

WYROK

Warszawa, dnia 28 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sigma Budownictwo S. Sp. k. z siedzibą w Bolesławcu, Sigma Projekty – Instalacje J.S.,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Świerzawa,

uczestnik po stronie Zamawiającego – Jadar S.C. J.N., A.B., Ager M.K.,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sigma Budownictwo S. Sp. k. z siedzibą w Bolesławcu, Sigma Projekty – Instalacje J.S. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 630 zł 40 gr (cztery tysiące sześćset trzydzieści złotych czterdzieści groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr) oraz dojazdu na rozprawę (1 030 zł 40 gr).

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Świerzawa – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Budowa sieci wodociągowej z ujęciem wody w miejscowości Sokołowiec w systemie zaprojektuj-wybuduj*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 22 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00256172/01.

W dniu 3 czerwca 2024 r. Konsorcjum: Sigma Budownictwo S. Sp. k., Sigma Projekty – Instalacje J.S. wniosło odwołanie wobec odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (rozdz. V, pkt. 2 ppkt. 2.4.1. SWZ);
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i pkt 7 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 16 ustawy Pzp, przez naruszenie przez Zamawiającego zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego;
- 4) art. 128 ust. 1, w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku

udziału w postępowaniu określonego rozdz. V pkt. 2.4.1.2. SWZ;

5)art 253 ust. 1 pkt 2 ustaw Pzp, przez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego;

6)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ewentualnie powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że pismem z 29 maja 2024 r Zamawiający poinformowała o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako podstawę odrzucenia podając art. 226. ust. 1 pkt 2 b oraz pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia określonego w rozdz. V, pkt. 2 ppkt. 2.4.1. SWZ oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż Konsorcjum celowo przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i miało na celu wyeliminowanie innych uczestników postępowania z uzyskania zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 b ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. V SWZ pkt 2.4:

2.4.1. Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał roboty budowlane obejmujące co najmniej:

2.4.1.1. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci wodociągowej o długości minimum 500 m, której całkowita wartość wynosiła co najmniej 150.000,00 zł brutto.

2.4.1.2. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody, której całkowita wartość wynosiła co najmniej 200.000,00 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił następujące dokumenty :

–Protokół zdawczo-odbiorczy częściowy zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022-29.03.2022

–Referencje z 21.04.2024r. podpisane przez Członka Zarządu M.R.

–Aneks nr 02/2021 z dnia 30.12.2021r. (do umowy PO-21-714/SIGMA1 z dnia 20.03.2021r.).

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie wskazał w SWZ wielkości ani rodzaju stacji uzdatniania wody, o której mowa w Rozdziale V pkt. 2.4.1.2. SWZ, a jedynie obowiązek wykonania roboty budowlanej na kwotę co najmniej 200.000,00 zł brutto. Zamawiający nie wskazał, że stacja uzdatniania wody ma odpowiadać pojęciu budowlanej w rozumieniu art. 3 pkt. 3 ustawy Prawo budowlane, nie określił parametrów dotyczących np. wydajności technologicznej, rodzaju czy mocy stacji uzdatniania wody, nie wskazał, czy na budowę stacji uzdatniania wody konieczne było uzyskanie pozwolenia na budowę właściwego organu oraz wykonanie projektu. Zamawiający nie wskazał też, aby stacja uzdatniania wody podlegała odbiorowi/zgłoszeniu do Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego ani że stacja uzdatniania wody powinna stanowić samodzielną budowlę/budynek. Zatem działania Zamawiającego polegające na rzekomej „weryfikacji” dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, nie mogą stanowić potwierdzenia, że Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt. 2.4.1.2. SWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający powołał się na odpowiedzi otrzymane od:

–Starosty Zgorzeleckiego, że dokumentacja projektowa zadania nie obejmowała budowy stacji uzdatniania wody;

–Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Zgorzelcu, że w referencyjnej lokalizacji nie została wybudowana stacja uzdatniania wody (stacje są objęte nadzorem sanitarnym).

Zdaniem Odwołującego, ww. odpowiedzi nie mogą stanowić o spełnieniu lub nie warunku udziału w postępowaniu. Takim dowodem nie może być również informacja z Geoportalu, dane tam zamieszczane nie są bowiem aktualizowane na bieżąco. Ponadto stacja uzdatniania wody nie musiała być obiektem zewnętrznym, mogła być urządzeniem zlokalizowanym wewnątrz budynku. Stacje uzdatniania wody, poza tym, że mogą być budowlami, to również są urządzeniami instalowanymi wewnątrz budynków w celach związanych z oczyszczeniem czy polepszeniem jakości wody.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający podał, że otrzymał informację: *od inwestora – Kajima Poland Sp. z o.o., że inwestycja nie obejmowała budowy stacji uzdatniania wody. Ponadto inwestor Kajima Poland Sp. z o.o. oświadczył, że przedłożone przez Wykonawcę Konsorcjum: Lider – Sigma Budownictwo S. Sp. k, Partner – Sigma Projekty – Instalacje*

J.S. dokumenty : 1. Protokół zdawczo- odbiorczy częściowy zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022 - 29.03.2022 2. Referencje z dnia 21.04.2024r. podpisane przez Członka Zarządu M.R. 3. Aneks nr 02/2021 z dnia 30.12.2021r. (do umowy PO-21-714/SIGMA1 z dnia 20.03.2021r.) nie odpowiadają dokumentacji oryginalnej, która jest w posiadaniu tej firmy i złożył oświadczenie o wycofaniu referencji wystawionych na rzecz Wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że zwrócił się do Kajima Poland Sp. z o.o. o przesłanie treści wiadomości czy pisma skierowanego przez tę firmę do Zamawiającego. W odpowiedzi otrzymał treść korespondencji, z której wynika, że Kajima Poland Sp. z o.o. wycofała referencje dla Partnera Sigma Projekty – Instalacje J.S. z dnia 21.02.2024 na prace zgodnie z umową PO-21-714/SIGMA1/21 z dnia 20.03.2021r z późniejszymi aneksami. Powodem wycofania referencji był konflikt powstały pomiędzy stronami umowy PO21-714/SIGMA1/21, tj. Kajima Poland Sp. z o.o. i Sigma Projekty – Instalacje J.S..

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 3 pkt 3 ustawy Prawo budowlane, wśród budowli wymienia się m.in. części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń), a także fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów, składających się na całość użytkową. Wskazane przykładowo budowle, a także treść ww. przepisu wskazują, że w przypadku powiązania części budowlanych z urządzeniami technicznymi, dla oceny, czy jest to budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z urządzeniami i instalacjami czy też budowla i urządzenia techniczne, należy zbadać, czy tworzą one całość wyłącznie użytkową, bo są odrębne pod względem technicznym, czy też tworzą całość techniczno-użytkową, bo nie są odrębne pod względem technicznym. Ustawodawca wymaga nie tylko istnienia związku użytkowego, ale również technicznego. Warunek ten dotyczy tak budowli, jak i urządzeń i instalacji, które stanowią jeden obiekt budowlany jako budowla.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i pkt 7 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego w III KKN 271/01, w uzasadnieniu którego wskazano, że uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym, przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego, ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim nie ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zakwalifikował jego zachowanie jako delikt wskazany w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający swoją decyzję oparł na niezgodny ze stanem faktycznym założeniach, że Odwołujący złożył nieprawdziwe dokumenty i oświadczenia, które miały na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd i miały bezpośredni wpływ na wynik postępowania przetargowego. Opisywane przez Zamawiającego, rzekome zachowanie Odwołującego nie daje się jednak zakwalifikować jako delikt opisany w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zakres stosowania art. 14 ogranicza w znacznej mierze wymóg działania sprawcy w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Wymóg ten wprowadza do przepisu warunek znacznie dalej idący niż przewidziane w art. 3 ust. 1 zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Delikt z art. 14 ww. ustawy jest spełniony tylko wtedy, gdy sprawca działa świadomie, a zatem z winy umyślnej. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykazał bezspornie, że Odwołującemu można przypisać celowe działanie. Tym samym nie będzie miał zastosowania art 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona, zatem nie była oceniana przez Zamawiającego i tym samym nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postaci uniemożliwienia innym wykonawcom o ubieganiu się o zamówienie.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, podejmując decyzję o powodach odrzucenia oferty Odwołującego powinien opierać się wyłącznie na dokumentach zebranych w toku, którego dotyczy ocena ofert. Tym samym nieuprawnione jest działanie Zamawiającego, w którym oparł się na historycznym postępowaniu. Odniesienia do podejmowanych przez Odwołującego w latach poprzednich czynności, decyzji czy zawieranych umów pozostaje bez wpływu na ocenę przesłanek odrzucenia oferty w obecny postępowaniu. Działania Odwołującego w latach poprzednich w ramach prowadzonych wcześniej procedur zamówieniowych nie przekładają się na ocenę w ramach przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający, dla oceny zachowania Odwołującego, w sposób nieuprawniony, posłużył się innym postępowaniem, które było prowadzone pod znakiem sprawy INKG.Kr.271.32.1.2024 i ofertę niezabezpieczoną wadium złożył w nim wyłącznie Odwołujący. Zamawiający wskazał: *Okoliczność ta potwierdza postawioną tezę o nieuczciwych działaniach Wykonawcy, gdyż tak wówczas jak i obecnie warunek progowy doświadczenia był identyczny, zaś Wykonawca w obu przypadkach deklarował jego spełnienie – i jak się okazało, była to deklaracja bez pokrycia. We*

wskazanych wyżej (pierwszym) postępowaniu oferta Wykonawcy została odrzucona jako niezabezpieczona wadium, co spotkało się z wniesieniem odwołania. Akt ten w kontekście okoliczności stwierdzonych obecnie (braku wymaganego doświadczenia i posługiwania się w celu wykazania go dokumentami nieprawdziwymi wycofanymi przez wystawcę) stanowi przejaw szczególnej zuchwałości i determinacji w nieuczciwym zdobyciu zamówienia. Okoliczności te obciążają Wykonawcę; powstał stan niezłożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący podniósł, że oferta w postępowaniu NGK.Kr.271.32.1.2024 była składana w zupełnie innych warunkach technicznych i zawodowych Odwołującego. Nie była oceniana w żaden sposób przez Zamawiającego, została bowiem odrzucona. Odwołujący posiadał wówczas stosowne referencje z realizacji innych umów, również zamierzał wskazać podwykonawców, na zasoby których powoływał się w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. J.S. otrzymał od opiekuna klienta w Banku PKO BP informację, że Pani I.Ł. dzwoniła do Banku celem uzyskania informacji o wiarygodności i sytuacji finansowej firmy Sigma – Projekty i Spółki komandytowej. W banku tym członkowie konsorcjum posiadają od wielu lat rachunek bankowy. Obydwie firmy, członkowie konsorcjum, są cenionymi klientami o ugruntowanej pozycji i wiarygodności. Takie działania po stronie Zamawiającego są działaniami na szkodę Odwołującego bowiem, mogą wywoływać mylne wrażenie co do wiarygodności i podważać zaufanie do firm konsorcjum. Powyższe było bezpośrednią przyczyną, dla której Odwołujący skontaktował się z Zamawiającym 23 maja 2024 r. Celem działania Odwołującego było dowiedzenie się, co jest podstawą działania Zamawiającego i z jakiej przyczyny Zamawiający zwracał się do banku, skoro posiadał od Odwołującego dokumenty wymagane SWZ. Zdaniem Odwołującego, takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1, w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący stwierdził, że w świetle art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, w sytuacji gdy zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający kierował wezwania do uzupełnienia do Partnera Sigma Projekty – Instalacje J.S., nie zaś do Lidera uprawnionego do reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sigma Budownictwo S. Sp. k. Niemniej każde z wezwań kierowanych do tego wykonawcy było wezwaniem opartym na innej podstawie prawnej, ale dotyczącym tej samej kwestii. Pierwsze było wezwaniem do złożenia przez Odwołującego jako wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą podmiotowych środków dowodowych (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp), drugie zaś było wezwaniem opartym na art 128 ustawy Pzp, jednak dotyczyło ponownie przedłożenia Załącznika nr 5 do SWZ, oraz dowodów: *referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.*

Odwołujący podniósł, że jeśli zdaniem Zamawiającego Odwołujący złożył dokumenty, które nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien tę kwestię wyjaśnić, nie zaś wzywać Odwołującego do przedłożenia nowych dokumentów i oświadczeń. W tym przypadku Odwołujący pozostawał w mylnym przekonaniu co do treści wezwania Zamawiającego. Stacja uzdatniania wody została wskazana w Protokole zdawczo-odbiorczym częściowym zaawansowania wykonanych prac jako roboty dodatkowe/zamienne. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie przedstawionych dokumentów, a jedynie na podstawie art. 128 ustawy Pzp wezwał Partnera Sigma Projekty – Instalacje J.S. pismem z 25 kwietnia 2024 r. *do przedłożenia dla zamówienia dokumentów, o których mowa, tj.: a) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie – zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do SWZ. „Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.* Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści bądź wątpliwości co złożonych dokumentów.

Zarzut naruszenia art 253 ust. 1 pkt 2 ustaw Pzp

Odwołujący powołał się na treść art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i podniósł, że w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał jako jedną z przyczyn takiej decyzji art.226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, na tej podstawie, że: *oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum celowo przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z*

rzeczywistością, dążąc do wykazania spełniania warunku doświadczenia, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i miało na celu wyeliminowanie innych uczestników postępowania z uzyskania zamówienia bez wskazania podstawy prawnej naruszenia.

Odwołujący podniósł, że katalog czynów podlegających rygorom ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest tak szeroki, że nie sposób domyślać się, jak Zamawiający zakwalifikował tę konkretną sytuację. Co prawda z treści uzasadnienia Informacji o odrzuceniu oferty wynika, że Zamawiający podporządkował rzekome naruszenie Odwołującego pod art. 14 ust. 1 i 2 ustawy, jednak nie wskazał, jakie przesłanki wskazane w tym przepisie spełnił Odwołujący oraz nie wykazał, że działanie Odwołującego było celowe, świadome i Odwołującemu można przypisać winę. Co więcej – pojęcie winy winno dotyczyć konkretnego podmiotu. Natomiast Zamawiający nie wskazał, który z członków Konsorcjum był winny przedstawienia dokumentów budzących wątpliwości Zamawiającego. Czynem nieuczciwej konkurencji jest również zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 1 i 2 rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści, co ewidentnie miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców (niebudzący żadnych wątpliwości) wskazać powody odrzucenia. Niedopuszczalnym jest, aby Odwołujący samodzielnie identyfikował przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Jadar S.C. J.N., A.B., Ager M.K.. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie V.2 pkt 2.4.1 SWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał roboty budowlane obejmujące co najmniej:

2.4.1.1. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci wodociągowej o długości minimum 500 m, której całkowita wartość wynosiła co najmniej 150.000,00 zł brutto.

2.4.1.2. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody, której całkowita wartość wynosiła co najmniej 200.000,00 zł.

Odwołujący przedstawił następujące podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania tego warunku:

–Wykaz robót, w którym w poz. 2 wskazał następujące zadanie:

2	Przedmiot zamówienia: <i>Budowa centrum logistyczno- magazynowego z zapleczem socjalnym i infrastrukturą techniczną Pana.Z.</i> Adres inwestycji <i>Zgorzelec</i> Zakres robót: -budowa sieci wod-kan -budowa sieci pożarowej DN315 -stacja uzdatniania , pompownia wody pożarowej Wartość inwestycji: 7 900 000,00 zł brutto	5.04.2022	Nazwa Inwestora: Kajima Poland Sp. z o.o.	Numer (sygnatura) Referencje Data 21.02.2024r.
---	--	-----------	---	---

–Referencje z 21 lutego 2024 r. o treści:

Firma „KAJIMA POLAND Sp. z o.o.” z siedzibą w Warszawie 00-697, ul. Al. Jerozolimskie 65/79 rekomenduje firmę „SIGMA Projekty-Instalacje J.S.” z siedzibą przy ul. Spacerowej 16, 59-700 Bolesławiec.

Współpraca odbywała się w okresie od 03.2021r. — 03.2022r.

W ramach zawartej umowy firma zrealizowała:

–budowę sieci wod.-kan.,

–budowę sieci pożarowej DN315,

–stacja uzdatniania, pompownia wody pożarowej.

Wartość kontraktu wynosiła 7 900 000,00 zł netto.

Roboty zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową, z zachowaniem standardów jakościowych oraz z dotrzymaniem uzgodnionych terminów.

Zadania zrealizowane zostały zgodnie z umową PO-21-714/SIGMA1/21 z dnia 20.03.2021r. wraz z aneksem 01/2021 z dn.30.03.2021 oraz aneksem 02/2021 z dn. 31.12.2021., czego potwierdzeniem jest podpisany protokół odbioru końcowego z dnia 05.05.2022r.

Pismem z 25 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów:

a) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie - zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do SWZ.

„Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty”.

Wykonawca winien przedłożyć Zamawiającemu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykaz robót budowlanych z którego będzie wynikało spełnienie warunku określonego w SWZ rozdział V pkt.2.4.1.2 tj. wykonanie 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody, której całkowita wartość wynosiła co najmniej 200.000,00 zł, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Odwołujący udzielił następującej odpowiedzi: *W załączeniu przesyłam uzupełnienie dotyczące doświadczenia. Na protokole zdawczo odbiorczym końcowym do faktury końcowej znaczone pozycję dotycząc wykonania- stacji uzdatniania wody w kwocie netto 202 000,00 zł netto.* Odwołujący przedstawił:

- 1)Protokół zdawczo-odbiorczy częściowy zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022 - 29.03.2022, w którym wyszczególniono m.in. stację uzdatniania wody,
- 2)Fakturę nr 18/2022 z 30 marca 2022 r. wystawioną na rzecz Kajima Poland,
- 3)Aneks nr 02/2021 z dnia 30.12.2021r. (do umowy PO-21-714/SIGMA1 z dnia 20.03.2021r.), zgodnie z którym przedmiot umowy obejmuje m.in. stację uzdatniania.

Zamawiający zwrócił się do spółki Kajima Poland, o potwierdzenie że oferent SIGMA Projekty - Instalacje J.S. wykonał na rzecz Kajima Poland Sp. z o. o. budowę stacji uzdatniania wody na wartość 202.000,00 zł. Zamawiający przekazał ww. podmiotowi przedstawione przez Odwołującego dokumenty dotyczące tej inwestycji. W odpowiedzi przedstawiciel ww. spółki poinformował o wycofaniu referencji oraz przekazał następującą informację:

Przy realizacji inwestycji: BUDOWA CENTRUM LOGISTYCZNO-MAGAZYNOWEGO Z ZAPLECZEM SOCJAL INFRASTRUKTURĄ TECHNICZĄ, PANATTONI ZGORZELEC Kajima Poland sp. z o.o nie realizowała stacji uzdatniania wody. Obecnie nie mam dostępu do oryginałów dokumentów które Pani załączyła w mailu, ale skoro Kajima Poland nie realizowała stacji uzdatniania to nie wiem skąd zapisy w tym zakresie w przesłanych dokumentach.

Pismem z 22 maja 2024 r. Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny w Zgorzelcu przekazał Zamawiającemu następującą informację:

Ad. 1 – Stacja uzdatniania wody nie jest pod nadzorem PPIS w Zgorzelcu ponieważ nie została wybudowana;

Ad. 2 – PPIS w Zgorzelcu nie wydawał opinii sanitarnej na etapie wydawania pozwolenia na budowę dla przedmiotowej inwestycji.

Ponadto Zamawiający otrzymał informację od Starosty Zgorzeleckiego (pismo z 23 kwietnia 2024 r.):

W odpowiedzi na wniosek z dnia 19 kwietnia 2024 r., w sprawie udzielenia informacji publicznej dot. informacji czy pozwolenie na budowę dla inwestycji pn. „Budowa centrum logistyczno-magazynowego z zapleczem socjalnym i infrastrukturą techniczną Pana.Z.” zawierało w swym zakresie budowę stacji uzdatniania wody oraz kto był wykonawcą przedmiotowych robót budowlanych, organ administracji architektoniczno budowlanej informuje, że zgodnie z legendą w załączniku graficznym zatwierdzonego projektu zagospodarowania terenu decyzją nr 525/2020 z dnia 31 grudnia 2020 r. obejmującą w/w budowę centrum oraz zgodnie z legendami w załącznikach graficznych zatwierdzonych projektów zagospodarowania terenu decyzjami zmieniającymi rzeczoną decyzję nr 525/2020, przedstawiającymi istniejące oraz projektowane obiekty i urządzenia, nie widnieje stacja uzdatniania wody.

Pismem z 29 maja 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b oraz pkt. 7 ustawy Pzp, stwierdzając, że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (pkt V.2 ppkt 2.4.1. SWZ) oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż Konsorcjum celowo przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania spełniania warunku doświadczenia, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i miało na celu wyeliminowanie innych uczestników postępowania z uzyskania zamówienia.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał:

Wykonawca na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu (...) wskazał inwestycję realizowaną na rzecz Kajima Poland Sp. z o. pn. „Budowa centrum logistycznomagazynowego z zapleczem socjalnym i infrastrukturą techniczną Pana.Z.”. Jako dokument poświadczający wykonanie tego zamówienia przedłożono referencje z dnia 21.02.2024 r. Z treści przedłożonych dokumentów nie wynikało, że Wykonawca wykazał, że wartość stacji uzdatniania wody wynosiła co najmniej 200.000,000 zł, w związku z czym pismem INGK.Kr.271.32.2.2024/8 z dnia 25.04.2024r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca w dniu 29.04.2024r. przedłożył następujące dokumenty :

- 4)Protokół zdawczo - odbiorczy częściowy zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022 - 29.03.2022
- 5)Referencje z dnia 21.04.2024r. podpisane przez Członka Zarządu M.R.
- 6)Aneks nr 02/2021 z dnia 30.12.2021r. (do umowy PO-21-714/SIGMA1 z dnia 20.03.2021r.)

Zamawiający przeanalizował na ogólnodostępnych mapach na Geoportalu uzbrojenie terenu obiektu Pana.Z.. Z analizy terenowej wynika, że obiekt Panattoni w Zgorzelcu podpięty jest do miejskiej sieci wodociągowej. Wątpliwość wzbudził więc fakt oświadczenia przez Wykonawcę, że mimo istnienia sieci wodociągowej, oraz wykonania w ramach inwestycji przyłącza wodociągowego (Protokół zdawczo-odbiorczy częściowy zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022 - 29.03.2022; pozycja nr 16 tabeli "Zlecenie PO-21-714/SIGMA1), wybudowano stację uzdatniania wody. Informacja ta wydała się Zamawiającemu niewiarygodna, nielogiczna i ekonomicznie nieuzasadniona z punktu widzenia interesów inwestora, ponieważ miejskie wodociągi zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2017r. w sprawie jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi, zobowiązane są do zapewnienia określonych warunków funkcjonowania systemu zaopatrzenia ludzi w wodę i zapewnienia odpowiedniej jakości i parametrów wody. W związku z tym, Zamawiający stosując dyspozycję art. 128 ust. 5 ustawy pzp, zwrócił się do podmiotów, które są w posiadaniu informacji o zrealizowanej inwestycji „Budowa centrum logistyczno-magazynowego z zapleczem socjalnym i infrastrukturą techniczną Pana.Z.”, w tym do: Starostwa Powiatowego w Zgorzelcu, Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Zgorzelcu oraz inwestora – Kajima Poland Sp. z o.o. o potwierdzenie zakresu wykonanych prac. Na wskazane zapytania, Zamawiający otrzymał odpowiedzi:

–od Starosty Zgorzeleckiego, że dokumentacja projektowa zadania nie obejmowała budowy stacji uzdatniania wody;

–od Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Zgorzelcu, że w referencyjnej lokalizacji nie została wybudowana stacja uzdatniania wody (stacje są objęte nadzorem sanitarnym);

–oraz od inwestora – Kajima Poland Sp. z o.o., że inwestycja nie obejmowała budowy stacji uzdatniania wody.

Ponadto inwestor Kajima Poland Sp. z o.o. oświadczył, że przedłożone przez Wykonawcę Konsorcjum: Lider – Sigma Budownictwo S. Sp. k, Partner – Sigma Projekty – Instalacje J.S. dokumenty:

1. Protokół zdawczo - odbiorczy częściowy zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022 - 29.03.2022

2. Referencje z dnia 21.04.2024r. podpisane przez Członka Zarządu M.R.3. Aneks nr 02/2021 z dnia 30.12.2021r. (do umowy PO-21-714/SIGMA1 z dnia 20.03.2021r.)

nie odpowiadają dokumentacji oryginalnej, która jest w posiadaniu tej firmy i złożył oświadczenie o wycofaniu referencji wystawionych na rzecz Wykonawcy.

Zamawiający nie jest organem ścigania i nie ma uprawnień do oceny, czy dokumenty złożone przez Wykonawcę zostały przez niego podrobione lub przerobione, nie mniej jednak dla potrzeb oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający uznał, że z faktu ich złożenia przez Wykonawcę i wycofania przez KAJIMA Poland Sp. z o.o. wystawionych referencji, wynikają istotne dla postępowania skutki:

–Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania zdolności technicznej lub zawodowej obejmującej wykonanie 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody, której całkowita wartość wynosiła co najmniej 200.000,00 zł – co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 b) ustawy pzp;

–Konsorcjum celowo przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i co miało na celu wyeliminowanie innych uczestników postępowania z uzyskania zamówienia – zatem złożyło ofertę w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy pzp;

Czynem nieuczciwej konkurencji jest również zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt. 1 i 2 rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści, co ewidentnie miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Nieprawdziwe informacje w przedłożonych dokumentach miały pokazać Zamawiającemu, że Wykonawca dysponuje odpowiednim doświadczeniem zawodowym i dać Wykonawcy możliwość zrealizowania kontraktu na kwotę 10.086.000,00 zł. (...)

Warto w tym miejscu nadmienić, że nin. postępowanie jest w kolejności drugie dotyczące tego samego zakresu. Pierwsze było prowadzone pod znakiem sprawy INGK.Kr.271.32.1.2024 i ofertę nie zabezpieczoną wadium złożył w nim wyłącznie Wykonawca. Okoliczność ta potwierdza postawioną tezę o nieuczciwych działaniach Wykonawcy, gdyż tak wówczas jak i obecnie warunek progowy doświadczenia był identyczny, zaś Wykonawca w obu przypadkach deklarował jego spełnienie – i jak się okazało, była to deklaracja bez pokrycia.

We wskazanym wyżej (pierwszym) postępowaniu oferta Wykonawcy została odrzucona jako niezabezpieczona wadium, co spotkało się z wniesieniem odwołania. Akt ten w kontekście okoliczności stwierdzonych obecnie (braku wymaganego doświadczenia i posługiwania się w celu wykazania go dokumentami nieprawdziwymi wycofanymi przez wystawcę) stanowi przejaw szczególnej zuchwałości i determinacji w nieuczciwym zdobyciu zamówienia. Okoliczności te obciążają Wykonawcę; powstał stan niezłożenia podmiotowych środków dowodowych.

Co więcej, Wykonawca najprawdopodobniej dowiedziawszy się o podjęciu przez Zamawiającego działań w trybie art. 128 ust. 5 ustawy pzp, w dniu 23.05.2024 roku o godz. 10:23 telefonicznie zwrócił się z prośbą o „wycofanie” dokumentów złożonych w dniu 29.04.2024 roku, czym potwierdził ocenę Zamawiającego co do tego, że dokumenty te nie odpowiadają oryginałom. Działanie to koresponduje ze stwierdzonym wyżej wycofaniem referencji przez ich wystawcę – KAJIMA Poland Sp. z o.o.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie ww. przepisów. Odwołujący nie wykazał bowiem spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie V.2 pkt 2.4.1 SWZ, a przedstawienie informacji mających na celu wykazanie spełniania tego warunku wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że w ramach powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli wykazać się doświadczeniem w wykonaniu roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody, której całkowita wartość wynosiła co najmniej 200.000,00 zł. Wobec powyższego błędne jest stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający nie wymagał, aby stacja uzdatniania wody stanowiła obiekt budowlany podlegający przepisom Prawa budowlanego, w związku z czym wykonanie takiej stacji mogło polegać jedynie na dostawie i montażu odpowiedniego urządzenia.

Przedstawione przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe nie pozwalały stwierdzić, że w ramach inwestycji zrealizowanej na rzecz spółki Kajima Poland wykonał on stację uzdatniania wody. W referencjach z 21 lutego 2024 r. oraz w aneksie nr 02/2021 z 30 grudnia 2021 r. znajdują się informacje, że inwestycja obejmowała wykonanie bliżej nieokreślonej stacji uzdatniania, nie zaś stacji uzdatniania wody. Jedynie w protokole zdawczo-odbiorczym częściowym zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022 - 29.03.2022 ujęto pozycję pn. *stacja uzdatniania wody*, przy czym nie wiadomo, czy chodzi o budowę lub przebudowę lub rozbudowę takiej stacji. W związku z powyższym Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do zakresu robót wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający przeanalizował na ogólnodostępnych mapach na Geoportalu uzbrojenie terenu obiektu Pana.Z. i ustalił, że obiekt Panattoni w Zgorzelcu jest podpięty do miejskiej sieci wodociągowej. Zamawiający zasadnie uznał za niewiarygodne, że mimo istnienia sieci wodociągowej i wykonania przyłącza wodociągowego, w ramach przedmiotowej inwestycji realizowano budowę stacji uzdatniania wody.

Biorąc powyższe pod uwagę, za uzasadnione należy uznać skorzystanie przez Zamawiającego z dyspozycji art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w , lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Zamawiający zwrócił się do Starostwa Powiatowego w Zgorzelcu, Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Zgorzelcu oraz spółki Kajima Poland, od wszystkich tych podmiotów uzyskując jednoznaczne potwierdzenie, że w obiekcie, którego dotyczy zadanie, brak jest stacji uzdatniania wody. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że zasadne było wezwanie go do wyjaśnień zamiast pozyskiwania informacji od innych podmiotów, wskazać należy, że możliwość wystąpienia do podmiotów posiadających informacje lub dokumenty potrzebne do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wprost przewidziana w ustawie, a w sytuacji, gdy daleko idące wątpliwości budzi sam fakt wykonania określonego zadania i zachodzi podejrzenie przedstawienia przez wykonawcę w tym zakresie informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym, skorzystanie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp jest jak najbardziej uzasadnione i adekwatne do okoliczności, które budzą wątpliwości.

Biorąc pod uwagę ustalenia dokonane przez Zamawiającego należy stwierdzić, że Odwołujący nie tylko nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale też złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Okoliczności sprawy wskazują bowiem, że Odwołujący, działając z zamiarem zapewnienia sobie możliwości uzyskania zamówienia (a tym samym przysporzenia sobie korzyści majątkowej kosztem innych wykonawców) przedstawił wprowadzające w błąd informacje co do doświadczenia, jakim dysponuje. Działanie takie wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, określone w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O intencjonalnym działaniu Odwołującego świadczy – zdaniem Izby – m.in. to, że jako podmiot wykonujący wskazane w wykazie robót zadanie miał pełną świadomość zakresu wykonanych robót, a nie będąc w stanie w żadnej mierze wykazać, że obejmowały one roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody, przedstawiał Zamawiającemu informacje, które miały wywołać u niego przekonanie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu.

Zauważenia wymaga, że jeśli sporna inwestycja obejmowała roboty budowlane dotyczące stacji uzdatniania wody, to Odwołujący, jako wykonawca robót, miał wszelkie możliwości przedstawienia dokumentów źródłowych, które potwierdzałyby ten fakt. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił w postępowaniu odwoławczym żadnych dowodów na tę okoliczność, a co więcej – nie był nawet w stanie odpowiedzieć podczas rozprawy na pytanie, na czym konkretnie miały polegać prace dotyczące stacji uzdatniania wody, czy była to budowa, przebudowa czy rozbudowa, czy też jedynie montaż urządzenia.

Zauważenia wymaga też, że Odwołujący wnosił o oddalenie wniosków Zamawiającego o przeprowadzenie dowodów z dokumentów będących w posiadaniu Odwołującego. Zamawiający wniósł w odpowiedzi na odwołanie o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów będących w posiadaniu Odwołującego i zobowiązanie Odwołującego do przedłożenia ich na rozprawie:

- umowy nr PO-21-714/SIGMA1 z dnia 20.03.2021r wraz z dokumentacją projektową, aneksów do umowy wskazanej w ppkt a w tym aneksu nr 02/2021 z dnia 30.12.2021 r., wszystkich protokołów odbioru, które zostały sporządzone w wykonaniu umowy opisanej w ppkt a i b – w tym protokołu zdawczo odbiorczego częściowego zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022-29.03.2022. referencji z dnia 21.02.2024r – na potwierdzenie faktu, jakie roboty Odwołujący wykonał w ramach wskazanej jako referencyjna inwestycji pn. „Budowa centrum logistycznomagazynowego z zapleczem socjalnym i infrastrukturą techniczną Pana.Z.” i czy w jej skład wchodziła stacja uzdatniania wody o wartości całkowitej co najmniej 200.000 zł;
- oryginału dokumentu, w którym Kajima Poland. Sp. z o.o. dokonała wycofania udzielonych Odwołującemu referencji w związku z inwestycją wskazaną w pkt 4 na potwierdzenie faktu, że Odwołujący wykorzystywał dokument referencyjny ze świadomością, że nie stanowi on potwierdzenia realizacji robót z należytą starannością i w zakresie obejmującym stację uzdatniania wody o wartości całkowitej co najmniej 200.000 zł

Jakkolwiek nie było uzasadnione zobowiązanie Odwołującego przez Izbę do złożenia wskazanych przez Zamawiającego dokumentów, to ich nieprzedstawienie z własnej inicjatywy i wnoszenie o oddalenie wniosku Zamawiającego, należy zinterpretować jako świadczące o tym, że dokumenty te potwierdzałyby słuszność stanowiska Zamawiającego. Jednocześnie argumentacja dotycząca braku zasadności przeprowadzenia dowodów wnioskowanych przez Zamawiającego nie może być uznana za merytorycznie zasadną. Powołanie się przez Odwołującego na przepis art. 541 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki, jest o tyle chybione, że te inne dowody potwierdzają tezę przeciwną niż tę, którą prezentował Odwołujący. Trudno również zgodzić się z twierdzeniem, że złożenie wnioskowanych przez Zamawiającego dokumentów źródłowych wiąże się z ryzykiem nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że zakres żądanych przez Zamawiającego informacji i dokumentów jest tak obszerny, że jego przeprowadzenie na rozprawie nie jest możliwe oraz że wymagałoby wiedzy specjalistycznej i przeprowadzenia postępowania dowodowego z udziałem biegłego. Izba nie podziela stanowiska, że ocena dokumentów pod kątem tego, czy zakresem robót była objęta stacja uzdatniania wody, wymaga wiadomości specjalnych (na marginesie warto zauważyć, że nawet gdyby tak było, nie zwalniałoby to strony postępowania z obowiązków dowodowych). Chybiona jest również argumentacja dotycząca poufności umowy zawartej przez Odwołującego ze spółką Kajima Poland – zauważenia wymaga, że objęcie określonych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie uniemożliwia skorzystania z nich w postępowaniu odwoławczym, a dokumentów takich nie można uznać za niejawne dla Izby. Stanowisko Odwołującego, który wykazał całkowitą bierność dowodową i oponował przeciwko przeprowadzeniu dowodów z dokumentów źródłowych, a dodatkowo nie udzielił nawet gołosłownych wyjaśnień dotyczących sposobu wykonania stacji uzdatniania wody, Izba ocenia jako potwierdzenie, że to ustalenia dokonane przez Zamawiającego odpowiadają stanowi faktycznemu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby to Zamawiający nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu. Odwołujący zdaje się pomijać, że Zamawiający zgromadził informacje pochodzące zarówno od inwestora, jak i od organów państwowych. Informacje te potwierdzają, że Odwołujący nie wykonał robót budowlanych dotyczących stacji uzdatniania wody. Odwołujący natomiast nie podjął nawet próby wykazania okoliczności przeciwnych.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Niezależnie od tego, że Odwołujący był już raz wezwany do uzupełnienia dokumentów w związku z niewykazaniem spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia w budowie, przebudowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody, zauważenia wymaga, że skorzystanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp było niemożliwe, gdyż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu również na innej podstawie prawnej. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie – a taka sytuacja miała miejsce w rozpoznawanej sprawie.

Za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez oparcie się przez Zamawiającego w toku badania oferty na dokumentach pochodzących z innego postępowania o udzielenie zamówienia. Odnosząc się do tego zarzutu stwierdzić należy, że twierdzenia Zamawiającego odnoszące się do innego postępowania same w sobie nie stanowią podstawy odrzucenia oferty Odwołującego w obecnym postępowaniu i mogą być uznane jedynie za argumentację o charakterze pomocniczym, nieprzesądźającym o zasadności odrzucenia oferty. Zasadność ta została jednak wykazana w oparciu o ustalenia i dokumenty zgromadzone w niniejszym postępowaniu przetargowym. Dodatkowe powołanie się na okoliczności zaistniałe w innym postępowaniu nie ma więc znaczenia z punktu widzenia prawidłowości czynności Zamawiającego.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez brak

uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, przedstawił zarówno uzasadnienie prawne, jak i faktyczne tej czynności. Dotyczy to również czynu nieuczciwej konkurencji – Zamawiający szczegółowo opisał ustalenia dokonane w toku badania oferty i wyjaśnił, dlaczego uznał, że działania Odwołującego wyczerpują znamiona takiego czynu. Zamawiający wskazał, że *Konsorcjum celowo przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i co miało na celu wyeliminowanie innych uczestników postępowania z uzyskania zamówienia nieprawdziwe informacje w przedłożonych dokumentach miały pokazać Zamawiającemu, że Wykonawca dysponuje odpowiednim doświadczeniem zawodowym i dać Wykonawcy możliwość zrealizowania kontraktu na kwotę 10.086.000,00 zł.* Zastrzeżenia Odwołującego dotyczące uzasadnienia odrzucenia oferty nie mają potwierdzenia w treści tego uzasadnienia.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:.....