

**WYROK**  
**z dnia 17 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Magdalena Grabarczyk**  
                                  **Emilia Garbala**  
                                  **Emil Kawa**

**Protokolant:**       **Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2018 r. przez wykonawcę IDS-BUD S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. w Lubinie, Rafako S.A. w Raciborzu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. w Warszawie, DENYS NV w Wondelgem (Belgia), JT S.A. w Warszawie, ZRUG S.A. w Poznaniu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża IDS-BUD S.A. w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez IDS-BUD S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od IDS-BUD S.A. w Warszawie na rzecz Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa gazociągu DN1000 MOP 8,4 MPa Pogórska Wola - Tworzeń wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 grudnia 2017 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 22 czerwca 2018 r. informacji o wyniku postępowania wykonawca IDS-BUD S.A. w Warszawie wniósł odwołanie 2 lipca 2018 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 Pzp polegające na tym, że zamawiający nie wykluczył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. w Lubinie, Rafako S.A. w Raciborzu (wykonawca) z postępowania i nie odrzucił ich oferty, pomimo tego, że wykonawca wprowadził go w błąd odnośnie do tego, że dysponuje doświadczeniem w zakresie zrealizowania zamówienia polegającego na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o następujących parametrach spełnionych łącznie: a) o długości co najmniej 15 km, b) o ciśnieniu co najmniej MOP 6,3 MPa, c) o średnicy co najmniej DN 700, d) z rur stalowych w gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 (lub EN10208-2) lub X70 zgodnie z wymaganiami normy API5L, e) którego część liniowa była spawana w sposób zmechanizowany, podczas gdy podmiot udostępniający wykonawcy stosowne zasoby w tym zakresie, Prywatna Spółka Akcyjna PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA z siedzibą w Kijowie, Ukraina nie zrealizował przedsięwzięcia inwestycyjnego objętego okazaną zamawiającemu referencją w zakresie parametru a), b), i d) i e) a zamawiający mógł tę okoliczność ustalić przy pomocy ogólnodostępnych źródeł informacji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 Pzp polegające na tym, że zamawiający nie wykluczył wykonawcy z postępowania i nie odrzucił jego oferty, pomimo tego, że wykonawca wprowadził go w błąd odnośnie do tego, że dysponuje wymaganym w SIWZ potencjałem w zakresie, podczas gdy wskazane przez wykonawcę w ofercie dźwigi Performer 700 nie posiadają zdolności podnoszenia wynoszącej 75 ton, lecz zgodnie ze stanowiskiem ich producenta maksymalna zdolność ich podnoszenia wynosi 70 ton;

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp i art. 22a ust. 6 Pzp polegające na tym, że zamawiający nie wykluczył wykonawcy z postępowania i nie odrzucił jego oferty, pomimo tego, że wykonawca w ramach składania wyjaśnień do przedstawionej przez siebie oferty dokonał zmiany jej treści, tj. w miejsce opierania się przez wykonawcę na zadeklarowanym w ofercie potencjale własnym w zakresie wymaganego potencjału opisanego w rozdziale IX pkt 7 ppkt 2 SIWZ, wykonawca, w ramach pisma z dnia 28 maja 2018 r. dokonał wprowadzenia potencjału podmiotu trzeciego, nie ujętego w ofercie;
4. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp i art. 22a ust. 6 Pzp polegające na tym, że zamawiający nie wykluczył wykonawcy z postępowania i nie odrzucił jego oferty, pomimo tego, że wykonawca w ramach składania wyjaśnień do przedstawionej przez siebie oferty dokonał zmiany jej treści, polegającej na rozszerzeniu zakresu robót, które miały być pierwotnie realizowane przez podwykonawcę Prywatna Spółka Akcyjna PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA w Kijowie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę;
- b) przeprowadzenia przez zamawiającego powtórnego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- c) wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy;
- d) wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w uzasadnieniu oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. w Lubinie, Rafako S.A. w Raciborzu zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. w Warszawie, DENYS NV w Wondelgem (Belgia), JT S.A. w Warszawie, ZRUG S.A. w Poznaniu zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Przystępujący wnieśli odpowiednio o oddalenie i o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. w Lubinie, Rafako S.A. w Raciborzu, dalej jako: przystępujący, podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. w Warszawie, DENYS NV w Wondelgem (Belgia), JT S.A. w Warszawie, ZRUG S.A. w Poznaniu prawidłowo powiadomieni o terminie posiedzenia, nie stawili się.

Pismem z 16 lipca 2018 r. odwołujący wniósł o otwarcie na nowo rozprawy. Powołał się na fakt, że przekazał otrzymany w czasie rozprawy w charakterze dowodu protokół WPS do Georgian Oil and Gas Corporation i otrzymał stanowisko tego podmiotu, że dokument ten nie jest autentyczny i że nie był używany w czasie realizacji projektu. Oświadczenie złożone w korespondencji mailowej zostało podpisane przez Z. A. i Dyrektora do spraw technicznych.

Izba odmówiła otwarcia na nowo rozprawy zamkniętej 12 lipca 2018 r. Art. 191 ust. 3 Pzp zawiera regulację szczególną w stosunku do art. 191 ust. 1 Pzp i stanowi, że Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Izba uznała, że sam fakt złożenia uzyskania przez stronę oświadczenia przeczącego autentyczności jednego z dowodów złożonych na rozprawie, tj. dokumentu wchodzącego w skład dokumentacji projektowej, bez wskazania, na czym ów brak autentyczności ma polegać, nie jest okolicznością uzasadniającą ponowne otwarcie rozprawy. Skoro w oświadczeniu stwierdzono, że dokument ten nie był wykorzystywany w czasie budowy, uprawnione jest oczekiwanie składu orzekającego, że jednocześnie złożony zostanie inny dokument z dokumentacji projektowej, z którego wynikałoby, jaka stal została użyta w czasie budowy gazociągu i w jaki sposób spawano odcinek liniowy gazociągu. Nie zostały też wykazane przez odwołującego upoważnienie osoby, która złożyła oświadczenie przeczące autentyczności dokumentu, do reprezentacji Georgian Oil and Gas Corporation, ani też źródło wiedzy tej osoby na temat okoliczności związanych z realizacją spornej inwestycji oraz podstawy kwestionowania autentyczności dokumentu.

Odmawiając ponownego otwarcia rozprawy Izba zważyła również, że protokół WPS był jednym z dowodów złożonych przez przystępującego w czasie rozprawy i nawet w razie jego pominięcia w materiale dowodowym (ku czemu brak jest dostatecznych podstaw) jest możliwe wydanie rozstrzygnięcia na podstawie pozostałych dowodów zgromadzonych w aktach sprawy.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jego oferta została oceniona jako druga w kolejności po uznanej za najkorzystniejszą ofercie przystępującego. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy z zamawiającym.

Najbardziej eksponowane w czasie rozprawy zarzuty odwołania zasadzają się na stanowisku odwołującego, że potwierdzenie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przyniesie skutek w postaci wykluczenia przystępującego z postępowania bez możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Jest to o tyle istotne, że pismem z 21 maja 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie powołanego przepisu m.in. w związku z dokumentami

dotyczącymi braku podstaw do wykluczenia Prywatnej Spółki Akcyjnej PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA w Kijowie oraz zakresem podwykonawstwa tego podmiotu. W odpowiedzi z 28 maja 2018 r. przystępujący powołał inny podmiot ZRUG S.A. w Poznaniu. Wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego nastąpiło dzięki zasobom tego podmiotu.

Odwołanie rozpoznane w granicach podniesionych w nim zarzutów okazało się niezasadne.

Izba kolejno odniosła się do zarzutów odwołania zachowując systematykę przyjętą przez odwołującego.

Ad. 1. W rozdziale IX pkt 7 ppkt 1 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował doświadczeniem w zakresie zrealizowania zamówienia polegającego na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o następujących parametrach spełnionych łącznie:

- a) o długości co najmniej 15 km,
- b) o ciśnieniu co najmniej MOP 6,3 MPa, c) o średnicy co najmniej DN 700,
- d) z rur stalowych w gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 (lub EN10208-2) lub X70 zgodnie z wymaganiami normy API5L,
- e) którego część liniowa była spawana w sposób zmechanizowany.

Zamawiający ocenił najwyżej ofertę przystępującego i działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał go do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia.

W odpowiedzi przystępujący w zakresie opisanego wymagania powołał się zgodnie z art. 22a ust. 1 Pzp na doświadczenie Prywatnej Spółki Akcyjnej PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA w Kijowie wynikające z budowy gazociągu magistralnego Kutasi-Abasza DN 700 o długości odcinka 47 km. Został złożony wykaz oraz dokument referencyjny wydany przez Georgian Oil and Gas Corporation Spółka Akcyjna z 28 listopada 2013 r., gdzie stwierdza się, że Prywatna Spółka Akcyjna PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA w ramach spółki joint venture zawartej ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością „Sakilsadenmsheni” zrealizowała w okresie od października 2012 r. do listopada 2013 r. prace na obiekcie „budowa gazociągu magistralnego Kutasi-Abasza DN 700 o długości odcinka 47 km”, ciśnieniu normatywnym 75 atmosfer, wykonanego ze stali o klasie wytrzymałości X70. Drugim dokumentem są referencje z 9 grudnia 2013 r. Oba dokumenty podpisał Pan O. S..

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem rozpoznanie odwołania co do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp sprowadzało się do dwóch kwestii. Po pierwsze, czy robota budowlana spełniała

wymagania zamawiającego opisane w warunku udziału w postępowaniu, po drugie, czy przystępujący powołując się na tę robotę przez niedochowanie należytej staranności wprowadził w błąd zamawiającego. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp stanowią bowiem, że zamawiający wyklucza z postępowania 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 (pkt 16) lub wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

Odnosząc się do zarzutów odwołującego w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że referencja jest dokumentem, który zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), dalej jako: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”, potwierdza należyte wykonanie robót budowlanych, w szczególności ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie. W konsekwencji wadliwość tego dokumentów niesłaby skutek braku potwierdzenia prawidłowego wykonania roboty budowlanej. Zarzut taki nie został jednak postawiony, gdyż odwołujący zarzuca nie brak potwierdzenia wykonania roboty budowlanej, ale to że dana robota jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, czego skutkiem jest wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Kolejno nie można tracić z pola widzenia, że kwestię autentyczności dokumentów należy odróżnić, od tego czy robota referencyjna, której dany dokument dotyczy spełnia wymagania zamawiającego. Twierdzenie odwołującego, że referencja nie jest autentyczna, gdyż została podpisana przez osobę, która nie była upoważniona do reprezentacji Georgian Oil and Gas Corporation, nie jest równoznaczne z tym, że okoliczności faktyczne wynikające z treści danego dokumentu są niezgodne z rzeczywistością. Rozpoznanie istoty zarzutu wymaga zatem nie tyle stwierdzenia, czy Pan O. S. był uprawniony do podpisania w imieniu Georgian Oil and Gas Corporation referencji z 28 listopada i 9 grudnia 2013 r., ile ustalenia, czy gazociąg magistralny Kutasi-Abasza DN 700 o długości odcinka 47 km spełniał wymagania zamawiającego.

Przecząc temu odwołujący wskazywał w odwołaniu, że Prywatna Spółka Akcyjna PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA nie wybudowała gazociągu o długości co najmniej 15 km. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić.

Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie wynika, aby zakres wykonywanych robót wykonany przez tę spółkę był częściowy i dotyczył wykonywania jedynie przewiertów horyzontalnych HDD pod rzeką Rioni 650 m oraz przejścia pod linią kolejową i drogową o dł. 150 m. Treść dokumentów złożonych przez odwołującego nie wspiera takiego twierdzenia, a okoliczności przeciwne potwierdzają złożone przez przystępującego: umowa konsorcjum zawarta

22 października 2013 r. pomiędzy Prywatna Spółka Akcyjna PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA oraz Gruztruboprowodstroj (używający jak wynika z pozostałych dokumentów złożonych do akt sprawy zamiennie firmy Sakilsademnsheni) i referencja wystawiona przez Sakilsademnsheni 10 lipca 2018 r. Z dokumentów tych wynika szeroki zakres prac partnera ukraińskiego, który jak stanowi pkt 2.2 umowy konsorcjum był wykonawcą rurociągu, podczas gdy partner gruziński, jako generalny wykonawca, zobowiązany był do zapłaty za faktycznie wykonane roboty (pkt 2.4.), miał prawo do okresowego przekazywania wykonawcy dodatkowych instrukcji i dokumentacji projektowej (pkt 3.2) oraz potwierdzenia możliwości skorzystania z podwykonawcy, przy – co wymaga podkreślenia - braku zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności wobec generalnego wykonawcy za prawidłowe wykonanie robót i zachowania staranności (pkt. 5.1)

W związku z tym całkowicie niezasadnie wywodzi odwołujący o ograniczonym zakresie prac wykonanych przez Prywatną Spółkę Akcyjną Pii SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA. Dostrzec też należy ponownie, że referencje są dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie i prawidłowe ukończenie robót budowlanych, które wykonawca powinien wskazać w wykazie, stosownie do wymagania zawartego w § 2 ust. 4 pkt 1 *in initio* rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Żaden przepis prawa nie wymaga, aby dokument referencji specyfikował rodzajowo lub szczegółowo wymieniał wykonane roboty.

Nie można też pomijać, że zamówienie referencyjne - gazociąg magistralny Kutasi-Abasza DN 700 o długości odcinka 47 km - zostało wykonane w ramach konsorcjum. SIWZ nie zawiera wskazania, że w sytuacji powołania roboty budowlanej wykonanej przez konsorcjum zamawiający będzie badał, jakie prace w ramach konsorcjum wykonał dany podmiot, zatem ewentualne badanie w tym zakresie, czego zdaje domagać się odwołujący, pozbawione jest dostatecznych podstaw. Do podobnego przekonania Izba doszła w wyroku z 18 września 2017 r. sygn. akt KIO 1854/17, gdzie stwierdzono, że zamawiający, w celu uzyskania uprawnienia do takiego badania doświadczenia wykonawcy, musiałby określić warunki badania rzeczywistego udziału poszczególnych członków w dokumentach wszczynających postępowanie.

Zarzut, że referencyjny rurociąg nie spełnia wymagania ciśnienia co najmniej MOP 6,3 MPa Izba uznała za nieudowodniony. Dostrzeżono, że z dowodów złożonych przez odwołującego wynika wartość ciśnienia projektowego 54 bary (oświadczenia P. D. T.) lub 55 bary (tłumaczenie prezentacji, która zbiorczo odnosi się do kilku gazociągów). Tymczasem wymaganiem zamawiającego było maksymalne ciśnienie robocze (MOP), czyli zgodnie z definicją zawartą w § 2 pkt 12 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz.U. z 2013 r. poz. 640) - maksymalne ciśnienie, przy którym sieć gazowa może pracować w sposób ciągły przy braku zakłóceń w urządzeniach i przepływie gazu ziemnego. Maksymalne ciśnienie robocze to inny parametr niż ciśnienie robocze, zdefiniowane w § 2 pkt 12, czy ciśnienie projektowe, które to pojęcie używane jest w oświadczeniach dotyczących spornego gazociągu. W konsekwencji uznać należało, że dowód na brak spełnienia parametru opisanego w SIWZ nie został złożony przez



odwołującego. Podobnie od odwołującego należało oczekiwać co najmniej przekonującej i zrozumiałej argumentacji, przeczącej treści referencji z 10 lipca 2018 r., że przy wykonaniu próby wodnej budowanego gazociągu na ciśnienie 8,1 MPa (ciśnienie robocze 6,48 MPa) nie jest możliwe osiągnięcie wartości MOP 6,3 MPa. Ciężar dowodu spoczywał bowiem na odwołującym zgodnie z zasadą wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp.

Oświadczenia złożone przez odwołującego w charakterze dowodów Izba uznała za niewystarczające dla potwierdzenia zarzutu dotyczącego wykonania rurociągu ze stali X60, a nie wymaganego przez zamawiającego X70 zgodnie z wymaganiami normy API5L.

Zarówno przystępujący, jak i odwołujący popierają swoje twierdzenia oświadczeniami zamawiającego Georgian Oil and Gas Corporation, które w odniesieniu do gatunku stali przeczą sobie nawzajem. Z referencji z 28 listopada 2013 r. wynika, że była to stal X70, z korespondencji złożonej przez odwołującego, że była to stal X60.

Uznając wymagane za spełnione Izba uwzględniła treść Protokołu WPS. Kwestionowanie jego autentyczności oświadczeniem zawartym w korespondencji mailowej nie jest godne wiary. Izba uznała, że skuteczne zakwestionowanie autentyczności dokumentu wchodzącego w skład dokumentacji projektowej może nastąpić w sytuacji złożenia innego dokumentu wchodzącego w skład dokumentacji projektowej, która przecież powinna znajdować się u zamawiającego Georgian Oil and Gas Corporation, który przeczy obecnie autentyczności protokołu. W ocenie Izby moc dowodowa dokumentacji projektowej jest większa niż oświadczenie. Samo gołosłowne oświadczenie, o braku autentyczności protokołu WPS i niewykorzystaniu go w budowie Izba uznała za niewystarczające dla pozbawienia tego dokumentu wiarygodności i mocy dowodowej.

Izba uznała za niepotwierdzony zarzut, że część liniowa gazociągu nie była spawana w sposób automatyczny. Twierdzenie przeciwne wynika nie tylko z protokołu WPS, ale również z referencji z 10 lipca 2018 r. gdzie wymieniono stosowane metody spawania: ręczną, półautomatyczną i automatyczną. W okolicznościach sporu Izba uznała, że brak jest podstaw do kwestionowania wiarygodności referencji wystawionych dla Prywatnej Spółki Akcyjnej PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA przez współkonsorcjanta – partnera gruzińskiego. Jak było wskazane wcześniej Prywatna Spółka Akcyjna PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA była wykonawcą gazociągu odpowiedzialnym za jego prawidłowe wykonanie wobec swego partnera, który w tej sytuacji jest uprawniony do potwierdzenia wykonania prac. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie wskazuje kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy. Logiczne jest przyjęcie, że może być to podmiot, który był odbiorcą danych dostaw, usług lub robót budowlanych. W konsorcjum realizującym gazociąg Kutaisi-Abasha DN700 o długości odcinka 47 km pierwszym odbiorcą prac wykonanych przez Prywatną Spółkę Akcyjną PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA był jej gruziński partner, który w konsekwencji mógł ocenić wywiązanie się z przyjętego zobowiązania przez konsorcjanta.

Powyższe oceny są wystarczające dla uznania, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i

17 Pzp nie znalazł potwierdzenia. Zgromadzone w sprawie dowody złożone przez odwołującego są niewystarczające dla uznania, że zamawiający został wprowadzony w błąd, gdyż referencyjna robota budowlana jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego. Warunkiem niezbędnym potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest ustalenie, że dane informacje są niezgodne z rzeczywistością, tymczasem w okolicznościach sporu takie ustalenie nie nastąpiło.

Powołane przepisy znajdują zastosowanie w sytuacji, gdy podanie informacji dotyczących spełniania warunków udziału lub mających istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy zostało udowodnione bezpośrednio lub istnieją jednoznaczne, logiczne i racjonalne podstawy do takiego stwierdzenia. Mając na uwadze stan wynikający ze złożonych dowodów, którymi zasadniczo są oświadczenia przeczące sobie nawzajem, Izba uznała, że w okolicznościach sporu mogły istnieć wątpliwości, co do tego, czy warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Nie można również wykluczyć, że przy budowie gazociągu o długości 47 km, przebiegającego w zróżnicowanym terenie, którego wykonanie wymagało m. in. przewiertów pod rzeką, wykorzystywano stal o różnych właściwościach oraz różne techniki spawania. Na tę możliwość wskazuje referencja z 10 lipca 2018 r., która wymienia różne metody spawania: ręczną, automatyczną i półautomatyczną.

Uznając zarzut odwołania za niepotwierdzony Izba zważyła, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp nie może nastąpić na podstawie wątpliwości, gdyż przeczyłoby to zasadom wynikającym z art. 7 ust. 1 Pzp w szczególności przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wymaga również oceny, czy przystępującemu, który powołał się na zasoby Prywatnej Spółki Akcyjnej PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA można przypisać zamiar zamierzonego działania mającego na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego lub rażące niedbalstwo (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp), ewentualnie, czy przystępującego cechowała lekkomyślność lub niedbalstwo (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp). W tych samych kategoriach należało również ocenić zachowanie zamawiającego, gdyż Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia czynność lub zaniechanie zamawiającego (*arg.* z art. 180 Pzp). Należy zatem ocenić, czy przystępujący i zamawiający mieli podstawy do tego, by kwestionować prawdziwość danych wynikających z otrzymanych referencji.

Na oba te pytania należy odpowiedzieć przecząco.

Przede wszystkim brak jest podstaw do tego, aby uznać, że przystępujący działał z zamiarem wprowadzenia w błąd zamawiającego, gdyż nie sposób przypisać mu świadomości, że otrzymane referencje zawierały nieprawdziwe informacje.

Nie sposób przypisać również przystępującemu oraz zamawiającemu niedbalstwa. W wyroku SN z 10 marca 2004 r. IV CK 151/03 wskazano: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące

niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej".

Odwołujący podnosił przede wszystkim, że tak przystępujący, jak i zamawiający powinni w pierwszej kolejności sprawdzić, czy otrzymana referencja została wystawiona przez osobę uprawnioną do reprezentacji danego podmiotu. Należy jednak pamiętać, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umowy nie stanowią oświadczenia woli, lecz zawierają ocenę wykonania umowy zgodnie z przyjętym zobowiązaniem i często podsumowanie współpracy. Stanowią oświadczenie wiedzy wystawcy i to o charakterze ocennym. W konsekwencji przyjmuje się powszechnie, że takie oświadczenie nie musi być składane przez osobę uprawnioną do reprezentacji danego podmiotu i ujawnioną w dokumentach rejestrowych. Referencje może podpisać inna osoba w ramach swoich obowiązków lub posiadanego uprawnienia. Istniejąca praktyka wskazuje, że co do zasady podmioty czynne na rynku zamówień publicznych działają w zaufaniu do dokumentów referencji, w tym znaczeniu, że co do zasady przyjmuje się, że osoba podpisująca referencje działa w granicach posiadanego umocowania.

Do kwestionowania należytej staranności przystępującego i zamawiającego nie skłania powołana przez odwołującego publicznie dostępna prezentację, z której wynika ciśnienie projektowe 55 bar, w sytuacji gdy zamawiający wymagał MPO 6,3 MPa. W tej mierze pozostają aktualne wcześniejsze oceny Izby co do różnicy nomenklatury. Dodatkowo należy zauważyć, że wartość ciśnienia wskazana w prezentacji odnosi się zbiorczo do wszystkich gazociągów, nie zaś wyłącznie do gazociągu referencyjnego. Również odesłanie do stron internetowych, na których zamieszczono informacje o naruszeniach prawa przez pracowników zamawiającego w związku z przetargami, w których bierze udział Prywatna Spółka Akcyjna PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA same w sobie nie stanowią podstawy do kwestionowania prawidłowości zachowania przystępującego i zamawiającego, pozbawione są związku ze sporną inwestycją.

Należyta staranność przystępującego przy ocenie dokumentów otrzymanych od podmiotu ukraińskiego powinna być oceniana z uwzględnieniem, czy dany wykonawca wykorzystał dostępne mu środki. Z dokumentów złożonych przez przystępującego wynika, że oczekiwaną staranność zachował, gdyż dokonał weryfikacji otrzymanych dokumentów zarówno siłami własnymi przez własnych pracowników oraz korzystając z usług podmiotu profesjonalnie zajmującego się dostarczaniem takich informacji. Podjął również próbę skontaktowania się z wystawcą referencji, jednak próba ta nie była skuteczna.

Trudno zatem postawić przystępującemu zarzut niezachowania należytej staranności, w tym również działania o charakterze lekkomyślnym rozumianym jako świadome złamanie zasady ostrożności, zwłaszcza, że sam odwołujący nie wskazał, jakie inne czynności mogły i powinny być podjęte przez przystępującego.

Zachowanie miernika staranności oczekiwanej od uczestnika rynku zamówień publicznych, mając na uwadze brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest samoistną i wystarczającą przesłanką niepotwierdzenia zarzutów naruszenia tych przepisów przez zamawiającego. Zatem niezależnie od braku potwierdzenia zarzutów dotyczących wprowadzenia w błąd zamawiającego, samo uznanie, że przystępujący dochował należytej staranności pozwala na oddalenie zarzutu naruszenia powołanych przepisów.

Ad. 2. W rozdziale IX pkt 7 ppkt 2 SIWZ zamawiający wymagał, że wykonawcy dysponują lub będą dysponować nie mniej niż 4 zespołami układowymi. Każdy taki zespół układowy winien składać się co najmniej z:

- a) 5 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych w przedziale od 50 ton do 74,99 ton udźwigu (każda dźwigowa jednostka sprzętowa), lub
- b) 4 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych o udźwigu równym lub wyższym niż 75 ton (każda dźwigowa jednostka sprzętowa)..

8 maja 2018 r. przystępujący złożył zamawiającemu:

- deklarację Europipeline Equipment S.p.a. dotyczącą wydzierżawienia dźwigów Performer 980 o udźwigu 98t i/albo Performer 700 o udźwigu 75 t - łącznie 10 szt;
- deklarację Maats B.V. dotyczącą wydzierżawienia dźwigów Liebherr RL 52 o udźwigu 80t i/albo Liebherr RL 64 o udźwigu 90t - łącznie 8 szt.

Przystępujący w wykazie sprzętu wskazał dźwigi Performer 700, dzierżawione od Europipeline Equipment S.p.a., które według odwołującego, nie posiadają zdolności podnoszenia wynoszącej 75 ton, lecz 70 ton. Na poparcie tego stanowiska odwołujący złożył fragment dokumentu, opisanego jako karta techniczna, z tłumaczeniem. Do pisma procesowego z 11 lipca 2018 r. przystępujący dołączył natomiast oświadczenie producenta sprzętu Performer, pełnomocnictwo dla osoby składającej oświadczenie oraz odpis z rejestru handlowego z tłumaczeniem. W oświadczeniu wskazano, że dźwigi boczne wskazane w deklaracji wystawionej na rzecz Rafako S.A. zawierają dane techniczne zgodne ze stanem faktycznym:

- Performer 700 maksymalny udźwig (zdolność podnoszenia) 75 t;
- Performer 980 maksymalny udźwig (zdolność podnoszenia) 98 t.

Mając na uwadze treść tego oświadczenia Izba uznała zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd, za nieudowodniony. Ponadto mając na uwadze liczbę wymaganych jednostek sprzętowych, wymaganie zamawiającego należy uznać za spełnione nawet w sytuacji, gdy maksymalny udźwig dźwigu Performer 700 wynosiłby 70 t, jako że zamawiający wymagał 5 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych w przedziale od 50 ton do 74,99 ton udźwigu.

Na rozprawie odwołujący nie popierał tego zarzutu. Stan bezsporności nie zwalniał jednak Izby z rozpoznania zarzutu, gdyż nie został on wycofany przez odwołującego. W konkluzji należy zatem stwierdzić, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Ad. 3. 8 maja 2018 r. przystępujący złożył zamawiającemu:

- deklarację Europipeline Equipment S.p.a. dotyczącą wydzierżawienia dźwigów Performer 980 o udźwigu 98t i/albo Performer 700 o udźwigu 75 t - łącznie 10 szt;
- deklarację Maats B.V. dotyczącą wydzierżawienia dźwigów Liebherr RL 52 o udźwigu 80t i/albo Liebherr RL 64 o udźwigu 90t - łącznie 8 szt.

Przystępujący nie złożył formularza JEDZ, ani innych dokumentów podmiotowych dla tych firm, w związku z czym zamawiający pismem z 21 maja 2018 r. wezwał do złożenia tych oświadczeń i dokumentów lub do zastąpienia wymienionych podmiotów innym podmiotem. W odpowiedzi pismem z 28 maja 2018 r. przystępujący wskazał jako podmioty, na których zasoby się powołuje ROMGOS G. Sp. z o.o. oraz Prywatnej Spółki Akcyjnej PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA.

W tym stanie rzeczy zarzut niedopuszczalnego wprowadzenia potencjału podmiotu trzeciego, nie ujętego w ofercie, jest całkowicie chybiony. Art. 22a ust. 6 Pzp stanowi, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Zachowanie przystępującego odpowiada sytuacji opisanej w art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp, w związku z czym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp i art. 22a ust. 6 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Ad. 4. Przystępujący przewidział w ofercie, że prace spawalniczo-montażowe wykonywać będą Gascontrol Polska Sp. z o.o. oraz Prywatna Spółka Akcyjna Pii SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA, co do której opisano zakres prac jako prace przygotowawcze związane ze spawaniem i montażem gazociągu. Zamawiający podniósł, że podmiot udostępniający zasoby musi wykonywać prace w tym zakresie. Przystępujący w odpowiedzi wskazał, że prace w tym zakresie wykona ZRUG S.A. w Poznaniu. Ponadto złożył nowe zobowiązanie Prywatnej Spółki Akcyjnej PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA, zgodnie z którym podmiot ten wykona roboty budowlano-montażowe związane ze spawaniem liniowym i montażowym gazociągu DN 1000.

W tak ustalonym stanie rzeczy Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp i art. 22a ust. 6 Pzp za chybiony.

Po pierwsze, nie nastąpiło przekazanie podwykonawcy prac przewidzianych do wykonania osobiście przez przystępującego.

Po drugie, zastąpienie Prywatnej Spółki Akcyjnej PII SIT NEFTEGASSTROYIZOLYATSIA

przez ZRUG S.A. odpowiada dyspozycji art. 22a ust. 6 Pzp.

Po trzecie, żaden przepis prawa nie stoi na przeszkodzie temu, aby wykonawca wskazał w ofercie kilku podwykonawców, przewidując taki sam lub zbliżony zakres prac, a ostateczną decyzję podjął na etapie wykonania umowy. Potwierdza to brzmienie art. 36ba ust. 1 Pzp, zgodnie z którym jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy. Skoro zatem powierzenie podwykonawcy części zamówienia może nastąpić dopiero w trakcie realizacji zamówienia, tym bardziej dopuszczalne jest doprecyzowanie zakresu podwykonawstwa w okresie od złożenia oferty do zawarcia umowy.

W orzecznictwie Izby kształtuje się pogląd, zgodnie z którym zmiana zakresu prac powierzanych podwykonawcy nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przykładowo w wyroku wydanym w sprawie KIO 1528/17 stwierdzono, że o ile zamawiający nie zmodyfikuje w szczególności przepisów Prawa zamówień publicznych, to zakres prac podwykonawcy nie jest objęty zakresem treści oferty, nie przekłada się więc na treść przyszłego zobowiązania. Podanie zakresu prac, które będą wykonane przez podwykonawcę ma charakter wyłącznie informacyjny. Ponadto w wyroku w sprawie KIO 2336/17, Izba wywiodła, że wymóg wskazania podwykonawców w związku z treścią art. 36b ust. 1 Pzp nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, a zaniechanie podania wyczerpujących informacji w tym zakresie nie może skutkować wyciągnięciem wobec wykonawców negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Wynika to przede wszystkim z tego, iż przepisy art. 36b, a także 36ba Pzp odnoszą się do etapu realizacji umowy (a nie etapu oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej). Wykonawcy nie muszą znać pełnej listy podwykonawców na etapie składania oferty, a ich wskazanie może nastąpić także na etapie realizacji umowy. Informacje dotyczące podwykonawców nie stanowią zatem treści oferty *sensu stricto*.

Skoro zatem, co do zasady, ewentualna zmiana zakresu podwykonawstwa nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to tym bardziej doprecyzowanie zakresu podwykonawstwa podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca, następujące w granicach podwykonawstwa ustalonego w treści oferty, nie stanowi podstawy do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Kwestie związane z tzw. samooczyszczeniem wykonawcy, o którym mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, dopuszczalnością jego zastosowania w przypadku ziszczenia podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz możliwością powołania się na nie w okolicznościach sporu nie były podnoszone w odwołaniu. W związku z brakiem potwierdzenia zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp ocena prawnej i faktycznej dopuszczalności skorzystania z tej instytucji jest bezprzedmiotowa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.  
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....