Sygn. akt: KIO 2766/22

WYROK

z dnia 8 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2022 r. przez wykonawcę INTRAVI sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bielsko-Białej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miejską Żory

przy udziale wykonawcy Karpat-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2766/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę INTRAVI sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bielsko-Białej i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę INTRAVI sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bielsko-Białej tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy INTRAVI sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bielsko-Białej na rzecz Zamawiającego: Gminy Miejskiej Żory kwotę 558 zł 31 gr (słownie: pięćset pięćdziesiąt osiem złotych trzydzieści jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz 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.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 2766/22

Zamawiający: Gmina Miejska Żory wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego pn. przebudowa istniejącego kąpieliska w Żorach - Roju, znak sprawy: ZP.271.4.26.2022.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 123-348585.

Odwołujący: INTRAVI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Bielsko-Białej w dniu 10 października 2022 r. powziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Karpat-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim, zwanego dalej Karpat-Bud lub Przystępującym jako najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 20 października 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec

czynności i zaniechań Zamawiającego - w ocenie Odwołującego - podjętych z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa istniejącego kąpieliska w Żorach - Roju", a

mianowicie wobec:

1) braku wykluczenia z postępowania Karpat-Bud sp. z o.o., zwany dalej Karpat-Bud pomimo, iż wykonawca ten poprzez swoje zamierzone działanie wprowadził Zamawiającego w błąd co do swojego doświadczenia w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

2) braku wykluczenia z postępowania Karpat-Bud pomimo, iż wykonawca ten poprzez swoje rażące niedbalstwo ewentualnie lekkomyślność lub niedbalstwo, wprowadził Zamawiającego w błąd co do doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego mu zasoby tj. PEK-MONT sp. z o.o. w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

3) uznania, że wykonawca Karpat-Bud wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ w sytuacji, w której wykonawca ten nie posiada doświadczenia potrzebnego do spełnienia wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu;

4) uznania, że wykonawca Karpat-Bud wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ w sytuacji, w której ani ten wykonawca, ani żaden z podmiotów udostępniających mu zasoby nie posiada doświadczenia potrzebnego do wykazania spełnienia wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu, a przez to dokonania nieuprawnionego zsumowanie doświadczenia wykonawcy oraz podmiotów udostępniających zasoby;

5) uznania, że wykonawca Karpat-Bud wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ, w sytuacji, w której podmiot trzeci udostępniający mu zasoby tj. GRAND A. G. nie dowiódł, że posiada doświadczenie potrzebne do wykazania spełnienia wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu;

6) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Karpat Bud, podlegającego wykluczeniu, z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w wyniku celowego działania bądź rażącego niedbalstwa, przy przedstawianiu informacji, że wykluczeniu nie podlega, wobec faktu, że z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie w formule „zaprojektuj-zbuduj" przedmiotu umowy polegającego na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych, polegających na budowie budynku krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Matuszczaka w Rzeszowie, w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa basenu miejskiego przy ul. Matuszczaka w Rzeszowie, co doprowadziło do wypowiedzenia tej umowy;

7) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Karpat Bud, podlegającego wykluczeniu, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co do niepodlegania wykluczeniu, z uwagi na przesłankę opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (z uwagi na niewykonanie wskazanej w pkt 6 powyżej

umowy, co skutkowało wypowiedzeniem tej umowy przez Zamawiającego), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

8) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Karpat-Bud, podlegającego wykluczeniu, z uwagi na fakt, iż wykonawca Karpat-Bud, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady; a wskutek powyższych naruszeń zaniechania odrzucenia oferty Karpat-Bud i nieprawidłowego wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W świetle powyższych okoliczności, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z pkt 22 SWZ poprzez zaniechanie wykluczenia Karpat-Bud z postępowania pomimo, że:

a) wykonawca ten poprzez swoje zamierzone działanie wprowadził Zamawiającego w błąd co do swojego doświadczenia w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postepowaniu;

b) wykonawca ten poprzez swoje rażące niedbalstwo ewentualnie lekkomyślność lub niedbalstwo, wprowadził Zamawiającego w błąd co do doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego mu zasoby tj. PEK-MONT sp. z o.o. w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

c) wykonawca ten poprzez swoje zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo w dokumencie JEDZ wskazał, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem mimo, że w dniu 6 czerwca 2019 r. z winy konsorcjum Karpat-Bud i BEST Construction została rozwiązana umowa na wykonanie w formule „zaprojektuj-zbuduj" przedmiotu umowy polegającego na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych, polegających na budowie budynku krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Matuszczaka w Rzeszowie, w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa basenu miejskiego przy ul. Matuszczaka w Rzeszowie".

2) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z pkt 22 SWZ poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Karpat-Bud z Postępowania, pomimo, że z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy nienależycie wykonywał on, a ostatecznie również nie wykonał wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie w formule „zaprojektuj-zbuduj" przedmiotu umowy polegającego na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych, polegających na budowie budynku krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Matuszczaka w Rzeszowie, w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa basenu miejskiego przy ul. Matuszczaka w Rzeszowie", co doprowadziło do wypowiedzenia tej umowy;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Karpat-Bud w sytuacji, w której została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania; ewentualnie, w razie decyzji o braku podstaw do uwzględnienia powyższych zarzutów:

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 57 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Karpat-Bud w sytuacji, w której została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu, a przez to wadliwy wybór tej oferty jako najkorzystniejszej;

5) art. 119 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że doświadczenie podmiotów udostępniających wykonawcy Karpat-Bud zasobów jest wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ w szczególności w sytuacji, w której doświadczenie żadnego z tych podmiotów nie jest wystarczające do spełnienia wyżej wymienianego warunku udziału w Postępowaniu i dopiero nieuprawnione sumowanie doświadczenia Karpat-Bud oraz podmiotów udostępniających mu zasoby pozwala na wykazanie spełnienia wyżej wymienionego warunku udziału w

Postępowaniu; a wskutek wszystkich naruszeń również:

6) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty Karpat Bud jako najkorzystniejszej;

7) oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) Wykluczenie wykonawcy Karpat-Bud z postępowania oraz odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu; ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutów dotyczących wykluczenia wykonawcy Karpat-Bud:

2) odrzucenie oferty wykonawcy Karpat-Bud jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

Ponadto Odwołujący wnosił o:

a) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie ich powołania w postępowaniu przed Izbą;

b) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do doświadczenia własnego Karpat-Bud oraz doświadczenia podmiotu Pek Mont.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu w pkt 8.A ppkt 4.1) przewidział warunek udziału dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, który po zmianie SWZ z dnia 25 lipca 2022 r. otrzymał następujące brzmienie: Wykonawca w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał trzy zamówienia polegające na budowie lub przebudowie basenu z niecką basenową (nieckami basenowymi) wykonaną ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 1000 m2 w każdym z zamówień wraz z instalacją technologii uzdatniania wody o wydajności nie mniejszej niż 300 m3 /h w każdym z zamówień oraz załączy dowody określające czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Zauważył, że Wykonawca Karpat-Bud wraz ze swoją ofertą przedstawił zobowiązanie podmiotu Pek Mont, który miał udostępnić mu swoje zasoby na potrzeby spełnienia wskazanego warunku udziału w Postępowaniu, co wyraźnie wynika z treści pkt 1 zobowiązania z dnia 11 sierpnia 2022 r. Zgodnie z Wykazem robót budowlanych, złożonym przez Karpat-Bud w dniu 26 września 2022 r., wykonawca ten miał się legitymować następującym doświadczeniem w wykonaniu trzech zadań inwestycyjnych.

Odwołujący zaznaczył, że Wykonawca Karpat-Bud przy każdej pozycji wyżej przywołanego wykazu w kolumnie „Opis przedmiotu zamówienia" wskazywał, że było to: Zamówienie polegające na budowie lub przebudowie basenu z niecką basenową (nieckami basenowymi) wykonaną ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszym niż 1000 m 2 wraz z instalacją technologii uzdatniania wody wydajności nie mniejszej niż 300 m3/h, co miało potwierdzać spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu.

Według Odwołującego - ten sposób przedstawienia przedmiotu zamówienia wskazuje na to, że doświadczenie Karpat-Bud i Pek Mont odpowiada w pełni wymienionemu

warunkowi udziału w postępowaniu, jednak taka informacja jest nieprawdziwa i należy ją uznać za wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do doświadczenia posiadanego zarówno przez wykonawcę KarpatBud jak i Pek Mont.

W związku z tym podniósł, że pierwsze zamówienie umieszone w wykazie, dotyczące budowy Centrum Rehabilitacji i Sportu w Sanoku realizowane było przez konsorcjum w składzie Karpat-Bud oraz BEST Construction spółka z o.o., natomiast zamówienia umieszone w drugiej i trzeciej pozycji wykazu były realizowane przez podmiot udostępniający

zasoby tj. Pek Mont.

Mając powyższe na uwadze, zauważył, że konsorcjant zdobywa doświadczenie jedynie w takim zakresie, w jakim rzeczywiście uczestniczył w realizacji zamówienia. Doświadczenie takie musi być faktyczne i realne, bowiem w przeciwnym razie będzie fikcyjne.

W ocenie Odwołującego - Przystępujący nie był samodzielnym wykonawcą tych umów, co wprost wynika z przedłożonych referencji, wystawionych na podmioty działające w konsorcjum, nie ma więc podstaw twierdzić, że Przystępujący nabył całość doświadczenia związanego z realizacją tych umów.

Wobec tego argumentował, że Zamawiający, mimo wiedzy o wykonaniu zadań referencyjnych w konsorcjum, bezkrytycznie przyjął, że oba te zadania w całości stanowią doświadczenie Przystępującego i potwierdzają spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego - referencje przedstawione przez Karpat-Bud, co do doświadczenia zdobytego przy realizacji zamówienia budowy Centrum Rehabilitacji i Sportu w Sanoku, w żaden sposób nie wskazują, że doświadczenie potrzebne do wykazania spełnienia warunku z pkt 8A ppkt 4.1) SWZ niniejszego postępowania, zostało zdobyte przez wykonawcę Karpat-Bud.

Wywodził, że Zamawiający dostrzegając ten problem zwrócił się do wykonawcy Karpat-Bud o wyjaśnienia tej okoliczności. W odpowiedzi z dnia 4 października 2022 r. Karpat-Bud wskazał, że konsorcjant BEST Construction sp. z o.o. był odpowiedzialny za zabezpieczenie finansowe przy realizacji budowy.

Jednak w ocenie Odwołującego - takie twierdzenia niepoparte dowodami nie mogą zostać uznane za wystarczające.

Zwrócił uwagę, że Karpat-Bud w swoich wyjaśnieniach z 4 października 2022 r. wskazywał, że przedkłada wykaz robót wraz ze szczegółowym opisem prac wykonanych przez Karpat-Bud. W istocie wykonawca nie przedstawił jednak żadnych dowodów, w

szczególności pochodzących od zamawiającego - Gminy miasta Sanok, że opisany przez niego zakres prac odpowiadał realnie zrealizowanym przez Karpat Bud robotom

budowlanym.

W przekonaniu Odwołującego - w sytuacji, w której zamówienie dotyczące budowy Centrum Rehabilitacji i Sporu w Sanoku realizowane było przez konsorcjum, nie ma podstaw do uznania, że Karpat Bud nabył całość doświadczenia. Wykonawca ten powinien dowieść, że rzeczywiście realizował wskazane zamówienie w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w niniejszym postępowaniu wynikającym z pkt 8A ppkt 4.1) SWZ. Wyjaśnień Karpat Bud w tym zakresie w żaden sposób nie można uznać za wystarczające.

Zauważył przy tym, że całość kwoty wynagrodzenia wskazanej w referencjach została przypisana Karpat-Bud, co oznacza, że konsorcjant Karpat-Bud, firma Best

Construction nie otrzymał żadnego wynagrodzenia - co również powinno budzić wątpliwości, w szczególności z punktu widzenia celu gospodarczego dla jakiego firmy startują w przetargach i realizują roboty budowlane.

Dalej, argumentował, że w tej sytuacji Karpat-Bud nie może legitymować się pełnym doświadczeniem wynikającym z realizacji zamówienia na budowę Centrum Rehabilitacji i Sporu w Sanoku, a tym samym wskazując to zamówienie w wykazie zrealizowanych robót budowlanych i opisując w sposób odpowiadający warunkowi udziału w postępowaniu Karpat-Bud wprowadził Zamawiającego w błąd.

Mając jednocześnie na uwadze pełną wiedzę co do zakresu zrealizowanych prac i treści referencji wystawionych przez Gminę Miasta Sanok, stwierdził, że działanie Karpat-Bud było umyślne, co wyczerpuje podstawy do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co Zamawiający przewidział w pkt 22 SWZ.

Idąc dalej, zarzucił, że Karpat-Bud wprowadził Zamawiającego w błąd co do doświadczenia podmiotu trzeciego - Pek Mont.

Podkreślił, że w Wykazie zrealizowanych robót budowlanych z dnia 26 września 2022 r. Karpat Bud wskazał, że zamówienia w pozycji drugiej i trzeciej, które realizował podmiot udostępniający zasoby Pek Mont, polegały na budowie basenu z nieckami basenowymi wykonanymi ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszym niż 1000 m 2 wraz z instalacją technologii uzdatniania wody wydajności nie mniejszej niż 300 m3/h.

Wskazał przy tym, że wykonawca deklarował więc, że w ramach tych zamówień podmiot udostępniający mu zasoby - Pek Mont, realizował nie tylko budowę lub przebudowę basenu z nieckami basenowymi, ale także był wykonawca i dostawcą instalacji technologii uzdatniania wody wydajności nie mniejszej niż 300 m3/h.

Tymczasem, jak zaznaczył w rzeczywistości, co wynika wprost z referencji Media Technik sp. z o.o. i protokołu końcowego z dnia 19 października 2020 r. przedstawionych przez Karpat Bud, udział Pek Mont przy realizacji zamówień wymienionych w wykazie zrealizowanych robót budowlanych ograniczał się wyłącznie do zaprojektowani, wykonania i dostarczenia niecek basenowych.

Bez wątpienia dla Odwołującego rzeczywisty zakres pracy Pek Mont był węższy niż deklarowany przez Karpat-Bud w wykazie robót budowlanych, ale co ważniejsze dla niniejszej sprawy, nie odpowiadał wymaganiom Zamawiającego wynikającym z warunku udziału w Postępowaniu z pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ (nie obejmował instalacji technologii uzdatniania wody).

W ocenie Odwołującego - powyższą okoliczność względem zamówienia na budowę term Warmińskich w Lidzbarku Warmińskim potwierdzają referencje wystawione Pek Mont przez Powiat Lidzbarski, a więc dokument pochodzący od samego zamawiającego w tym postępowaniu. Referencje te wskazują jednoznacznie, że Pek Mont wybudował wyłącznie niecki basenowe na obiekcie Term Warmińskich. Podmiot ten nie może więc wykazywać się na tej podstawie doświadczeniem co do budowy lub przebudowy basenu jako całości. Taki stan rzeczy oznacza również, że Pek Mont nie brał udziału w pracach dot. technologii uzdatniania wody.

Zwrócił również uwagę na pewną rozbieżność referencji wystawionej przez Media Technik i Powiat Lidzbarski, bowiem treść referencji od Media Technik jest w ocenie Odwołującego nieprawdziwa z tego powodu, że wskazuje, na okoliczność, iż robota obejmowała technologię basenową - co jest dla Odwołującego nieprawdą, tym bardziej, że kwoty wynagrodzenia z obu referencji się pokrywają. Powołał się na referencje wystawione dla Pek Mont przez Powiat Lidzbarski.

W tej sytuacji, stanął na stanowisku, że Pek Mont nie posiada doświadczenia potrzebnego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ, w żadnym z dwóch zamówień wpisanych do Wykazu zrealizowanych robot budowlanych ona sam jak i podmiot użyczający nie nabył doświadczenia odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego.

Dalej, Odwołujący wskazał, że do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też nie ma jakiegokolwiek wyobrażenia o niej.

Według Odwołującego - nieodpowiednia weryfikacja doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, a przez to przedstawienie Zamawiającemu informacji nieprawdziwych oznacza, że Karpat-Bud wprowadził Zamawiającego w błąd.

Podniósł przy tym, że dla okoliczności wprowadzenia w błąd nie jest istotne, że Zamawiający dostrzegł nieprawidłowość co do doświadczenia podmiotu Pek Mont.

Zdaniem Odwołującego - brak weryfikacji doświadczenia podmiotu Pek Mont przez Karpat-Bud należało oceniać co najmniej jako niedbalstwo lub lekkomyślność. Ocena zachowania wykonawcy pod kątem niedbalstwa jest przeprowadza z uwzględnieniem miernika należytej staranności. Przy czym miernik należytej staranności jest podwyższony względem profesjonalistów jakimi są wykonawcy.

Argumentował, że w przedmiotowej sytuacji nie sposób uznać, że Karpat-Bud zachował należytą staranność składając Wykaz zrealizowanych robót budowlanych wraz z referencjami na potwierdzenie doświadczenia w nim wskazywanego.

Przekonywał, że złożone referencje oraz protokół odbioru już „na pierwszy rzut oka" wskazują, że podmiot Pek Mont realizował wskazane w wykazie robót zamówienia wyłącznie w zakresie prac związanych z dostawą i montażem niecki basenowej. W takiej sytuacji, zdaniem Odwołującego, rozważyć można ocenę tego zachowania jako rażące niedbalstwo lub nawet jako celowe działanie, w szczególności mając na uwadze treść wyjaśnień Karpat Bud z 4 października 2022 r., w których wykonawca uporczywie twierdzi, że doświadczenie Pek Mont spełnia wymagania z SWZ.

Zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach Karpat-Bud co do doświadczenia Pek Mont przedstawionego w Wykazie zrealizowanych robót budowlanych, które zawarte zostały w piśmie Karpat-Bud z dnia 4 października 2022 r. Wykonawca wskazywał w nich, że:

W ramach zamówienia „Budowa term Warmińskich w Lidzbarku Warmińskim" PEK-MONT sp z o.o. wykonał roboty związane z budową basenu z niecką stalową wraz z instalacją technologii uzdatniania wody basenowej, co według opinii Odwołującego spełnia postawione przez Zamawiającego wymagania opisane w SWZ.

W ramach zamówienia -„Przebudowa i rozbudowa istniejących budynków i niecek basenowych wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową oraz zagospodarowaniem terenu w ramach inwestycji pn. „Przeciw wykluczeniu - Kraina Bez Barier w Poddębicach - rewitalizacja kompleksu geotermalnego w Poddębicach ul. Mickiewicza 19 99-200 Poddębice", PEK-MONT sp z o.o. wykonał roboty związane z budową niecki basenu ze stali nierdzewnej, co w opinii Odwołującego - spełnia postawione przez Zamawiającego wymagania opisane w SWZ. Wykonane elementy swoimi parametrami spełniały parametry minimalne określone w SWZ.

Odwołujący odnosząc się do powyższego fragmentu wyjaśnień stwierdził, że Karpat-

Bud wprost przyznał, że w ramach zamówienia Przebudowa i rozbudowa istniejących budynków i niecek basenowych wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową oraz zagospodarowaniem terenu w ramach inwestycji pn. „Przeciw wykluczeniu - Kraina Bez Barier w Poddębicach - rewitalizacja kompleksu geotermalnego w Poddębicach ul. Mickiewicza 19 99-200 Poddębice Pek Mont wykonywał roboty związane wyłącznie z budową niecki basenu.

Dodatkowo, zauważył, że Karpat-Bud wciąż podtrzymuje, że doświadczenie Pek Mont jest w tym zakresie wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ, mimo iż jest to w sposób oczywisty informacja nieprawdziwa.

Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności wskazał, że nawet w przypadku gdyby doświadczenie Pek Mont było nieprawdziwe tylko względem jednego zamówienia, to nadal stanowi to wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a warunek udziału w postępowaniu nie jest spełniony.

Uwzględniając powyższe, wskazał, że w pkt 22 SWZ Zamawiający przewidział, że w postępowaniu fakultatywną podstawą wykluczenia będzie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 Pzp, które przewidują wykluczenie wykonawcy za wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a zgodnie z tymi przepisami: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Według Odwołującego - informacje odnoszące się do wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji są bez wątpienia informacjami, które nie tylko mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Niezależenie więc od tego, czy zachowanie Karpat-Bud powinno być kwalifikowane jako lekkomyślność, niedbalstwo, zamierzone działanie czy rażące niedbalstwo, to wprowadziło ono w błąd Zamawiającego i mogło wpłynąć to na jego decyzje, a więc w Postępowaniu zaszła podstawa do wykluczenia wykonawcy Karpat-Bud w zw. z pkt 22 SWZ i odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 29 września 2022 r. dostrzegł, że doświadczenie Pek Mont nie odpowiada postawionemu w pkt 8.A ppkt 4.1) warunkowi udziału w postępowaniu, gdyż dotyczy wyłącznie niecek basenowych.

W związku z tym wywodził, że w takiej sytuacji całkowicie niezrozumiałym jest dlaczego Karpat-Bud został wezwany do zastąpienia tego podmiotu innym lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu? Żądanie wskazania innego podmiotu udostępniającego zasoby lub samodzielnego wykazania spełnienia warunków przez wykonawcę stanowi uprawnienie zamawiającego przewidziane w art. 122 ustawy Pzp.

Podkreślił, że przepis ten nie znajduje zastosowania w sytuacji, w której zamawiający dostrzegł, że pierwotnie podane przez wykonawcę informacje są nieprawdziwe.

Wyraził pogląd, że w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie powyższych przepisów ustawy Pzp nie ma możliwości sanowania nieprawdziwej informacji podanej przez wykonawcę, a tym bardziej do wzywania takiego wykonawcy do złożenia informacji nowych, niezawierających wad lub poprawienia informacji złożonych wcześniej, na wezwanie Zamawiającego.

Nie budziło więc żadnych wątpliwości Odwołującego, że Zamawiający nieprawidłowo zastosował w niniejszym postepowaniu art. 122 ustawy Pzp, podczas gdy powinien był wykluczyć Karpat-Bud z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ewentualnie pkt 10 ustawy Pzp. W tej sytuacji niewątpliwie naruszony został również art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, gdyż oferta Karpat Bud powinna zostać odrzucona.

Zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do rozwiązania przed czasem wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu wycofania tego zarzutu nie wymagał przedstawienia w uzasadnieniu odwołania.

Niezależnie od powyższego w razie nieuwzględnienia zarzutów dotyczących wprowadzenia Zamawiającego w błąd, Odwołujący wskazał, że nawet po uzupełnieniu dokumentów i zmianie (nieuprawnionej) podmiotów udostępniających zasoby, wykonawca Karpat-Bud wciąż nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, a przez to jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b.

Według Odwołującego - Karpat-Bud nie spełnia warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ dot. wykonania trzech zamówień polegających na budowie lub przebudowie basenu z niecką basenową (nieckami basenowymi) wykonaną ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszym niż 1000 m2 w każdym z zamówień wraz z instalacją technologii uzdatniania wody o wydajności nie mniejszej niż 300 m3 /h.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający dokonując wyboru oferty Karpat-Bud jako najkorzystniejszej musiał dokonać nieuprawnionego zsumowania doświadczenia samego wykonawcy oraz podmiotów udostepniających mu zasoby tj. PRID oraz GRAND.

Zauważył przy tym, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał wykonania minimum trzech zamówień polegających na budowie lub przebudowie basenu z niecką basenową (nieckami basenowymi) wykonaną ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 1000 m2 w każdym zamówień wraz z instalacją technologii uzdatniania wody o wydajności nie mniejszej niż 300 m3/h w każdym z zamówień.

Zdaniem Odwołującego, że z powyższego warunku jednoznacznie wynika, iż Zamawiający oczekiwał od wykonawcy doświadczenia wynikającego z wielokrotnego tj. przynajmniej 3-krotnego wykonania specyficznego rodzaju prac dla uznania, że jego zdolności techniczne lub zawodowe są wystarczające dla udziału w postępowaniu przetargowym.

Zaznaczył, że Karpat-Bud chcąc wykazać spełnienie takiego wymagania przedstawił trzy zamówienia, realizowane przez trzy podmioty: samego wykonawcę, podmiot udostępniający zasoby PRID oraz podmiot udostępniający zasoby GRAND.

W tej sytuacji, wskazał, że Zamawiający uznał, że warunek dotyczący zdolności technicznej powiązany z doświadczeniem obejmującym 3-krotne wykonanie określonego rodzaju prac jest spełniony przez zsumowanie pojedynczych zamówień realizowanych przez trzy podmioty (abstrahując od niemożności wykazania doświadczenia przez Karpat Bud co

do budowy Centrum Rehabilitacji i Sportu w Sanoku).

Idąc dalej zauważył, że zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia

wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że mechanizm pozwalający na zsumowanie doświadczenia wielu pojedynczych podmiotów udostępniających zasoby w celu wykazania spełnienia tego samego warunku udziału w postępowaniu prowadziłby do całkowicie nieracjonalnej sytuacji, w której wszystkie te podmiot byłyby zobowiązane do jednoczesnej realizacji tego samego zakresu prac. Przy czym w rzeczywistości żaden z nich nie posiadałby wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, gdyż dotychczas realizował tego rodzaju prace wyłącznie raz.

Według Odwołującego - przyzwolenie Zamawiającego na takie zdarzenie w sposób oczywisty stoi w sprzeczności z art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Wywodził, że dopuszczenie możliwości sumowania doświadczenia doprowadziłoby do zezwolenia na realizacje tego samego zakresu prac przez dowolną ilość podmiotów zgłoszonych w celu wykazania się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. A co za tym idzie, zasadniczo mogłoby dojść do sytuacji, w której kilkanaście lub nawet kilkadziesiąt podmiotów posiadających minimalne doświadczenie w danym zakresie byłoby zobowiązanych do wspólnego wykonania tych samych prac. Nie sposób uznać, że dopuszczenie takiego stanu rzeczy zapewnia uzyskanie najlepszych efektów zamówienia i najlepszą jakość robót budowlanych.

Zdaniem Odwołującego - prowadziłoby to raczej do chaosu podczas realizacji inwestycji, utrudniało uzyskanie oczekiwanych efektów i zwiększało koszt wykonania prac, chociażby ze względu na konieczność koordynacji zadań tak wielu podmiotów. Taka sytuacja godziłaby również w zasadę zachowania uczciwej konkurencji, gdyż wykonawcy o dużym doświadczeniu rywalizowaliby o zamówienie ze zdecydowanie mniej doświadczonymi podmiotami.

W opinii Odwołującego - jeżeli doświadczenie nie jest przekazywane między sobą w ramach konsorcjum, analogicznie więc doświadczenie nie jest przekazywane pomiędzy wykonawcą a podmiotami udostępniającymi mu zasobów. W tej sytuacji doświadczeniem powinien legitymować się ten podmiot, który będzie te prace wykonywać.

Podsumowując, stwierdził, że Zamawiający nieprawidłowo zsumował doświadczenie wykonawcy oraz podmiotów udostępniających zasoby, a przez to nieprawidłowo uznał, że zasoby podmiotów trzecich pozwalają na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 119 w zw. z art. 118 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, a także art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp.

Ostatecznie, nie wymagała omówienia w uzasadnieniu argumentacja Odwołującego dotycząca zarzutu braku wykazania doświadczenia przez podmiot udostępniający zasoby GRAND z tego powodu, że został on przez niego wycofany.

Pismem z dnia 28 października 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W piśmie przygotowawczym z dnia 31 października 2022 r. wykonawca Karpat-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim, zwany dalej Przystępującym, przedstawił własne stanowisko odnoszące się do zarzutów odwołania.

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, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego - Druk ZP-PN z dnia 21 października 2022 r., wezwania Zamawiającego skierowanego do Przystępującego w trybie przepisu art.126 ust.1 ustawy

Pzp z dnia 14 września 2022 r., odpowiedzi Przystępującego z dnia 26 września 2022 r. wraz załączonym do niej wykazem robót budowlanych i podmiotowych środków

dowodowych (list referencyjny z dnia 15 lutego 2019 r., referencje z dnia 15 grudnia 2015 r., protokół nr 08 końcowy z okresu od dnia 31.08.2020 r. do dnia 5.09.2020 r.), żądania Zamawiającego w trybie art.122 ustawy Pzp i wezwania z dnia 29 września 2022 r. dokonanego w trybie art.128 ust.1 ustawy Pzp skierowanego do Przystępującego, odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 4 października 2022 r. wraz z załącznikami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 28 października 2022 r., pisma przygotowawczego Przystępującego z dnia 31 października 2022 r., pisma procesowego Odwołującego w sprawie cofnięcia części zarzutów odwołania z dnia 2 listopada 2022 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika 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.

W pierwszej kolejności w związku z powołanym wyżej pismem procesowym w sprawie cofnięcia zarzutów odwołania pełnomocnik Odwołującego na posiedzeniu przez Izbą doprecyzował, że cofa zarzut pkt 1 lit. a i c i oświadczył, że pozostaje zarzut oznaczony literą b (strona 4 odwołania).

Pełnomocnik ten oświadczył również, że cofa zarzut nr 2 (strona 4-5 odwołania), a pozostaje zarzut 3, 4, 5 i 6.

Jednocześnie pełnomocnik ten na pytanie Przewodniczącego co do zarzutu nr 7 wyjaśnił, że chodziło tutaj o naruszenie przepisu art. 122 ustawy Pzp.

Ponadto, pełnomocnik oświadczył, że w piśmie procesowym w sprawie cofnięcia zarzutów przyznaje okoliczności tam wskazane.

W związku z powyższym Izba uznając, że powyższe zarzuty zostały wycofane i w tym zakresie przedmiot sporu został ograniczony jedynie do innych podtrzymywanych przez Odwołującego zarzutów odwołania, należało przyjąć, że rozpoznanie zarzutów wycofanych stało się bezprzedmiotowe. Do rozstrzygnięcia pozostały jedynie zarzuty wymienione w pkt 1 lit. b, 3, 4, 5, 6 i 7 odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, art. 119 ustawy Pzp w związku z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp, art.122 ustawy Pzp, art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a i lit. b ustawy Pzp, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy czynności Zamawiającego w aspekcie zgłoszonych zarzutów odwołania w konsekwencji doprowadziły

do naruszenia powołanych na wstępie przepisów ustawy Pzp i czy Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, a także czy Przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania.

Izba ustaliła, że w pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu postanawiając, że Zamawiający uzna warunek w pkt 8 ppkt 2d za spełniony, jeśli: Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał trzy zamówienia polegające na budowie lub przebudowie basenu z niecką basenową (nieckami basenowymi) wykonaną ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 1000 m2 w każdym z zamówień wraz z instalacją technologii uzdatniania wody o wydajności nie mniejszej niż 300 m3 /h w każdym z zamówień oraz załączy dowody określające czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Dalej, Izba stwierdziła również, że Przystępujący w wykonaniu postanowień SWZ na żądanie Zamawiającego z dnia 14 września 2022 r. załączył wykaz robót budowalnych (vide: wykaz z dnia 26 września 2022 r., plik 32 dokumentacji Zamawiającego), w którym wskazał trzy referencyjne zamówienia, a w rubryce tego wykazu - Opis przedmiotu zamówienia dokonał literalnego przeniesienia treści cyt. wyżej warunku z pkt 8.A ppkt 4.1) SWZ.

Jednocześnie ustalono, że do przedmiotowego wykazu na potwierdzenie spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu Przystępujący załączył podmiotowe środki

dowodowe w postaci listu referencyjnego z dnia 15 lutego 2019 r., referencji z dnia 15 grudnia 2015 r., protokołu nr 08 końcowego z okresu od dnia 31.08.2020 r. do dnia 5.09.2020 r. (zob. plik 32 dokumentacji Zamawiającego).

Wymaga również wskazania, że okoliczność dokonania przez Przystępującego prostego zabiegu przeniesienia treści warunku do wykazu, zamiast wskazania wyraźnego zakresu wykonanych robót budowlanych wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, czego następstwem było skierowanie do Przystępującego wezwania do poprawienia lub uzupełnienia wykazu pismem z dnia 29 września 2022 r.(vide: Plik 38 dokumentacji Zamawiającego), a także żądanie, zgodnie z art.122 ustawy Pzp, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ostatecznie, Izba ustaliła, że Przystępujący dokonał takiej zmiany podmiotowej w nowym wykazie w zakresie zamówienia nr 2 i 3 w ten sposób, że zastąpił podmiot pierwotnie udostępniający zasób - wykonawcę PEK-MONT sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku, dwoma innymi podmiotami - wykonawcą PRID S.A.(zamówienie nr 2) i wykonawcą Grand A. G. (zamówienie nr 3). Do powyższego wykazu załączył również żądane przez Zamawiającego inne podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu.

Bezsporna w tej sprawie jest okoliczność, że Zamawiający na gruncie SWZ przewidział respektowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w

art.109 ust.1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp (vide: pkt 8.B SWZ, strona 19).

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy należy zauważyć, że Odwołujący

postawił tezę, że Karpat - Bud wprowadził Zamawiającego w błąd co do doświadczenia

podmiotu trzeciego.

Według zapatrywania Izby - teza ta nie mogła znaleźć aprobaty, z racji nie wykazania przez Odwołującego przesłanek określonych w art.109 ust.1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Stosownie do art.109 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zastosowanie powołanego wyżej przepisu prawa wymaga przeprowadzenia dowodu potwierdzającego istnienie łącznie wszystkich wymienionych w nim przesłanek ustawowych.

Zdaniem Izby - Odwołujący nie powołał się na jakiekolwiek okoliczności, które dawałby podstawę do przyjęcia, że Przystępujący miał zamiar wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji z wykazu wykonanych robót budowlanych lub działał w warunkach rażącego niedbalstwa wprowadzając Zamawiającego w błąd, co do tych informacji.

Wywody Odwołującego zawarte w punktach od 12 do 20 odwołania (vide: strony od 13 do 15 odwołania) wraz z przytoczonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w żaden sposób nie odnoszą się do przesłanki „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa".

W ocenie Izby - Odwołujący nie ma żadnej wiedzy na temat sporządzanego przez Przystępującego wykazu i stanu jego świadomości co do znaczenia deklarowanych przez niego informacji. Jego wiedza ogranicza się jedynie do przekonania, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji.

Takie przeświadczenie Odwołującego nie jest wystarczające do przypisania Przystępującemu dolus directus czy dolus eventualis przy przedstawieniu Zamawiającemu informacji na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie, Odwołujący - w przekonaniu Izby - nie ma również szczegółowej wiedzy, co do okoliczności związanych zarówno z powstaniem dokumentów potwierdzających informacje z wykazu sporządzonych dla podwykonawcy przez podmiot trzeci, ani co do tego jaki w rzeczywistości zakres robót i czynności został wykonany w ramach referencyjnych zamówień.

Nadto, co zasługuje na szczególną uwagę Odwołujący nie wykazał również istnienia jakiegokolwiek wzorca podwyższonej czy najwyższej staranności przy przedstawianiu tego rodzaju informacji, którego zbadanie mogłoby doprowadzić Izbę do wniosku, że Przystępujący mógł działać w warunkach rażącego niedbalstwa.

Jeżeli zatem Odwołujący nie udowodnił wystąpienia przesłanki „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa", to Zamawiający nie miał podstawy do wykluczenia Przystępującego na zasadzie przepisu art.109 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp.

Idąc dalej, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.109 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił

informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Również w tym przypadku Izba uznała, że próba dowodowa Odwołującego nie powiodła się.

Wywody Odwołującego zawarte w punktach od 21 do 30 odwołania (vide: strony od 15 do 20 odwołania) wraz z przytoczonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w żaden sposób nie odnoszą się do przesłanki „lekkomyślności lub niedbalstwa", co w zasadzie również ogranicza możliwość powoływania się przez Odwołującego na przepis art.109 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp.

Brak przywiązania przez Odwołującego wagi do przeprowadzenia dowodu odnoszącego się winy w warunkach lekkomyślności, niedbalstwa lub rażącego niedbalstwa czy wreszcie zamierzonego działania Przystępującego potwierdza również jego stanowisko zawarte w pkt 28 na stronie 18 odwołania, gdzie akcentuje on przede wszystkim istotność wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Niemniej jednak, obok niewykazanego przez Odwołującego zagadnienia winy Przystępującego, Izba dostrzegła pewne nieścisłości w treści SWZ sporządzonej przez Zamawiającego, które wpłynęły ostatecznie na treść złożonego przez Przystępującego oświadczenia wiedzy.

W przekonaniu Izby takie nieścisłości w treści SWZ nie mogą być tłumaczone na niekorzyść Przystępującego.

Zamawiający zażądał od wykonawców wykazania się trzema zamówieniami polegającymi na budowie lub przebudowie basenu z niecką basenową (nieckami basenowymi) wykonaną ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 1000 m2 w każdym z zamówień wraz z instalacją technologii uzdatniania wody o wydajności nie mniejszej niż 300 m3 /h w każdym z zamówień.

Zdaniem Izby - brak umieszczenia w tym warunku sformułowania z dodatkiem „...wraz z wykonaniem instalacji technologii uzdatniania wody..." lub podobnego wyrażenia spowodował, że Przystępujący mógł zrozumieć treść tego warunku jako doświadczenie polegające na budowie lub przebudowie basenu, który zawiera nieckę basenową (niecki) w konstrukcji spawanej w ramach, której to niecki (niecek) znajdowała się instalacja umożliwiająca zastosowanie technologii uzdatniania wody.

Należy wskazać, że Zamawiający w treści SWZ nie zdefiniował również pojęcia „instalacji technologii uzdatniania wody.".

Na posiedzeniu przed Izbą strony i uczestnik nie powołały się na żadne źródła fachowe, które potwierdzałby zakres przedmiotowy terminu technicznego „instalacji technologii uzdatniania wody", a wobec tego należało przyjąć, że pojęcie takie mogło być rozumiane przez wykonawców w sposób niejednoznaczny, wynikający z ich dotychczasowego doświadczenia w branży inwestycji basenowych.

Powyższy pogląd Izby wzmocniło stanowisko Zamawiającego, gdzie przyznał, że „.uważa, że postawiony warunek z perspektywy podmiotów zajmujących się budową basenów rzeczywiście mógł wybrzmieć inaczej niż rozumienie tego warunku przez Zamawiającego, stąd ewentualne inne rozumienie tego warunku w postępowaniu nie jest pozbawione merytorycznych podstaw."(zob. odpowiedź na odwołanie strona 9).

Potwierdzenie istnienia również innych nieścisłości na gruncie SWZ związanych z rozumieniem spornego warunku, zawierało oświadczenie Zamawiającego, że traktował ten warunek szerzej tj. jako wybudowanie kompleksu basenowego, który oprócz niecki składa

się z obiektu kubaturowego, zagospodarowania terenu (por. odpowiedź na odwołanie strona 9).

Według zapatrywania Izby - powyższe znaczenie spornego warunku w żaden sposób nie wynikało z jego literalnej treści, a rozszerzająca wykładnia SWZ może być uznana za dopuszczalną jedynie w sytuacji, gdy jest ona korzystna dla wykonawcy.

W ocenie Izby - nie doszło zatem do przedstawienia przez Przystępującego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, skoro ten pierwszy jako profesjonalny wykonawca był pewny co do znaczenia warunku, który został opisany przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez zastosowania dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

Ostatecznie, Izba stanęła na stanowisku, że omawiana sytuacja faktyczno-prawna nie mogła mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu, bowiem jak przyznał sam Zamawiający jego żądanie, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, było podyktowane tym, że Zamawiający stwierdził niespełnianie warunku udziału w postępowaniu, z tego powodu, że pozycja nr 2 i 3 wykazu realizowana przez PEK-MONT nie wykazywała wybudowania kompleksu basenowego, który oprócz niecki składał się z obiektu kubaturowego, zagospodarowania terenu.

Jakkolwiek oceniać, powyższe żądanie Zamawiającego zgłoszone w trybie art.122 ustawy Pzp należało uznać, że było ono dokonane z powodu nie potwierdzania spełniania przez Przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu w zakresie podnoszonym przez Zamawiajacego.

W myśl art.122 ustawy Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający miał prawo żądania zastąpienia PEK-MONT innym podmiotem lub podmiotami udostępniającymi zasób, w sytuacji nie wystąpienia przesłanek z art.109 ust.1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp, w okolicznościach uznania przez Zamawiającego nie wykazywania się przez Przystępującego wybudowaniem kompleksu basenowego.

Przy czym podkreślenia wymaga, że okoliczności tej nie kwestionował wcześniej sam Przystępujący, a Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art.122 ustawy Pzp w oparciu o inną podstawę faktyczną odnoszącą się jedynie do podania przez Przystępującego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w warunkach hipotezy przepisu art.109 ust.1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp, a nie na postawie okoliczności związanych z nie wykazywaniem wybudowania kompleksu basenowego jako obiektu kubaturowego.

W dalszej kolejności Izba doszła do przekonania, że nie potwierdził się zarzut niedopuszczalności sumowania zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy oraz podmiotów udostępniających zasób, jeżeli podmioty te będą wykonywały rzeczywiście odpowiedni zakres przedmiotu zamówienia.

Według zapatrywania Izby - instytucja udostępnienia zasobów podmiotów trzecich, o której mowa w art.118 i następne rozdziału 2 oddziału 3 ustawy Pzp ma właśnie umożliwiać wykonawcom taki dobór podmiotów współrealizujących zamówienie, aby łączny ich potencjał techniczny i zawodowy gwarantował należyte wykonanie zamówienia.

Inna wykładnia tych przepisów prowadziłaby do wniosku, że tylko potencjał wykonawcy może decydować o skuteczności kwalifikacji podmiotowej wykonawców, co pozostaje w kolizji z treścią powyższych przepisów prawa.

Wymaga wskazania, że stosownie do art.118 ust.2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W rozpoznawanej sprawie taka sytuacja właśnie zachodzi, bowiem Przystępujący zadeklarował podmioty udostępniające stosowne zasoby posiadające doświadczenie odpowiadające warunkom SWZ, a także skorzysta z ich podwykonawstwa w wykonaniu zamówienia.

Jednocześnie w myśl art.119 ustawy Pzp Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w
oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Izba stanęła na stanowisku, że łączenie zasobów gospodarczych jest zjawiskiem zupełnie naturalnym w gospodarce rynkowej, które znalazło odzwierciedlenie w powołanych wyżej przepisach prawa.

Zaprezentowana przez Odwołującego rygorystyczna wykładnia zarówno SWZ, jak i powołanych wyżej przepisów prawa - według oceny Izby - jest karkołomna i absurdalna poprzez jej zupełne oderwanie zarówno od realiów gospodarczych, jak i samej treści komentowanych przepisów prawa.

Jeżeli Przystępujący oświadczył, że będzie realizował przedmiot zamówienia z zastosowaniem potencjału podmiotów udostępniających zasób, a nie samodzielnie, to oznacza to tyle, że bez zasobów takich podmiotów sam nie jest w stanie wykonać zamówienia.

Wobec tego, jeżeli zatem Przystępujący jest w stanie zrealizować zamówienie przy podwykonawstwie podmiotów udostępniających zasób, to tym bardziej może on skorzystać z połączonej wiedzy i doświadczenia tych podmiotów, które umożliwią należyte wykonanie zobowiązania.

Z tych wszystkich powodów Izba uznała, że Zamawiający swoją ocenę potencjału wykonawcy opartego o zasób podmiotów trzecich, w tym w zakresie zdolności zawodowej dokonał w granicach przepisu art.119 ustawy Pzp i nie ma dostatecznych powodów do zarzucenia mu naruszenia cyt. obok przepisu prawa.

W konsekwencji powyżej oceny - za nieadekwatny w rozpoznawanej sprawie Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.17 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Ostatecznie, za nietrafny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.239 ust.1 ustawy Pzp, jako, że Odwołujący w ogóle w swoim odwołaniu nie odniósł się do kryterium oceny ofert.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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

Przewodniczący:.....