

Sygn. akt: KIO 618/17

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2017 r. przez **Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Mińsk Mazowiecki**,
orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Energia Polska S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Siedlcach**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 618/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Mińsk Mazowiecki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kompleksowa termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej w Gminie Mińsk Mazowiecki w systemie zaprojektuj i wybuduj*.

W dniu 20 marca 2017 r. wykonawca Energia Polska S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania i zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że jako podstawę swojej decyzji Zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, stwierdzając – bez wskazania, jak dokładnie uzasadnia wykluczenie z postępowania – że wykonawca 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, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Wniosek o zaistnieniu przesłanki wykluczenia Zamawiający powziął na podstawie odpowiedzi Odwołującego na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących jednej z referencji, a także niezależnych informacji pozyskanych od Zamawiającego Gminy Skawina, będącej inwestorem w inwestycji, z którą związana była referencja. Zamawiający zarzucił Odwołującemu wprowadzenie go w błąd poprzez wskazanie, że firma Caldoris Polska Sp. z o.o. była zamawiającym w zadaniu pn. *Zaprojektowanie i wykonanie systemu zarządzania energią elektryczną, ciepłą oraz systemem fotowoltaicznym dla zadania: "Instalacja systemów energii odnawialnej w Gminach: Niepołomice, Wieliczka, Skawina oraz Miechów na budynkach użyteczności publicznej oraz domach prywatnych – Zadanie nr 2*, gdyż zamawiającym była Gmina Skawina. Taki sam zarzut pojawił się w odniesieniu do wskazania Caldoris Polska Sp. z o.o. jako zamawiającego w referencjach.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący podniósł, że nie ulega wątpliwości, iż spółka Caldoris Polska była podwykonawcą Odwołującego Energia Polska S.A. w ramach realizacji zadania na rzecz Gminy Skawina. Omyłkowo wystawiono referencje mylące zamawiającego – spółkę Energia Polska S.A. jako podmiot zlecający realizację podwykonawcy z Caldoris Polska sp. z o.o. (faktycznie podwykonawcą). Treść referencji powinna być odwrotna – Energia Polska S.A. powinna była wystawić referencje na rzecz

spółki Caldoris Polska S.A. Dla tych spółek i w tej relacji podmiotowej zamawiającym faktycznie była spółka Energia Polska SA, a wykonawcą Caldoris Polska. Podwykonawca nie ma bezpośredniej relacji z zamawiającym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a zatem prawidłowym jest nazwanie wystawcy referencji "zamawiającym", bowiem wystawca referencji zamawia wykonanie robót budowlanych na jego rzecz od podwykonawcy. W treści wykazu robót budowlanych nie przedstawia się danych o inwestorze, ale o podmiotach na rzecz których wykonywane były roboty budowlane. We wzorze wykazu Zamawiający miejsce, gdzie należy wpisać dane tych podmiotów, nazwał: "nazwa i adres Zamawiającego", jednakże dla podwykonawcy zamawiającym, a także podmiotem na rzecz którego wykonywane były roboty, finalnie zaś również podmiotem wystawiającym referencje, był wykonawca Energia Polska S.A. wybrany w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Skawina.

Odwolujący wskazał, że proces wystawiania referencji po zakończonych realizacjach wygląda tak, że zazwyczaj referencje wystawiane są na drukach poprzednio wystawianych referencji. Również tak samo wyglądało wystawienie referencji w ramach realizacji prac przez spółkę Caldoris w inwestycji w Gminie Skawina. Z uwagi na fakt, że niejednokrotnie Odwołujący współpracuje z tą spółką, przyjęto za wzór jedne z wcześniej wystawionych referencji, w których podmiotem zlecającym była Caldoris Polska Sp. z o.o. Do tak ustalonej treści referencji z odwróconymi podmiotami zamawiający-wykonawca, wstawiono prawidłowe dane odnośnie realizacji zamówienia. Podano prawidłowo nazwę inwestycji oraz kwotę, na którą wykonano realizację, a także zakres realizacji. Ten techniczny błąd pociągnął za sobą błędy w dalszej części dokumentacji, polegający na wpisaniu Caldoris Polska sp. z o.o. jako podmiotu na rzecz którego Energia Polska S.A. wykonywała roboty budowlane, a nie odwrotnie. Osoba przygotowująca treść oferty pobiera referencje z katalogu referencji posiadanych przez spółkę, nie weryfikując sposobu jej wystawienia. Dana referencja jest następnie wykorzystywana do składania kolejnych ofert w postępowaniach przetargowych, o ile jej zakres przedmiotowy oraz kwotowy jest zgodny ze stawianymi wymaganiami. Jest to praktyka powszechna w spółkach, w których składa się nawet kilka ofert dziennie.

Z danych zawartych w kwestionowanej przez Zamawiającego referencji nie sposób było wnioskować wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż niemożliwe byłoby, aby zamawiającym był podmiot prawa niebędący jednostką publiczną. To powoduje, że zarzut wprowadzania Zamawiającego w błąd przez Odwołującego zdaje się być nieracjonalny i pozbawiony uzasadnienia. Nie ma i nie było możliwości, by Caldoris Polska Sp. z o.o. była inwestorem takiej inwestycji. Przy braku wystąpienia omyłki we wpisywaniu podmiotu wystawiającego referencje, podmiotem nazwanym w nich „zamawiającym” byłaby Energia Polska SA – a nie Gmina Skawina.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że wprowadzenie w błąd polegało na wskazaniu w referencji, że prace objęte referencją były wykonane należycie, Odwołujący podniósł, że referencja była wystawiana na rzecz podwykonawcy spółki Energia Polska S.A. i to jego praca była objęta oceną na wydanej referencji. Do pracy tej nie było zastrzeżeń ze strony Energia Polska SA, tak samo jednak, jak nie było zastrzeżeń do pracy spółki Energia Polska S.A. W dniu 10 stycznia 2017 r. Gmina Skawina wystawiła bowiem referencje na rzecz Energii Polska SA, w których wskazała wykonanie prac zgodnie ze sztuką budowlaną. Na referencji nie znalazły się żadne informacje, z których wynikałoby niezadowolenie Zamawiającego z realizacji zadania. Nawet naliczenie kar umownych za nieterminowe wykonanie inwestycji nie musi oznaczać nienależytego wykonania inwestycji, sposób wykonania i finalne skuteczne wykonanie inwestycji należy bowiem do oceny Zamawiającego. Wystawiając referencje Gmina potwierdziła prawidłowość realizacji, nie wskazując zastrzeżeń do pracy Odwołującego. Bez wątpienia jednak nie było wprowadzaniem w błąd poświadczenie (przez Energia Polska S.A. na rzecz Caldoris Polska Sp. z o.o.), że roboty wykonane przez tę spółkę były wykonywane należycie.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający podał, że został wprowadzony w błąd w związku z faktem, że Energia Polska S.A. nie zgłosiła spółki Caldoris jako podwykonawcy w Gminie Skawina. Zdaniem Odwołującego jest to okoliczność irrelevantna dla podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania. Niezgłoszenie podwykonawcy do wykonania pewnych elementów zamówienia nie stanowi o tym, że dany podmiot nie jest podwykonawcą, jest to jedynie podstawa do zaniechania rozliczeń Zamawiającego z takim podwykonawcą. Przyczyny, dla których nie doszło do zgłoszenia spółki Caldoris jako podwykonawcy, również nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Mając na względzie dokumentację dotyczącą współpracy Odwołującego z tą spółką nie ulega wątpliwości, że Caldoris Polska Sp. z o.o. była podwykonawcą na wskazanej w referencjach inwestycji. Z przyczyn zaistniałych podczas realizacji Energia Polska S.A. została postawiona w sytuacji, w której nie było możliwości samodzielnej realizacji zamówienia na rzecz Gminy Skawina i niezbędne było posłużenie się podwykonawcą.

Odwolujący podniósł, że nie wprowadził on w błąd Zamawiającego ani przez rażące niedbalstwo, ani w sposób zamierzony i celowy. Omyłkowe odwrotne ustalenie stron załączonych referencji wywołało dalsze konsekwencje w postępowaniu, jednakże w żadnej mierze tych konsekwencji nie można utożsamiać z wprowadzaniem Zamawiającego w błąd. Zamawiający swoją decyzję oparł na domysłach, kwestionując udział spółki Caldoris jako podwykonawcy w zadaniu wskazanym w referencjach. To kwestionowanie pokazuje natomiast, że Zamawiający badał udział Caldoris Polska Sp. z o.o. jako podwykonawcy w tamtym postępowaniu.

Odwolujący podniósł, że nie miał żadnych podstaw faktycznych by wprowadzać Zamawiającego w błąd, nie było bowiem problemu, by potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu innymi referencjami. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu taką możliwość poprzez przedstawienie kolejnych referencji i drugi wykaz wykonanych robót budowlanych, z których jednoznacznie wynikało spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Działanie Odwołującego można było potraktować co najwyżej jako przedstawienie dokumentów niepotwierdzających spełniania warunku doświadczenia, konsekwencją czego winno być wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, czego Zamawiający wbrew obowiązкови wynikającemu z tego przepisu zaniechał. Wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji gdy ze złożonych dokumentów nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jest działaniem obligatoryjnym. Odwołujący składając wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego postanowił przedstawić dokumenty, które jednoznacznie potwierdzą spełnienie warunku doświadczenia, nie pochyłając się na wyjaśnieniu omyłkowo wystawionych referencji. Takie działanie – zdaniem Odwołującego – było prawidłowe i nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz kontynuowanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 27 stycznia 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w punkcie V.1.c SIWZ Zamawiający postanowił, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia spełni wykonawca który:

- Udokumentuje wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie minimum trzech robót budowlanych polegających na wykonaniu termomodernizacji budynku obejmującej wykonanie ocieplenia ścian i stropów, wymianę stolarki, wymianę lub modernizację instalacji centralnego ogrzewania w tym minimum jedna robota obejmująca termomodernizację budynku (w zakresie opisanym powyżej) oraz wymianę oświetlenia wewnętrznego i montaż instalacji fotowoltaicznej o wartości robót nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto każda;
- Udokumentuje wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie minimum trzech robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji fotowoltaicznej o mocy min. 40 kW oraz wartości nie mniejszej niż 350 000,00 zł brutto każda oraz o łącznej wartości min. 1 050 000,00 zł brutto,
- Udokumentuje wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie minimum jednej roboty budowlanej wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” Systemu Zarządzania Energią obejmującego monitoring kluczowych elementów systemu grzewczego, instalacji elektrycznej oraz układu fotowoltaicznego o wartości minimum 100 000,00 brutto.

Zgodnie z punktem VI.5.b ppkt c SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żądał złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych zrealizowanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, potwierdzający wykonanie robót budowlanych określonych w Rozdziale V ust. 1 lit. c SIWZ z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, podmiotów na rzecz których zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Odwołujący złożył wykaz wykonanych robót budowlanych obejmujący 8 robót. W poz.

8 wykazu, na potwierdzenie warunku dotyczącego wykonania minimum jednej roboty budowlanej wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” Systemu Zarządzania Energią obejmującego monitoring kluczowych elementów systemu grzewczego, instalacji elektrycznej oraz układu fotowoltaicznego o wartości minimum 100 000,00 brutto, podał zadanie pn. „Instalacja systemów energii odnawialnej w Gminach: Niepołomice, Wieliczka, Skawina oraz Miechów ów na budynkach użyteczności publicznej oraz domach prywatnych.

Zadanie nr 2 Zwiększenie efektywności energetycznej Zespołu Szkół Publicznych w Radziszowie w zakresie modernizacji kotłowni, instalacji pompy ciepła, montażu instalacji fotowoltaicznej, budowy wentylacji nawiewno-wywiewnej w segmencie sportowym oraz instalacji i wdrożenia systemu monitoringu i zarządzania zużyciem energii z usługą eksploatacji”. Wartości zadania została określona na 100.44000 zł brutto, a data wykonania

– 24.052016 r.-04.112016 r. W kolumnie „Nazwa i adres Zamawiającego” Odwołujący wpisał

„Caldoris Polska Sp. z o.o., Al. Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała”. Do wykazu Odwołujący załączył referencje z 14 grudnia 2016 r., wystawione przez Caldoris Polska Sp. z o.o. W treści referencji spółka Caldoris potwierdziła, że wykonawca Energia Polska S.A. zrealizował opisane wyżej zadanie, określił jego zakres oraz podał, że: *współpraca z firmą Energia Polska S.A. przebiegała w sposób profesjonalny, a zespół realizujący zlecenie wykazał się dużym zaangażowaniem i doświadczeniem. Całość prac została wykonana z należytą starannością zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. W związku z czym rekomendujemy Energię Polska S.A. jako godnego zaufania partnera.*

Pismem z 7 marca 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Gminy Skawina o udzielenie informacji, czy Energia Polska S.A. wykonała roboty w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo je ukończyła. Ponadto Zamawiający poprosił o informacje, czy w zadaniu tym wykonywane były prace polegające na wykonaniu roboty budowlanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” Systemu Zarządzania Energią obejmującego monitoring kluczowych elementów systemu grzewczego, instalacji elektrycznej oraz układu fotowoltaicznego o wartości minimum 100.000,00 zł brutto oraz czy firma Energia Polska

S.A. miała zgłoszonego podwykonawcę firmę Caldoris Polska Sp. z o.o. Jeżeli taka sytuacja miała miejsce to proszę o wskazanie wartości robót wykonywanych przez ww. podwykonawcę. W odpowiedzi Gmina Skawina poinformowała, że zadanie zostało wykonane przez wykonawcę Energia Polska S.A., zakończenie zadania nastąpiło z opóźnieniem 35 dni, w związku z czym naliczono wykonawcy karę umowną. Burmistrz Skawiny potwierdził zakres robót i ich wartość oraz poinformował, że Energia Polska S.A. nie zgłosiła do realizacji zadania podwykonawcy Caldoris Polska Sp. z o.o.

Pismem z 7 marca 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących poz. 8 wykazu i dotyczących jej referencji, wskazując, że z informacji uzyskanych ze strony internetowej Gminy Skawina wynika, że Caldoris Polska Sp. z o.o. nie złożyła oferty w postępowaniu na to zadanie, a Zamawiającym była Gmina Skawina, a nie Caldoris Polska Sp. z o.o. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że: *omyłkowo zostały pomyłone nazwy podmiotów (dotyczących inwestycji w Skawinie). To Caldoris Polska Sp. z o.o. była podwykonawcą Energia Polska S.A., i to na ich zasoby chcieliśmy się powołać. Niemniej jednak podwykonawca Caldoris Polska Sp. z o.o. z nieprzewidzianych*

przyczyn wycofał się ze współpracy. W związku z powyższym Odwołujący poinformował, że warunek udziału w postępowaniu spełnia polegając na zasobach podmiotu ML System S.A. i przedstawił w załączeniu zobowiązanie tego podmiotu, nowy wykaz robót budowlanych z referencją dotyczącą zadania, na które się powołał oraz inne dokumenty dotyczące tego podmiotu.

W dniu 24 marca 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej czynności Zamawiający podał, że na podstawie analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę oraz informacji niezależnie uzyskanych przez Zamawiającego od Gminy Skawina ustalił, że:

- wbrew oświadczeniom wykonawcy to nie firma Caldoris Polska Sp. z o.o. była zamawiającym w zadaniu wskazanym w poz. 8 wykazu robót, zamawiającym była Gmina Skawina,
- wbrew oświadczeniom wynikającym z referencji zakończenie zadania nastąpiło z opóźnieniem 35 i skutkowało naliczeniem kary umownej,
- wbrew oświadczeniom wynikającym z referencji to nie firma Caldoris Polska Sp. z o.o. była zamawiającym w tym zadaniu,
- Energia Polska S.A. nie zgłosiła do realizacji przedmiotowego zadania podwykonawcy Caldoris Polska Sp. z o.o.,
- wykonawcą bezpośrednim realizującym zadanie na rzecz Gminy Skawina była Energia Polska S.A.

Zamawiający stwierdził, że są to okoliczności, o których wykonawca powinien mieć wiedzę i że ich pominięcie w wyjaśnieniach nie mogło być omyłkowe. Wskazał, że wykonawca ogranicza wyjaśnienia do tego, że podwykonawca Caldoris Polska Sp. z o.o. z nieprzewidzianych przyczyn wycofał się ze współpracy, co dodatkowo wzmacnia wątpliwości w zakresie rzeczywistego charakteru informacji potwierdzonych w referencji i wykorzystanych w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Odwołujący przedstawił na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia informacje, co do których nie ma

wątpliwości, że są niezgodne ze stanem rzeczywistym. Po pierwsze wykonawca złożył oświadczenie (poz. 8 wykazu robót), że zrealizował zadanie o zakresie i wartości wymaganych przez Zamawiającego. Ponadto – przedstawił dokument, w którym spółka Caldoris stwierdza, że Odwołujący taką robotę na jej rzecz wykonał i że zrobił to należycie. W świetle ustaleń Zamawiającego oraz udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień nie ma jednak żadnych wątpliwości, że takie zadanie nigdy nie zostało przez Odwołującego na rzecz spółki Caldoris wykonane, informacje przedstawione w ofercie są więc w sposób oczywisty niezgodne ze stanem faktycznym. Jednocześnie treść tych informacji jest taka, że ich odbiorca mógłby dojść do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, wskazane przez Odwołującego zadanie odpowiada bowiem co do zakresu i wartości sformułowanym przez Zamawiającego wymaganiom. Wobec powyższego należy stwierdzić, że są to informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, czego nie zmienia fakt, że Zamawiający w wyniku przeprowadzonej przez siebie weryfikacji ustalił niezgodność tych informacji ze stanem faktycznym. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie może być rozumiane w ten sposób, że Zamawiający nie dostrzegł nieprawdziwości przedstawionych mu informacji i pozostał niezmiennie w błędnym przekonaniu co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyby bowiem tak było, Zamawiający nie miałby możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Zatem do przyjęcia, że Zamawiający został wprowadzony w błąd wystarczy, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony.

Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, gdyż byłoby niemożliwe, aby zamawiającym w przedmiotowym zadaniu był podmiot prawa niebędący jednostką publiczną. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że „zamawiający”, którego należało wskazać w wykazie robót, to niekoniecznie zamawiający w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, ale odbiorca robót, podmiot na zlecenie którego wykonawca roboty wykonał – co zresztą sam Odwołujący podkreślał w treści odwołania. Zatem fakt figurowania w rubryce „zamawiający” podmiotu niepublicznego w żadnej mierze nie świadczy o niemożliwości wprowadzenia w błąd.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że nie miał podstaw faktycznych by wprowadzać Zamawiającego w błąd, nie było bowiem problemu, by potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu innymi referencjami. Odnosząc się do tego stanowiska należy wskazać, że Zamawiający – podejmując decyzję w przedmiocie zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – nie ma obowiązku dociekania, czy wykonawca legitymuje się innym doświadczeniem, niż pierwotnie wskazane, czy też jest to jego jedyne doświadczenie i nie ma możliwości potwierdzenia spełniania warunku udziału

w postępowaniu w inny sposób. Dodatkowo teza o braku problemów w przedstawieniu innej roboty na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia jest jedynie niezweryfikowaną na dzień orzekania deklaracją Odwołującego – nowy wykaz i referencje nie zostały ocenione pod kątem z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Izby, mimo braku konkretnych dowodów, istnieją podstawy do oceny, że przedstawienie informacji, których dotyczy spór było wynikiem zamierzonego działania wykonawcy. W przeciwnym razie należałoby założyć, że osoby podpisujące referencje w imieniu spółki Caldoris, podpisały ten dokument nie wiedząc, że to ta spółka, a nie Odwołujący, wykonała roboty, których należyte wykonanie stwierdzały. Co więcej, należałoby przyjąć, że pełnomocnik Odwołującego podpisujący wykaz usług nie wiedział, kto był zlecającym, a kto realizował roboty, które objął swoim oświadczeniem, ewentualnie – że osoby składające oświadczenia podpisały ich treść bez zapoznania się z nią. Oceniając sytuację racjonalnie, takie założenia są trudne do przyjęcia. Z całą pewnością jednak przedłożenie Zamawiającemu przedmiotowych informacji było co najmniej rażącym niedbalstwem wykonawcy, nie można bowiem inaczej ocenić sytuacji, w której osoby działające w imieniu dwóch spółek (Odwołującego i Caldoris) podpisują w ich imieniu oświadczenia bez ich jakiegokolwiek weryfikacji, a wręcz wbrew podstawowej wiedzy, którą powinny posiadać reprezentując spółkę – bo tylko w taki sposób, jeśli nie celowo, mogły powstać dokumenty zawierające tak oczywistą niezgodność ze stanem faktycznym. Należy to uznać co najmniej za kwalifikowaną postać niedbalstwa, znacznie dalej idącą niż zwykły brak staranności, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że Odwołujący działa jako profesjonalista, obowiązujący go więc standardy właściwe dla profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności. Ocena zachowania wykonawcy musi zatem uwzględniać podwyższone wymagania dotyczące staranności, dokładności, przewidywania konsekwencji faktycznych i prawnych swych działań. Biorąc to pod uwagę, nawet najłagodniejsza ocena działań Odwołującego prowadzi do wniosku, że nie zachował on elementarnych zasad prawidłowego działania profesjonalisty.

Nie sposób przyjąć tłumaczeń Odwołującego, dotyczących sposobu wystawiania referencji i przygotowywania dokumentacji przetargowej, mających usprawiedliwić przedstawienie informacji objętych sporem. Odwołujący wskazał,

że referencje są wystawiane na drukach poprzednio wystawianych poświadczeń, a że wykonawca często współpracuje ze spółką Caldoris, przyjęto za wzór wcześniejsze referencje, z odwróconymi podmiotami zamawiający-wykonawca. Odwołujący powołał się podczas rozprawy na okoliczność, że bierze udział w licznych postępowaniach przetargowych, w związku z czym na początkowym etapie weryfikacji podlegają dokumenty niepodlegające uzupełnieniu, a pozostałe – dopiero w sytuacji wezwania do uzupełnienia. Wyjaśnienia takie w żadnej mierze nie usprawiedliwiają składania oświadczeń o wykonaniu zadania, które w rzeczywistości wykonane nie zostało, Odwołujący bowiem nigdy nie wykonał na rzecz spółki Caldoris robót wskazanych w poz. 8 wykazu. Dodatkowo zauważyć należy, że oferta została złożona 21 lutego 2017 r., referencje natomiast zostały wystawione z datą 14 grudnia 2016 r., nie sposób więc tłumaczyć działań wykonawcy pośpiechem, czas pomiędzy wystawienie referencji a złożeniem oferty był wystarczający, aby dostrzec błąd w referencjach – o ile faktycznie był to błąd, a nie zamierzone działanie w celu wywołania u Zamawiającego przekonania, że spełnianie warunku udziału w postępowaniu zostało wykazane.

Biorąc powyższe pod uwagę, zaistniały przesłanki wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ze względu na fakt, że wbrew przedstawionym informacjom spółka Caldoris nie była podmiotem zlecającym wykonanie robót wskazanych w poz. 8 wykazu, a roboty te nie były zrealizowane przez Odwołującego na jej rzecz. Odwołujący przedstawił więc nieprawdziwe informacje co do samego faktu wykonania robót, a dodatkowo potwierdzające należyte wykonanie robót, których nie było. W tej sytuacji bez znaczenia są okoliczności podniesione w uzasadnieniu czynności wykluczenia, a dotyczące kwestii dopuszczenia spółki Caldoris jako podwykonawcy w realizacji zadania na rzecz Gminy Skawina, opóźnień w realizacji tego zadania i naliczenia kar umownych, gdyż zadanie, które w rzeczywistości zostało wykonane (przez Caldoris jako podwykonawcę Odwołującego) nie zostało Zamawiającemu przedstawione, jak również spółka Caldoris nigdy nie została wskazana, jako podmiot, na doświadczenie którego Odwołujący się powołuje. Informacje o tym, że w rzeczywistości wykonawca miał zamiar przedstawić na potwierdzenie spełniania warunku zadanie wykonane przez Caldoris (jako podwykonawcę) na rzecz Odwołującego (jako wykonawcy), z powołaniem się na doświadczenie Caldoris na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, zostały zaprezentowane dopiero po dostrzeżeniu przez Zamawiającego, że robota z poz. 8 wykazu nie została w takiej relacji podmiotowej, jak to przedstawił Odwołujący, wykonana. W związku z tym odnoszenie się przez Zamawiającego do zadania, które faktycznie było wykonane, a które nie wynikało ze złożonych dokumentów, jest zbędne, podobnie jak zbędne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy są złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody na potwierdzenie, że spółka Caldoris była podwykonawcą Odwołującego.

Na marginesie warto zwrócić uwagę na to, czym Odwołujący tłumaczył rzekomy zamiar polegania na zasobach spółki Caldoris w zakresie zadania, w którym on sam był wykonawcą. Odwołujący wyjaśnił w tym zakresie, że sam nie mógł legitymować się wykonaniem tego zadania, gdyż nie miało ono wymaganej przez Zamawiającego wartości. Jak się okazało w toku rozprawy, wynagrodzenie uzyskane przez Odwołującego od Gminy Skawina z tytułu realizacji robót było prawie 4-krotnie niższe, niż wynagrodzenie za realizację tychże robót, zapłacone przez Odwołującego swojemu podwykonawcy – spółce Caldoris, co wywołuje dodatkowe wątpliwości i mogło być powodem nieujawnienia Zamawiającemu rzetelnych informacji na temat robót w Zespole Szkół Publicznych w Radziszowie, w celu uniknięcia ich zakwestionowania przez Zamawiającego lub przez innych wykonawców.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:.....