stalowe, które są odpowiednio „obudowywane” w przegrody na zakładzie wytwórcy oraz wyposażone w instalacje. Cechą charakterystyczną jest także wysoki stopień prefabrykacji. (...) W takim module wykonywane są gotowe pomieszczenia lub ich części, produkowane poza terenem budowy, a sam moduł stanowi samonośną strukturę. Budownictwo prefabrykowane jest dużo szerszym pojęciem i odnosi się do wszystkich prefabrykatów np. prefabrykowanych słupów, płyt, belek, ścian, stropów. Nie jest to technologia równoznaczna z technologią modułową. W technologii modułowej mówimy o kilku bardzo ważnych cechach – przede wszystkim jest to prefabrykat przestrzenny (3D) realizowany w całości o konstrukcję stalową – czyli strop podłoga i ściany są integrowane w jednym segmencie – module. Druga bardzo ważna cecha to wysoki stopień prefabrykacji – instalacje i część prac wykończeniowych wykonywane są jeszcze w zakładzie wytwórcy. Kolejną cechą jest łatwa możliwość przetransportowania sprefabrykowanego modułu.*

Odwołujący wywiódł, że wobec tego za wykonane w technologii modułowej nie można uznać obiektów, które charakteryzują się powtarzalnością wymiarową modułów płaskich, takich jak np. stalowe hale modułowe, których szkielet opiera się na powtarzalności wymiarowej modułów w postaci ram płaskich lub przestrzennych.

Odwołujący powołał się na to, że Izba w wyroku z 4.12.2020 r. wskazała, że w przedmiotowym postępowaniu rozstrzygające znaczenie dla interpretacji technologii modułowej stalowej, o której mowa w warunku udziału w postępowaniu, należy nadać treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie technologii wykonania.

Odwołujący stwierdził, że analizując charakterystykę budynku w Cottbus przedstawioną przez Solkan, należy dojść do wniosku, że budynek ten nie spełnia kryteriów powyżej opisanej technologii modułowej stalowej, gdyż Solkan nie wskazał w wyjaśnieniach, czy konstrukcja tego obiektu składała się z modułów przestrzennych i wysokiej jednorodności technologicznej konstrukcji i metod wykonania, co – jak wyżej wykazano – jest właśnie charakterystyczne dla technologii modułowej stalowej. Natomiast wykonanie konstrukcji stalowej nośnej z ram np. stalowych ram nie potwierdza jeszcze, że mamy do czynienia z technologią modułową przewidzianą przez Zamawiającego. Przeciwnie, stosowanie poszczególnych elementów lub zespołów elementów np. słupów, belek, czyli prefabrykatów wskazuje na obiekt prefabrykowany, a nie modułowy, pomimo tego, że każdy prefabrykat może być definicyjnie uznany za swego rodzaju moduł, czyli element pełniący ustaloną funkcję. Nie każdy jednak prefabrykat jest przestrzennym, trójwymiarowym, wolumetrycznym elementem, który po wbudowaniu tworzy obiekt modułowy.

Odwołujący podsumował, że wobec tego na podstawie przedłożonych przez Solkan informacji nie można z pewnością stwierdzić, że obiekt w Cottbus to budynek wykonany w wymaganej technologii modułowej stalowej. Z podanej przez Solkan charakterystyki wynika jedynie, że jest to stalowa hala modułowa, a nie obiekt w technologii modułowej w rozumieniu PFU. Tym samym na podstawie informacji przedłożonych przez Solkan nie można uznać, że wykazał się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący dodał, że ponieważ Solkan był już raz wezwany do uzupełnienia dokumentów (wykazu) na podstawie art. 26 ust. 3 pzp do Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania kolejnego wezwania. W związku z powyższym, niezależnie od wystąpienia przesłanek wykluczenia na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 pzp, powinien zostać również

wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, w związku z brakiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Według Odwołującego zakładając, że Solkan dokłada należytej staranności przy sporządzaniu sprawozdań finansowych zgodnie z obowiązującymi przepisami rachunkowości, nasuwa się uzasadnione przypuszczenie, że wykaz usług i robót zawiera informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego i mające na celu tylko i wyłącznie uzyskanie zamówienia, bez względu na to, czy Solkan rzeczywiście dysponuje wymaganym doświadczeniem i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 5.12.2014 r. sygn. akt XII Ga 659/14) *złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią, dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy*. A zatem, wykonawca musi wiedzieć, że nie spełnia danego warunku, a pomimo to składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że warunek ten spełnia.

Zdaniem Odwołującego taka właśnie sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Solkan wiedział, że nie spełnia warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia (czego dowodzi fakt, że takiego doświadczenia nie wykazywał w dokumentach finansowych), a pomimo to złożył wykaz, w którym ujęte były realizacje wskazujące na fakt spełniania tego warunku.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący wywiódł, że przede wszystkim informacje przedstawione przez Solkan wprowadziły Zamawiającego w błąd co do samego faktu realizacji inwestycji na rzecz firmy zagranicznej.

Po drugie, niewątpliwie miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bo gdyby Solkan nie złożył nieprawdziwej informacji w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, zostałby wykluczony z postępowania, a tym samym jego oferta nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Po trzecie, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez niego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia. Do takich wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12.05.2017 r. sygn. akt KIO 782/17. Ponadto Izba w wyroku z 17.06.2017 r. sygn. akt KIO 1004/17 zaznaczyła, że *wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd Zamawiającego. Przy czym winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności – niedbalstwem lub lekkomyślnością*. Jak natomiast wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20.03.2004 r. (IV CK 151/03) *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*. Tym samym Izba stwierdziła, że 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. Działania wykonawcy składającego ofertę wykonania zamówienia należy zatem oceniać przez pryzmat profesjonalnego charakteru wykonywanej przez niego działalności, a w związku z tym należy oczekiwać od niego podwyższonej staranności.

Według Odwołującego działaniom Solkanu można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi, gdyż zaprezentował doświadczenie, które nie zostało ujęte w dokumentach finansowych, pomimo że powinno się w nich znaleźć, w sytuacji gdyby rzeczywiście takowe posiadał.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie przystąpił po stronie Zamawiającego Solkan, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 nowej ustawy pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, następująco to uzasadniając.

Zdając sobie sprawę z tego, że technologia, w której ma być wykonany przedmiot tego zamówienia, nie jest rozpowszechniona na krajowym rynku, celowo nie zdefiniował w ramach warunku udziału, co rozumie przez moduł. Według wiedzy zamawiającego odwołujący jest największym, o ile nie dominującym, wykonawcą w zakresie technologii modułowej, a innych wykonawców jest bardzo niewielu.

Co prawda dla Zamawiającego było pewnym zaskoczeniem zinterpretowanie warunku przez pryzmat PFU, a nie przy uwzględnieniu zasady, że wątpliwości należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, tym niemniej zastosował się do orzeczenia Izby z poprzedniej sprawy. Według Zamawiającego Izba uznała za istotne dla oceny spełnienia warunku, czy konstrukcja nośna budynku jest stalowa.

W przekonaniu Zamawiającego w uzupełnionym wykazie i wyjaśnieniach uzyskał potwierdzenie spełnienia warunku w rozumieniu wyinterpretowanym w poprzednim wyroku Izby. Co więcej, zamawiający wystąpił pismem z 18.01.21 r. do ITCmetalcon o potwierdzenie zarówno faktu zrealizowania przez Solkan budynku opisanego w wykazie, jak i tego, że został on wykonany w technologii stalowej modułowej, z odniesieniem do postanowień PFU, i uzyskał takie potwierdzenie w piśmie z 02.02.21 r.

Przystępujący zajął zbieżne stanowisko z Zamawiającym.

Podkreślił, że w poprzednim wyroku Izba zinterpretowała warunek i uznała za istotne dla jego spełnienia, czy konstrukcja składa się ze stalowych ram, natomiast nie uznała za konieczne, aby były to elementy przestrzenne, które zostały określone jako kontenery.

Zwrócił uwagę, tak jak uczynił to w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, że obecnie powoływane doświadczenie wykonawcy dotyczy inwestycji analogicznej do tej, która została uznana przez Izbę w poprzedniej sprawie za prawidłową w kontekście doświadczenia kierownika.

Zauważył, że choć Odwołujący prawidłowo przytacza treść przepisu ustawy o rachunkowości, nie dostrzega, że wynika z niego konieczność wyodrębnienia przychodów zagranicznych wyłącznie w przypadku, kiedy inny rynek istotnie różni się, co nie zachodzi w przypadku działania na rynku wewnątrznijnym, w tym w Niemczech czy Słowacji, gdzie również działa Solkan. Dokumentacja finansowa jest sporządzana przez odrębny podmiot, a ponadto sprawozdania były przedmiotem badania byłego rewidenta, który nie miał do niej zastrzeżeń pod względem zgodności z przepisami ustawy o rachunkowości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał

dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia Solkanu lub odrzucenia jego oferty uniemożliwia Climaticowi uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Ponieważ wszystkie zarzuty odwołania oparte są na tych samych okolicznościach faktycznych, uzasadnia to ich łączne rozpoznanie.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z określonymi w rozdziale V pkt 1.3.1. tiret pierwsze i drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} warunkami udziału w tym postępowaniu wykonawca miał wykazać, że:

- po pierwsze – nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedno zamówienie na roboty budowlane polegające na budowie w technologii modułowej stalowej o powierzchni zabudowy większej lub równej 750 m²;
- po drugie – nie wcześniej niż w terminie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej dotyczącej budowy budynku w technologii modułowej stalowej o powierzchni zabudowy większej lub równej 750 m².

Kluczowe znaczenie w kontekście rozpatrywanego zarzutu ma ustalenie znaczenia użytego w treści powyżej przywołanego warunku sformułowania „budowa w technologii modułowej stalowej”, gdyż pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym i Przystępującym sporne było, jak należy je rozumieć, biorąc pod uwagę wyrok w poprzedniej sprawie, który nie został zaskarżony i stał się prawomocny, a obie strony sporu deklarowały, że ich stanowisko uwzględnia wykładnię powyższych warunków dokonaną w ramach uzasadnienia tego wyroku (na str. 37-39).

Konieczne jest zatem w pierwszej kolejności przybliżenie, co wynikało w tej mierze z ustaleń Izby w sprawie o sygn. akt KIO 3022/21.

Ponieważ Zamawiający nie określił na potrzeby oceny spełniania warunku odrębnej definicji tego terminu, według Izby należało je zinterpretować w kontekście opisu przedmiotu zamówienia zawartego w PFU, co jest zgodne z art. 22 ust. 1a pzp, gdyż pozwala odnaleźć punkt odniesienia, względem którego musiał być kształtowany warunek udziału przez Zamawiającego. Właśnie z art. 22 ust. 1a ustawy pzp wynika bowiem, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Oznacza to, że wykładni treści warunku należy dokonywać z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia jako punktu wyjścia dla kształtowania warunku udziału. Przy czym oczywistym jest, że warunek nie musi odzwierciedlać w stu procentach opisu przedmiotu zamówienia, gdyż powinien być do tego opisu w takiej proporcji, która jest wystarczająca uznania wykonawcy za zdolnego do wykonania zamówienia, ale jednocześnie nie jest oderwana od przedmiotu zamówienia.

Według Izby świadomość tego miał także zamawiający, który choć oczekuje wykonania przedmiotu zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj żłóbek i przedszkole”, w wyjaśnieniach z 7 sierpnia 2020 r., odpowiadając na pytanie nr 1, dopuścił doświadczenie w zaprojektowaniu lub wybudowaniu także innych obiektów, niebędących obiektami użyteczności publicznej. Zamawiający dopuścił również doświadczenie dotyczące dużo mniejszej powierzchni zabudowy niż określona dla przedmiotu zamówienia (budynek przedszkola 1140 m², budynek szkoły 1510 m²).

Zdaniem Izby oznaczało to, że również przy konstruowaniu warunku w odniesieniu do technologii Zamawiający brał pod uwagę, w jaki sposób oczekuje wykonania przedmiotu zamówienia. Izba zwróciła w szczególności uwagę na to, że Zamawiający przewidział w PFU (pkt 1.1.1.2. i 1.1.2.1.) zastosowanie technologii modułowej, opartej o moduły w konstrukcji stalowej, o możliwie dużych gabarytach segmentów oraz o wysokim stopniu prefabrykacji, przy wymiarach modułu dostosowanych do układu funkcjonalnego budynku. Przy czym Zamawiający wskazał także, co rozumie przez konstrukcję modułów: główna konstrukcja nośna – stalowa rama spawana + słupki narożne i ewentualnie słupki pośrednie, konstrukcja podłogi – stalowa rama złożona z belek głównych obwodowych oraz belek poprzecznych, konstrukcja dachu – stalowa rama obwodowa i poprzeczne stalowe belki lub dźwigary.

Jednocześnie Zamawiający odpowiadając 7 sierpnia 2020 r. na pytanie nr 2 do s.i.w.z. – dotyczące wysokiego stopnia prefabrykacji (wykonania konstrukcyjnych elementów stalowych wykończonych wewnątrz i wyposażonych w instalacje), czyli tego, czy moduł musi stanowić przestrzennie zamkniętą jednostkę przygotowaną technicznie do transportu ostatecznego montażu oraz przeprowadzania tzw. resztkowych prac wykończeniowych – wskazał, że nie określa sposobu montażu poszczególnych elementów obiektu. Stąd Izba uznała, że nawet dla przyszłego przedmiotu zamówienia zamawiający nie wymagał, aby na plac budowy przyjeżdżały gotowe segmenty – moduły wymagające tylko posadowienia na fundamentach oraz robót wykończeniowych. Tym samym w ocenie Izby Zamawiający przez „technologię modułową stalową” rozumiał przede wszystkim konstrukcje modułów składające się ze stalowych ram, w których osadzone zostaną ściany, okna, drzwi i połacie dachowe, dopuszczając również wykonanie zamówienia przez dostawę gotowych kontenerów.

W aktualnie rozpatrywanej sprawie Zamawiający i Przystępujący powyżej przedstawione rozumienie „technologii stalowej modułowej” sprowadzili do wykonania konstrukcji budynku z elementów będących stalowymi ramami, przechodząc do porządku dziennego nad tym, że konstrukcja docelowych budynków miała się opierać na przestrzennych modułach (o możliwie dużych gabarytach, wymiarach odpowiadających układowi funkcjonalnemu docelowego budynku i wysokim stopniu prefabrykacji), których konstrukcja składa się z połączonych ze sobą stalowych ram tworzących jego boki, górę i dół, czyli modułów stanowiących prostopadłościenne klatki, konstrukcje kontenerowe bez pełnych ścian. Innymi słowy w technologii stalowej modułowej budynek wykonany jest na bazie trójwymiarowych stalowych modułów, składających się z konstrukcji nośnej, dachu i podłogi. Natomiast w udzielonych wyjaśnieniach Zamawiający przesądził, że nie jest konieczne, aby dostarczyć moduły w postaci gotowych kontenerów ze ścianami i oknami oraz zamontowanymi wewnątrz instalacjami, które na placu budowy podlegałyby jedynie osadzeniu na fundamentach, połączeniu ze sobą i pracom wykończeniowym w ramach powstałego w ten sposób gotowego budynku. Tym samym Zamawiający odstąpił

jedynie od wymagania, aby przestrzenne moduły cechowały się wysokim stopniem prefabrykacji w zakresie ścian, podłóg, sufitów i wewnętrznych instalacji, gdyż dopuścił zamontowanie tych elementów budynku na placu budowy.

Co istotne, jeszcze w treści skierowanych do Solkanu wezwań (do odpowiednio wyjaśnienia lub uzupełnienia oraz wyjaśnienia z odpowiednio 15 i 30 grudnia 2020 r.) Zamawiający prawidłowo przytoczył brzmienie pkt 1.1.1.2. i 1.1.2.1. PFU, który Izba uznała za istotny w kontekście interpretacji rozumienia użytego w treści warunku terminu „technologia stalowa modułowa”. Jednakże na skutek otrzymanych wyjaśnień, w których wybiórczo potraktowano interpretację warunku zawartą w uzasadnieniu poprzedniego wyroku Izby, Zamawiający *de facto* odstąpił od zbadania przez pryzmat opisu istoty konstrukcji modułu, czy Solkan spełnił warunki udziału w postępowaniu. Tymczasem paradoksalnie z załączonych do uzupełnień wykazu referencji wystawionych przez ITCmetalcon jako odbiorcy hali w Cottbus jednoznacznie wynika, że jej konstrukcja nie opiera się na tak skonstruowanych modułach, a na odrębnych ramach stalowych, z których wykonano odpowiednio boki i dach. Co znamienne, w ramach tego opisu w ogóle nie wspomniano o podłodze, a zatem należało uznać, że stanowi osobny element konstrukcyjny, co w samo w sobie przekreśla wykazanie wykonania tej hali z prostopadłościennych modułów, o których mowa w PFU. Dla uwypuklenia tej zasadniczej różnicy warto zestawzić ze sobą brzmienie postanowienia zawartego zarówno w pkt 1.1.1.2., jak i pkt 1.1.2.1. PFU z korespondującym z nim fragmentem referencji wystawionych przez ITCmetalcon 25 października 2020 r. oraz dodatkowo 2 lutego 2021 r. (uzyskanych przez Zamawiającego we własnym zakresie po wniesieniu odwołania i złożonych jako dowód na rozprawie):

[PFU]

Przewidziano zastosowanie technologii modułowej opartej o moduły w konstrukcji stalowej, o możliwie dużych gabarytach segmentów oraz o wysokim stopniu prefabrykacji; wymiary modułu dostosowane do układu funkcjonalnego budynku. (...)

Konstrukcja modułów

- główna konstrukcja nośna – stalowa rama spawana + słupki narożne i ewent. słupki pośrednie,
- konstrukcja podłogi: stalowa rama złożona z belek głównych obwodowych oraz belek poprzecznych,
- konstrukcja dachu: stalowa rama obwodowa i poprzeczne stalowe belki/ dźwigary;

wymiary i rozstaw elementów według projektu konstrukcji opracowanego przez dostawcę systemu na etapie projektu budowlanego.

[referencje z 25.10.2020]

Budynek hali został zaprojektowany i wykonany w technologii stalowej modułowej, z głównymi elementami powtarzalnymi:

- konstrukcja nośna budynku jako rama stalowa spawana,
- konstrukcja ryglówki jako elementy stalowe spawane,
- konstrukcja dachu stalowa, (...)

wymiary i rozstaw elementów według projektu konstrukcji opracowanego przez dostawcę systemu na etapie projektu budowlanego.

[referencje z 2.2.2021]

Budynek został wykonany w technologii stalowej modułowej, tj. opartej o moduły o konstrukcji stalowej, możliwie dużych gabarytów segmentów i modułów oraz wysokim stopniu prefabrykacji.

Główna konstrukcja nośna budynku, konstrukcja podłogi oraz konstrukcja modułu dachu zostały wykonane jako ramy stalowe, w tym:

- konstrukcja nośna – stalowa rama spawana + stalowe słupki,
- konstrukcja podłogi – stalowa rama złożona z belek obwodowych oraz poprzecznych,
- konstrukcja dachu – stalowa rama obwodowa, poprzeczne belki i dźwigary stalowe.

Jak widać, również w treści tych ostatnich referencji – pomimo usilnego posługiwania się sformułowaniami jak najbardziej zbliżonymi do brzmienia opisu zawartego w PFU – występuje ta zasadnicza różnica. Podmiot, na rzecz którego wykonano halę, nie twierdzi bowiem, że jej konstrukcja oparta została na prostopadłościennych modułach z ram stalowych, a jedynie wskazuje, że odpowiednio konstrukcja nośna hali, konstrukcja podłogi i konstrukcja dachu składa się z powtarzalnych elementów w postaci ram stalowych. Natomiast termin „moduł” został sztucznie użyty wyłącznie na potrzeby jak największego upodobnienia do opisu z PFU, ale odnosi się do czegoś innego. W pierwszym zdaniu nazwano tak elementy wykonane z ramy stalowej, przy czym jednocześnie odróżniono tak rozumiany „moduł” od „segmentu”, które w PFU są użyte zamiennie. W drugim zdaniu, jeżeli ma być ono odczytane spójnie z poprzednim, wyjaśnia się, że z tak rozumianych modułów składa się konstrukcja nośna, konstrukcja podłogi i konstrukcja dachu – zatem każda z innych modułów, służących odpowiednio do konstruowania ścian, podłogi i dachu.

Odnosnie hali napraw wraz z mynią w Rzeszowie przypomnieć należy, że Izba już w poprzedniej sprawie stwierdziła, że jej zaprojektowanie i wykonanie nie potwierdza spełnienia powyżej przywołanych warunków udziału, co spowodowało uwzględnienie odwołania.

Ponieważ złożone Zamawiającemu po wydaniu tego wyroku przez Solkan wyjaśnienia z 21 grudnia 2020 r. nic nie wniosły w zakresie wykazania, że została ona zaprojektowana i wykonana w technologii modułowej stalowej w powyżej ustalonym znaczeniu (w szczególności nie wynika to również z załączonej uzupełniającej prywatnej opinii technicznej Wydziału Budownictwa, Inżynierii Środowiska i Architektury Politechniki Rzeszowskiej), już z tego względu Zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę poz. 1. uzupełnionych wykazów.

Przed wszystkim skoro Solkan zdecydował się na wskazanie innego niż dotychczas przedsięwzięcia, tym samym musiał zrezygnować ze zgłaszania na poczet spełniania warunków udziału zamówienia, którego negatywna ocena legła u podstaw wezwania do uzupełnienia wykazów usług i robót. Otóż z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że warunkiem *sine qua non* uprawniającym zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia złożonych przez niego oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp, jest to, że nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu. A *contrario*, jeżeli pierwotnie złożone oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, art. 26 ust. 3 pzp nie znajduje w ogóle zastosowania. Gdyby Solkan stanowczo obstawał przy dotychczasowym sposobie wykazania doświadczenia, włącznie z wniesieniem odwołania na czynność Zamawiającego, nie byłby uprawniony do uczynienia zadość temu alternatywnemu wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Należy podkreślić, że skoro w aktualnie rozpoznawanej sprawie nie było lub wręcz nie mogło być sporne (wobec niezaskarżenia przez Zamawiającego i Przystępującego wyroku w poprzedniej sprawie, którą w mającym znaczenie dla tej sprawy zakresie przegrali), że: po pierwsze – zarówno budynek przedszkola, jak i żłobka mają być wykonane w technologii modułowej stalowej, która została sprecyzowana w PFU, po drugie – warunkiem udziału w tym postępowaniu było posiadanie doświadczenia w projektowaniu i wykonaniu w takiej technologii, której istotą jest wykonanie budynku z modułów przestrzennych składających się z połączonych na trwałe ram stalowych – nie sposób zaliczyć na poczet spełniania tych warunków przedsięwzięć zgłaszanych przez Solkan, które nie dotyczyły budynków wykonanych w tej technologii.

Reasumując, Izba w pełni podziela interpretację warunku *de facto* przesądzoną już w poprzedniej sprawie odwoławczej, według której żadne z dwóch przedsięwzięć wskazanych w uzupełnionych wykazach nie potwierdza nabycia zdolności,

które były istotą tego warunku, czyli wiedzy i doświadczenia w budowie w technologii stalowej modułowej. Niezależenie od powyższego zauważyć należy, że obiektywne ustalenie istoty budownictwa modułowego możliwe jest chociażby dzięki istnieniu europejskich wytycznych dotyczących aprobat technicznych, wydawanych przez Europejską Organizację ds. Oceny Technicznej (EOTA), grupującej jednostki upoważnione przez państwa członkowskie UE do udzielania europejskich ocen technicznych na zasadach określonych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG. Przy czym zgodnie z art. 66 ust. 3 tego rozporządzenia wytyczne do europejskich aprobat technicznych, opublikowane przed 1 lipca 2013 r. zgodnie z art. 11 dyrektywy 89/106/EWG, mogą być stosowane jako europejskie dokumenty oceny. Z kolei podstawowym zadaniem EOTA jest koordynowanie prac związanych z opracowywaniem Europejskich Dokumentów Oceny oraz koordynowanie współpracy jednostek przy wydawaniu europejskich ocen technicznych.

Jak trafnie zauważył Odwołujący, „Europejskie wytyczne dotyczące aprobat technicznych dla prefabrykowanych modułów budynku ETAG 023” zawierają definicję, zgodnie z którą „moduł budynku” to moduł, definiowany jako produkt budowlany i projektowany jako trójwymiarowa konstrukcja, możliwy do przetransportowania na miejsce w trójwymiarowych lub płaskich opakowaniach, szybko zapewniający powłokę odporną na działanie czynników atmosferycznych, który może być poddawany ostatecznemu dostosowaniu na działanie czynników atmosferycznych, spajaniu modułów, łączeniu modułów z połączeniami fundamentów.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że autor PFU sporządzonej na potrzeby tego zamówienia, na pytanie o to, jak należy rozumieć określoną w pkt 1.1.1.2. i 1.1.2.1. technologię modułową i jakie są jej cechy charakterystyczne, odróżniające ją od innych technologii, w tym prefabrykowanej i mieszanej, nie tylko odpowiedział w sposób, który został powyżej zacytowany przy relacjonowaniu treści uzasadnienia odwołania. Z jego pisemnej wypowiedzi wynika również, że literatura naukowa, artykuły w prasie ogólnej, jak i opracowywana przez jego biuro dokumentacja jednoznacznie definiują technologię modułową jako taką, która przede wszystkim zakłada realizację budynku w oparciu o moduły, czyli wielkogabarytowe, przestrzenne, trójwymiarowe segmenty, gdzie strop, podłoga i ściany są zintegrowane w jednym module. Przy czym w tym przypadku przyjęto, że będą one oparte o stalową konstrukcję nośną, gdzie szkielet konstrukcji stanowią trójwymiarowe kratki stalowe, podkreślając, że pojedynczy moduł stanowi samonośną strukturę {niedatowane pismo w odpowiedzi na pismo Climatic z 22 grudnia 2020 r. – oba złożone na rozprawie przez Odwołującego}.

Co więcej znajduje to odzwierciedlenie w literaturze przedmiotu, w której za budownictwo modułowe uważa się realizację obiektów z prefabrykatów przestrzennych, czyli modułów, które najczęściej mają metalowy szkielet przestrzenny, rzadziej stosowane są moduły żelbetowe. Natomiast obiekty wykonane w technologii modułowej nazywane są budynkami modułowymi {por. pkt 3. „Prefabrykaty przestrzenne – budownictwo modułowe” z artykułu pt. „Ewolucja budownictwa prefabrykowanego w Polsce”, zamieszczonego w nr 10 z 2020 r. miesięcznika „Przegląd budowlany” oraz ostatnią str. artykułu pt. „Budownictwo innowacyjne – technologie prefabrykowane i modułowe w budownictwie mieszkaniowym” zamieszczonego w magazynie „Builder” z grudnia 2017 r. – przy czym w obu przypadkach autorami są pracownicy naukowcy z Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie (w skrócie: „ITB”), który polskie władze notyfikowały do udzielania europejskich ocen technicznych, co umożliwiło uzyskanie statusu członka rzeczywistego EOTA – złożonych na rozprawie przez Odwołującego}.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 npzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym według art. 535 npzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W postępowaniu odwoławczym w tej sprawie inicjatywę dowodową przejawiał niemal wyłącznie Odwołujący, na którym – jako stronie atakującej – spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu. Jednakże w sytuacji, w której Odwołujący przedstawił wiarygodne dowody na poparcie swoich twierdzeń co do jednolitego rozumienia technologii modułowego budownictwa, na Zamawiającego i Przystępującego przeszedł ciężar udowodnienia, że tak nie jest, a za takie budownictwo jest również uważana technologia, w jakiej wykonano halę w Cottbus. Jednakże żadnych dowodów w tym zakresie nie przedstawili, nie licząc złożenia przez Zamawiającego dodatkowych referencji ITCmetalcon, które – jak to powyżej już opisano – okazały się być dowodem na okoliczność korzystną dla Odwołującego.

Przy czym zaznaczyć należy, że zamówione przez strony sporu opinie („Opinia techniczna dotycząca zrealizowanych inwestycji budowlanych pod kątem ich kwalifikacji jako technologii modułowej” Wydziału Budownictwa, Inżynierii Środowiska i Architektury Politechniki Rzeszowskiej z 27 listopada 2020 r. wraz z uzupełnieniem z 18 grudnia 2020 r. na zlecenie Przystępującego) czy opracowania („Określenie definicji budownictwa modułowego i jego specyfiki na bazie aktualnej wiedzy technicznej oraz klasyfikacja obiektów Solkan w kontekście tej definicji” Wydziału Inżynierii Lądowej Politechniki Warszawskiej z grudnia 2020 r. na zlecenie Odwołującego), zostały potraktowane jako uszczegółowienie prezentowanych stanowisk, gdyż ani żadna ze stron sporu nie wniosowała o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, ani też Izba nie stwierdziła, że dla ustalenia stanu faktycznego sprawy konieczne jest zasięgnięcie wiadomości specjalnych.

Natomiast taka czy inna treść informacji dodatkowej do sprawozdania finansowego Solkanu oczywiście nie może stanowić dowodu na to, że w ogóle nie wykonał on hali w Cottbus w Niemczech, jak chciałby Odwołujący. Zwłaszcza w sytuacji, gdy o czymś przeciwnym wprost świadczą referencje wystawione przez ITCmetalcon, a Odwołujący nie był w stanie przedstawić żadnych dowodów bezpośrednich na poparcie swojego twierdzenia, choć to na nim jako stawiającym taki zarzut – jak to już powyżej wskazano – spoczywał ciężar dowodu.

Tym samym Odwołujący nie wykazał również, że oświadczenie przez Solkan, że zaprojektował i wykonał halę w Cottbus stanowi podanie nieprawdziwej lub wprowadzającej w błąd informacji.

Z kolei z odwołania nie wynika jednoznacznie, na czym miałyby polegać wprowadzenie w błąd Zamawiającego przez Solkan, który w uzupełnionym wykazie usług i robót dla wykazania warunków udziału powołał się na przedsięwzięcie zrealizowane w Cottbus, przedstawiając również referencje wystawione przez ITCmetalcon.

Niezależnie od tego nie sposób pominąć okoliczności, że w piśmie przewodnim z 21 grudnia 2020 r., do którego zostały załączone powyższe oświadczenia i dokumenty, Solkan wprost wskazał, że dotyczą one wykazania warunków zinterpretowanych przez niego jako wymagające jedynie wykazania, że zaprojektowany i wykonany budynek został oparty konstrukcyjnie na ramie stalowej. Zatem Solkan, który opacznie zinterpretował uzasadnienie wyroku Izby w poprzedniej sprawie, pomimo prawidłowej treści wezwania sformułowanego przez Zamawiającego, sam tkwił w błędzie co do tego, w jaki sposób może wykazać spełnienie warunków. Jednocześnie Solkan przedstawił w ten sposób informacje, które w połączeniu z przywołaną powyżej treścią referencji pozwały na zweryfikowanie, czy rzeczywiście wykazał spełnianie warunków udziału w tym postępowaniu. Jednakże Zamawiający – pomimo otrzymania informacji, z których wynikało, że warunek w rozumieniu uwzględniającym pkt 1.1.1.2. oraz 1.1.2.1. PFU, do których sam się odwołał w treści wezwania, nie został spełniony – błędnie zinterpretował warunek w dokładanie taki sposób, jak to sugerował Solkan, choć mógł i powinien dokonać odmiennej oceny.

W tych okolicznościach zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału jest zasadny, a zarzuty dotyczące

wprowadzenia w błąd Zamawiającego są niezasadne.

Z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału, pomimo wezwania go w tym zakresie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

Ponieważ, jak to powyżej ustalono, w przypadku Solkanu doszło do wypełnienia hipotezy powyżej wyprowadzonej normy prawnej, zgodnie z jej dyspozycją Przystępujący powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Z kolei w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};

- 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}.

Przy czym powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (*in fine*) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};

- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h *in fine*}.

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy z powodu składania nieprawdziwych informacji. Według nieobowiązującego już art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił z kolei implementację art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zatem zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy.

Pomimo zachodzących zmian i różnic należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje pogląd Sądu Najwyższego {na który Krajowa Izba Odwoławcza wskazała już w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10}, wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, nr 3, poz. 42) *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

W ustalonych powyżej okolicznościach, ponieważ Solkan nie przedstawił nieprawdziwych ani wprowadzających w błąd informacji w ramach drugiej próby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie została wypełniona ani hipoteza normy z art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, ani hipoteza normy z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp. W konsekwencji zarzuty, że Zamawiający naruszył te przepisy przez zaniechanie wykluczenia na ich podstawie Solkanu, należy uznać za niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji, w pozostałym zakresie oddalając odwołanie – jak to wskazano w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwoławczą (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2, ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi po połowie Odwoływającego i Zamawiającego, w szczególności uznając, że waga zarzutu uwzględnionego jest równa łącznej wadze zarzutów nieuwzględnionych.