Sygn. akt: KIO 4679/26

WYROK

Warszawa, dnia 8 października 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: W.Z.

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2026 r. przez wykonawcę **RISER sp. z o.o., ul. Inwalidów Wojennych 8, 43-603 Jaworzno**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **SIM Śląsk Południe sp. z o.o., Al. Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: **Malik Development sp. z o.o., Pieczyska 83, 98-400 Pieczyska**,

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 4 i 6,

2.**oddala odwołanie** w zakresie zarzutu nr 5,

3.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

3.1. 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.

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:……

Sygn. akt: KIO 4679/26

UZASADNIENIE

Zamawiający – SIM Śląsk Południe sp. z o.o., Al. Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostosowanie istniejącej dokumentacji projektowej dla zamierzenia inwestycyjnego obejmującego wzniesienie 5 (pięciu) budynków wielorodzinnych w Kuźni Raciborskiej przy ul. Bema wraz z ich budową (II)”, numer referencyjny: ZP.1.2026. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.03.2026 r., nr 42/2026 142925-2026.

W dniu 21.09.2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy RISER sp. z o.o., ul. Inwalidów Wojennych 8, 43-603 Jaworzno (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy w Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty wykonawcy M. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, jako że wybór taki jest przedwczesny, wykonawca M. powinien zostać wezwany do poprawienia oraz wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, jak również do wyrażenia zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą, a z ostrożności – oferta wykonawcy M. winna zostać odrzucona (z powodu istnienia rażąco niskiej ceny, nieprawidłowych wyjaśnień, względnie niezgodności z przepisami ustawy),

2)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy M. do poprawienia podmiotowych środków dowodowych, a to: wykazu robót oraz referencji, pomimo że złożone dokumenty nie wykazują spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 ppkt 4.1 SWZ oraz są niezgodne z § 9 ust. 1 pkt 1 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. poz. 2415 z późn. zm.),

3)art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy M. do złożenia wyjaśnień odnośnie podmiotowych środków dowodowych, a to: wykazu robót oraz referencji, pomimo że złożone dokumenty, w połączeniu z publicznie dostępnymi dokumentami dotyczącymi inwestycji referencyjnej oraz inwestora, powinny wzbudzić daleko idące wątpliwości Zamawiającego pod kątem możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 ppkt 4.1 SWZ,

4)art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy M. do wyrażenia pisemnej zgody na wybór oferty, pomimo że termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty oraz wyboru oferty wykonawcy M., którą wykonawca ten nie był związany oraz nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty przed dokonaniem tego wyboru,

5)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzucenie oferty wykonawcy M. za wprowadzenie Zamawiającego w błąd odnośnie spełniania warunków udziału w

postępowaniu, a to wartości robót referencyjnych, pomimo że wątpliwości zgłoszone przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu oraz przedstawione dowody prowadzą wprost do wniosku, że wartość robót referencyjnych wykonawcy M. jest niższa niż wymagana w treści warunku udziału w postępowaniu, a wprowadzenie takie jest wynikiem co najmniej rażącego niedbalstwa (a możliwe, że zamierzonego działania) i miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy M. jako najkorzystniejszej w postępowaniu),

6)art. 74 ust. 1 oraz art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 18 ust. 1 oraz art. 18 ust. 2 oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ich błędne zastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej (jawnej) treści załączników do protokołu postępowania (w szczególności uzupełniających wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy M. wraz z załącznikami do tych wyjaśnień w wersji odtajnionej), pomimo ich nieskutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę M. (czemu wyraz dał sam Zamawiający, który jednak nie odtajnił fizycznie i nie udostępnił tych dokumentów Odwołującemu przed terminem sporządzania niniejszego odwołania), co uniemożliwia Odwołującemu pełne, kompletne i prawidłowe korzystanie z przysługujących mu zgodnie z ustawą PZP środków ochrony prawnej,

7)ewentualnie - art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzucenie oferty wykonawcy M., pomimo że złożone przez wykonawcę M. wyjaśnienia ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz istotnych części składowych ceny i nie odpowiadają na sprecyzowane pytania Zamawiającego zadane w wezwaniu do wyjaśnień, jak również w ofercie tej zaoferowano rażąco niską cenę,

8)ewentualnie - art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1773), poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzucenie oferty wykonawcy M., pomimo że ze złożonych przez wykonawcę M. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że wykonawca M. zatrudnia i kieruje do realizacji zamówienia pracowników otrzymujących wynagrodzenie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, a zatem oferta wykonawcy M. jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp oraz ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)udostępnienia Odwołującemu nieudostępnionych przez Zamawiającego załączników do protokołu postępowania (w szczególności: nakazania odtajnienia oraz udostępnienia Odwołującemu odtajnionych uzupełniających wyjaśnień ceny wraz z załącznikami, złożonych przez wykonawcę M.),

3)wezwania wykonawcy M. do poprawienia oraz wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, a to: wykazu robót oraz referencji celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 ppkt 4.1 SWZ oraz przedstawienia dokumentów zgodnych z § 9 ust. 1 pkt 1 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. poz. 2415 z późn. zm.),

4)odrzucenia oferty M. za wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy M. jako najkorzystniejszej w postępowaniu), a to w wyniku rażącego niedbalstwa (a możliwe że celowego działania),

5)z ostrożności procesowej – na wypadek uwzględnienia zarzutu ewentualnego – nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy M..

W dniu 25.09.2026 r. wykonawca Malik Development sp. z o.o., Pieczyska 83, 98-400 Pieczyska (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 05.10.2026 r. Odwołujący przekazał pismo procesowe z wnioskami dowodowymi. W dniu 06.10.2026 r. również Przystępujący złożył wniosek dowodowy.

W dniu 05.10.2026 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3 i 4 oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie pozostałych zarzutów odwołania.

W trakcie posiedzenia Zamawiający dodał, że uwzględnia odwołanie również w zakresie zarzutu nr 6.

Przystępujący oświadczył na posiedzeniu, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów nr 1, 2, 3, 4 i 6.

Oznacza to, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 4 i 6 podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła jednocześnie, że:

- wbrew wnioskowi Zamawiającego nie zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zarzutów nr 5, 7 i 8. Skoro bowiem Zamawiający jedynie zamierza unieważnić

czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (i podjąć kolejne działania w ramach badania i oceny ofert), ale czynności tej dotąd nie unieważnił, to na dzień orzekania nie zniknął tzw. substrat zaskarżenia i postępowanie odwoławcze nie stało się zbędne;

- zarzuty nr 7 i 8 podniesione na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 6 nie podlegają rozpoznaniu Izby, skoro zarzut nr 6 został uwzględniony przez Zamawiającego;
- do rozpoznania przez Izbę pozostaje jedynie zarzut nr 5.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest dostosowanie istniejącej dokumentacji projektowej (w związku ze zmianą technologii) dla zamierzenia inwestycyjnego obejmującego wzniesienie 5 (pięciu) budynków wielorodzinnych w Kuźni Raciborskiej przy ul. Bema wraz z ich budową (II). Zamówienie będzie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj".

W rozdziale IX specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający przewidział jako fakultatywne podstawy wykluczenia: art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7 i 8 ustawy Pzp.

W rozdziale VIII ust. 1 pkt 4.1. SWZ Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu wskazując, że wymaga wykazania się „niezbędnym doświadczeniem, tj. nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali należycie co najmniej 1 (słownie: jedne) roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie (w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego) obiektów mieszkalnych lub kompleksu obiektów mieszkalnych, o powierzchni użytkowej mieszkalnej wynoszącej min. 1 500 m^2, o wartości nie mniejszej niż 20 000 000,00 zł brutto (słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/100). UWAGA! Przez obiekt mieszkalny Zamawiający uzna budynki i inne obiekty budowlane, którym można przypisać parametr zamieszkania wielorodzinnego."

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający żądał złożenia wykazu 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 - warunki zostały określone w Rozdz. VIII pkt 1, ppkt 4, 4.1 SWZ - wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ.

Przystępujący złożył ofertę, a następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył m.in. wykaz robót, w którym wskazał jako roboty referencyjne: „*Etap I inwestycji – budynek mieszkalny wielorodzinny A "BUDOWA BUDYNKU MIESZKALNEGO WIELORODZINNEGO W FORMULE ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ Z GA PODZIEMNYM WRAZ Z NIEZBĘDNĄ INFRASTRUKTURĄ TECHNICZNĄ I DROGOWĄ. XIII, XVII ADRES O BUDOWLANEGO: 56-400 Oleśnica, ul. Leśna (…) pow. zabudowy 690,52m2, kubaturze brutto 10 248,04 m3, powierzchni użytkowej 3278,90 m2, powierzchni użytkowej mieszkalnej 2288,89 m2*". Wartość robót: 25.151.300,67 zł brutto. Podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane: Malik Oleśnica Park sp. z o.o., Pieczyska 83, 98-400 Wieruszów.

Do ww. wykazu Przystępujący dołączył referencje, w których wskazano, że wykonał on *„na podstawie jednej umowy dotyczącej kompleksowej realizacji w formule „zaprojektuj i wybuduj" realizuje etapami inwestycję obejmującą trzy budynki mieszkalne wielorodzinne A, B i C wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową (dalej: „Inwestycja"). Zakres tej umowy obejmuje zarówno wykonanie prac projektowych i czynności przygotowawczych, jak i kompleksowe wykonanie robót budowlanych, instalacyjnych, wykończeniowych, infrastrukturalnych oraz wszelkich innych prac koniecznych do należytej realizacji Inwestycji.*

W ramach realizacji tej samej umowy Malik Development sp. z o.o. wykonała i zakończyła Etap I Inwestycji -budynek mieszkalny wielorodzinny „A" o powierzchni użytkowej mieszkalnej 2 288,89 m^2, powierzchni użytkowej 3 278,90 m^2 i powierzchni zabudowy 690,52 m^2, wraz z przypadającą na ten etap częścią infrastruktury technicznej i drogowej.

Etap I Inwestycji został w całości wykonany, zakończony, odebrany i rozliczony w dniu 17.01.2026 r. jako wyodrębniony etap realizacyjno-rozliczeniowy Inwestycji wykonywanej w ramach jednej Umowy. Odbiór i rozliczenie Etapu I nie są uzależnione od wykonania, zakończenia, odbioru ani rozliczenia pozostałych etapów Inwestycji. Zakończenie Etapu I nie stanowi zakończenia całej Inwestycji ani wykonania całego przedmiotu Umowy. Realizacja Inwestycji jest kontynuowana w zakresie pozostałych etapów.

Łączna wartość zrealizowanego i rozliczonego Etapu I Inwestycji, obejmującego budynek A wraz z przypadającym na ten etap zakresem prac projektowych, robót budowlanych, instalacyjnych, wykończeniowych, infrastrukturalnych oraz zagospodarowania terenu, wynosi 25 151 300,67 zł brutto.

Roboty budowlane realizowane były na podstawie umowy o generalne wykonawstwo nr 1/W/2021/Oleśnica zawartej w dniu

10.01.2022r. pomiędzy A.M., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Budowlany A.M. (Zamawiający), a Malik Development sp. z o. o. (Generalny Wykonawca), przeniesionej w dniu 10.01.2024r. wraz ze sprzedażą inwestycji na Malik Oleśnica Park sp. z o.o.(Cesja Umowy). (…)"

W dniu 09.09.2026 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że o ile kwestia oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i kwestia wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania tego warunku oczywiście się ze sobą wiążą, o tyle inne są jednak przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W przypadku pierwszego z ww. przepisów należy ustalić, czy wskazana przez wykonawcę inwestycja odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu opisanemu przez zamawiającego, w tym wypadku: m.in. w zakresie wartości robót budowlanych. Natomiast w drugim przypadku należy ustalić, czy wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku, ale także: czy wprowadzenie w błąd nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa i czy miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących kwestii spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zostało umorzone (z powodu uwzględnienia i braku sprzeciwu), a Zamawiający zamierza podjąć kolejne czynności m.in. w celu dokonania oceny, czy Przystępujący spełnia ten warunek. Rolą Izby nie jest więc ubiegnięcie czynności Zamawiającego i zastąpienie go w ustaleniu, czy Przystępujący wykazał spełnienie ww. warunku, ale rozpoznanie zarzutu nr 5 wyłącznie w zakresie takim, jaki wynika ze wskazanych już wyżej przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, czyli w zakresie dokonania oceny:

- czy doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd,
- czy ewentualne wprowadzenie w błąd było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa,
- czy ewentualne wprowadzenie w błąd miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu.

Odnosząc się do przesłanki wprowadzenia w błąd należy zauważyć, że Odwołujący oparł ją na twierdzeniu, że Przystępujący podał zawyżoną wartość inwestycji referencyjnej. Tymczasem Przystępujący przedstawił w trakcie rozprawy dowód w postaci umowy z 10.01.2022 r. zawartej między nim a A.M. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Budowlany A.M.. Przedmiotem tej umowy jest wykonanie trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych w formule „zaprojektuj i wybuduj", przy czym wynagrodzenie za wykonanie I Etapu inwestycji, tj. budynku A, zostało ustalone na 25.151.300,67 zł brutto. Jest to ten sam budynek i ta sama kwota, które zostały podane przez Przystępującego w wykazie robót.

Izba rozumie przy tym, że zdaniem Odwołującego ww. kwota nie jest wiarygodna, ponieważ obejmuje nie tylko roboty budowlane, ale także projektowanie i inne elementy, w trakcie realizacji inwestycji zmniejszył się jej zakres, co powinno pociągać za sobą zmniejszenie wynagrodzenia i nie wiadomo, ile faktycznie zapłacono Przystępującemu za wykonanie ww. budynku A. Dodatkowo Odwołujący podważa wysokość ww. kwoty, jak też moc dowodową ww. umowy, z uwagi na taką samą strukturę właścicielską i powiązania osobowe między Przystępującym a inwestorem, tj. p. A.M., a następnie – spółką Malik Oleśnica Park sp. z o.o. oraz z uwagi na treść sprawozdań finansowych obu ww. spółek za okres od 2023 r. Należy jednak podkreślić, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty wymagają najpierw zbadania tego, czy Przystępujący wskazując ww. inwestycję i jej wartość spełnia warunek udziału w postępowaniu. W tym celu niezbędne jest co najmniej wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zatem do czasu przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności weryfikacyjnych, nie jest możliwe ustalenie, czy Przystępujący spełnia czy nie spełnia

warunku doświadczenia w zakresie podanej w wykazie wartości inwestycji - 25.151.300,67 zł brutto, a co za tym idzie – nie jest możliwe ustalenie, czy podając ww. wartość wprowadził czy nie wprowadził Zamawiającego w błąd. W istocie postawienie zarzutu dotyczącego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wskazuje na pewną niekonsekwencję Odwołującego, który z jednej strony domaga się wezwania Przystępującego do poprawienia i wyjaśnienia wykazu robót i referencji, a z drugiej strony – odrzucenia od razu jego oferty z powodu podania w tych dokumentach nieprawdziwej informacji co do wartości inwestycji. Raz jeszcze należy wskazać, że bez podjęcia czynności weryfikacyjnych nie jest możliwe ustalenie, czy doszło w tym zakresie do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Odnosząc się z kolei do przesłanki zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa należy ponownie wskazać, że kwota 25.151.300,67 zł brutto została podana nie tylko w wykazie robót i referencjach, ale także w ww. umowie z 10.01.2022 r. złożonej przez Przystępującego jako dowód na rozprawie. Izba nie ma przy tym podstaw, by odmówić temu dowodowi mocy dowodowej. W szczególności brak opatrzenia umowy datą pewną i fakt powiązań osobowych między jej stronami (p. A.M. jest wskazana jako prokurent w informacji z KRS Przystępującego) nie powodują automatycznie, że dane zawarte w tej umowie są nieprawdziwe.

Skoro zatem taka umowa została zawarta i widnieje w niej ww. kwota wynagrodzenia za wykonanie budynku A, to nawet jeśli kwota ta została następnie wpisana do wykazu robót w sposób nieprzemyślany, bo ze względu na zakres i okoliczności realizacji ww. inwestycji być może powinna być wpisana kwota niższa, nie można uznać, że mamy do czynienia z zamierzonym działaniem lub rażącym niedbalstwem. Innymi słowy: nawet jeśli w wyniku czynności, które Zamawiający ma podjąć w celu ustalenia, czy Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, okaże się, że z uwagi np. na zakres całego świadczenia obejmującego nie tylko roboty budowlane czy z uwagi na zmniejszenie tego zakresu w trakcie realizacji, w wykazie robót nie powinna być wpisana kwota 25.151.300,67 zł brutto, ale kwota niższa od wartości wymaganej w opisie warunku, to skoro kwota 25.151.300,67 zł brutto była jednocześnie wskazana w ww. umowie z 10.01.2022 r., nie można byłoby stwierdzić, że Przystępujący podał całkowicie nieprawdziwą informację w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a jedynie że przepisał ww. kwotę z umowy do wykazu robót bez zastanowienia, jaka jest treść warunku i że trzeba w wykazie robót podać taką wartość, która odnosi się do tego, co jest oceniane w ramach tego warunku. Przy czym podanie w wykazie robót takiej prawdziwej (bo wynikającej z ww. umowy) kwoty, być może w sposób nieuwzględniający tego, do czego ma się odnosić wymagana w warunku wartość (to zostanie dopiero ustalone przez Zamawiającego w wyniku czynności weryfikacyjnych) należałoby wówczas zakwalifikować jako „zwykłą" lekkomyślność lub niedbalstwo, a nie jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Jednak „zwykła" lekkomyślność lub niedbalstwo jest przesłanką zawartą w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, który to przepis nie został przewidziany przez Zamawiającego jako podstawa wykluczenia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający bowiem, spośród przesłanek dotyczących wprowadzenia w błąd, przewidział tylko art. 109 ust. 1 pkt 8, który to przepis wymaga zaistnienia zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Jak wskazano już wyżej, wobec treści umowy z 10.01.2022 r., w której kwota 25.151.300,67 zł brutto widnieje jako wynagrodzenie za wykonanie budynku A, nawet jeśli okaże się, że w świetle treści warunku niezasadnie została podana w pełnej wysokości, nie można takiego działania Przystępującego zakwalifikować jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Dlatego ta przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w świetle dowodu złożonego przez Przystępującego, nie została zdaniem Izby potwierdzona.

Odnosząc się wreszcie do ostatniej przesłanki zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. istotnego wpływu na decyzje zamawiającego, należy zauważyć, że Zamawiający przed wniesieniem odwołania uznał, że Przystępujący spełnia warunek i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą, co oznacza, że - o ile czynności weryfikacyjne wykażą, że wprowadzenie w błąd miało miejsce – przesłankę tę należy uznać za spełnioną.

Resumując, podana w wykazie robót kwota 25.151.300,67 zł brutto jest kwotą prawdziwą w tym znaczeniu, że w umowie z 10.01.2022 r. została wskazana jako wynagrodzenie za wykonanie budynku A. Nie wiadomo natomiast, czy kwota ta odpowiada temu, co było oceniane w opisanym warunku udziału w postępowaniu. Jednakże na obecnym etapie postępowania, tj. przed podjęciem przez Zamawiającego czynności weryfikacyjnych, nie można stwierdzić, czy kwota ta zasadnie została podana w pełnej wysokości w wykazie robót i czy wobec tego miało miejsce wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Nawet w przypadku ustalenia, że Przystępujący powinien był podać w wykazie kwotę niższą od wymaganej w opisie warunku, jego działanie nie miałoby, w ocenie Izby, charakteru zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wobec powyższego nie można stwierdzić, że spełnione zostały wszystkie przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i dlatego odwołanie zostało oddalone.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie. Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego z zakresu z zakresu rachunkowości lub dziedziny

pozwalającej na weryfikację sprawozdań finansowych. Izba stwierdziła, że dowód taki nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 531 ustawy Pzp), ponieważ bez względu na ocenę przez ewentualnego biegłego sprawozdań finansowych Przystępującego i spółki Malik Oleśnica Park sp. z o.o., z przyczyn podanych powyżej na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe stwierdzenie, że ziściły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca ...……