

WYROK

z dnia 8 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 listopada 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2022 r. przez: wykonawcę J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALFA J. T. z siedzibą w Gorlicach, ul. Dukielska 83b w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Ustrzyki Dolne z siedzibą w Ustrzykach Dolnych, ul. Rynek 6

przy udziale wykonawcy TEXOM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Aleja Pokoju 1 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2829/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALFA J. T. z siedzibą w Gorlicach i unieważnienie czynności wykluczenia tego wykonawcy, nakazuje dokonanie czynności wezwania wykonawcy J. T. w trybie art. 128 ust. 4 w związku z art. 110 ust. 2 ustawy w celu ustalenia, czy i w jakim zakresie odwołujący uczestniczył w budowie dobudowanego budynku Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku w ramach zadania inwestycyjnego „Rozbudowa i przebudowa budynku Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, w tym przebudową kolidującego uzbrojenia terenu” w związku z informacją uzyskaną od Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku, że firma ALFA J. T. nie była zgłoszona jako podwykonawca w żadnym zakresie zadania,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Ustrzyki Dolne z siedzibą w Ustrzykach Dolnych, ul. Rynek 6 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALFA J. T. z siedzibą w Gorlicach, ul. Dukielska 83b tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Ustrzyki Dolne z siedzibą w Ustrzykach Dolnych, ul. Rynek 6 na rzecz wykonawcy J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALFA J. T. z siedzibą w Gorlicach, ul. Dukielska 83b kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2829/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji na budowę siedziby Nadleśnictwa Ustrzyki Dolne zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2022/BZP 00252126 w dniu 13 lipca 2022 r.

Informację o wyniku postępowania zamawiający podał 21 października 2022r.

W dniu 26 października 2022 r. wykonawca J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALFA J. T. z siedzibą w Gorlicach wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 października 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 16 ustawy przez niezachowanie zasady przejrzystości ze względu na brak należytego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty i w konsekwencji wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.
2. Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy przez przyjęcie, iż - jak wskazał zamawiający w pkt 3.1. pisma z 21 października 2022r. - odwołujący: „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.” pomimo tego, iż w odniesieniu do odwołującego nie zachodzi żadna przesłanka wskazana w tym przepisie.
3. Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania i art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu

ewentualnie

4. Art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia poprawnych dokumentów i oświadczeń, w tym podmiotowych środków dowodowych, art. 128 ust. 4 ustawy i art. 223 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie dokumentów i oświadczeń, w tym podmiotowych środków dowodowych.
5. Art. 128 ust. 5 ustawy przez skorzystanie z prawa do żądania informacji pomimo braku przesłanek, tj. nie było wątpliwości co do złożonych przez odwołującego środków dowodowych i jednocześnie żądanie to zostało skierowane do podmiotu, który - jak wynika z treści przekazanego pisma - nie ma informacji, o które pytał zamawiający.
6. Art. 239 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w SWZ i która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny.
7. Art. 253 ust. 1 pkt 1) in fine ustawy przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie uzasadnienia przyczyn wykluczenia i zacytowanie pełnego brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pomimo tego, iż wskazuje on liczne przesłanki wykluczenia a zamawiający nie wskazał które z nich - jego zdaniem - mają zastosowanie w

sprawie. Odwołujący z ostrożności wskazał, że zamawiający w pkt 3.3. pisma z dnia 21 października 2022r. (który jest uzasadnieniem wykluczenia) zawęży przesłanki wykluczenia, jednak czyni to nieprecyzyjnie.

Wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:
 - a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
 - c. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
 - d. dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty odwołującego

ewentualnie, z ostrożności procesowej uzasadnionej postawieniem zarzutów ewentualnych:

- e. dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty odwołującego po uprzednim wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień.

2. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego a w szczególności:

- a. wpisu w wysokości 10.000,- zł (por. §2 pkt 2 ppkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania - dalej: rozporządzenie o kosztach),
 - b. kosztów poniesionych przez odwołującego w kwocie wskazanej na rozprawie oraz wynagrodzenia oraz wydatków odwołującego i pełnomocnika w kwocie nie mniejszej niż 3600,- zł (por §5 pkt 1 i pkt 2 ppkt a), b) i d) rozporządzenia o kosztach.

Zdaniem odwołującego, zamawiający niezasadnie wykluczył go z postępowania i niezasadnie odrzucił jego ofertę. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, w tym celu złożył ofertę, która nie została uznana za najkorzystniejszą ze względu na uchybienia zamawiającego które miały wpływ na wynik postępowania i naruszały ustawę. Odwołujący uważa, iż po wyeliminowaniu błędów zamawiającego oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą i tym samym uzyska zamówienie. Odwołujący ma prawo do tego, by jego oferta i złożone na wezwanie dokumenty zostały ocenione zgodnie z ustawą i SWZ także wówczas, gdy zdaniem zamawiającego wymagałyby one wyjaśnień lub uzupełnień.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu (Rozdział 5 pkt 2 ppkt 1)) było:

W zakresie doświadczenia:

Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże że w okresie ostatnich pięciu lat

przed dniem, w którym upływa wyznaczony termin składania ofert, (...) co najmniej jedną robotę budowlaną (przez jedną robotę rozumie się wykonanie prac na podstawie jednej umowy), w skład której wchodziły roboty budowlane polegające na wykonaniu budynku wolnostojącego w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t. j. Dz.U. 2019r., poz. 1065), wykonanego w technologii murowanej o wartości robót co najmniej 6 000 000,00 PLN brutto.

W postępowaniu złożono 5 ofert. W toku późniejszych działań zamawiającego trzy oferty zostały odrzucone.

Początkowo oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą i dlatego 16 września 2022r. odwołujący został wezwany do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący złożył wymagane dokumenty w dniu 22 września 2022r. i wskazał na doświadczenie pozyskane w trakcie realizacji budowy Szpitala Powiatowego w Lesku.

Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy wystąpił do SPZOK w Lesku (inwestora) o przekazanie informacji dotyczące tej budowy - zamawiający nie wskazał jakiego rodzaju wątpliwości spowodowały skorzystanie z tego przepisu, a zatem nie sposób stwierdzić, czy postawione SPZOK w Lesku pytania były zasadne i czy były one prawidłowo sformułowane.

Po uzyskaniu odpowiedzi od SPZOZ w Lesku zamawiający nie wezwał odwołującego do wyjaśnień i nie wezwał do procedury sanacyjnej opisanej w art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy. Zamawiający w dniu 21 października 2022r. poinformował o wynikach postępowania:

Za najkorzystniejszą uznano ofertę Texom sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie pomimo tego, iż ma ona gorszy bilans punktów niż oferta odwołującego. Odwołujący został wykluczony a jego oferta odrzucona.

Wykluczenie odwołującego.

Odwołujący spełnia postawiony warunek i wykazał tę okoliczność stosownymi dokumentami - oświadczenie własne poparte referencjami wystawionymi przez JTB sp. z o.o. z siedzibą w Szymbarku - dalej: „JTB”. Zamawiający nie zakwestionował prawdziwości dokumentów wystawionych przez JTB. Zamawiający - choć nie było przesłanek dla zastosowania art. 128 ust. 5 ustawy (zamawiający nie wyjaśnił jakie miał wątpliwości i z czego one wynikały) - zapytał SPZOZ w Lesku (tak: w piśmie z 21 października br. k2):

- a. Czy Odwołujący faktycznie uczestniczył w realizacji robót budowlanych?
- b. Jaki był zakres rzeczowy prac wykonanych przez odwołującego?
- c. Czy wartość robót wykonanych przez odwołującego wynosiła min 6 mln brutto?

SPZOZ w Lesku odpowiedział (tak: w piśmie z 21 października br. k2):

Generalnym Wykonawcą szpitala w Lesku było Konsorcjum z udziałem JTB (Odwołujący nie był członkiem Konsorcjum co jest bezsporne). JTB było wykonawcą w zakresie konstrukcyjno-budowlanym. Odwołujący nie był zgłoszony jako podwykonawca.

Jak widać, SPZOZ w Lesku nie odpowiedział na żadne pytanie zamawiającego. Brak odpowiedzi na kluczowe pytanie, tj. czy odwołujący faktycznie uczestniczył w realizacji robót budowlanych. Pomimo tego zamawiający nie kontynuował procedury badania oświadczeń odwołującego.

Odwołujący nie jest w stanie wytłumaczyć zachowania SPZOZ w Lesku, gdyż udział odwołującego w realizacji zamówienia (budowa szpitala) musiał być mu znany. Oferta Konsorcjum z dnia 1 października 2018r. (uznana za najkorzystniejszą przez SPZOZ w Lesku) jednoznacznie wskazywała, że Konsorcjum powołuje się na zasoby odwołującego, i że Odwołujący będzie podwykonawcą Konsorcjum - co jest uwidocznione m.in. na kartach: 4, 9, 15, 31, 32, 33.

Dowód: Oferta Konsorcjum (wyciąg).

Zamawiający w piśmie z 21 października 2022r. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty stwierdził (k.4), iż: a. w związku z wyjaśnieniami SPZOZ w Lesku, z których wynika, że Odwołujący nie był zgłoszony jako podwykonawca przy realizacji roboty budowlanej pn. Rozbudowa i przebudowa budynku Szpitala Powiatowego w Lesku wyklucza odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 gdyż odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Odwołujący przedłożył wykaz robót budowlanych oraz referencje wystawione przez JTB

dot. wykonania robót budowlano-konstrukcyjnych w technologii tradycyjnej murowanej

budynku szpitala w ramach inwestycji Rozbudowa i przebudowa budynku Szpitala Powiatowego w Lesku (...) ale jednocześnie uznał, iż SPZOZ w Lesku nie potwierdził udziału odwołującego w ww. inwestycji.

Z uzasadnienia wykluczenia odwołującego (i w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego) wynika, że zamawiający utożsamia brak zgłoszenia podwykonawcy z tym, iż firma podwykonawcza nie wykonywała robót.

Pogląd ten jest błędny.

Doświadczenie jest cechą wykonawcy. Innymi słowy jest to stan faktyczny. Doświadczenie może być nabyte jedynie w wyniku pewnego działania powodującego wzrost wiedzy i umiejętności. Jak się wydaje tożsame rozumienie prezentuje zamawiający, gdyż zapytał SPZOZ w Lesku o faktyczne uczestnictwo w budowie i zakres wykonanych prac.

Konsekwencją tego, iż doświadczenie jest stanem faktycznym, jest to, że doświadczenie jest nabywane niezależnie od okoliczności prawnych. Zamawiający, kreując warunki

udziału w postępowaniu w cytowanym wyżej Rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1 SWZ nie zastrzegł, iż można powoływać się na doświadczenie zdobyte jedynie jako zgłoszony podwykonawca czy jako generalny wykonawca. Tym samym, skoro odwołujący wykonywał roboty w wymaganym SWZ zakresie i o wymaganej wartości to nie podlega wykluczeniu. Dorobek orzecznictwa i doktryny jednoznacznie stwierdza, iż zamawiający nie może na etapie oceny ofert rozszerzać warunku (tak KIO w wyroku z 15 marca 2022r. KIO 499/22), a zatem pominięcie doświadczenia odwołującego nabytego w toku realizacji robót jako niezgłoszony podwykonawca nie jest zasadne.

Odwołujący nie odpowiada za treść odpowiedzi udzielonych przez SP ZOZ w Lesku i nie odpowiada za czynność polegającą na zgłoszeniu jego podwykonawstwa inwestorowi i nie odpowiada za pominięcie takiego zgłoszenia. Odwołujący ponownie stwierdza, iż uczestniczył w realizacji robót budowlanych w szpitalu powiatowym w Lesku. Odwołujący w dniu 1 marca 2019r. zawarł z JTB umowę o roboty budowlane nr 1/3/2019 za wynagrodzeniem 5.000.000,- zł netto czyli łącznie z podatkiem VAT za wynagrodzeniem 6.150.000,- zł, a więc o wartości wystarczającej do wykazania spełnienia warunku. Umowa była zmieniana co do terminu i co do ceny kolejnymi aneksami tak, iż wynagrodzenie ustalono na 5.500.000,- netto a termin zakończenia na 31 grudnia 2020r.

Dowód: umowa nr 1/3/2019 z 1.03.2019r. wraz z aneksami.

Roboty zostały wykonane należycie czego dowodem jest referencja wystawiona przez JTB - w aktach sprawy u zamawiającego.

Dowód: referencja wystawiona przez JTB. 14. JTB za wykonane roboty zapłaciło umówioną cenę.

Przepis art. 647 kc stanowi, iż cechą umowy o roboty budowlane jest to, że roboty mają być wykonane zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a następnie odebrane zaś wynagrodzenie ma być zapłacone. Wszystkie te elementy zaistniały w odniesieniu do umowy zawartej pomiędzy JTB i odwołującym.

Uzasadnienie wykluczenia.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 odnosi się do kilku okoliczności faktycznych. Zamawiający m.in. nie wskazał, czy jego zdaniem działanie odwołującego były zamierzone, czy też były skutkiem rażącego niedbalstwa. Te same okoliczności faktyczne uzasadniają zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający w pkt 3.1 pisma z 21 października 2022r. wskazał iż odwołujący wprowadził go w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i że spełnia warunki udziału w postępowaniu, że zataił informacje i nie jest w stanie przedstawić środków dowodowych. Tego rodzaju działanie jest niewłaściwe i sprzeczne z ustawą. Precyzyjne wskazanie przesłanek wykluczenia a nie cytowanie ustawy jest obowiązkiem zamawiającego na co zwróciła uwagę KIO m.in. w wyroku z 19 listopada 2021r. (KIO 3219/21): Obowiązkiem zamawiającego jest każdorazowo wykazanie i kompleksowe uzasadnienie podstaw i okoliczności podjętej decyzji, zwłaszcza, gdy pociągać może daleko idące, negatywne konsekwencje dla wykonawcy. Decyzja zamawiającego powinna być należycie uzasadniona i przedstawiać wszelkie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy odrzucenia jego oferty. Wykonawca nie może domniemywać podstaw wykluczenia go z postępowania, czy odrzucenia jego oferty. Jeśli jakieś podstawy wykluczenia wykonawcy nie znalazły się w treści decyzji zamawiającego, to uniemożliwia to wykonawcy zaskarżenie decyzji zamawiającego w tym zakresie, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy orzekania Izby. Przepis art. 109 ma charakter wybitnie sankcyjny i nie może podlegać interpretacji rozszerzającej, a zatem zamawiający winien wskazać, czy przyjął, iż ma do czynienia z niedbalstwem, czy ze świadomym działaniem, czy chodzi o zatajenie informacji, czy może odwołujący nie potrafił przedstawić środków dowodowych etc. Skoro zamawiający w niniejszej sprawie nie wykazał i nie uzasadnił, które konkretnie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy zaistniały w odniesieniu do odwołującego, to zarówno wykluczenie jak i odrzucenie oferty jest wadliwe. VIII. Uzupelnienie i wyjaśnienie.

Jak wskazuje orzecznictwo: W zakresie dokumentów podmiotowych, ich treść nie potwierdzająca spełnienia warunku udziału w postępowaniu skutkuje co do zasady procedurą naprawczą przewidzianą w art. 128 Prawa zamówień publicznych wskazującym na prawo uzupełniania, poprawiania i udzielania zamawiającemu wyjaśnień. Na tej podstawie dopuszczalne jest żądanie dowodów, w tym dokumentów, jakkolwiek z uwzględnieniem zasady wypracowanej orzecznictwo wobec zasady równości wykonawców, jednokrotności żądania informacji na ten sam temat w tożsamym zakresie (tak KIO w wyroku KIO 211/22 z 18 lutego 2022r.)

Tym samym jeżeli zamawiający uznał, iż złożone dokumenty nie są wystarczające to winien wezwać odwołującego do ich wyjaśnienia albo do uzupełnienia - czego zaniechał.

Odwołujący - w przypadku otrzymania stosownego wezwania - wyjaśniłby zamawiającemu wszelkie okoliczności dot. realizacji budowy szpitala w Lesku i własnego udziału w tej budowie. Warto też zwrócić uwagę, iż przepis art. 128 ust. 5 ustawy nie zakazuje kilkukrotnego zadawania pytań. Przyjmując założenie, iż nieujawnione dotychczas wątpliwości zamawiającego były zasadne, to miał on prawo prowadzenia dalszej korespondencji nie tylko z inwestorem (dla szpitala w Lesku) ale też Generalnym Wykonawcą lub z

JTB. Przepis art. 128 ust. 5 nie zawiera w tym zakresie ograniczeń. Informacje i dokumenty może przedstawić ten, kto jest w ich posiadaniu. Zamawiający zaniechał należytej uwagi - jest ograniczony przez skorzystanie z prawa do żądania informacji pomimo braku przesłanek, tj. nie było wątpliwości co do złożonych przez odwołującego środków dowodowych i jednocześnie żądanie to zostało skierowane do podmiotu, który - jak wynika z treści przekazanego pisma - nie ma informacji, o które pytał zamawiający.

Wadliwość wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający stosował procedurę odwróconą, a zatem skoro to odwołujący został wezwany do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu to jego oferta musiała być najlepiej oceniona. Okoliczność ta jest potwierdzona przez zamawiającego.

Ponieważ wykluczenie odwołującego jest niezasadne, to w konsekwencji równie niezasadne jest odrzucenie oferty odwołującego. Ponieważ w toku oceny ofert ostatecznie pominięto ofertę odwołującego to wybór oferty najkorzystniejszej jest wadliwy. Wada postępowania polegająca na wyborze oferty która nie jest najkorzystniejsza może być usunięta w przypadku uwzględnienia tego odwołania.

W dniu 27 października 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 27 października 2022 r. Texom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przystąpił po stronie zamawiającego. Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustrzyki Dolne z siedzibą w Ustrzykach Dolnych, gdyż jest wykonawcą, który może skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, dysponując niezbędnymi kwalifikacjami oraz doświadczeniem gwarantującym możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego.

Przystępujący złożył ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która spełnia warunki określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w ustawie PZP, zaś zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Interes przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego wyraża się w tym, że ewentualne uwzględnienie żądania odwołującego może spowodować unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, co może spowodować pozbawienie przystępującego możliwości realizowania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tym samym pozbawienie możliwości osiągnięcia zysków w związku z realizacją tego zamówienia.

Przystępujący wniósł o oddalenie w całości odwołania J. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ALFA J. T. w Gorlicach z uwagi na jego oczywistą bezzasadność. Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, podniesione przez niego zarzuty są bezpodstawne, zaś żądania nieuzasadnione.

Działania zamawiającego w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty były uzasadnione, albowiem odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i mogło to mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w trakcie postępowania.

Przystępujący zastrzegł sobie prawo wniesienia dodatkowej argumentacji w piśmie procesowym lub bezpośrednio na rozprawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom postępowania.

W dniu 4 listopada 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego, zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym zasądzenie kwoty 3.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa pełnomocnika.

Zamawiający wskazał, że odwołujący przedłożył wymagane w treści SWZ dokumenty w tym m. in. wykaz wykonanych robót budowlanych oraz dokument w postaci referencji, które zostały wystawione przez podmiot JTB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Wobec stwierdzenia kompletności tych dokumentów złożonych przez odwołującego, w ocenie zamawiającego nie zachodziły żadne przesłanki określone w art. 128 ust. 1 ustawy, do tego aby żądać złożenia, poprawienia, lub uzupełnienia tych dokumentów. Zamawiający zwrócił uwagę, iż przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415) nie precyzuje zakresu informacji jakie powinny znaleźć się w referencjach. Z treści przepisów § 9 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 wynika jedynie tyle, że referencje powinny stanowić dowód należytego wykonania odpowiednio robót budowlanych, dostaw lub usług. W treści referencji przedłożonych przez odwołującego w toku postępowania zawarte jest następujące stwierdzenie (cyt.): „Wykonawcę cechuje fachowość i wiarygodność, a naszą dotychczasową współpracę należy ocenić jako bardzo dobrą. Roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i zostały prawidłowo ukończone”. Również i wykaz wykonanych robót budowlanych przedłożony przez odwołującego został oceniony przez zamawiającego jako kompletny, ponieważ zakres zawartych w nim informacji odpowiadał dyspozycji wynikającej z przepisu § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych. W tej sytuacji brak było przesłanek do skorzystania z trybu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, określonego w przepisie art. 128 ust. 1 ustawy.

Pomimo, że odwołujący przedłożył wymagane podmiotowe środki dowodowe w tym m. in. wykaz wykonanych robót budowlanych i referencje to jednak ich treść wzbudziła uzasadnione wątpliwości zamawiającego. Z treści referencji wystawionych przez JTB sp. z o.o. wynika bowiem, że odwołujący wykonywał na rzecz JTB sp. z o.o. roboty konstrukcyjno-budowlane w ramach rozbudowy i przebudowy budynku szpitala powiatowego SPZOZ w Lesku. W treści referencji podmiot, który je wystawił, wskazał ponadto (cyt.): „Rozwiązania konstrukcyjne: Fundamenty w postaci płyty fundamentowej gr. 40 cm; Ściany konstrukcyjne nośne z pustaków poryzowanych gr. 25 cm; Stropy żelbetowe”. Natomiast w treści przedłożonego wykazu robót wskazano, że odwołujący zrealizował na rzecz firmy JTB sp. z o.o. następujące prace (cyt.): „Zakres powierzonych alfa J. T. prac obejmował roboty konstrukcyjno-budowlane w technologii tradycyjnej, murowanej i budynku szpitala w ramach rozbudowy i przebudowy budynku Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku”.

Wątpliwości zamawiającego dotyczyły zatem zakresu rzeczowego robót budowlanych, które odwołujący miał wykonywać na rzecz firmy JTB sp. z o.o. w ramach rozbudowy i przebudowy budynku szpitala SPZOZ w Lesku. Zamawiający podniósł, że w treści Rozdziału 5 ust. 2 pkt 1 SWZ Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie doświadczenia (cyt.):

„Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże że w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem, w którym upływa wyznaczony termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował bądź realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej jedną robotę budowlaną (przez jedną robotę rozumie się wykonanie prac na podstawie jednej umowy), w skład której wchodziły roboty budowlane polegające na wykonaniu budynku wolnostojącego w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t. j. Dz.U. 2019r., poz. 1065), wykonanego w technologii murowanej o wartości robót co najmniej 6 000 000,00 PLN brutto.”

Powyższy warunek zdaniem zamawiającego należy rozumieć w ten sposób, że chodzi o zrealizowanie robót budowlanych polegających na wykonaniu kompletnego budynku, czyli chodzi o zrealizowanie takich robót budowlanych, które swoim zakresem będą obejmowały wszystkie prace niezbędne do powstania budynku. Wyjaśnił, że Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie nie definiuje pojęcia „budynek” - jako takiego. Rozporządzenie to w treści przepisów § 3 pkt 4 - pkt 8 definiuje pojęcia: budynku mieszkalnego, budynku zamieszkania zbiorowego, budynku użyteczności publicznej, budynku rekreacji indywidualnej, budynku gospodarczego. Zgodnie z definicją budynku użyteczności publicznej (§ 3 pkt 6 Rozporządzenia)- należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności

publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Pojęcie „budynku” jako takiego zostało natomiast zdefiniowane w przepisie art. 3 pkt 2 Prawa budowlanego (t. j. Dz. U. 2021 r., poz. 2351). Zgodnie z tą definicją pod pojęciem budynku - należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Wskazał, że zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 7 pkt 14 ustawy pod pojęciem obiektu budowlanego - należy przez to rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Zamawiający po przeanalizowaniu treści referencji przedłożonych przez odwołującego powziął zatem uzasadnione wątpliwości, czy efektem robót budowlanych realizowanych przez odwołującego na rzecz firmy JTB sp. z o.o. był budynek w rozumieniu definicji Prawa budowlanego, czy zakres rzeczowy prac wykonanych przez odwołującego obejmował wykonanie całego, kompletnego budynku (tj. z zadaszeniem, z instalacjami, z wykończeniem itp.) który był gotowy spełniać zamierzone funkcje gospodarcze i techniczne ? W związku z ww. wątpliwościami zamawiający postanowił skorzystać z uprawnienia określonego w art. 128 ust. 5 ustawy i zwrócił się do SPZOZ w Lesku z oficjalnym zapytaniem dotyczącym następujących kwestii (cyt.):

1. czy firma ALFA J. T. wykonała rozbudowę budynku Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku tj. czy faktycznie uczestniczyła w realizacji robót budowlanych ?
2. proszę o wskazanie jaki zakres rzeczowy prac ujętych w projekcie budowlanym został wykonany przez firmę ALFA J.T. ?
3. czy wartość robót budowlanych, wykonanych przez firmę ALFA J. T. (podwykonawcę) na rzecz wykonawcy JTB Sp. z o.o. wynosiła co najmniej 6 milionów zł brutto ?
Zamawiający wskazał, że z treści przepisu art. 128 ust. 5 PZP, ani z jakiegokolwiek innego przepisu tej ustawy nie wynika aby zamawiający był zobligowany do powiadamiania wykonawców o tym, że zwraca się bezpośrednio do podmiotu, który posiada wymagane

dokumenty lub informacje. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyszedł z założenia, że pewna i wiarygodna informacja o zakresie rzeczowym robót budowlanych zrealizowanych przez odwołującego oraz o wartości tych robót, będzie dostępna u inwestora zadania czyli w SPZOZ w Lesku.

SPZOZ Lesko udzielił odpowiedzi w piśmie z dnia 05.10.2022 r. znak: SPZOZ.II.21.3.2022. Po otrzymaniu odpowiedzi od SPZOZ Lesko, z której wynikało że odwołujący w ogóle nie brał udziału w realizacji zamówienia publicznego na przebudowę i rozbudowę szpitala w Lesku, zamawiający uznał, że informacja ta jest wiarygodna, gdyż wystawiona przez podmiot realizujący zadania publiczne. Na podstawie tej informacji zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, oraz że świadomie wprowadził zamawiającego w błąd przez podanie nieprawdziwej informacji odnośnie wykonania robót budowlanych wskazanych w wykazie robót. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że po otrzymaniu ww. informacji z SPZOZ w Lesku, wobec jednoznacznego stwierdzenia że odwołujący nie uczestniczył w realizacji robót budowlanych na rzecz tego podmiotu, brak było podstaw do jakiegokolwiek wyjaśniania czy też dojaśniania kwestii dotyczących np. zakresu rzeczowego robót budowlanych czy też wartości wykonanych robót.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych razem z odwołaniem zamawiający wskazał na treść formularza ofertowego, który był złożony przez konsorcjum firm: Elektromontaż Rzeszów S.A., JTB sp. z o.o., Geo-Eko sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i rozbudowę szpitala w Lesku. W części lit. F formularza ofertowego „Podwykonawstwo”, wskazano że firma ALFA J. T. ma wykonać część robót budowlanych o wartości brutto wynoszącej 5.000.000,00 zł. Ponadto w części lit. F formularza ofertowego „Podwykonawstwo”, wskazano że inna firma tj. P.H.U. Szymbud ma także wykonać część robót budowlanych o wartości brutto wynoszącej 1.000.000,00 zł. Należy również wskazać, że podana w ww. formularzu ofertowym na rozbudowę i przebudowę budynku szpitala w Lesku, kwota wynagrodzenia za roboty budowlane wynosiła 23.265.100,00 zł. Te okoliczności zdaniem zamawiającego pozwalają wyprowadzić wniosek tego rodzaju, że odwołujący nawet jeżeli uczestniczył w realizacji robót budowlanych przy rozbudowie i przebudowie budynku szpitala w Lesku, to i tak zakres rzeczowy tych robót nie mógł obejmować całego budynku, kompletnego i mogącego samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Zamawiający podniósł, iż nie neguje i nigdy nie negował możliwości powoływania się przez Odwołującego na doświadczenie zdobyte przy realizacji robót budowlanych w ramach podwykonawstwa. Niemniej jednak z punktu widzenia oceny spełniania, sformułowanego w Rozdziale 5 ust. 2 pkt 1 SWZ, warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, istotny jest zakres rzeczowy robót oraz ich wartość. Przedłożone przez odwołującego w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego dokumenty nie potwierdziły spełniania tego warunku udziału w postępowaniu.

Nadto wskazał, że również i te dokumenty które odwołujący przedłożył razem z odwołaniem nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zauważył, że do odwołania nie zostały dołączone dokumenty takie jak: protokoły odbioru robót zrealizowanych przez odwołującego na rzecz firmy JTB sp. z o.o., faktury na kwoty wynagrodzenia należnego za wykonane roboty budowlane, wydruki z bankowości elektronicznej zawierające potwierdzenia wypłaty wynagrodzenia przez firmę JTB sp. z o.o. na rzecz odwołującego, za roboty zrealizowane w ramach podwykonawstwa. Dołączony do odwołania dokument w postaci umowy o podwykonawstwo robót budowlanych wraz z aneksami pozwala jedynie na stwierdzenie, że umowa taka oraz aneksy zostały zawarte. Natomiast z samego faktu zawarcia tej umowy nie można jeszcze wywnioskować, że została ona wykonana. Dodatkowo należy podkreślić, że zaangażowanie przez firmę JTB sp. z o.o. podwykonawcy do realizacji robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia publicznego, wymagało dopełnienia formalności określonych w przepisie art. 143b poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2019 r., poz. 1843). Z przedłożonych do odwołania dokumentów nie wynika zatem: czy firma JTB sp. z o.o. uzyskała akceptację inwestora SPZOZ w Lesku odnośnie projektu umowy o podwykonawstwo jaka została podpisana z odwołującym, czy podpisany egzemplarz umowy o podwykonawstwo został przedłożony do inwestora SPZOZ w Lesku, czy firma JTB sp. z o.o. przedłożyła dokumenty potwierdzające dokonanie zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy J. T. ALFA ? Zamawiający wskazał, że dołączona do odwołania umowa z 01/03/2019 r. jaka została podpisana pomiędzy JTB sp. z o.o. oraz odwołującym, w treści § 1 ust. 1 odwołuje się do specyfikacji, stanowiącej załącznik nr 1. Z treści tej specyfikacji wynika, że odwołujący miał w ramach podwykonawstwa na rzecz JTB sp. z o.o. wykonać zakres rzeczowy robót, obejmujący: zagospodarowanie budowy, roboty ziemne, budowa budynku stan surowy, roboty zamknięte, wykonanie elewacji. Dość lakoniczne i budzące spore wątpliwości interpretacyjne jest użyte w specyfikacji sformułowanie „roboty zamknięte”. Treść wspomnianej specyfikacji zdaje się sprawiać wrażenie, jakoby odwołujący zrealizował na rzecz firmy JTB sp. z o.o. praktycznie cały zakres rzeczowy robót budowlanych dotyczących przebudowy i rozbudowy szpitala w Lesku. Jednakże w świetle zgromadzonych do tej pory dokumentów w zasadzie brak jest możliwości stwierdzenia czy w ogóle odwołujący brał udział jako podwykonawca przy realizacji zamówienia na rozbudowę i przebudowę szpitala w Lesku, a jeśli nawet brał udział, to jaki był faktyczny zakres rzeczowy robót przez niego zrealizowanych i jaka była ich ostateczna wartość ?

Zamawiający podniósł ponadto, że dołączone do odwołania dokumenty w postaci referencji wystawionych dla odwołującego przez szpital specjalistyczny w Gorlicach czy przez SPZOZ w Myślenicach nie mają większego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. W toku postępowania prowadzonego przez zamawiającego odwołujący nie przedstawił tych ww. referencji, a przedstawił wyłącznie referencje wystawione przez firmę JTB sp. z o.o., które nie zostały ocenione jako wiarygodne co w konsekwencji skutkowało wszczęciem postępowania odwoławczego.

W dniu 4 listopada 2022 r. przystępujący Texom wniósł o oddalenie odwołania w całości. Stanowisko odwołującego w całości nie zasługuje na uwzględnienie, zaś podniesione zarzuty są niezasadne.

Przystępujący wskazał, że obowiązkiem odwołującego jest nie tylko zwięzłe przedstawienie zarzutów, ale również wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz przede wszystkim dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ocenie przystępującego odwołujący nie sprostował ww. warunkom, zaś prowadzone przez zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone zgodnie z przepisami i zasadami wynikającymi z ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej ustawą).

Wobec wątpliwości zamawiającego dotyczących spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, a które to doświadczenie odwołujący miał zdobyć w związku z wykonanymi robotami polegającymi na „Rozbudowie i przebudowie budynku Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w tym przebudową kolidującego uzbrojenia terenu”, zamawiający w trybie art. 128 ust. 5 ustawy wystąpił bezpośrednio do podmiotu posiadającego informacje i dokumenty istotne w tym zakresie dla oceny spełnienia przez odwołującego się warunków. Pismem z dnia 04.10.2022 r. skierowano do Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lesku zapytanie dotyczące faktycznego uczestnictwa Odwołującego się w robotach budowlanych w ramach inwestycji rozbudowy Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku. W odpowiedzi uzyskano jednoznaczną informację, że faktycznym wykonawcą robót budowlanych w zakresie konstrukcyjno - budowlanym na ww. in-

westycji była spółka JTB Sp. z o.o., zaś odwołujący nigdy nie został zgłoszony jako podwykonawca. Oznaczało to, że oświadczenie złożone przez odwołującego w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było nieprawdziwe, również okoliczności wskazane w przedstawionej przez niego referencji od spółki JTB Sp. z o.o. nie polegały na prawdzie, to zaś w kontekście tego, że odwołujący zaoferował niższą ceną niż przystępujący doprowadziłoby do dokonania wyboru odwołującego jako wykonawcy zadania publicznego, pomimo że braku spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe okoliczności spowodowały, że wobec spełniania się przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy w zw. z pkt. 6.2 ppkt. 7) SWZ, zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego się i o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy.

Przystępujący zauważył, że już sama informacja, że odwołujący nie był faktycznym wykonawcą robót budowlanych, powodowała, że udzielenie odpowiedzi na pozostałe pytania zadane Samodzielnemu Publicznemu Zespołowi Opieki Zdrowotnej w Lesku przez zamawiającego (dotyczące zakresu prac i ich wartości) było bezprzedmiotowe. Wskazał, że zamawiający nie miał obowiązku poszukiwać innych informacji w tym temacie, skoro uzyskał wiarygodną i obiektywną informację od podmiotu mającego pełną wiedzę na temat procesu budowlanego, w którym odwołujący rzekomo miał uczestniczyć. Przechodząc do argumentacji natury prawnej zastosowanej przez zamawiającego podstawy wykluczenia odwołującego przystępujący wskazał, że w wykluczenie wykonawcy ma miejsce w stosunku do wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzieleniu zamówienia. Powyższe oznacza, że w przypadku nawet nieumyślnego wprowadzenia w błąd, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powołał wyrok KIO z dnia 04.12.2018 r., KIO 2345/18, wyrok KIO z dnia 04.10.2017 r., KIO 1978/17, wyrok KIO z dnia 18.09.2018 r., KIO 1747/18). Podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania zachodzi w sytuacji, w której wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. Chodzi zatem o przedstawienie informacji (w tym także sposób ich przedstawienia), które wywołują u zamawiającego przeświadczenie o odmiennym stanie rzeczy niż występujący w rzeczywistości. Dotyczy to informacji, które co najmniej mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Ponadto, przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd musi być przez wykonawcę zawinione, przy czym - posługując się za ustawodawcą terminologią właściwą prawu karnemu - chodzi o każdą postać winy, w tym winę nieumyślną. Łączne zaistnienie ww. przesłanek obliuguje zamawiającego do wykluczenia z postępowania wy-

konawcy, wobec którego przesłanki te zaistniały" (por. wyrok KIO z dnia 31.07.2018 r., KIO 1401/18). Powołał również wyrok z dnia 17.01.2022 r., KIO 3712/21.

Nie ulega zatem dla przystępującego wątpliwości, że w tym przypadku zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, tj. :

- 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd,
- 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
- 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Tym sam zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ww. ustawy zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę, albowiem została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Z kolei zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 tej ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający miał obowiązek 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.

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez odwołującego przy odwołaniu przystępujący podniósł, że nie potwierdzają faktycznego uczestnictwa odwołującego w realizacji robót budowlanych w szpitalu powiatowym w Lesku. Brak jest dowodów, że zawarta

przez odwołującego ze spółką JTB Sp. z o.o. umowa nr 1/03/2019 została w rzeczywistości zrealizowana. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie, takich chociażby jak wystawione na rzecz JTB Sp. z o.o. faktury wraz z protokołami odbiorów częściowych, protokoły odbiorów robót ulegających zakryciu, protokołu odbioru końcowego, wpisów do dziennika budowy, potwierdzenia przekazania dokumentacji powykonawczej. Takich dokumentów nie ma, gdyby rzeczywiście istniały, to racjonalnie działający odwołujący musiałby je załączyć do odwołania.

Ocena przedstawionych przez odwołującego dowodów prowadzi co najwyżej do wniosku, że odwołujący miał co najwyżej uczestniczyć w inwestycji na szpitalu powiatowym w Lesku, ale nie potwierdza, że w realizacji tej inwestycji uczestniczył i zdobył doświadczenie wymagane w tym postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego.

Przedstawione przez odwołującego referencje spółki JTB Sp. z o.o., w kontekście informacji uzyskanych od Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lesku, należy uznać za niewiarygodne. Ponadto zwrócił uwagę, że na znaczącą różnicę w kwocie wynagrodzenia, jaką odwołujący miał otrzymać za wykonanie robót budowlanych w szpitalu powiatowym w Lesku. Z referencji otrzymanych od spółki JTB Sp. z o.o. wynika, że „wartość powierzonych w ramach zadania robót za które była odpowiedzialna alfa J. T. na w/w inwestycji wyniosła 6.645.710,67 zł brutto”, natomiast z przedłożonej przy od-

wołaniu umowy nr 1/03/2019 wynika, że ryczałtowe wynagrodzenie odwołującego z tytułu robót budowlanych w ramach ww. zadania inwestycyjnego wynosić miało 6.150.000,00 zł brutto. Różnica wynosi zatem aż 495.710,67 zł.

Dodatkowo przystępujący wskazał, że odwołujący jest osobowo powiązany ze spółką JTB Sp. z o.o., albowiem syn odwołującego jest większościowym wspólnikiem i prezesem zarządu spółki JTB Sp. z o.o. Powyższa informacja również stawia pod dużym znakiem zapytania prawdziwość treści zawartych w referencjach przedstawionych zamawiającemu.

Dowód: odpis pełny z KRS spółki JTB Sp. z o.o.

Przystępujący podkreślił, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. W myśl zaś art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 534 ust. 1 ustawy, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.09.2021 r., KIO 2151/21).

Odwołanie, jaki i przedstawione przy nim dowody nie dają podstaw do stwierdzenia, że odwołujący sprostował ciężarowi udowodnienia, że faktycznie spełnia warunek udziału w postępowaniu i nie wprowadził zamawiającego w tym zakresie w błąd - odwołujący nie udowodnił, że rzeczywistości wykonywał roboty budowlane wskazane w wykazie wykonywanych robót budowlanych. Przeciwnie wszystkie okoliczności jednoznacznie potwierdzają, że odwołujący takich robót nie wykonywał.

Przystępujący zwrócił uwagę na jeszcze jedną okoliczność, która przeczy twierdzeniom odwołania. Odwołujący wskazał, że spółka JTB Sp. z o.o. na rzecz której rzekomo odwołujący miał wykonywać roboty budowlane w budynku szpitala powiatowego w Lesku, powoływała się na jego zasoby w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lesku. Odwołujący miał oddać do dyspozycji zasoby w postaci zdolności technicznej i zawodowej w postaci wiedzy i doświadczenia zdobytego na inwestycjach poprzez konsultacje, doradztwo, bezpośredni udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Takie oświadczenie warunkowało wykonywanie robót budowlanych w wymaganym zakresie

przez odwołującego albo przez samego wykonawcę - spółkę JTB Sp. z o.o. lub przez innego podwykonawcę, o ile któryś z nich samodzielnie spełniali warunki udziału w stopniu nie mniejszym niż odwołujący, na którego zasoby spółka JTB Sp. z o.o. powoływała się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe wynika z treści art. 36b ust. 2 ustawy 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: poprzednia ustawa PZP), pod rządami której było prowadzone ww. postępowanie przetargowe.

Skoro zatem Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lesku jednoznacznie oświadczył, że rzeczywistym i faktycznym wykonawcą prac w zakresie konstrukcyjno-budowlanym była spółka JTB Sp. z o.o., to oznacza, to w ramach tamtej inwestycji odwołujący nie realizował żadnych prac, które zgodnie ze złożonym zobowiązaniem do oddania do dyspozycji niezbędnym zasobów na potrzeby realizacji zamówienia i doszło do zmiany w tym zakresie w oparciu o treść art. 36b ust. 2 poprzedniej ustawy.

Przestępujący zauważył, że ugruntowane jest orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że podmiot, na którego wykonawca zasoby powołuje się składając ofertę zobowiązany jest do faktycznego uczestnictwa w realizacji zadania publicznego w charakterze podwykonawcy. Powołał wyrok z dnia 24.09.2020 r., sygn. KIO 2107/20

Konstatacją powyższego jest, że Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lesku musiał badać w trakcie realizacji prowadzonej inwestycji przez konsorcjum firm Elektromontaż Rzeszów S.A., GEO-EKO Sp. z o.o. i JTB Sp. z o.o., czy wykonawca wykonuje roboty za pośrednictwem podwykonawcy, na którego zasoby powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. firmą ALFA J.T. . A zatem skoro, taka okoliczność nie została stwierdzona, to oznacza to, że odwołujący nie mógł być faktycznym podwykonawcą robót budowlanych na tej inwestycji i musiał zostać zastąpiony albo przez innego podwykonawcę albo przez samego wykonawcę - spółkę JTB Sp. z o.o.

Przechodząc do zarzutów dotyczących wadliwego zastosowania lub niezastosowania przez zamawiającego procedury naprawczej przewidzianej w art. 128 ustawy, przystępujący podniósł, że zarzuty te są nieracjonalne i bezzasadne. Zamawiający nie miał obowiązku wzywać wykonawcy albowiem złożone przez odwołującego nie było ani niekompletne nie zawierało błędów, a tylko w takim przypadku zamawiający byłby zobowiązany do wezwania odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia. W pozostałych przypadkach wskazanych w art. 128 ustawy przepis służy sformułowaniem „może”, co oznacza, że zamawiający ma prawo, a nie obowiązek żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, z którego to prawa może, ale nie musi skorzystać.

Zwrócenia również uwagi wymaga okoliczność, że jeśli oferta wykonawcy pomimo zastosowania procedury uzupełnienia podlegałaby odrzuceniu lub postępowanie podlegałoby

unieważnieniu, to wówczas wezwanie wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 128 ustawy nie znajduje zastosowania. Pomimo że skierowanie do wykonawcy żądania wyjaśnienia budzących wątpliwości kwestii byłoby działaniem oczekiwanym, to z uwagi na wystąpienie okoliczności unieważnienia lub odrzucenia oferty nie jest konieczne nakazywanie zamawiającemu tych czynności (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.1.2013 r., KIO/UZP 26/13). Przestępujący wskazał, że zamawiający nie jest zobowiązany do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia przedłożonych dokumentów, jeśli na ich podstawie nie jest w stanie w sposób obiektywny ustalić, że istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wówczas zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy. Skutek odrzucenia oferty obejmuje także sytuacje, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje, a następnie zostanie wezwany do uzupełnienia braków w trybie art. 128 ustawy. Czynności tej bowiem nie można konwalidować, a zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W tym przypadku przedmiotowe oświadczenie odwołującego było nieprawdziwe, tym samym prowadzące do wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty. Zamawiający zatem nie miał prawa, a tym bardziej obowiązku domagać się jakichkolwiek oświadczeń odwołującego w zakresie posiadanego doświadczenia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, oferty odwołującego, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych skierowanego do odwołującego, wezwania w trybie art. 128 ust. 5 ustawy do SPZOZ w Lesku, udzielonej przez SPZOZ odpowiedzi, dowodów dołączonych do odwołania i złożonych przez strony na rozprawie.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W SWZ zamawiający postanowił:

5. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Rozdziału 5 ust. 2 pkt 1 SWZ - warunek udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie doświadczenia:

„Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże że w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem, w którym upływa wyznaczony termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował bądź realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej jedną robotę budowlaną (przez jedną robotę rozumie się wykonanie prac na podstawie jednej umowy), w skład której wchodziły roboty budowlane polegające na wykonaniu budynku wolnostojącego w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t. j. Dz.U. 2019r., poz. 1065), wykonanego w technologii murowanej o wartości robót co najmniej 6 000 000,00 PLN brutto.”

Zamawiający opracował wzór wykazu robót, w którym oczekiwał podania podmiotu, na rzecz którego zostały wykonane roboty budowlane (nazwa, siedziba), terminu wykonania robót budowlanych (dzień/miesiąc/rok) początek i koniec, rodzaju wykonanych robót budowlanych i wartości brutto wykonanych robót budowlanych

Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę pod względem ceny.

W dniu 16 września 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 22 września 2022 r. odwołujący złożył żądane dokumenty, w tym oświadczenie o braku podstaw wykluczenia, oświadczając m. in., że nie zachodzą wobec niego podstawy wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 5, 8-10 ustawy.

Złożył także wykaz robót budowlanych, w którym wskazał na zadanie:

- na rzecz JTB Sp. z o.o. 38-311 Szymbark, 434 Szymbark wykonane w okresie 29.01.2019 r. - 31.12.2020 r. obejmujące: „Rozbudowa i przebudowa budynku Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w tym przebudową kolidującego uzbrojenia terenu” zakres powierzonych Alfa J. T. prac obejmował roboty konstrukcyjno-budowlane w technologii tradycyjnej, murowanej budynku szpitala w ramach rozbudowy i przebudowy budynku Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku. Charakterystyka dobudowanego budynku: (Podstawowe dane liczbowe: Wg PN-ISO 9836:1997)

Powierzchnia zabudowy- 859,7 m²

Powierzchnia netto - 2 891,1 m²

Kubatura - 14 378,03 m³

Ilość kondygnacji nadziemnych - 4

Ilość kondygnacji podziemnych - 1

Poziom parteru - 350,56 m n.p.m.

Wysokość budynku od poziomemu terenu przy głównym wejściu do kalenicy dachu - ok.

17,20 m

o wartości 6 645 710,67 zł

Na dowód należytego wykonania złożył referencje wystawione w dniu 21 sierpnia 2022 r. przez firmę JTB sp. z o.o., w których wskazano, że zakres prac powierzonych odwołującemu obejmował roboty konstrukcyjno-budowlane w technologii tradycyjnej, murowanej budynku szpitala w ramach rozbudowy i przebudowy budynku Szpitala Powiatowego

SPZOZ w Lesku. Poniżej podano charakterystykę dobudowanego budynku o treści tożsamej z podaną w wykazie, wskazano także rozwiązania konstrukcyjne: fundamenty w postaci płyty fundamentowej grubość 40cm, ściany konstrukcyjne nośne z pustaków poryzowanych grubość 25 cm, stropy żelbetowe.

Wystawca podał, że prace zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i zakończone do 31 grudnia 2022 r. Wykonawcę cechuje fachowość i wiarygodność, naszą dotychczas-

sową współpracę należy ocenić jako bardzo dobrą. Roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W dniu 4 października 2022 r. zamawiający zwrócił się do Dyrektora Szpitala Powiatowego w Lesku o przekazanie informacji, które będą istotne dla dokonania oceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa siedziby Nadleśnictwa Ustrzyki Dolne”.

Zamawiający wskazał, że w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego najkorzystniejszą ofertę złożył Pan J. T. prowadzący działalność gospodarczą pn. ALFA J. T., siedziba: ul. Dukielska 83B, 38-300 Gorlice. Na wezwanie Zamawiającego Nadleśnictwa Ustrzyki Dolne ww. Wykonawca przedłożył m. in. następujące dokumenty:

- referencje z dnia 21.08.2022, wystawione na rzecz ALFA J. T. (siedziba: ul. Dukielska 83B, 38-300 Gorlice) przez JTB Sp. z o.o. (z siedzibą: 38-311 Szymbark 434); przedmiotowe referencje, dotyczą zrealizowanych przez ALFA J.T. robót na rzecz Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku,
- wykaz wykonanych robót budowlanych, sporządzony przez ALFA J. T., określające, termin realizacji (od 29.01.2019 r. do 31.12.2022 r.)

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału, określonych w postępowaniu, prowadzonym przez PGL LP Nadleśnictwo Ustrzyki Dolne Wykonawca - ALFA J. T. złożył referencje, wystawione na jego rzecz przez JTB Sp. z o.o. Zgodnie z przedmiotowymi referencjami, ALFA J. T. był podwykonawcą robót budowlanych na inwestycji pn. „Rozbudowa i przebudowa budynku Szpitala Powiatowego SPOZO w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w tym przebudową kolidującego uzbrojenia terenu”.

Z treści referencji przedłożonych przez Pana J. T. wynika zatem, że:

- SPZOZ w Lesku był - inwestorem,
- firma JTB Sp. z o.o. był wykonawcą robót budowlanych pn. „Rozbudowa i przebudowa budynku Szpitala Powiatowego SPOZO w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w tym przebudową kolidującego uzbrojenia terenu”,
- firma ALFA J. T. była podwykonawcą robót budowlanych w trakcie realizacji inwestycji pn. „Rozbudowa i przebudowa budynku Szpitala Powiatowego SPOZO w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w tym przebudową kolidującego uzbrojenia terenu” na rzecz firmy JTB Sp. z o.o.

Wobec powyższego zwracam się z uprzejmą prośbą o udzielenie następujących informacji:

1. czy firma ALFA J. T. wykonała rozbudowę budynku Szpitala Powiatowego SPZOZ w Lesku tj. czy faktycznie uczestniczyła w realizacji robót budowlanych ?
2. proszę o wskazanie jaki zakres rzeczowy prac ujętych w projekcie budowlanym został wykonany przez firmę ALFA J. T. ?
3. czy wartość robót budowlanych, wykonanych przez firmę ALFA J. T. (podwykonawcę) na rzecz wykonawcy JTB Sp. z o.o. wynosiła co najmniej 6 milionów zł brutto ?

W dniu 4 października 2022 r. Ł. P. Kierownik Sekcji Infrastruktury i Aparatury Medycznej w imieniu SP ZOZ udzielił następującej odpowiedzi:

Ad. 1 Generalnym wykonawcą zadania pod nazwą: „Rozbudowa i przebudowa budynku Szpitala Powiatowego SP ZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w tym przebudową kolidującego uzbrojenia terenu” było konsorcjum firm:

ELEKTROMONTAŻ RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie - lider konsorcjum
GEO-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Sanoku - członek konsorcjum

JTB Sp. z o.o. z siedzibą w Symbarku - członek konsorcjum

Ad. 2 Wykonawcą prac w zakresie konstrukcyjno budowlanym była firma JTB Sp. z o.o. i tylko ta firma wystawiała faktury w tym zakresie. Pozostałe prace wykonywały firmy branżowe Elektromontaż Rzeszów S.A. i Geo-Eko Sp. z o.o.

Ad. 3 Firma Alfa J. T. nie była zgłoszona, jako podwykonawca firmy JTB Sp. z o.o., w żadnym zakresie realizacji zadania.

Z formularza ofertowego załączonego przez odwołującego do odwołania, który był złożony przez konsorcjum firm: Elektromontaż Rzeszów S.A., JTB sp. z o.o., Geo-Eko sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i rozbudowę szpitala w Lesku wynika, że łączna wartość robót miała wynosić 23 794 000zł. W części lit. F formularza ofertowego „Podwykonawstwo”, wskazano że firma ALFA J. T. ma wykonać część robót budowlanych o wartości brutto wynoszącej 5.000.000,00 zł. Ponadto w części lit. F formularza ofertowego „Podwykonawstwo”, wskazano że inna firma tj. P.H.U. Szymbud ma także wykonać część robót budowlanych o wartości brutto wynoszącej 1.000.000,00 zł.

Do oferty dołączono zobowiązania ALFA J. T. do oddania JTB sp. z o.o. niezbędnych zasobów w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w postaci wiedzy i doświadczenia nabytego na następujących zadaniach inwestycyjnych:

1. Przebudowa i nadbudowa bloku operacyjnego SP ZOZ w Myślenicach,
2. Modernizacja Starego Szpitala w Gorlicach,
3. Roboty budowlane na Szpitalu Miejskim w Rudzie Śląskiej

Sposób udostępnienia: konsultacje, doradztwo, bezpośredni udział w przedmiocie zamówienia jako podwykonawca.

Z wykazu robót wynika, że konsorcjum Elektromontaż Rzeszów S.A., JTB sp. z o.o., Geo-Eko sp. z o.o. powołało się na wszystkie trzy doświadczenia odwołującego oraz na dwa doświadczenia udostępnione przez Szymbud. Przy czym wszystkie te doświadczenia pochodzą z okresu dawniejszego niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert w tym postępowaniu.

Z umowy nr 1/03/2019 z dnia 1 marca 2019 r. wynika, że umowa została zawarta pomiędzy JTB sp. z o.o. jako zamawiającym i ALFA J. T. jako wykonawcą. W par. 1 zamawiający zlecił, a wykonawca przyjął do wykonania roboty budowlane zgodnie z załączoną specyfikacją stanowiącą załącznik nr 1. Roboty zostaną wykonane w ramach umowy nr 11/2018 z dnia 29 stycznia 2019 r. jaką zamawiający zawarł z inwestorem tj. Samodzielnym Publicznym Zespołem Opieki Zdrowotnej w Lesku dla zadania inwestycyjnego np. „Rozbudowa i przebudowa budynku szpitala powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, w tym przebudowa kolidującego uzbrojenia terenu.

W par. 2 określono wynagrodzenie netto na kwotę 5 000 000zł. w par. 3 ust. 1 Zakres prac (robót) wykonawcy w ramach realizacji umowy określają projekty budowlane, projekt wykonawczy. Zgodnie z ust. 3 Projekty, o których mowa w ust. 1 stają się integralną częścią umowy jako załącznik nr 2.

Z załącznika nr 1 do tej umowy wynika, że

1. Zagospodarowanie budowy, roboty ziemne miały być wykonane kwiecień- maj 20219 za cenę 100 000zł.
2. Budowa budynku stan surowy w okresie maj - październik 2019 za 3 420 000zł.
3. Roboty zamknięte od czerwca do października 2019 za 850 000zł. i
4. Wykonywanie elewacji w lipcu do września 2019 za 630 000zł.

Z aneksu nr 1 z 30 grudnia 2019 wynika wydłużenie terminu realizacji do 30 września 2020
Z aneksu nr 2 z 29 kwietnia 2020 wynika wydłużenie terminu realizacji do 31 grudnia 2020
Z aneksu nr 3 z 15 maja 2020 r. wynika zwiększenie wynagrodzenia do 5 500 000zł. netto

Z Dziennika budowy Tom I „Rozbudowa i przebudowa budynku szpitala powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, w tym przebudowa kolidującego uzbrojenia terenu.” Wynika, że na str. 7 J. T. pełnił obowiązki kierownika budowy i zgłosił w dniu 14 września 2020 r. zakończenie robót branży elektrycznej i sanitarnej umożliwiające dokonanie procesu odbiorczego robót przez służby PIS i PSP. Potwierdził wykonanie robót budowlanych na dzień 14 sierpnia 2020 umożliwiające dokonanie procesu odbiorowego. Z oświadczenie kierownika budowy z dnia 14 sierpnia 2020 r. wynika, że budowa została wy-

konana zgodnie z przepisami z następującymi nieistotnymi odstępstwami od projektu budowlanego i warunków pozwolenia na budowę dotyczyły one branży elektrycznej i sanitarnej. Teren budowy został doprowadzony do należytego stanu, a kierownik potwierdził, że obiekt nadaje się do użytkowania.

Z faktury VAT nr FA/5/11/2019 wynika, że w dniu 29 listopada 2019 r. ALFA J. T. wystawił na rzecz JTB sp. z o.o. fakturę za wykonanie robót budowlanych zgodnie z umową na budowie Szpitala w Lesku na kwotę 369 000zł. Zgodnie z załączonymi potwierdzeniami przelewów kwota ta została zapłacona w dwóch transzach w dniu 12 grudnia 2019 i 9 stycznia 2020 r.

Z umowy z dnia 11 września 2018 r. wynika, że Elektromontaż Rzeszów spółka akcyjna, JTB sp. z o.o. i GEO-EKO sp. z o.o. zawarły umowę konsorcjum dla realizacji zadania „Rozbudowa i przebudowa budynku szpitala powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, w tym przebudowa kolidującego uzbrojenia terenu.” Z załącznika nr 1 do tej umowy wynika, że JTB odpowiadał za projekt w zakresie rzeczowym (architektura, konstrukcja, gazy medyczne, technologia medyczna), roboty ogólnobudowlane, instalacje gazów medycznych, dostawy technologii medycznej, Elektromontaż Rzeszów za projekty i roboty branży elektrycznej, a GEO-EKO za projekty i roboty branży sanitarnej. JTB miał wykonać roboty o wartości 13 971 758,74zł., w tym roboty ogólnobudowlane na kwotę 11 967 458,74zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525

ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 1) in fine ustawy przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie uzasadnienia przyczyn wykluczenia i zacytowanie pełnego brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pomimo tego, iż wskazuje on liczne przesłanki wykluczenia a zamawiający nie wskazał które z nich - jego zdaniem - mają zastosowanie w sprawie. Odwołujący z ostrożności wskazał, że zamawiający w pkt 3.3. pisma z dnia 21 października 2022r. (który jest uzasadnieniem wykluczenia) zawęży przesłanki wykluczenia, jednak czyni to nieprecyzyjnie

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający jednoznacznie określił stan faktyczny będący podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Podstawą tą jest według zamawiającego fakt, że inwestor - SPZOZ w Lesku nie potwierdził udziału odwołującego w realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa budynku szpitala powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, w tym przebudowa kolidującego uzbrojenia terenu.”, co dla zamawiającego stanowiło wystarczającą podstawę do uznania, że oświadczenia odwołującego, w zakresie wykonania tej roboty budowlanej wskazanej w wykazie robót są niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym. Sam fakt przytoczenia pełnego brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, w ocenie Izby w powiązaniu z podstawą faktyczną wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty nie stanowił przeszkody w ustaleniu, że w ocenie zamawiającego odwołujący, co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd, co do tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający bowiem uznał, że odwołujący podał mu jako nieprawdziwą informację o wykonaniu budowy budynku Szpitala Powiatowego w Lesku, w sytuacji, gdy inwestor nie potwierdził udziału odwołującego w realizacji tej inwestycji. Tym samym w ocenie Izby zamawiający wskazał tak podstawę faktyczną jak i prawną dokonanej przez siebie czynności nie naruszając przy tym art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy przez przyjęcie, iż - jak wskazał zamawiający w pkt 3.1. pisma z 21 października 2022r. - odwołujący: „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." pomimo tego, iż w odniesieniu do odwołującego nie zachodzi żadna przesłanka wskazana w tym przepisie.

Zarzut potwierdził się. Rzeczywiście zamawiający uzyskał informację od SPZOZ w Lesku, że Alfa Józef Trybus nie był zgłoszony jako podwykonawca na spornym zadaniu w żadnym jego zakresie. Niemniej jednak zamawiający pozyskał od odwołującego w wykazie, ale także od JTB sp. z o.o. w referencji informację, że odwołujący wykonywał zadanie na rzecz JTB sp. z o.o., a nie inwestora SPZOZ w Lesku. Zamawiający zatem uzyskując od inwestora informację, że odwołujący nie był zgłoszonym podwykonawcą nie uzyskiwał pewności, że odwołujący rzeczywiście nie świadczył robót budowlanych, które wskazał w wykazie robót. Zgodnie bowiem z obecnie dominującym poglądem orzecznictwa uzyskanie zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą prowadzi jedynie do powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wynagrodzenie podwykonawcy. Jest to bieżąca interpretacja art.

647 (1) kc, a ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje w tym zakresie odrębnej co do skutku regulacji w art. 462-465 ustawy. W związku z tym zgłoszenie podwykonawstwa i w jej konsekwencji zgoda inwestora nie ma wpływu na ważność umowy podwykonawczej [zob. np. B. Kostecki, Uwagi, s. 22; M. Gutowski, Glosa do uchw. SN(7) z 29.4.2008 r., III CZP 6/08, s. 621; uchw. SN z 28.6.2006 r., III CZP 36/06, OSNC 2007, Nr 4, poz. 52; wyr. SN: z 30.5.2006 r., IV CSK 61/06, OSNC 2007, Nr 3, poz. 44; z 15.11.2006 r., V CSK 221/06, OSNC-ZD 2008, Nr A, poz. 8; z 20.6.2007 r., II CSK 108/07, Biul. SN 2007, Nr 11, s. 14]. Nie dochodzi do zmiany reguły wynikającej z art. 356 § 1 KC, gdyż zgoda inwestora powoduje tylko skutek w zakresie jego odpowiedzialności wobec podwykonawców. Oznacza to, że jeżeli obiekt czy roboty budowlane zostały wykonane za pomocą podwykonawców, inwestor nie ma prawa odmówić ich odbioru, chyba że zaistnieją wady istotne. Oznacza, to że sam fakt nie zgłoszenia podwykonawstwa nie powoduje, że dany podwykonawca faktycznie określonego zakresu robót nie wykonał, ani tym bardziej, że umowa zawarta przez niego z generalnym wykonawcą jest nieważna. Zamawiający zatem na podstawie oświadczenia inwestora SPZOZ w Lesku wyciągnął zbyt daleko idące wnioski, że odwołujący nie wykonywał zakresu robót wskazanych w wykazie robót. Zamawiający w tym zakresie nie prowadził z wykonawcą, ani też z generalnym wykonawcą wyjaśnień prowadzących do ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego, podczas gdy zgłoszony przez obie strony materiał dowodowy wskazuje, że rzeczywisty stan faktyczny może być zupełnie odmienny od ustalonego przez zamawiającego na skutek informacji z SPZOZ w Lesku. Niewątpliwie bowiem JTB sp. z o.o. jako członek konsorcjum w ramach inwestycji „Rozbudowa i przebudowa budynku szpitala powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, w tym przebudowa kolidującego uzbrojenia terenu.” był odpowiedzialny za wykonanie robót konstrukcyjno-budowlanych, JTB sp. z o.o. w ofercie złożonej inwestorowi w ramach swojego doświadczenia powołał się na zasób udostępniony przez odwołującego, że zobowiązania odwołującego wynikało, że przekaze swoje doświadczenie JTB przez podwykonawstwo części zamówienia. Tym samym w toku postępowania odwoławczego zostało uprawdopodobnione, że odwołujący był podwykonawcą JTB sp. z o.o. na wskazanym w wykazie robót zadaniu, co więcej odwołujący na rozprawie przedstawił, że za wykonywanie tych robót budowlanych uzyskiwał wynagrodzenie, a właściciel odwołującego pełnił rolę kierownika budowy na spornym zadaniu i to, aż do etapu przedstawienia dobudowanego budynku do odbioru inwestorowi. Tym samym w ocenie Izby ustalenie przez zamawiającego, że odwołujący nie wykonywał zadania wskazanego w wykazie na podstawie oświadczenia inwestora o braku zgłoszenia podwykonawstwa było zbyt daleko idące i nie znajdowało potwierdzenia w rzeczywistym stanie faktycznym. To oznacza, że wykluczenie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy było czynnością niezgodną z przepisami ustawy. Izba zwraca w tym zakresie uwagę na treść orzeczenia z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 RTS Infra BVBA - zgodnie z którym artykuł 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie

zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie praktyce państwa członkowskiego, zgodnie z którą wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty z własnej inicjatywy dowodu podjęcia środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności, pomimo istnienia względem niego fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynika ani z mających zastosowanie przepisów krajowych, ani z dokumentów zamówienia. Natomiast art. 57 ust. 6 wspomnianej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, nie stoi na przeszkodzie takiemu obowiązkowi, jeżeli został on przewidziany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w mających zastosowanie przepisach krajowych oraz gdy o jego istnieniu dany wykonawca został powiadomiony za pomocą dokumentów zamówienia.

Oznacza, to że zamawiający w sytuacji powzięcia wiadomości o możliwości zaistnienia pod-

stawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy powinien umożliwić odwołującemu skorzystanie z art. 110 ust. 2 ustawy czyli złożenie samooczyszczenia. Ustawodawca krajowy bowiem w ustawie nie opisał jasnych i jednoznacznych przesłanek obligujących wykonawcę do złożenia samooczyszczenia wraz z ofertą, ani zamawiający nie opisał w dokumentach zamówienia istnienia takiego obowiązku. Gdyby zamawiający zastosował się do powyższego orzeczenia TSUE i wystosował do odwołującego wezwanie złożenia samooczyszczenia w trybie art. 110 ust. 2 ustawy miałby szansę na ustalenie rzeczywistego stanu rzeczy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania i art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana przedwcześnie. Zamawiający nie umożliwił odwołującemu skorzystania z dobrodziejstwa art. 110 ust. 2 ustawy w sytuacji, gdy ustalił, że wobec odwołującego może zachodzić fakultatywna przesłanka wykluczenia z postępowania. Zamawiający nie dał odwołującemu szansy na udowodnienie, że nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Ma to istotne znaczenie także z tego względu, że odwołujący nie miał szansy wykazać zamawiającemu, że mimo braku formalnego zgłoszenia jego firmy jako podwykonawcy, faktycznie wykonał on roboty budowlane objęte wykazem. Nadto zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy i wykluczenie wykonawcy rodzi dla odwołującego dotkliwą sankcję w postaci zakazu ubiegania się o zamówienie przez okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia art. 111 pkt. 4 ustawy. Tym samym stosowanie podstawy wykluczenia jedynie w oparciu o fakt niezgłoszenia podwykonawstwa i bez umożliwienia odwołującemu wypowiedzenia się co do przyczyn braku wiedzy inwestora o jego udziale w realizacji zadania na rzecz SPZOZ w Lesku jest nieproporcjonalne do celów zamówienia publicznego jakim jest zawarcie umowy z wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia. Izba zatem w świetle zgromadzonego materiału dowodowego dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia poprawnych dokumentów i oświadczeń, w tym podmiotowych środków dowodowych, art. 128 ust. 4 ustawy i art. 223 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie dokumentów i oświadczeń, w tym podmiotowych środków dowodowych.

Zarzut potwierdził się w części. Izba zgadza się z zamawiającym, że odwołujący złożył kompletne podmiotowe środki dowodowe. Zarówno złożony wykaz zawierał wymaganą minimalną ilość robót budowlanych o właściwym zakresie i wartości, a także realizowanych w wymaganym przez zamawiającego przedziale czasowym, jak i referencja potwierdzała należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Tym samym w ocenie Izby na chwilę badania ofert zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy i wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia czy poprawienia podmiotowych środków dowodowych. W konsekwencji zamawiający ma rację, co do tego, że nie ziścił się po stronie zamawiającego obowiązek wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy. Jednak Izba nie zgadza się z zamawiającym, że zamawiający nie powziął wątpliwości, co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, przeciwnie istnienie tych wątpliwości potwierdza skierowanie przez zamawiającego pytań do inwestora o faktyczny udział i zakres realizacji przez odwołującego zadania wykazanego w wykazie robót. Zamawiający zatem powziął wątpliwości co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, jednak nie wyjaśnił tych wątpliwości z odwołującym, ale skorzystał z art. 128 ust. 5 ustawy i skierował zapytanie do inwestora SPZOZ w Lesku, mimo wiedzy o tym, że odwołujący nie był generalnym wykonawcą inwestycji, ale wykonywał ją na rzecz JTB sp. z o.o., co wprost wynikało ze złożonego wykazu. Przepis art. 128 ust. 5 ustawy nie ogranicza zamawiającego do korzystania wyłącznie z informacji udzielanych przez inwestorów publicznych, przeciwnie zezwala zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający jednak nie skorzystał z możliwości zasięgnięcia informacji u odwołującego, ani u JTB sp. z o.o. ale zwrócił się do SPZOZ w Lesku, który jak się okazuje nie dysponował wiedzą o osobach wykonujących zamówienie jako podwykonawcy. Jest to istotne, bowiem jak już Izba wskazywała powyżej brak zgłoszenia podwykonawcy nie rodzi nieważności umowy podwykonawczej, ani nie powoduje podstawy do odmowy odbioru robót w części wykonanej przez niezgłoszonego podwykonawcę. Co więcej jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego SPZOZ w Lesku przyjął ofertę konsorcjum z udziałem JTB, z której wynikał udział odwołującego jako podwykonawcy, a

właściciel odwołującego pełnił funkcję kierownika budowy na tym zadaniu w dacie zgłoszenia budowy do odbioru. Tym bardziej zatem skoro zamawiający powziął wątpliwości, czy to co do uczestnictwa odwołującego w realizacji zadania, czy jak twierdził na rozprawie co do zakresu faktycznie realizowanego przez niego podwykonawstwa powinien był tę kwestię wyjaśnić z odwołującym lub JTB, zamiast automatycznie zastosować sankcję wykluczenia. W tym stanie faktycznym Izba dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 5 ustawy przez skorzystanie z prawa do żądania informacji pomimo braku przesłanek, tj. nie było wątpliwości co do złożonych przez odwołującego środków dowodowych i jednocześnie żądanie to zostało skierowane do podmiotu, który - jak wynika z treści przekazanego pisma - nie ma informacji, o które pytał zamawiający.

W zakresie tego zarzutu Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w SWZ i która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny.

Zarzut potwierdził się. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego jedynie na podstawie informacji inwestora SPZOZ w Lesku o tym, że odwołujący nie był zgłoszonym podwykonawcą. Jednak zamawiający nie zweryfikował, czy odwołujący nie wykonywał faktycznie robót budowlanych jako niezgłoszony podwykonawca. Tym samym jak wynika z wcześniejszych rozważań Izby wykluczenie odwołującego z postępowania było przedwczesne, a tym samym odrzucenie jego oferty nieprawidłowe. W konsekwencji dokonany wybór oferty najkorzystniejszej nie był wyborem dokonany zgodnie z przepisami ustawy, czym naruszał art. 239 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 ustawy przez niezachowanie zasady przejrzystości ze względu na brak należytego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty i w konsekwencji wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

Zarzut potwierdził się w części. Jak wynika z rozważań Izby, Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy, a tym samym nie dopatrzyła się naruszenia zasady przejrzystości w braku należytego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu. Natomiast Izba uznała, że zamawiający przedwczesnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej nie dokonując jednocześnie prawidłowego badania oferty odwołującego, co w ocenie zamawiającego zasadę przejrzystości narusza. Z tego zatem względu Izba zarzut ten uwzględniła częściowo.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art. 557 i art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.) zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 10.000,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania, oraz kosztów zastępstwa prawnego zgodnie ze złożoną fakturą z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczanej przez cytowane rozporządzenie. Izba nie dokonała stosunkowego rozdzielenia kosztów, gdyż w ocenie Izby oddalenie jednego z zarzutów i częściowe oddalenie dwóch zarzutów nie powoduje, że zamawiający częściowo wygrał to postępowanie. Przeciwnie odwołujący osiągnął cel wniesionego odwołania jakim było unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i wykluczenia go z postępowania, a także uzyskał szansę na ponowne badanie swojej oferty, a w jej perspektywie możliwe uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby oznacza to, że odwołujący wygrał to postępowanie w każdym z założonych celów, stąd podział kosztów w tym przypadku był nieuzasadniony.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....