

Sygn. akt: KIO 1398/23

Wyrok

z dnia 31 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2023 roku przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kobyłarnia Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobyłarni, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza oraz Mirbud Spółka Akcyjna z siedzibą

w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Miasta Gdańska w imieniu i na rzecz której działa Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska ul. Żaglowa 11, 80-560 Gdańsk przy udziale wykonawcy: Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10,

05-800 Pruszków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn.

akt: KIO 1398/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia: Kobyłarnia Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobyłarni, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza oraz Mirbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 247 zł 00 gr (słownie: dwieście czterdzieści siedem złotych zero groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1398/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Gdańska w imieniu i na rzecz której działa Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie trybie „zaprojektuj i wybuduj” pn.: „Budowa I etapu ul. Nowej Świętokrzyskiej na odcinku od al. Havla do ul. Kampinoskiej” znak sprawy: 3/BZP-U.510.3.2023/KB, zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartość zamówienia przekraczającej progi unijne, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej jako „Pzp” lub „ustawa”. Ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 005-011315 w dniu 6 stycznia 2023 r.

W dniu 18 maja 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm: Kobyłarnia S.A. z siedzibą w Kobyłarni oraz Mirbud S.A. z siedzibą

w Skierniewicach od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu tj. od:

a) czynności wyboru oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o. o. w Pruszkowie (dalej: „wykonawca STRABAG”) jak najkorzystniejszej;

- b) czynności badania i oceny oferty wykonawcy STRABAG;
- c) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG;
- d) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 224 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako ustawa o znk) i art. 14 ust. 1 ustawy o znk oraz art. 16 pkt Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty wykonawcy STRABAG, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podaniu wbrew prawu i dobrym obyczajom niezgodnych z prawdą informacji w wykazie robót z dnia 12 kwietnia 2023 r., że zadanie ujęte w pkt 2 ww. wykazu tj.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin – Rzeszów, odc. koniec obw. Kraśnika – węzeł „Sokołów Młp. Północ” (z węzłem). Część nr 3: odc. realizacyjny Janów Lubelski (węzeł „Jonaki”, obecnie „Janów Lub. Południe – bez węzła) – węzeł „Łążek Ordynacki” obecnie „Lasy Janowskie” dł. ok 8 km” zostało wykonane (zakończone) w dniu 19 listopada 2021 r, gdy w rzeczywistości zadanie to nie jest zakończone, a roboty budowlane cały czas są wykonywane, co wprowadziło w błąd, że STRABAG spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym naruszyło interes Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, w tym Odwołującego;

2. naruszenie art. 239 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp i art. 16 pkt 1 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na wyborze oferty wykonawcy STRABAG, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i zaakceptowanie, wbrew zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania, uzupełnienia przez wykonawcę wykazu robót, o nowe zadanie, które zastąpiło to zadanie, które w zakresie istotnym przedstawione zostało niezgodnie z rzeczywistością, tym samym dopuszczenie w niniejszym postępowaniu do zastąpienia informacji nieprawdziwej prawdziwą.

Na potwierdzenie zasadności stawianych zarzutów Odwołujący wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania:

- a) SWZ – na okoliczność wymaganego doświadczenia i stosowanych w postępowaniu podstaw wykluczenia;
- b) wykaz robót z dnia 12 kwietnia 2023 r. – na okoliczność poświadczenia przez wykonawcę STRABAG, że zadanie wskazane pod pozycją 2 wykazu robót zostało wykonane (zakończone) w dniu 19 listopada 2021 r.;
- c) wezwanie z dnia 20 kwietnia 2023 r. do złożenia wyjaśnień odnośnie treści referencji dotyczących robót wskazanych pod pozycją 2 wykazu robót – na okoliczność wątpliwości Zamawiającego co do zakresu należytego wykonania referencyjnego zadania;
- d) wyjaśnienia wykonawcy STRABAG z dnia 27 kwietnia 2023 r. wraz z wykazem robót z dnia 27 kwietnia 2023 r. – na okoliczność przyznania się wykonawcy STRABAG do przedstawienia informacji o terminie wykonania (zakończenia) zadania wskazanego pod pozycją 2 wykazu robót niezgodnie z rzeczywistością i wskazanie nowego sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym nowego zadania oraz na okoliczność wiedzy wykonawcy STRABAG, że ww. zadanie nie zostało zakończone;
- e) informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 maja 2023 r. – na okoliczność zaakceptowania przez Zamawiającego zastąpienia nieprawdziwej informacji prawdziwą, czyli umożliwienie wykazania się przez wykonawcę innym doświadczeniem spełniającym warunki udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy STRABAG jako oferty najkorzystniejszej i odrzucił ofertę tego wykonawcy ze względu na to, że złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji przedstawiając jedno z zadań w wykazie robót co do faktu wykonania (zakończenia) zamówienia niezgodnie z rzeczywistością, co wykluczało możliwość zastąpienia tego zadania innym, spełniającym warunki udziału w postępowaniu, w tym takim, które na moment składania oferty było wykonane (zakończone)
- b) dokonał badania i oceny pozostałych w przetargu ofert.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem w razie odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG z postępowania w przypadku potwierdzenia się zarzutu czynu

nieuczciwej konkurencji i naruszenia zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie i uczciwą konkurencję, to oferta Odwołującego będzie ofertą najwyższej ocenioną i po pozytywnej weryfikacji podmiotowej będzie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający w SWZ w pkt VI. (Podstawy wykluczenia. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykaz podmiotowych środków dowodowych.)

lit. C. Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe (Ogłoszenie o zamówieniu Sekcja III.1.3). pkt 1 ppkt 3 zastrzegł:

„3. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwa zamówienia, z których każde obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi* wraz z infrastrukturą podziemną i oświetleniem ulicznym w formule zaprojektuj i wybuduj, o wartości jednostkowej każdego z zamówień równej lub wyższej niż 50 000 000,00 zł brutto.

* droga w rozumieniu Ustawy z dnia 21.03.1985r. o drogach publicznych”.

Zamawiający następnie zmienił wyżej zacytowany warunek udziału w postępowaniu, w zakresie nieistotnym dla sprawy – co do wymaganej wartości jednostkowej każdego z zamówień (z 50 000 000, 00 zł na 40 000 000, 00 zł).

Zamawiający w SWZ w pkt VI. (Podstawy wykluczenia. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykaz podmiotowych środków dowodowych.)

lit. A. (Podstawy wykluczenia (Ogłoszenie o zamówieniu Sekcja III.1.1)) pkt 1 i 2 zastrzegł:

„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę w okolicznościach, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy.”

„2. Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 7 ustawy”.

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców. Poza Odwołującym i wybranym wykonawcą STRABAG, także BUDIMEX S. A. w Warszawie.

W dniu 30 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę STRABAG w trybie art. 139 ust. 2 Pzp oraz art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów JEDZ oraz wymaganych w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych, w tym tych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu m. in. wykazu robót.

W dniu 12 kwietnia 2023 r. wykonawca STRABAG na wezwanie złożył m. in. dokument JEDZ, w którym w Części IV: Kryteria kwalifikacji złożył oświadczenie, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji, a sposób spełnienia warunku doświadczenia wykonawcy opisał w wykazie robót, w którym w pozycji nr 2 „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin – Rzeszów, odc. koniec obw. Kraśnika – węzeł „Sokołów Młp. Północ” (z węzłem). Część nr 3: odc. realizacyjny Janów Lubelski (węzeł „Jonaki”, obecnie „Janów Lub. Południe – bez węzła) – węzeł „Łązek Ordynacki” obecnie „Lasy Janowskie” dł. ok 8 km”

wskazał jako datę wykonania (zakończenia) -19.11.2021 r.

Wykonawca złożył również referencje dotyczące przedmiotowego zadania podpisane przez Dyrektora Oddziału Lublin GDDKiA (brak daty wystawienia referencji), w których Inwestor informował cyt.:

„Zamawiający wskazuje tu jednocześnie, że z uwagi na fakt, iż Umowa z Wykonawcą objęta została zamówieniem dodatkowym polegającym na budowie dodatkowego, górnego przejścia dla zwierząt, Umowa jest nadal wykonywana, a wykazany w treści niniejszej referencji zakres prac wykonanych przez Wykonawcę w sposób należyty stanowi jedynie część przedmiotu zamówienia”.

W dniu 20 kwietnia 2023 r. Zamawiający skierował do wykonawcy STRABAG wezwanie m. in. wezwał w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do wyjaśnień odnośnie treści referencji dotyczących robót wskazanych w lp. 2 wykazu robót. Do ich rozstrzygnięcia zażądał następujących informacji:

„Zamawiający prosi o wyjaśnienie, co oznacza stwierdzenie, że Umowa objęta została zamówieniem dodatkowym i w jaki sposób doszło do udzielenia zamówienia dodatkowego,

w szczególności czy oznacza to, że zakres robót polegający na budowie dodatkowego, górnego przejścia dla zwierząt został udzielony jako odrębne zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki”.

W dniu 27 kwietnia 2023 r. wykonawca Strabag udzielił następującej odpowiedzi:

„Punktu 3 wezwania – STRABAG Sp. z o.o., informuje, że zamówienie, dla którego zostały wystawione i wskazane w punkcie 2 wykazu robót referencje, faktycznie zostało rozszerzone o Zaprojektowanie i wybudowanie dodatkowego przejścia górnego dla zwierząt w kompleksie leśnym wchodzącym w skład obszaru Natura 2000 „Uroczyska Lasów Janowskich”. Zaprojektowanie i wybudowanie tego obiektu zostało wprowadzone do zamówienia Aneksem nr 3 do umowy nr 4/10/R/2017 z dnia 30.10.2017r. dlatego też STRABAG Sp. z o.o. potwierdza, że zamówienie jako całość nie zostało zakończone.”

Jednocześnie wykonawca STRABAG dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w załączeniu przedłożył „skorygowaną wersję wykazu wykonanych robót wraz z referencjami.” W nowym wykazie robót wykonawca STRABAG zastąpił zadanie ujęte w pierwotnym wykazie pod pozycją 2 i zamiast tego wskazał nowe zadanie.

Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy STRABAG jako najkorzystniejszą.

Zadanie wskazane w pierwszym wykazie robót pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin – Rzeszów, odc. koniec obw. Kraśnika – węzeł „Sokołów Młp. Północ” (z węzłem).

Część nr 3: odc. realizacyjny Janów Lubelski (węzeł „Jonaki”, obecnie „Janów Lub. Południe – bez węzła) – węzeł „Łązek Ordynacki” obecnie „Lasy Janowskie” dł. ok 8 km” do chwili obecnej nie zostało zakończone. Strony uzgodniły aktualny termin realizacji umowy na dzień 30 listopada 2023 r.

NIEPRAWDZIWE OŚWIADCZENIE WYKONAWCY STRABAG ODNOŚNIE DOŚWIADCZENIA WYKONAWCY W ZADANIU „S19 odcinek realizacyjny Janów Lubelski – węzeł Łązek Ordynacki”

Odwołujący wskazuje, że istotnego naruszenia przepisów ustawy Pzp (wyszczególnionych w petitum odwołania) upatruje w tym, że oferta wykonawcy STRABAG została wybrana pomimo, że wskazany wykonawca po pierwsze, złożył nieprawdziwe oświadczenie w zakresie istotnych dla przetargu informacji, pod drugie, przyznał się do wprowadzenia w błąd Zamawiającego oraz po trzecie, dokonał zastąpienia nieprawdziwej informacji, informacją prawdziwą. W takich okolicznościach sprawy Zamawiający nie wyciągnął wobec wykonawcy STRABAG żadnych konsekwencji uznając, że wskazanie innego sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym przypadku jest dopuszczalne.

Zamawiający zastosował w postępowaniu standardy niespotykane dotychczas w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, akceptując zachowanie wykonawcy STRABAG sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, które nie tylko narusza interesy wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, ale również interes samego Zamawiającego i interes publiczny. Nie można, niezależnie od rezygnacji z podstaw wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który złożył w danym przetargu nieprawdziwe oświadczenia co do informacji istotnych dla przetargu.

Spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w zakresie doświadczenia wykonawcy, przeważnie badane jest przez zamawiających na podstawie oświadczeń własnych wykonawców. Tym samym, brak jest obowiązku przedstawienia przez wykonawców dowodów potwierdzających prawdziwość tych oświadczeń. Takie odformalizowanie służy szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego tak ważna w tym kontekście jest rzetelność składanych w postępowaniu oświadczeń wykonawcy.

W tym miejscu Odwołujący podkreśla, że wzorzec postępowania wykonawcy nie powinien się zmieniać, z tej przyczyny, że w konkretnym przetargu zamawiający zrezygnował z zastosowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. Ukształtowanie

w ten sposób SWZ oznacza tyle, że Zamawiający nie weryfikuje wykonawców pod kątem ich wcześniejszego wykluczenia z innych postępowań na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp i nie bada skuteczności samooczyszczenia, co nie oznacza, że pomimo zaistnienia

w danym postępowaniu okoliczności, o których mowa w tych artykułach, będzie możliwe udzielenie zamówienia takiemu wykonawcy jeżeli, poprawi czy zastąpi oświadczenie zawierające nieprawdziwe czy wprowadzające w błąd informacje. Innymi słowy, niestosowanie tych podstaw wykluczenia w danym przetargu, nie oznacza za dopuszczalne w takim postępowaniu złożenie oświadczenia zawierającego informacje nierzetelne, niewyczerpujące i niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Takie rozumienie fakultatywności tych przesłanek wykluczenia jest nie do pogodzenia z zasadami rządzącymi postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z zasadą przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także

z zasadami wydatkowania środków publicznych – zasadą efektywności i transparentności. Uznać należy, że Wykonawca wciąż ma obowiązek zachowania zgodnego z przyjętym

w orzecznictwie standardem przedstawienie w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych,

wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy,

a zamawiający w sytuacji zachowania wykonawcy wypełniającego przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 Pzp powinien jego ofertę odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp jako złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, że zachowanie wykonawcy STRABAG wypełniło znamiona czynu z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, ponieważ doszło do łącznego spełnienia przesłanek przewidzianych w powołanych artykułach, które to przesłanki pokrótce można przedstawić

w sposób następujący:

- 1) informacja wprowadzająca w błąd
- 2) przekazana w sposób zawiniony
- 3) mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Po pierwsze, do przekazania informacji wprowadzającej w błąd, czyli po prostu nieprawdziwych bo niezgodnych z rzeczywistością co do spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, przyznał się sam wykonawca STRABAG. Przyznał się bowiem do tego,

że nie jest tak jak solennie zapewnił, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w określony sposób, czyli m. in. zadaniem „S19 odcinek realizacyjny Janów Lubelski – węzeł Łążek Ordynacki” i w związku z tym przedstawił nowy sposób spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, czyli nowe zadanie. Informacja, że zadanie „S19 odcinek realizacyjny Janów Lubelski – węzeł Łążek Ordynacki” zostało zakończone w dniu 19 listopada 2021 r. była obiektywnie nieprawdziwa. W związku z tym uznać należy, że została wypełniona pierwsza przesłanka konieczna dla stwierdzenia czy doszło do wypełnienia elementów czynu o jakich mowa w ww. artykułach.

Po drugie, przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd było zawinione, ponieważ brak jest jakiegokolwiek usprawiedliwienia dla zachowania wykonawcy STRABAG. Zamawiający określił przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zrozumiały dla każdego profesjonalisty. Takie warunki są powszechnie spotykane w specyfikacjach zamówień tego rodzaju. Warunek nie budził wątpliwości wykonawcy, który zastąpił zadanie „S19 odcinek realizacyjny Janów Lubelski – węzeł Łążek Ordynacki” nowym zadaniem. Zdaniem Odwołującego zachowanie wykonawcy STRABAG w tym przetargu istotnie odbiegało od standardów stawianych profesjonalistom, w tym uczestników rynku zamówień publicznych i w tym kontekście można mówić co najmniej o rażącym niedbalstwie wykonawcy STRABAG. Wykonawca STRABAG wiedział, że zadanie z pomocą którego wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie zostało zakończone na moment składania oferty. Zadanie to realizowane jest bowiem bezpośrednio przez wykonawcę STRABAG i jest realizowane do chwili obecnej z aktualnym terminem realizacji na dzień 30 listopada 2023 r. Wykonawca STRABAG wiedział, że termin wskazany w wykazie osób nie jest terminem wykonania (zakończenia) zadania, skoro zadanie to cały czas realizuje. Wykonawca STRABAG wiedział, że dla weryfikacji spełnienia warunku mogły mieć znaczenie wyłącznie zadania należycie wykonane (zakończone). Wykonawca STRABAG jest doświadczonym uczestnikiem rynku zamówień publicznych i wiedział, że obowiązkiem wykonawcy w takich postępowaniach jest formułowanie oświadczeń własnych rzetelnie, wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, a także,

że dobrem wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych jest uczciwa konkurencja na rynku. Stąd przedstawienie przez wykonawcę STRABAG w wykazie robót złożonym na wezwanie z dnia 30 marca 2023 r., czyli szczególnym oświadczeniu własnym, w jaki sposób spełnia warunek udziału w tym postępowaniu, stanowi co najmniej rażące naruszenie wzorca profesjonalnego wykonawcy, działającego na rynku zamówień publicznych.

Po trzecie, wprowadzenie w błąd dotyczyło informacji, które co najmniej mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a to z tego powodu, że po prostu dotyczą kwestii istotnych w postępowaniu. Konkretnie wprowadzenie w błąd dotyczyło jednej z pozycji wykazu robót, bez której niemożliwe było wykazanie spełnienia warunku przez wykonawcę STRABAG. W postępowaniu wymagane było doświadczenie w należyтым wykonaniu dwóch zadań, wykonawca wskazał tylko dwa zadania, pominięcie zadania „S19 odcinek realizacyjny Janów Lubelski – węzeł Łążek Ordynacki” oznaczało niewykazanie spełnienia warunku. Zatem wykonawca STRABAG składając na wezwanie w dniu 30 marca 2023 r. m. in. dokument JEDZ, w którym oświadczył, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji przy czym warunek w zakresie doświadczenia wykonawcy w sposób określony w wykazie robót (w tym zadaniem z poz. 2) formalnie wykazał spełnienie warunku udziału

w postępowaniu, z pomocą nieprawdziwej informacji. W związku z tym, że Zamawiający podejmuje decyzję odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowanie dotyczącego zdolności zawodowej na podstawie oświadczenia własnego wykonawcy (dokumentu podmiotowego) znaczenie w kontekście czy wprowadzenie w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego ma wyłącznie ten właśnie fakt, czy formalnie wykonawca wykazał w ten sposób spełnienie takiego warunku. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej

wprowadzające w błąd informacje, nie muszą faktycznie wpłynąć na działania zamawiającego, liczy się tylko potencjalny wpływ. Koresponduje z tym poglądem orzecznictwo sądowe, które podkreśla, że istotne w tym zakresie jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji, natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia (Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie XXIII Ga 849/18 oraz w sprawie XXIII Zs 48/21).

W tym miejscu, warto podkreślić, że treść wykazu robót z dnia 30 marca 2023 r. nie budziła żadnych wątpliwości, co do tego, że zadania odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Dokument zawierał wszystkie informacje niezbędne do weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy. Takich wątpliwości, co do treści wykazu robót nie miał również sam Zamawiający. Uznać należy zatem, że Zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd.

Odwołujący podnosi, że zachowanie wykonawcy STRABAG odpowiada normie wynikającej art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp i gdyby Zamawiający zastrzegł taką podstawę wykluczenia, wykonawca STRABAG winien zostać wykluczony na wskazanych podstawach. Oznaczałoby to dla tego wykonawcy w przyszłości, że w tych wszystkich postępowaniach,

w których zamawiający weryfikowałby sytuację podmiotową wykonawców w tym zakresie, dla skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, wykonawca winien notyfikować zamawiającym takie wykluczenie i wykazać, że się poprawił. Natomiast dla niniejszego postępowania, wykazanie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp oznacza, że Odwołujący wykazał wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji, który jest podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Stąd znaczenie wywodu dotyczącego zrealizowania się normy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w niniejszym postępowaniu, pomimo, że pozostaje ona niesankcjonowana wykluczeniem z postępowania.

CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ale także zasady rządzące postępowaniem

o udzielenie zamówienia publicznego wyrażone w Pzp, czyli zasada równego traktowania

i uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności (także zasady wydatkowania środków publicznych) są nie do pogodzenia z sytuacją, że wykonawca, który przedstawił Zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje, w zakresie istotnym dla postępowania uzyskuje dane zamówienie, ponieważ w danym postępowaniu zamawiający nie zastrzegł podstawy wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 8 10 Pzp. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający naruszył ustawę Pzp przez niezastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten jest bezwzględnie wiążący, co oznacza, że w każdym postępowaniu Zamawiający jest zobligowany do rozważenia, czy nie doszło do spełnienia się tej właśnie podstawy odrzucenia oferty.

Art. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolnej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów, a zatem ustawa służy zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwości w konkurowaniu na rynku, w tym zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwemu konkurowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyeliminowanie nieuczciwej rywalizacji w postępowaniu służy wszystkim – interesowi publicznemu, przedsiębiorcom oraz klientom. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego interes publiczny łączy się z interesem klienta, ponieważ zamawiający posiadają oba te interesy. Także przedsiębiorca kwestionujący postępowanie danego przedsiębiorcy, zarzucając mu czyn nieuczciwej konkurencji działa nie tylko w interesie własnym, ale w interesie publicznym, który wyraża się w domaganiu się sprawiedliwych reguł gry na rynku.

Z kolei, czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który należy odnieść do danego stanu sprawy, to czyny o którym mowa w następujących artykułach:

art. 3. ust. 1 Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Art. 14 ust. 1 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.

Przy czym, pierwszy z powołanych przepisów – art. 3 ust. 1 ww. ustawy może być samodzielną podstawą uznania

określonego zachowania jako czyn nieuczciwej konkurencji (tak Sąd Najwyższy w sprawie II CSK 363/07).

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że wykonawca STRABAG swym działaniem wypełnił wszystkie elementy czynu z art. 3 ust. 1 ustawy, którymi są:

- 1) działanie podejmowane jest w związku z działalnością gospodarczą
- 2) czyn jest sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami
- 3) działanie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Po pierwsze, oczywiste w niniejszej sprawie jest i nie wymaga szerszej argumentacji

to, że kwestionowane działanie wykonawcy STRABAG jest działaniem podejmowanym

w związku z działalnością gospodarczą. Takim działaniem jest ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego i złożenie w tym celu oferty i innych wymaganych dokumentów. Pierwsza przesłanka czynu niewątpliwie jest spełniona.

Po drugie, złożenie przez wykonawcę Strabag nieprawdziwego oświadczenia

co do doświadczenia „S19 odcinek realizacyjny Janów Lubelski – węzeł Łążek Ordynacki”, którego okoliczności zostały szczegółowo opisane powyżej, należy uznać za działanie zarówno sprzecznym z prawem, jak i działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Zdaniem Odwołującego zarzucane wykonawcy działanie było sprzeczne z prawem pomimo, że SWZ nie przewidywało za to sankcji w postaci wykluczenia z postępowania. Zgodnie

z poglądami prezentowanymi w doktrynie i orzecznictwie sprzeczność z prawem należy rozumieć jako sprzeczność z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

W przedmiotowym przypadku zachowanie wykonawcy STRABAG, o czym szeroko była mowa powyżej, wypełniało znamiona czynu z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, a odstąpienie

od sankcji nie oznacza, że czyn ten nie pozostaje bezprawnym. Tym samym

w postępowaniach, w których zamawiający takiej podstawy wykluczenia nie przewidział, zachowanie w danym postępowaniu w sposób określony w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp pozostaje zakazane. Inne rozumienie

fakultatywności danej przesłanki wykluczenia prowadziłoby de facto, do sytuacji w której w systemie zamówień publicznych obowiązywałyby podwójne standardy. W tych postępowaniach, w których zamawiający przewidzieliby

podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp wykonawcy postępujący w sposób określony w tych artykułach byłiby wykluczani, natomiast w tych postępowaniach, w których takich podstaw nie ma

wykonawcy zachowujący

się w tożsamy sposób, zdobywaliby zamówienia.

Jakkolwiek, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy, czynem takim jest nie tylko działanie sprzeczne

z prawem, ale również działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Nawet przyjmując, że brak sankcji w danym postępowaniu wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp oznacza, że takie zachowanie

wobec braku sankcji nie może być uznane

za sprzeczne z prawem, z czym Odwołujący się nie zgadza, to można z całą stanowczością twierdzić, że w takim razie zachowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp,

w postępowaniu gdzie zamawiający nie stosuje sankcji wykluczenia na tej podstawie, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami. Co więcej, dobrymi obyczajami, które można łatwo zdekodować, właśnie odnosząc się znów do

art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp., bo jeżeli nie jest to norma prawna dla danego postępowania, to jest to niewątpliwie norma postępowania określona w prawie bez sankcji, czyli wzorzec postępowania, który nie tylko istnieje

w przekonaniu etycznym społeczeństwa ale więcej został wyrażony w prawie.

Prawo nie definiuje pojęcia „dobrych obyczajów”. W doktrynie przez to pojęcie rozumie

się staranność zawodową, uczciwość działania oraz dobrą wiarę. Natomiast treść oraz podmiotowy i przedmiotowy zakres powinności przestrzegania dobrych obyczajów wymaga dookreślenia i konkretyzacji. Dokonuje tego

każdorazowo ad casum orzecznictwo.

W doktrynie wskazuje się właśnie, że orzecznictwo pełni w tym względnie bardzo ważną funkcję – funkcję kreacyjną.

Każde rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie wymaga szerszego rozważenia „jakie skutki przyniesie w przyszłości potraktowanie pewnego obyczaju, który znalazł odbicie w zachowaniu stron lub jednej z nich, jako zgodnego z dobrmi

obyczajami albo z nimi sprzecznego, co w konsekwencji przyczyni się do jego upowszechnienia bądź

też odwrotnie do jego zwalczania.” (tak: J. Szwaja, [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, J. Szwaja (red.), Warszawa 1994, s. 42.). Wytyczne co do sposobu rozumienia, a także sposobu zastosowania tej

przesłanki zawarł Sąd Najwyższy w wyroku

z dnia 2 stycznia 2007 r. w sprawie V CSK 311/06:

„Zatem, nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami

(art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Sposób ten powinien być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych. Wina naruszczenia nie jest elementem niezbędnym dla stwierdzenia, że dopuścił się on czynu nieuczciwej konkurencji, jednakże jej wykazanie powinno stanowić argument na rzecz przyjęcia, że doszło do naruszenia dobrego obyczaju.”

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie ustalała standardy profesjonalnego zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mając na uwadze w szczególności wyartykułowane zasady rządzące tym postępowaniem oraz art. 355 § 2 K. c., które wskazywały, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawienie

w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Używając sformułowań Sądu Najwyższego, który wskazuje na to, że w przypadku badania wystąpienia przesłanki sprzeczności z dobrymi obyczajami istotny jest „sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami”

to Odwołujący podnosi, że sposób w jaki wykonawca STRABG rywalizował o udzielenie przedmiotowego zamówienia przedstawiając nieprawdziwe oświadczenie, które formalnie wykazywało spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest nie do pogodzenia

z akceptowalnym wzorcem postępowania przedstawienia w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, czyli takich na których zamawiający mogą po prostu polegać.

Na zakończenie wyводу dotyczącego tej przesłanki czynu, trzeba podkreślić, że dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy znaczenie ma tylko obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, czy nawet świadomość sprawcy, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.

Przechodząc do dalszej przesłanki z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazuje, że złożenie przez wykonawcę STRABAG nieprawdziwego oświadczenia co do doświadczenia „S19 odcinek realizacyjny Janów Lubelski – węzeł Łązek Ordynacki” naruszyło interes Zamawiającego, Odwołującego, wykonawcy BUDIMEX S.A. Bez znaczenia pozostaje subiektywne przekonanie podmiotu o zagrożeniu czy naruszeniu.

I nie tylko o dany konkretny interes tu chodzi i nie tylko interes w danym postępowaniu. Interes Zamawiającego (klienta) oraz przedsiębiorców, w tym Odwołującego i wykonawcy BUDIMEX S. A. należy rozumieć szeroko.

Zachowanie wykonawcy STRABAG w tym postępowaniu, szczegółowo opisane powyżej, po pierwsze naruszyło interes Zamawiającego w tym postępowaniu, ponieważ Zamawiający w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

w toku weryfikowania podmiotu, którego oferta została najwyżej oceniona, polegając

na oświadczeniach własnych wykonawcy, otrzymał nieprawdziwe oświadczenie, które formalnie wykazywało spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego, a które stanowiło jedyny dowód jaki zamawiające mógł żądać

od wykonawcy w postępowaniu. Jednocześnie, Zamawiający nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia, w związku z przedstawieniem wprowadzającej w błąd informacji.

Po drugie, zachowanie wykonawcy STRABAG w tym postępowaniu, naruszyło interes Zamawiającego w ogólności jako podmiotu publicznego prowadzącego sprawy publiczne

i realizującego zadania publiczne, którego interesem jest aby prowadzone postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone były zgodnie z prawem i rządzącymi nimi zasadami, w szczególności zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i aby decyzje w tym postępowaniu podejmowane były na podstawie prawdziwych informacji w zakresie istotnym dla tego postępowania, a tymi istotnymi dla postępowania informacji są niewątpliwie

te dotyczące doświadczenia wykonawcy. Dalej w interesie Zamawiającego leżą jednolite standardy postępowania dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych, niezależnie od zakresu stosowanych podstaw wykluczenia w danym postępowaniu, a zatem to aby powszechnym wzorcem zachowania było przedstawianie w każdym przypadku prawdziwych oświadczeń. Tylko dzięki nim weryfikacja podmiotów będzie miała charakter realny a nie pozorny (formalny).

Zachowanie wykonawcy STRABAG w tym postępowaniu, szczegółowo opisane powyżej, naruszyło interes Odwołującego w tym postępowaniu, ponieważ Odwołujący przegrał z wykonawcą STRABAG na nierównych zasadach gry, to znaczy przegrał

z wykonawcą tylko dlatego, że Zamawiający usprawiedliwił nierzetelność wykonawcy

w przedstawieniu informacji istotnych dla postępowania, wbrew obowiązującym standardom w innych postępowaniach, w sytuacji gdy Odwołujący zakładał w tym, ale również zakłada w innych postępowaniach, że wykonawcy konkurują m. in. doświadczeniem, które jest przedstawiane w sposób zgodny z rzeczywistością. W interesie Odwołującego, nie leży dopuszczenie możliwości wygrywania przetargów na podstawie nieprawdziwych,

czy niezetelnych informacji, w tym tych dotyczących doświadczenia. Zachowanie wykonawcy STRABAG w tym postępowaniu również naruszyło interes Odwołującego

w ogólności. Interesem Odwołującego, a także interesem wykonawcy BUDIMEX S.A.

w Warszawie, ale także innych przedsiębiorców działających na rynku, jest możliwość niezakłóconego prowadzenia zgodnie z prawem działalności gospodarczej i osiąganie zysku. Temu służy ład i porządek, po prostu jasne reguły konkurencyjne. Jasne zasady rywalizacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego leżą zatem w interesie wszystkich uczestników tego rynku. W interesie wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych leży również korygowanie zachowań które są niepożądane. Niepożądane jest wprowadzenie podwójnych standardów dla postępowania, które przewidywały wykluczenie wykonawcy

z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp oraz dla postępowania, które takiej podstawy wykluczenia nie przewidywały. Zarówno w jednych jak i drugich powinien obowiązywać jeden i ten sam wzorzec postępowania, a tożsame zachowanie w obu przypadkach powinno być sankcjonowane.

Zdaniem Odwołującego, zachowanie STRABAG wypełniło również przesłanki z art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ponieważ wykonawca STRABAG wiedział, że referencyjne zadanie „S19 odcinek realizacyjny Janów Lubelski – węzeł Łążek Ordynacki” nie zostało zakończone, ponieważ je cały czas wykonuje, pomimo to złożył „solenne zapewnienie”, że spełnia w ten sposób postawiony warunek udziału w postępowaniu, co odpowiada celowi działania o którym mowa w tym artykule – w celu przysporzenia korzyści.

Na zakończenie tego wywodu, Odwołujący wskazuje, że pogląd, który legł u podstaw niniejszego odwołania nie jest odosobniony w praktyce. Zarówno inni zamawiający

ale również Krajowa Izba Odwoławcza zachowania wykonawców wyczerpujące znamiona

z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, w postępowaniach w których ta podstawa wykluczenia

nie została zastrzeżona kwalifikują na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp i w szczególności art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący tytułem przykładu wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r. w sprawie

KIO 5/22, w którym Izba nakazała odrzucić ofertę wykonawcy, który w celu zdobycia dodatkowych punktów oraz wykazania warunku udziału w postępowaniu przedstawił nieprawdziwe oświadczenie w zakresie doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Izba wyraziła następujący pogląd

w przedmiocie, który jest istotny w niniejszym postępowaniu, a mianowicie, cyt.:

„Izba podziela stanowisko, iż „brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie warunku udziału w zakresie INRE”

„Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia”. Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.”

Podobnie Izba orzekła w sprawie KIO 1208/23.

NIEDOPUSZCZALNE ZASTĄPIENIE INFORMACJI NIEPRAWDZIWEJ PRAWDZIWA.

UZUPEŁNIENIE PRZEZ STRABAG WYKAZU ROBÓT NIESKUTECZNE

Zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów

lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie

lub poprawienie.

W przedmiotowej sprawie oferta STRABAG podlegała odrzuceniu, z powodów szeroko opisanych powyżej, a tym samym nie było już prawnych możliwości kontynuowania postępowania. Samodzielne uzupełnienie wykazu robót o

nowe referencyjne zadanie, które potwierdzało spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest czynnością bez znaczenia dla oceny legalności postępowania i w związku z tym bezskuteczną. Uzupełniony wykaz robót nie powinien być przez Zamawiającego zaakceptowany i nie powinien stanowić podstawy decyzji co do tego, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. W związku

z dopuszczeniem się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, bez znaczenia jest to, że wykonawca dysponuje szerokim doświadczeniem w realizacji zadań, które mógł przedłożyć dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie weryfikuje sytuacji podmiotowej wykonawcy na podstawie jego pozycji na rynku (uznania), tylko na podstawie oświadczenia własnego wykonawcy wskazującego precyzyjnie sposób spełniania warunków udziału w danym postępowaniu.

W związku z tym, że wykonawca zdecydował się na dany sposób wykazywania doświadczenia, czyli przedstawienia konkretnych dwóch referencyjnych zadań,

to za rzetelność informacji odnośnie tego doświadczenia odpowiadał. W okolicznościach tej sprawy Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad przedstawieniem przez wykonawcę STRABAG w wykazie robót wprowadzającej w błąd informacji odnośnie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, umożliwiając przystępującemu usunięcie i wykazanie spełnienie tego warunku w inny sposób.

Utrwalone w orzecznictwie Izby jest stanowisko, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu nie można zastępować w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Jeżeli wykonawca jest winny wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem w zakresie istotnych dla tego postępowania informacji, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie zawiera błąd dotyczący braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku informacja potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu tylko za pomocą informacji, która w rzeczywistości wprowadzała w błąd.

Z tych wszystkich względów żądanie odwołania unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy STRABAG jako oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty tego wykonawcy ze względu na to, że złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji przedstawiając jedno z zadań w wykazie robót co do faktu wykonania (zakończenia) zamówienia niezgodnie z rzeczywistością, co wykluczało możliwość zastąpienia tego zadania innym, spełniającym warunki udziału w postępowaniu, w tym takim, które na moment składania oferty było wykonane (zakończone), zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 22 maja 2023 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej „Przystępującym” wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 30 maja 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła:

W treści SWZ (po modyfikacjach) pkt VI .C.3 Zamawiający ustanowił m.in. następujący warunek udziału w postępowaniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwa zamówienia, z których każde obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi* wraz z infrastrukturą podziemną i oświetleniem ulicznym w

formule zaprojektuj i wybuduj, o wartości jednostkowej każdego z zamówień równej lub wyższej niż 40 000 000,00 zł brutto.

* droga w rozumieniu Ustawy z dnia 21.03.1985r. o drogach publicznych”.

Zamawiający nie przewidział możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) ustawy Pzp.

Przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz robót budowlanych, dalej jako „wykaz” wraz z referencjami. W pozycji drugiej wykazu, w kolumnie zatytułowanej „Rodzaj robót (wykonany zakres rzeczowy)” wskazał zadanie pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin – Rzeszów, odc. koniec obw. Kraśnika – węzeł „Sokołów Młp. Północ” (z węzłem). Część nr 3: odc. realizacyjny Janów Lubelski (węzeł „Jonaki”, obecnie „Janów Lub. Południe – bez węzła) – węzeł „Łążek Ordynacki” obecnie „Lasy Janowskie” dł. ok 8 km”.

Pod nazwą zadania złożył dopisek: referencje w załączeniu. Patrz Uwaga nr 2 poniżej.

W kolumnie zatytułowanej „Data wykonania (zakończenia)” wskazał datę: 19 listopad 2021 r.

Z treści załączonych referencji (15 stron) wynika, że Przystępujący w okresie od 30 października 2017 r. do 19 listopada 2021 r. zrealizował kontrakt, który został wskazany w wykazie w poz. drugiej.

Ww. umowa była kilkakrotnie aneksowana, jednakże referencje odnoszą się do Aneksu nr 1 z dnia 25 maja 2018 r. - zmiana załącznika (umowa o powierzenie przetwarzania danych osobowych), Aneksu nr 2 z dnia 06 sierpnia 2020 r. i Aneksu nr 4 z dnia 6 lipca 2021 r.

– którymi zmieniono maksymalną wartości zobowiązania.

W treści referencji Inwestor potwierdził wartość robót zaprojektowanych i wykonanych na dzień 30 listopada 2021 r.

Wskazał czas realizacji: 30 październik 2017 – 19 listopad 2021.

W referencji zawarta została również następująca informacja: „Zamawiający wskazuje tu jednocześnie, że z uwagi na fakt, iż Umowa z Wykonawcą objęta została zamówieniem dodatkowym polegającym na budowie dodatkowego, górnego przejścia dla zwierząt, Umowa jest nadal wykonywana, a wykazany w treści niniejszej referencji zakres prac wykonanych przez Wykonawcę w sposób należyty stanowi jedynie część przedmiotu zamówienia”.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2023 roku, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Przystępujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści referencji dotyczących robót wskazanych w lp. 2 wykazu robót. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, co oznacza stwierdzenie, że Umowa objęta została zamówieniem dodatkowym i w jaki sposób doszło do udzielenia zamówienia dodatkowego, w szczególności czy oznacza to, że zakres robót polegający na budowie dodatkowego, górnego przejścia dla zwierząt został udzielony jako odrębne zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Przystępujący, pismem z dnia 27 kwietnia 2023 roku udzielił następującej odpowiedzi: „STRABAG Sp. z o.o., informuje, że zamówienie, dla którego zostały wystawione i wskazane w punkcie 2 Wykazu robót referencje, faktycznie zostało rozszerzone o Zaprojektowanie

i wybudowanie dodatkowego przejścia górnego dla zwierząt w kompleksie leśnym wchodzącym w skład obszaru Natura 2000 „Uroczyńska Lasów Janowskich”. Zaprojektowanie i wybudowanie tego obiektu zostało wprowadzone do zamówienia Aneksem nr 3 do umowy

nr 4/10/R/2017 z dnia 30.10.2017r. dlatego też STRABAG Sp. z o.o. potwierdza,

że zamówienie jako całość nie zostało zakończone. Wobec powyższego STRABAG Sp. z o.o., dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w załączeniu przedkłada skorygowaną wersję Wykazu wykonanych robót wraz z referencjami”.

Zamawiający w dniu 8 maja 2023 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego.

Izba zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 224 ust. 1 pkt 7 Pzp (sprostowanego na rozprawie jako naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp) w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o znk nieuczciwej konkurencji i art. 14 ust. 1 ustawy o znk oraz art. 16 Pzp przez jego niezastosowanie i nieodrzuconie oferty wykonawcy STRABAG, która została złożona

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podaniu wbrew prawu i dobrym obyczajom niezgodnych z prawdą informacji w wykazie robót z dnia 12 kwietnia 2023 r.,

że zadanie ujęte w pkt 2 ww. wykazu zostało wykonane (zakończone) w dniu 19 listopada 2021 r, gdy w rzeczywistości zadanie to nie jest zakończone, a roboty budowlane cały czas są wykonywane, co wprowadziło w błąd, że STRABAG spełnia warunki udziału

w postępowaniu i tym samym naruszyło interes Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, w tym Odwołującego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 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. Natomiast zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei, zgodnie z treścią art. 14 ust. 1 ustawy o znk 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.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, który skutkowałby koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego.

Informacje podane przez Przystępującego nie spełniały przesłanek działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes innego przedsiębiorcy lub klienta ani nie stanowiły rozpowszechniania nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o Przystępującym.

Odwołujący podnosi, że data zakończenia umowy dla zadania wskazanego w wykazie robót w poz. drugiej (19 listopada 2021 r.) nie odpowiada prawdzie, ponieważ umowa jest nadal realizowana, co potwierdził w sam Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 27 kwietnia 2021 r. Odwołujący nie kwestionuje faktu, że w referencji zawarta jest informacja o niezakończeniu umowy, jednakże uważa, że ponieważ informacja ta wynika z referencji a nie z wykazu, to okoliczność ta nie może być brana przez Zamawiającego pod uwagę. Skoro Przystępujący podał w wykazie informację nieprawdziwą co do daty zakończenia umowy, to tylko ta informacja jest wiążąca dla Zamawiającego.

Izba wskazuje, że Odwołujący buduje zarzut wyłącznie w oparciu o treść wykazu robót, całkowicie pomijając w sposób niezasadny informacje zawarte w treści referencji, złożonej łącznie z wykazem. W ocenie Izby, stawiając zarzut, którego konsekwencją jest odrzucenie oferty, nie można opierać się wyłącznie na wybiórczych informacjach, odczytywanych

w sposób niekorzystny dla wykonawcy.

Z treści referencji wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że umowa obejmująca dodatkowy zakres, nie została jeszcze zakończona. Natomiast określony datą

19 listopada 2021 r. zakres robót wskazanych w referencji, został zakończony. Zakres robót zakończonych odpowiadał robotom (co nie było kwestionowane), których Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem składu orzekającego, niezasadnym jest pomijanie informacji zawartych

w treści referencji. Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego podczas rozprawy, zgodnie z którym referencje składane są na potwierdzenie należytego wykonania roboty wskazanej w wykazie robót. Nie oznacza to jednak, że jeżeli w treści referencji zawarte są dodatkowe informacje, to Zamawiający nie może brać ich pod uwagę. Wręcz przeciwnie, zdaniem Izby treść wykazu robót oraz referencje należy odczytywać łącznie, a dodatkowe informacje zawarte w referencji stanowią dopełnienie informacji zawartych w wykazie robót.

W ocenie Izby niezasadne jest stanowisko, zgodnie z którym wykaz robót ma charakter nadrzędny wobec referencji. Taka okoliczność nie wynika z treści 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. z 23 grudnia 2020 poz. 2415) ani z innego aktu prawnego.

Biorąc zatem pod uwagę całość informacji przekazanych Zamawiającemu, został

on poinformowany przez Przystępującego o tym, że umowa, która została wskazana w pozycji drugiej wykazu robót nie została jeszcze zakończona. Jest to informacja odpowiadająca prawdzie, przekazana przez Przystępującego w treści złożonych dokumentów z własnej inicjatywy, bez wezwania ze strony Zamawiającego. Wyklucza to więc możliwość wprowadzenia w Zamawiającego w błąd w zakresie okoliczności związanych z terminem zakończenia realizacji umowy.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w treści SWZ „nie sprecyzował jak należy rozumieć zamówienie, w szczególności nie wskazał, że w przypadku, gdy do umowy zawarto aneksy dotyczące zamówień dodatkowych, to za wykonanie zamówienia może zostać uznane wyłącznie wykonanie umowy wraz z wszystkimi zamówieniami dodatkowymi, natomiast nie może w takiej sytuacji zostać uznane za wykonanie zamówienia wykonanie umowy jedynie w zakresie podstawowym. W ocenie Zamawiającego wobec brzmienia warunku udziału w postępowaniu Strabag miał prawo wykazać jako wykonane zamówienie ukończony zakres zaprojektowanych i wykonanych robót, należyte wykonanie którego potwierdzały referencje. Zakres robót, którego dotyczyły referencje, jest w ocenie Zamawiającego zgodny z warunkiem udziału w postępowaniu postawionym w SWZ. Natomiast zamówienie dodatkowe, którego ukończenia referencje nie potwierdzają, dotyczy elementu nieobjętego warunkiem udziału w postępowaniu (Zamawiający nie wymagał

w ramach postawionego warunku udziału wykazania przez wykonawców posiadania doświadczenia w zakresie budowy przejścia dla zwierząt).”

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że „zinterpretował przedłożone przez Strabag dokumenty w taki sposób, że Strabag wskazał w wykazie robót w lp. 2 datę wykonania (zakończenia) zakresu robót, którego ukończenie i należyte wykonanie potwierdzają referencje, ponieważ uznał, że zakres robót, którego należyte wykonanie potwierdzają referencje (tj. bez zamówienia dodatkowego) jest zgodny z warunkiem udziału w postępowaniu i wystarczający do spełnienia tego warunku. Zamawiający nie wywnioskował z przedłożonych przez Strabag dokumentów, że data 19.11.2021 r. została podana przez Strabag jako data zakończenia realizacji całej umowy (wraz z zamówieniem dodatkowym). Nie doszło więc do wprowadzenia Zamawiającego w błąd”.

Zamawiający dodał, że w kolumnie „Data wykonania (zakończenia)” odnośnie robót wskazanych w lp. 2 wykazu podano datę 19.11.2021 r. Podana data jest spójna z treścią referencji, gdzie wskazano, że „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział

w Lublinie uprzejmie informuje, że firma Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,

ul Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w okresie od 30.10.2017 do 19.11.2021 zrealizowała kontrakt pn. ...” oraz podano czas realizacji: 30.10.2017 – 19.11.2021”.

Izba podzieliła argumentację Zamawiającego, nie zgadzając się z Odwołującym

że Zamawiający zmienił po składaniu ofert sposób oceny warunku udziału w postępowaniu.

Przede wszystkim, jak słusznie podniósł Zamawiający, nie dookreślił on jak należy rozumieć „zamówienie” objęte warunkiem udziału w postępowaniu. Z treści warunku nie wynika, że musi to być wyłącznie zamówienie publiczne określone w ustawie Pzp (jak podnosił Odwołujący podczas rozprawy), nie wynika również, że zamówienie nie mogło zostać określone zakresem lub rodzajem robót zgodnym z warunkiem udziału w postępowaniu. Za takim rozumieniem warunku udziału w postępowaniu (tj. „zamówienie” określone zakresem lub rodzajem robót

a nie nazwą zadania czy zamówienia publicznego) przemawia układ i treść wykazu robót sporządzonego przez Zamawiającego jako wzór - załącznik nr 6 do SWZ. W treści kolumny drugiej, zgodnie z jej tytułem należało podać „Rodzaj robót (wykonany zakres rzeczowy)”. Zamawiający nie wymagał podania nazwy zadania, zamówienia czy kontraktu,

na potwierdzenie posiadanego doświadczenia. W tym kontekście, informacje, które należało podać w kolumnie „Data wykonania (zakończenia)” w ocenie Izby należało odnieść do rodzaju robót (wykonanego zakresu rzeczowego), które należało wskazać w kolumnie drugiej wykazu.

Zestawiając zatem treść wykazu robót Przystępującego wraz z referencjami złożonymi na potwierdzenie należytego wykonania zadania wskazanego w pozycji drugiej, jawi się przejrzysty i spójny obraz, zgodnie z którym wykazany przez Przystępującego zakres rzeczowy, precyzyjnie wskazany w treści referencji został zakończony 19 listopada 2021 r.

Zdaniem Izby, jedynym uchybieniem Przystępującego jest to, że w kolumnie „Rodzaj robót (wykonany zakres)” winien zamiast nazwy zadania wskazać rodzaj robót (wykonany zakres rzeczowe), choć - co należy podkreślić - wynika on jednoznacznie z treści załączonych referencji, przywołanych bezpośrednio pod nazwą zadania, w tej samej kolumnie – czego nie można pomijać.

Wobec powyższego nie można uznać, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, bowiem żadna z informacji podanych przez Przystępującego, nie jest informacją nieprawdziwą.

Odnosnie wezwania na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty z dnia 20 kwietnia 2023 r. i odpowiedzi Przystępującego z dnia 27 kwietnia 2023 r.

w ocenie Izby nie miały one znaczenia dla sprawy. Wezwanie Zamawiającego dotyczyło okoliczności, w jakich doszło do udzielenia zamówienia dodatkowego, wskazanego

w referencji. Odpowiedź Przystępującego, która potwierdziła okoliczność wynikającą

już z wcześniej złożonej referencji, co do tego, że zamówienie nie zostało jeszcze zakończone, nic nie wniosła do sprawy. Bez znaczenia dla oceny rozpoznawanej sprawy jest również złożony samodzielnie przez Przystępującego nowy wykaz robót, przywołujący inną robotę budowlaną, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba podziela stanowisko podniesione w odwołaniu, że informacji nieprawdziwej nie można zastąpić informacją prawdziwą, jednakże w analizowanym stanie faktycznym taka okoliczność nie miała miejsca. Przystępujący, w pierwotnie złożonym wykazie robót nie podał informacji nieprawdziwych. Natomiast złożony samodzielnie, wraz z odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego nowy wykaz robót, nie stanowił zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą. Jak słusznie podniósł pełnomocnik Przystępującego podczas rozprawy, był to wyraz nadgorliwości ze strony Przystępującego.

W ocenie Izby okoliczność, że Przystępujący z własnej inicjatywy załączył nowy wykaz, wskazujący inną robotę budowlaną na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu – nie zmieniając żadnych danych w robocie referencyjnej wskazanej pierwotnie w wykazie robót, nie może stanowić okoliczności obciążającej Przystępującego, tym bardziej nie można jej uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Podsumowując, informacja o tym że umowa przywołana w wykazie robót w poz. drugiej nie została jeszcze zakończona, przekazana została przez Przystępującego w sposób jednoznaczny, w treści podmiotowych środków dowodowych. Nie nastąpiło zatem wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do okoliczności zakończenia jej realizacji, co wyklucza możliwość złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 2

i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp polegającego na wyborze oferty Przystępującego, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i zaakceptowana przez Zamawiającego wbrew zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania, uzupełnienia przez wykonawcę wykazu robót, o nowe zadanie, które zastąpiło to zadanie, które w zakresie istotnym przedstawione zostało niezgodnie z rzeczywistością, tym samym dopuszczenie w niniejszym postępowaniu do zastąpienia informacji nieprawdziwej prawdziwą, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Stosownie do treści art. 239 ustawy Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Natomiast zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, ani również, że najkorzystniejsza oferta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu.

Ponadto, jak to zostało wykazane powyżej, informacje podane przez Przystępującego w ramach podmiotowych środków dowodowych odpowiadały prawdzie. Tak więc złożenie nowego wykazu robót, wskazującego dodatkową robotę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, może świadczyć o doświadczeniu posiadanym przez Przystępującego. Nie stanowi jednak zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą.

W zaistniałych okolicznościach nie potwierdził się również zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zważywszy na powyższe, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: