

WYROK
z dnia 10 marca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 marca 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 lutego 2025 roku** przez wykonawcę

My Way Company Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowce (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku**

przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego: wykonawcy M2S-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - My Way Company Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowce w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **834 zł 10 gr** (słownie: ośmiuset trzydziestu czterech złotych dziesięciu groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem kosztów dojazdu oraz kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od **Odwołującego - My Way Company Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowce** na rzecz **Zamawiającego – Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku** kwotę **3 600,00 zł 00gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

.....

KIO 573/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „Budowa ekranów akustycznych w ciągu drogi ekspresowej S6 na odcinkach od km 332+553 do km 332+809 (strona lewa) oraz od km 332+771 do km 333+087 (strona lewa) – okolice węzła Matarnia w m. Gdańsk”.

Dnia 17 lutego 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca **My Way Company Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowce**, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący uzyskał zawiadomienie o wynikach postępowania, to jest o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez **M2S-BUD sp. z o.o.** w dniu 12 lutego 2025 r. oraz informację o odrzuceniu oferty **Odwołującego**. Termin na złożenie odwołania został zatem zachowany. **Odwołujący** uiścił wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołanie odnosi się do nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty **Odwołującego**, wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wyboru oferty **Odwołującego** przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu następujące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz art. 109 ust. 1 pkt 8

w zw. z art. 128 ust. 4 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, który został bezzasadnie wykluczony przez Zamawiającego, w sytuacji gdy postanowienia SWZ nie przewidywały obowiązku legitymowania się przez Odwołującego określonym doświadczeniem, jako zgłoszonego podwykonawcy, a Zamawiający mając wątpliwości co do powołanego przez Odwołującego doświadczenia zaniechał wyjaśnienia tej kwestii, w szczególności korzystając z procedury wezwania do złożenia wyjaśnień wskazanej w art. 128 ust. 4 Pzp lub w art. 223 ust. 1 Pzp, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

Odwołujący wnosil o:

I. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- b. unieważnienia czynności wyboru oferty M2S-BUD sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty,
- c. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu mieszczącą się w budżecie Zamawiającego niepodlegającą wykluczeniu będzie oferta Odwołującego. W konsekwencji, w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego, Odwołującemu grozi szkoda w postaci utraconego zysku z zamówienia, mógłby zrealizować, gdyby Zamawiający na dopuścił się naruszenia.

Niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego

Zamawiający w piśmie z dnia 12 lutego 2025r. zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, informując jednocześnie o odrzuceniu korzystniejszej oferty Odwołującego ze względu na stwierdzenie, iż oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający sformułował wobec oferty Odwołującego jeden zarzut polegający na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia, poprzez powołanie fikcyjnego doświadczenia i posłużenie się referencjami, które zdaniem Zamawiającego poświadczają nieprawdę. Zamawiający powyższe twierdzenia wywodzi wyłącznie z faktu, iż dokonał weryfikacji u siebie oraz u dwóch innych zamawiających w zakresie tego czy Odwołujący na zadaniach wskazanych w referencjach wykonywał prace, jako zgłoszony podwykonawca. Zamawiający we wszystkich trzech przypadkach ustalił, że Odwołujący nie był zgłoszonym podwykonawcą, co jego zdaniem stanowi niepodważalny dowód wprowadzenia go w błąd, który nie wymagał dalszego wyjaśniania z Odwołującym.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Zamawiający w treści SWZ nie przewidział żadnych ograniczeń lub zastrzeżeń dotyczących wymaganego od wykonawców doświadczenia przewidzianego w pkt 8.2 pkt 4 SWZ. W szczególności Zamawiający nie przewidział, aby wykonawca składający ofertę w przetargu musiał legitymować się wskazanym doświadczeniem, jako zgłoszony podwykonawca. Tymczasem Zamawiający weryfikując przedłożone przez Odwołującego referencje oraz wykaz robót budowlanych ograniczył się badaniem tego, czy Odwołujący realizował prace na wskazanych przez siebie zadaniach, jako zgłoszony podwykonawca. Co istotne, Zamawiający na tym poprzestał i nie prowadził dalszej weryfikacji, w szczególności nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a zatem nie dał żadnej szansy, aby wytłumaczyć na jakiej podstawie podmiot powołał stosowne doświadczenie wraz z referencjami, czym w sposób rażący naruszył przepisy ustawy Pzp, skutkujące wypaczeniem wyników postępowania oraz zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców.

Stanowisko Odwołującego potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w bardzo podobnym stanie faktycznym jednoznacznie zakwestionowała postępowanie zamawiającego, który uniemożliwił swoim postępowaniem odniesienie się wykonawcy do ujawnionych informacji: „*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 (...) jest nieproporcjonalne do celów zamówienia publicznego jakim jest zawarcie umowy z wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia.*”

Odwołujący jako stosunkowo młoda spółka był zainteresowany przede wszystkim zdobyciem doświadczenia, jako podwykonawca, aby z czasem móc samodzielnie ubiegać się o zamówienia. Współpraca z firmą M.W., która jest powiązana

z Odwołującym osobowo i kapitałowo nie oznacza, iż takiej współpracy nie było. Doświadczenie Odwołującego nie powinno być z góry traktowane jako gorsze, tylko dlatego, że Odwołujący nie był oficjalnie zgłoszony, jako podwykonawca przy wykonywaniu robót palowych i ekranowych. Zamawiający oczywiście ma prawo do weryfikacji przedkładanych dokumentów i informacji, jednakże dokonana weryfikacja nie uzasadniała odrzucenia oferty Odwołującego i jego wykluczenia z postępowania. Decyzja ta była co najmniej przedwczesna oraz przede wszystkim stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, że złożenie odwołania jest konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca M2S-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Zamawiający i Przystępujący złożyli pisemne stanowiska procesowe, w których zgodnie wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w rozdziale 8 SWZ wskazano, że udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące Wykonawcy: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

- a) jednego zadania, polegającego na budowie lub przebudowie ekranów akustycznych o wysokości min. 2,5 m na długości co najmniej 300 mb;
- b) jednego zadania w ramach którego wykonano żelbetowe pale wiercone o łącznej długości co najmniej 300 mb.

Wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie obu powyższych warunków. Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do podpisania Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnienie warunków w pkt 8.2.4)a) Wykonawcy wykazują łącznie.

W terminie składania ofert oferty złożyli między innymi Odwołujący i Przystępujący.

W dniu 9 stycznia 2025 roku Odwołujący, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, na potwierdzenie:

- spełniania warunków udziału Wykonawcy w postępowaniu:

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, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Okres 5 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.

Odwołujący złożył wykaz wraz z referencjami, gdzie wymienił:

1. roboty wykonane na rzecz M.W. Szadłowice 63 na zadaniu „BUDOWA EKRANÓW AKUSTYCZNYCH W CIĄGU DROGI EKSPRESOWEJ S6 NA ODCINKACH OD KM 327+660 DO KM 328+400 (STRONA PRAWA) ORAZ O 327+450 DO KM 328+160 (STRONA LEWA)”

a) zadanie polegające na budowie lub przebudowie ekranów akustycznych o wysokości min. 2,5 m na długości 1465,60 mb;

b) zadanie w ramach którego wykonano żelbetowe pale wiercone o łącznej długości 1745 mb.

Klasa drogi „S”, wykonane od 07.2023r. do 05.2024r.

2. roboty wykonane na rzecz M.W. Szadłowice 63 na zadaniu „Przebudowa obwodnicy miasta Tarnobrzega – drogi

wojewódzkiej Nr 871 i 723 w zakresie wykonania bezpiecznych przejść dla pieszych oraz montażu ekranów akustycznych."

a) zadanie polegające na budowie lub przebudowie ekranów akustycznych o wysokości min. 2,5 m na długości 2114,50 mb;

b) zadanie w ramach którego wykonano żelbetowe pale wiercone o łącznej długości 1846,50 mb.

Klasa drogi „GP”, wykonane od 02.2024r. do 12.2024r.

3.roboty wykonane na rzecz M.W. Szadłowice 63 na zadaniu „Budowa ekranów akustycznych na istniejącej drodze ekspresowej S7 odcinek Miłomłyn – Olsztynek w Ostródzie”

a) zadanie polegające na budowie lub przebudowie ekranów akustycznych o wysokości min. 2,5 m na długości 295 mb;

b) zadanie w ramach którego wykonano żelbetowe pale wiercone o łącznej długości 595 mb.

Klasa drogi „S”, wykonane od 06.2023r. do 08.2023r.

Zamawiający zwrócił się do Oddziału w Olsztynie GDDKiA, z prośbą o informacje, czy Wykonawca My Way Company Sp. z o.o., ul. Widok 11/3, 62-069 Dąbrówka, który złożył Referencje poświadczające, że był podwykonawcą firmy M.W., Szadłowice 63, 88-140 Gniewkowo na zadaniu: „Budowa ekranów akustycznych na istniejącej drodze ekspresowej S7 odcinek Miłomłyn-Olsztynek w Ostródzie”. Zamawiający prosił

o ewentualne potwierdzenie tej informacji wraz ze wskazaniem zakresu robót zrealizowanych w ramach Podwykonawcy.

Zamawiający otrzymał informację zwrotną, z której wynikało, że wykonawcą na zadaniu była firma M.W. z siedzibą w Szadłowicach, z oferty wynikało, że Wykonawca nie zamierza powierzyć podwykonawstwa w jakiegokolwiek części zadania. Oddział w Olsztynie przesłał również wyciąg z Dziennika Budowy, w którym nie ujawniono zgłoszonych podwykonawców. Oddział w Olsztynie przesłał także poświadczenie, które wystawił dla

M.W. z siedzibą w Szadłowicach, z którego wynikało, że prace prowadzone były na zadaniu od 02.03.2023 r. do 16.08.2023 r. Dodatkowo przesłano wyciąg z zawartej dla zadania umowy.

Zamawiający zwrócił się także do Miasta Tarnobrzeg, realizującego jedno z zadań referencyjnych o udostępnienie umów z podwykonawcami zgłoszonych w toku realizacji zadania.

Miasto Tarnobrzeg odpowiedziało, że Wykonawca M.W.

z siedzibą w Szadłowicach zawarł umowy z 4 podwykonawcami, ale wśród nich nie było firmy My Way Company Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrówce. Zaznaczono w piśmie, że My Way Company Sp. z o.o., ul. Widok 11/3, 62-069 Dąbrówka nie został oficjalnie zgłoszony jako się Podwykonawca robót w ramach realizowanej umowy.

Do Zamawiającego prowadzącego przedmiotowe postępowanie wpłynęło pytanie od Przystępującego o następującej treści:

"Dzień dobry,

Firma My Way Company Sp. z o.o. na potwierdzenie spełniania udziału w postępowaniu posłużyła się referencjami M.W. z realizacji wykonanej na rzecz Zamawiającego tj. postępowanie O.GD.Z-12.2411.06.2022 na : BUDOWĘ EKRANÓW AKUSTYCZNYCH W CIĄGU DROGI EKSPRESOWEJ S6 NA ODCINKACH OD KM 327+660 DO KM 328+450 (STRONA PRAWA) ORAZ OD KM 327+450 DO KM 328+160 (STRONA LEWA).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał w pkt 12.1 PFU wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

W związku z powyższym Oferent zwraca się z wnioskiem o udzielenie informacji, w których posiadaniu jest Zamawiający tj:

1.Czy M.K. wskazał w ofercie, że zamierza podzlecić budowę ekranów akustycznych wraz z wykonaniem pali żelbetowych podwykonawcy?

2.Czy MyWay Company Sp. z o.o. był podwykonawcą firmy M.K.?

3.Czy M.K. uzyskał zgodę Zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy MyWay Company Sp. z o.o. i jeśli tak to w jakiej dacie i w jakim zakresie?.

4.W jakim terminie rozpoczęto wykonanie ekranów akustycznych wraz z wykonaniem pali żelbetowych oraz w jakim terminie je ukończono?.

5.Z ogłoszenia o wyniku postępowania z dnia 22.07.2022 wynika iż umowa została zawarta

w dniu 18.07.2022 z okresem realizacji 120 dni a więc do dnia 15.11.2022, z dokumentów rejestrowych MyWay Company Sp. z o.o wynika iż datą rejestracji jest 22.05.2023r. a więc pół roku po terminie umownym zakończenia prac, co więcej MyWay K.S. wskazuje w wystawionych na rzecz MyWay Company Sp. z o.o. referencjach iż zadanie zostało wykonane w terminie od 07.2023 do 05.2024 a więc półtora roku po terminie umownym, w związku z powyższym prosimy o udzielenie informacji czy przedmiotowe opóźnienie nastąpiło z winy Zamawiającego czy też z winy M.K. wraz z podwykonawcą MyWay Company Sp. z o.o."

Zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższy wniosek wskazując, że:

Zapytanie nr 1

Czy M.K. wskazał w ofercie, że zamierza podzlecić budowę ekranów akustycznych wraz z wykonaniem pali żelbetowych podwykonawcy?

Odpowiedź

Wykonawca nie wskazał w ofercie, że zamierza powierzyć część zamówienia Podwykonawcom.

Zapytanie nr 2

Czy MyWay Company Sp. z o.o. był podwykonawcą firmy M.K.?

Odpowiedź

My Way Company Sp. z o.o. nie została oficjalnie zgłoszona jako Podwykonawca robót w ramach umowy nr 105/Z-12/2022 z dnia 18.07.2022 r.

Zapytanie nr 3

Czy M.K. uzyskał zgodę Zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy MyWay Company Sp. z o.o. i jeśli tak to w jakiej dacie i w jakim zakresie.

Odpowiedź

Odpowiedź patrz pytanie 2.

Zapytanie nr 4

W jakim terminie rozpoczęto wykonanie ekranów akustycznych wraz z wykonaniem pali żelbetowych oraz w jakim terminie je ukończono.

Odpowiedź

Rozpoczęcie robót nastąpiło w dniu 18.08.2022 r. (protokółarne przekazanie terenu budowy) a zakończenie robót w dniu 07.06.2024 r. (zgłoszenie zakończenia robót przez Wykonawcę), a roboty odebrano w dniu 09.07.2024 r. (protokół odbioru końcowego).

Zapytanie nr 5

Z ogłoszenia o wyniku postępowania z dnia 22.07.2022 wynika iż umowa została zawarta w dniu 18.07.2022 z okresem realizacji 120 dni a więc do dnia 15.11.2022, z dokumentów rejestrowych MyWay Company Sp. z o.o. wynika iż datą rejestracji jest 22.05.2023r. a więc pół roku po terminie umownym zakończenia prac, co więcej MyWay K.S. wskazuje w wystawionych na rzecz MyWay Company Sp. z o.o. referencjach iż zadanie zostało wykonane w terminie od 07.2023 do 05.2024 a więc półtora roku po terminie umownym, w związku z powyższym prosimy o udzielenie informacji czy przedmiotowe opóźnienie nastąpiło z winy Zamawiającego czy też z winy M.K. wraz z podwykonawcą MyWay Company Sp. z o.o."

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że opóźnienie w realizacji umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

W dniu 12 lutego 2025 roku Zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania, wskazując, że za najkorzystniejszą uznano ofertę Przystępującego. Zamawiający poinformował jednocześnie, że dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w uzasadnieniu prawnym przywołując art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt a) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym podano, że w dniu 09.01.2025 r., Zamawiający wezwał Wykonawcę. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W dniu 15.01.2025 r. Wykonawca przesłał wymagane dokumenty za pośrednictwem Platformy zakupowej.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 09.01.2025 r. Wykonawca przedłożył m.in.

a) Formularz 1. Wykaz robót ze wskazaniem trzech zadań;

oraz

b) Poświadczenie/Referencje.

Dokumenty przedłożone przez Wykonawcę powinny spełniać m.in. określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu zgodnie z SWZ pkt 8.2.4) a).

W załączonym Formularzu 1. Wykaz robót Wykonawca wskazał trzy zrealizowane zadania, na których był Podwykonawcą. W trakcie weryfikacji Formularza 1. Wykaz robót i w/w poświadczeniach/referencji Zamawiający stwierdził, że firma My Way Company na wszystkich wskazanych zadaniach była Podwykonawcą firmy M.W., Szadłowice 63, 88-140 Gniewkowo.

Z uwagi na to, że wymienione przez Wykonawcę **Zadanie nr 1** było realizowane na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku Rejon w Gdańsku, Zamawiający dokonał zestawienia podanych w Formularzu 1. informacji ze stanem faktycznym, wynikającym z posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji. Dokonane ustalenia jednoznacznie wskazują, że **brak jest oficjalnego** zgłoszenia firmy My Way Company jako Podwykonawcy. Również osoby funkcyjne od Inwestora/Inspektor Nadzoru Inwestorskiego realizujące przedmiotowe zadanie nie potwierdzają udziału w realizacji inwestycji takiej firmy jak My Way Company.

W związku z tym, Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do podmiotów/Inwestorów którzy są w posiadaniu informacji lub

dokumentów istotnych w tym zakresie z prośbą o ustalenie, czy firma My Way Company na wymienionych zadaniach w Formularzu 1. faktycznie była Podwykonawcą.

Informacje uzyskane od Inwestora – Urzędu Miasta Tarnobrzeg - dla **Zadania 2, nie potwierdzają oficjalnego zgłoszenia** podwykonawcy My Way Company. Generalnym wykonawcą na tym zadaniu była firma M.W., Szadłowice 63, 88-140 Gniewkowo, która zgłosiła czterech podwykonawców, ale nie firmę May Way Company.

Powołując się na dane podane przez Wykonawcę dla **Zadania nr 3** oraz na informacje uzyskane u Inwestora – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, na rzecz której dana inwestycja była realizowana, Zamawiający stwierdził **brak oficjalnego** potwierdzenia udziału w realizacji inwestycji przez firmę My Way Company. Firma My Way Company jako Podwykonawca realizujący zadania (zakresy robót) wskazane w poświadczeniach/referencjach, których wartość rynkowa wielokrotnie przekracza 50 000 zł powinna zostać zgłoszona przez Wykonawcy poprzez przedłożenie Zamawiającemu, w trakcie realizacji zamówienia, projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane.

Zgodnie z art. 464 ustawy Pzp podmiotem zobowiązanym do przedłożenia Zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane jest Wykonawca. Przekazanie Zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo musi nastąpić przed przystąpieniem do wykonania części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający ponad wszelką wątpliwość stwierdził, iż Wykonawca podlega wykluczeniu w trybie i na zasadzie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie przytoczonej normy, można więc pogrupować w następujący sposób:

- 1) wprowadzenie Zamawiającego w błąd;
- 2) stanowiące wynik zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;
- 3) w związku z przekazaniem informacji dot. m.in. braku podlegania wykluczeniu;
- 4) mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Omawiając pierwszą z przytoczonych przesłanek należy wskazać, że zgodnie z dorobkiem orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku podstaw wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp pierwszą konieczną przesłanką jest zaistnienie sytuacji przedstawienia zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzających w błąd, czyli po prostu nieprawdziwych (według dawniejszej terminologii), bo niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, informacji. Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak dawniej obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z 2004 r., nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia "prawdy" lub "nieprawdy"

w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia "prawda" "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane

jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. (por. Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2021 r. o sygn. akt. KIO 3284/21).

Przekładając powyższe rozważania na grunt przedmiotowej oceny czynności dokonanej przez Wykonawcę, należy podkreślić, że w wyniku czynności wyjaśniających przeprowadzonych przez Zamawiającego wobec i z udziałem Inwestorów zadań tj. w tym przypadku tutejsza Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku Rejon w Gdańsku, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie oraz Urząd Miasta Tarnobrzeg – już sam fakt posłużenia się poświadczeniami/referencjami posiadającymi nieprawdziwe informacje, świadczy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd (o przekazaniu nieprawdziwych informacji). Takie właśnie, nieprawdziwe

informacje, przekazał Wykonawca Zamawiającemu – w odpowiedzi bowiem na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca przedstawił poświadczenia/referencje, których treść okazała się nieprawdziwa, a więc były one informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd.

Nie ma przy tym żadnych przesłanek, aby w jakimkolwiek wymiarze bądź zakresie podważać informacje uzyskane od Inwestorów, zgodnie z którymi Wykonawca My Way Company nie realizował zadań wymienionych w Formularzu 1. Wykaz robót. Oceniając, czy wspomniane wyżej wprowadzenie błąd stanowiło wynik zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, trzeba odwołać się – zgodnie z utartą praktyką – do dorobku orzecznictwa.

Za zamierzone działanie poczytywać należy winę umyślną zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2020 r. KIO 2630/19). W tym samym wyroku, Izba wskazała, że: *Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia "rażącego niedbalstwa", natomiast wypełniając tę lukę orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że "Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej"* (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Jest to zatem naruszenie reguły wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. Jak to zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r. (sygn. akt I CKN 969/00), *wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. W opinii Sądu można art. 355 k.c. stosować porównawczo przy ocenie, czy określone zachowanie odpowiada cechom rażącego niedbalstwa. Porównanie bowiem przepisu art. 355 k.c. z przepisami k.c., w których występuje pojęcie "rażącego niedbalstwa" wskazuje na to, "że rażące niedbalstwo to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładnia tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania.*

Mając na uwadze, że – jak wynika z informacji pozyskanych od Inwestorów zadań 1-3 –przedłożone Zamawiającemu przez Wykonawcę poświadczenia/referencje posiadają nieprawdziwe informacje. Celem działania Wykonawcy było więc zdaniem Zamawiającego świadome (umyślne) wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Nie ma wątpliwości, że samo posłużenie się tymi dokumentami było świadomym działaniem firmy My Way Company. Takie działanie zdecydowanie wyczerpuje definicję umyślności – działania świadomego. Wspomniano już wyżej, że poświadczenia/referencje, zostały przekazane Zamawiającemu

w toku weryfikacji podmiotowej Wykonawcy, a więc w celu wykazania, iż nie podlega on wykluczeniu. Tym samym spełniona została trzecia z przywołanych na wstępie przesłanek zawartych w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, a więc przekazanie informacji dot. braku podstaw wykluczenia.

Analizując czwartą z omawianych przesłanek, a więc potencjalny istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, przede wszystkim należy podkreślić, iż nie ma ona charakteru skutkowego. Innymi słowy, do wykluczenia może dojść również w wypadku, w którym gospodarz postępowania ustrzegł się przed dokonaniem istotnej dla postępowania czynności opartej na podstawie nieprawdziwych informacji: *Nie jest przy tym niezbędne, aby przekazywane informacje wpłynęły na decyzję zamawiającego – wystarczy, że zostały przedstawione w toku postępowania i mogły potencjalnie wpłynąć na podejmowanie decyzji* (por. wyrok KIO z 13.07.2020 r., KIO 1077/20, LEX nr 3044300; wyrok KIO z 3.02.2020 r., KIO 104/20, LEX nr 2923284). (por. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 109.). Mając na uwadze, że przekazane przez Wykonawcę Zamawiającemu informacje dotyczyły potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, należy uznać, że te, nieprawdziwe informacje, mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Gdyby bowiem Zamawiający nie zweryfikował tych poświadczeń/referencji – zakładając, iż Wykonawca działa w sposób prawidłowy i z należyłą starannością – mógłby stwierdzić, że ten nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek

z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, a w konsekwencji dokonać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, opierając się na poświadczeniach/referencjach, które posiadają nieprawdziwe informacje.

Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia żadnych dalszych wyjaśnień w zakresie nieprawdziwych informacji, gdyż okoliczności sprawy i dokumenty przedłożone przez MY Way Company na wezwanie Zamawiającego (podmiotowe środki dowodowe) są tak oczywiste, że nie wymagały dodatkowych wyjaśnień.

W konsekwencji powyższego opisana sytuacja w pełni wyczerpuje przesłankę wskazaną powyżej tj. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i obliguje Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy – co niniejszym Zamawiający uczynił i co było

podstawą do odrzucenia jego oferty.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu podstawy odrzucenia jego oferty wskazanej w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty wymienionej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przywołanie treści powyższej normy ma w odwołaniu jedynie wymiar formalny. Odwołujący nie polemizuje z ustaleniami poczynionymi przez Zamawiającego, nie kwestionuje nawet, że informacje zawarte w wykazie robót wprowadziły lub co najmniej mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd.

W odwołaniu skoncentrowano się jedynie na naruszeniu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp jakoby Zamawiający, przed ostateczną eliminacją oferty danego Wykonawcy z postępowania, powinien umożliwić mu wypowiedzenie się co do poczynionych ustaleń. Tymczasem Zamawiający w informacji o wyniku postępowania szczegółowo opisał w jaki sposób przeprowadził proces weryfikacji informacji ujętych przez Odwołującego w Wykazie Robót, wskazał z jakimi pytaniami zwracał się do podmiotów, które były inwestorami na zadaniach referencyjnych, podał jakie uzyskał odpowiedzi. Zamawiający wyjaśnił także, że w przypadku zadania nr 1 bazował na informacjach pozyskanych w ramach własnej organizacji Oddziału

w Gdańsku, ponieważ zadanie referencyjne było wykonywane na jego rzecz. I końcowo, co zdaniem Izby jest bardzo istotne, Zamawiający wytłumaczył, dlaczego nie wezwał Wykonawcy do złożenia żadnych dalszych wyjaśnień w zakresie nieprawdziwych informacji. Zamawiający oświadczył, że okoliczności sprawy i dokumenty przedłożone przez My Way Company na wezwanie Zamawiającego (podmiotowe środki dowodowe) są tak oczywiste, że nie wymagały dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący pomija treść art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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. Zatem działania Zamawiający nie nosiły znamion naruszenia ogólnych norm zawartych w ustawie Pzp. Zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawnienia. Gdyby uzyskane od podmiotów zewnętrznych informacje były niejednoznaczne, niespójne, wymagały dodatkowych ustaleń, można sobie wyobrazić sytuację, w której Zamawiający zwróciłby się

o dodatkowe wyjaśnienia do Wykonawcy. W przedmiotowej sprawie takie okoliczności nie miały miejsca. Każdy z inwestorów oświadczył, że na żadnym zadaniu referencyjnym podmiot My Way Company Sp. z o.o. nie był formalnie zgłoszony jako podwykonawca. Dodatkowo, bazując na posiadanych przez Zamawiającego informacjach z własnego zadania inwestorskiego, Zamawiający ustalił, że także czysto faktycznie taki podmiot nie uczestniczył w realizacji zadania. Już tylko to ustalenie pozwalało Zamawiającemu zastosować art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Nawet zwrócenie się do Wykonawcy o wyjaśnienie sytuacji na innych zadaniach wskazanych w Wykazie, nie wpłynęłoby na sytuację Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jeżeli, jak na rozprawie twierdził pełnomocnik Odwołującego, czas realizacji zadań przypadał na moment reorganizacji działalności prowadzonej przez Pana Krystiana Stefańskiego, to już w momencie złożenia odwołania, Wykonawca mógł ten fakt co najmniej uprawdopodobnić. Skoro to Odwołujący twierdził, że choć formalnie nie był zgłoszonym podwykonawcą, ale faktycznie wykonywał roboty na zadaniach inwestycyjnych, nic nie stało na przeszkodzie, by jakiegokolwiek dokumenty te fakty potwierdzające przedstawić

z odwołaniem lub na rozprawie. Odnosząc się do argumentacji pełnomocnika, że stan zdrowia przedstawiciela firmy, Pana Stefańskiego, nie pozwalał mu się stawić na rozprawie, by takie dowody złożyć, to dostrzeżenia wymaga, iż okoliczność ta ujawniła się (zgodnie

z dokumentacją medyczną złożoną przez pełnomocnika) już po złożeniu odwołania, tuż przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą. Zatem w momencie składania środków ochrony prawnej w ocenie składu orzekającego Izby, taka możliwość istniała.

Dalej zauważyć należy, że Odwołujący był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, któremu można było udostępnić stosowne dokumenty. Co więcej, na co celnie zwrócił uwagę Zamawiający, z odpisu KRS Odwołującego wynika, że oprócz prezesa zarządu mogącego reprezentować firmę, działa w niej również samodzielny prokurent. Tłumaczenie, że Wykonawca czekał na wezwanie do wyjaśnień Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Gdyby Odwołujący przedstawił jakiegokolwiek dowody, z których wynikałoby, że fizycznie brał udział w realizacji zadań referencyjnych (faktury, rozliczenia, przelewy, umowy, inne ustalenia), to Zamawiający mógłby przecież dokonać weryfikacji podjętych czynności

i choćby uwzględnić odwołanie. Odwołujący pozostał jednak bierny w sferze dowodowej, nie przedstawiając żadnych materiałów potwierdzających jego wywody. Zamawiający natomiast dysponował na tyle jednoznacznym materiałem dowodowym, aby samodzielnie ustalić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba podziela stanowisko Przystępującego, że przekazane przez My Way Company Sp. z o.o. informacje dotyczące potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, przez co najmniej uprawdopodobnioną przez Zamawiającego ich nieprawdziwość mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Gdyby Zamawiający nie dokonał weryfikacji referencji i treści Wykazu robót, to mógł dokonać wyboru oferty My Way Company Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Niewątpliwie zatem informacje pochodzące od Odwołującego mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca przedstawił je w sposób świadomy, celem zaś było uzyskanie zamówienia.

Reasumując, w sytuacji, gdzie ustalono ponad wszelką wątpliwość, że informacje przedstawione przez Odwołującego w Wykazie robót nie odpowiadały prawdzie, w ocenie Izby, Zamawiający nie miał obowiązku zastosowania art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia innych przepisów wskazywanych w odwołaniu, w tym art. 239 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo przeprowadził badanie i ocenę ofert oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie dopatrzone się również naruszenia art. 16 ustawy Pzp związanego z zasadami prowadzenia postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

.....