

Sygn. akt: KIO 1067/19

WYROK
z dnia 27 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Matecka**
Marzena Ordysińska
Irmina Pawlik

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2019 r. przez Odwołującego: ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie oraz Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, w imieniu i na rzecz których działa: Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie

przy udziale wykonawcy Silesia Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy Silesia Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka

komandytowa z siedzibą w Gliwicach do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Silesia Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, 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;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie oraz Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, w imieniu i na rzecz których działa: Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „*Modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. 3 Maja w Chorzowie*” – zadanie nr 4 w ramach realizacji projektu: „*Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko – Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego*” – Etap I (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 lutego 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 038-084534.

I. W dniu 10 czerwca 2019 r. wykonawca ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj.:

- 1) zaniechanie wykluczenia wykonawcy Silesia Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach (dalej również jako „Wykonawca Silesia Invest”),
- 2) dokonanie czynności wyboru oferty Wykonawcy Silesia Invest jako najkorzystniejszej,
- 3) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Silesia Invest z Postępowania, mimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a to związane ze złożeniem oświadczenia, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, tj.: że może wykazać doświadczenie w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii

bezpodsypkowej o długości 1.000 mtp każde (w związku z udostępnieniem mu zasobów przez podmiot trzeci), podczas gdy Wykonawca Silesia Invest doskonale wiedział, że podmiot trzeci, na zasoby którego się powołał (Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe DABUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – dalej także jako „DABUD”), nie wykonał prac polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości 1.000 mtp na zadaniu w Sosnowcu (jak zdefiniowano w treści odwołania), a zrealizował prace polegające na wykonaniu układki szyn.

W sytuacji nieuwzględnienia zarzutu pierwszego, działając z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Silesia Invest z Postępowania, mimo faktu, iż wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji, że może wykazać doświadczenie w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości 1.000 mtp każde (w związku z udostępnieniem mu zasobów przez podmiot trzeci), podczas gdy podmiot trzeci, na którego zasoby powoływał się Wykonawca Silesia Invest (DABUD), nie wykonywał na zadaniu w Sosnowcu (jak zdefiniowano w treści odwołania) prac polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości 1.000 mtp, a wykonał prace polegające na wykonaniu układki szyn.

W sytuacji nieuwzględnienia żadnego z ww. zarzutów, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej – jak wskazano w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Silesia Invest do wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wskazanym w rozdziale V, cz. II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny i badania ofert oraz czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy Silesia Invest jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2) dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z czym wykluczenie Wykonawcy Silesia Invest z Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jego oferty)

- alternatywnie w przypadku nieuznania żadnego z zarzutów nr 1 i nr 2 w miejsce „wykluczenia Wykonawcy Silesia Invest z Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jego oferty)” - wezwanie Wykonawcy Silesia Invest do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V, cz. II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący stwierdził w szczególności, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w postaci doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp każde, Wykonawca Silesia Invest powołał się na zasoby udzielone mu przez DABUD. Podmiot ten w swoim zobowiązaniu z dnia 8 kwietnia 2019 r. wskazał dwa zadania odpowiadające ww. warunkowi udziału w Postępowaniu, w tym zadanie: „Modernizacja połączenia tramwajowego Katowic z Mysłowicami i Sosnowcem, dobudowa drugiego toru na połączeniu z Sosnowcem (zadanie nr 20), 2. Modernizacja linii tramwajowej w Sosnowcu na ul. Małachowskiego - odcinek od Ronda im. Gierka do ul. Mościckiego (zadanie nr 26), 3. Modernizacja torowiska w Sosnowcu na ul. J. Piłsudskiego oraz na skrzyżowaniu z ul. Jana Sobieskiego (zadanie nr 27), 4. Modernizacja torowiska wbudowanego w jezdnię ul. Jana Sobieskiego w Sosnowcu od połączenia torowego do granic miasta z Katowicami (wraz z dobudową drugiego toru). Przebudowa sieci trakcyjnej (zadanie 27a)” (dalej jako „zadanie w Sosnowcu”), gdzie wedle oświadczenia nastąpiło wykonanie budowy torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp.

Odwołujący zauważył, iż wykonanie torowiska w konstrukcji bezpodsypkowej (jak i w sumie każdego torowiska) nie sprowadza się jedynie do ułożenia szyn (torów - dwie szyny składają się na „tor”), lecz obejmuje także chociażby wykonanie nawierzchni w torowisku (np. asfalt) podbudowy torowiska, czy też odwodnienia. Innymi słowy czymś innym jest ułożenie torów („układka torów”) od wykonania torowiska. Natomiast DABUD na zadaniu w Sosnowcu zrealizował prace ograniczające się do „wykonania układki szyn”. Wynika to jednoznacznie z umowy podwykonawczej, jaką zawarł DABUD z generalnym wykonawcą tej inwestycji, tj. SKANSKA S.A. Zgodnie z przedmiotową umową (zawartą w dniu 9 czerwca 2014 r.) przedmiotem prac DABUD było wykonanie układki szyn z pracami towarzyszącymi, a więc przedmiotem prac było ułożenie na podłożach betonowych szyn, a prace towarzyszące polegały na przytwierdzeniu szyn do tych płyt (co wykonuje się za pomocą np. „podlewu ciągłego”, czyli wypełnieniu styku pomiędzy szyną a płytą betonową materiałem

o właściwościach gumopodobnych, tj. poliuretanem, jak i w zakresie prac przytwierdzających wykonuje się kotwienia, czy też zalewki rowków). Umowa w żaden sposób nie odnosiła się do innych warstw torowiska, w tym m.in. do samych płyt, wykonania innych części (niż płyty) podbudowy, nawierzchni torowiska, czy też odwodnienia. Umowa nie dotyczyła też np. spawania szyn, czyli połączenia szyn w jeden ciąg (szyny tramwajowe przywozi się w odcinkach nadających się do przewozu, a aby torowisko zostało wykonane konieczne jest ich zespawanie). Odwołujący wyjaśnił, iż torowisko w technologii bezpodсыpkowej wymaga tego, aby tory (czyli szyny) były przytwierdzone do płyt żelbetowych lub betonowych, a płyty te, z kolei, aby możliwe było ich posadowienie, wymagają istnienia głębszej podbudowy i pozostałych, niższych warstw, które gwarantują stabilność całego torowiska (samo ułożenie płyty żelbetowej, do której będą przytwierdzone szyny - tj. tory, na ziemi, bez wykonania prac w zakresie głębszej podbudowy - spowodowałoby, że ziemia ugięłaby się pod ciężarem już samych płyt, nie mówiąc o przypadku, gdyby po torze jechał tramwaj z pasażerami). DABUD wykonał jedynie ułożenie szyn z przytwierdzeniem ich do płyt, nie mówiąc już chociażby o wykonaniu innych warstw - w tym płyt (innych elementów podbudowy). Podkreślenia wymaga, że bez względu na rodzaj konstrukcji torowiska (podсыpkowe czy bezpodсыpkowe) zawsze niezbędnym elementem i jego częścią jest wykonanie podbudowy, dlatego też nie można stwierdzić, iż podmiot który nie wykonywał dolnej warstwy konstrukcyjnej torowiska, jaką jest podbudowa, ma doświadczenie w wykonaniu torowiska. W konsekwencji – zdaniem Odwołującego - nie sposób uznać, by DABUD wykonał prace wymagane SIWZ - tj. wykonał budowę lub przebudowę torowiska w technologii bezpodсыpkowej. Jego praca zasadniczo sprowadzała się do ułożenia torów, i przytwierdzeniu ich do płyty betonowej (żelbetowej), w tym wykonania podlewu, kotwienia i zalewek. Ponadto Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, jaki w jego ocenie zapadł w identycznej sprawie (wyrok z dnia 5 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 988/18).

Dodatkowo, na potwierdzenie tego, iż DABUD w ramach zadania w Sosnowcu nie wykonał innych warstw niż ułożenie szyn wraz z ich przytwierdzeniem do płyty betonowej/żelbetowej (które były przez generalnego wykonawcę zlecone innym podwykonawcom, czy też wykonała je sama SKANSKA S.A.) – Odwołujący przykładowo wskazał, iż spawanie torów było zlecone firmie SPAW-TOR sp. z o.o. sp.k. (umowa nr 2954/D12288/4177/14 z dnia 10 czerwca 2014 r.).

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa specjalności drogowej (torowisko jest w rozumieniu przepisów częścią drogi) na okoliczność, że prace prowadzone w ramach zadania w Sosnowcu nie mogą spełnić wymogu postawionego przez Zamawiającego, gdyż nie odnoszą się do wykonania torowiska w technologii bezpodsypkowej, a DABUD wykonał jedynie określoną warstwę takiego torowiska - w sytuacji, w której Zamawiający (bądź ewentualnie Przystępujący) podważaliby fakt, że Wykonawca Silesia Invest nie posiada wymaganego doświadczenia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że umowa pomiędzy SKANSKA S.A. a DABUD, której przedmiotem było wykonanie określonej warstwy torowiska bezpodsypkowego (a nie całości), była ze strony SKANSKA S.A. (zlecającego te prace) podpisana przez Pana J. S., który obecnie jest Prezesem Zarządu Silesia Invest sp. z o.o., tj. komplementariusza - czyli współnika reprezentującego Wykonawcę Silesia Invest. Pan J. S. reprezentujący Wykonawcę Silesia Invest i podpisujący ofertę na potrzeby niniejszego zadania oświadczył, że DABUD wykonał budowę torowiska o konstrukcji bezpodsypkowej. Oświadczył bowiem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, przedkładając w tym zakresie m.in. oświadczenie DABUD, wedle którego to podmiot ten wykonał takie torowisko. W ocenie Odwołującego niniejsza sytuacja sprowadza się zatem do tego, że dana osoba działająca w imieniu wykonawcy doskonale wiedziała (skoro podpisywała umowę z DABUD), jaki był zakres prac zleconych tej firmie, i niezależnie od tego oświadczyła, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego świadczy to o zamierzonym działaniu (albo przynajmniej o rażącym niedbalstwie) po stronie Wykonawcy Silesia Invest przy przedstawianiu informacji, że podmiot ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Spełniona została także ostatnia przesłanka przewidziana przepisem, skoro Zamawiający na podstawie takiego oświadczenia podjął decyzję o wyborze oferty Wykonawcy Silesia Invest, nie dokonując wykluczenia tego wykonawcy.

Następnie Odwołujący stwierdził, iż nawet jeśli Izba nie podzieliłaby jego oceny co do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, to z pewnością można mówić o naruszeniu art. 24 ust. 1 pkt 17 tejże ustawy.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż w takiej sytuacji regulacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania (Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - wyroki KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1509/17, z dnia 4 października 2017 r. sygn. akt KIO 1978/17, z dnia 24 października 2008 r. sygn. akt

KIO/UZP 1098/08, z dnia 20 maja 2016 r. sygn. akt KIO 780/16, z dnia 15 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2653/15, z dnia 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15, z dnia 15 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1343/14 oraz z dnia 25 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1637/131.

Wskazując na spełnienie przesłanek zastosowania podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Odwołujący stwierdził, iż po pierwsze, Wykonawca Silesia Invest składając oświadczenie, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w tym w odniesieniu do warunku przewidzianego w rozdziale V, pkt II ppkt 2 lit. a), przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby, zgodnie z którym przedstawienie informacji, które są nieprawdziwe jest równoznaczne z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd (tak np. KIO w wyrokach: z dnia 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17, z dnia 25 września 2017 r. sygn. akt KIO 1901/17, z dnia 18 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2543/17 oraz z dnia 12 listopada 2018 r. (powinno być: 2017 r.) sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17). Po drugie, Odwołujący wskazał, iż podstawą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty było oświadczenie Wykonawcy Silesia Invest o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, Po trzecie, zdaniem Odwołującego Wykonawca Silesia Invest składając oświadczenie, zgodnie z którym powoływał się na doświadczenie w zakresie budowy torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypankowej zdobyte przez podmiot trzeci na zadaniu w Sosnowcu, co nie miało miejsca, działał przynajmniej niedbale. Odwołujący wskazał, iż od wykonawcy, który składa ofertę, wymaga się bowiem tego, by dochował on należytej staranności przed jej złożeniem (czy też innych dokumentów w Postępowaniu), co jest szczególnie ważne w zakresie wymogów dotyczących udziału w Postępowaniu, skoro są one kluczowe dla możliwości uzyskania przez danego wykonawcę zamówienia (wyroki KIO: z dnia 25 września 2017 r. sygn. akt KIO 1901/17, z dnia 7 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1004/17, z dnia 14 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1085/17 oraz z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż został on podniesiony z najdalej posuniętej ostrożności procesowej (na wypadek nieuwzględnienia żadnego z zarzutów skutkujących wykluczeniem Wykonawcy Silesia Invest). Odwołujący stwierdził, że z całą pewnością Wykonawca Silesia Invest nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawił następujące dowody z dokumentów: umowę podwykonawczą pomiędzy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie

a Przedsiębiorstwem Produkcyjno Handlowo Usługowym DABUD Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie z dnia 9 czerwca 2014 r. oraz umowę podwykonawczą pomiędzy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie a SPAW-TOR Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Krakowie z dnia 10 czerwca 2014 r. (wraz z korespondencją emailową w sprawie wniosków o udostępnienie informacji publicznej) oraz rysunek stanowiący załącznik do aneksu do umowy zawartej pomiędzy Skanska S.A. a Tramwajami Śląskimi S.A. W ramach załączników do odwołania Odwołujący wskazał również na bliżej niesprecyzowane „pismo ZUE S.A. do Tramwajów Śląskich S.A.”.

Na rozprawie Odwołujący zmodyfikował sformułowany w odwołaniu wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie tezy dowodowej w ten sposób, iż wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie ww. dowodu „na okoliczność tego, że wykonanie jedynie ułożenia szyn tramwajowych nie może być tożsame z wykonaniem torowiska tramwajowego oraz że nie można twierdzić, że prace wykonane przez wykonawcę PPHU Dabud Sp. z o.o. w ramach zadania w Sosnowcu potwierdzają spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wskazanego przez Zamawiającego w treści SIWZ w rozdziale V, część II, ppkt 2 lit. a tiret pierwsze SIWZ”.

II. Pismem z dnia 24 czerwca 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający stwierdził w szczególności, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że wbrew stanowisku Odwołującego, z Rozdziału V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ, jak i pozostałych postanowień SIWZ, nie wynika, aby wykonawca w celu spełnienia warunku w nim określonego zobowiązany był do wykazania się budową lub przebudową torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp przez co należy rozumieć wyłącznie wykonanie całości torowiska tramwajowego tj. wszystkich jego warstw. Zamawiający nie zaprzeczył, że torowisko tramwajowe składa się z zasadniczych elementów (warstw) wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu tj. nawierzchni torowiska, zabudowy torowiska, podbudowy torowiska, separacji torowiska, odwodnienia torowiska, podłoża gruntowego. Podkreślił jednak, że Zamawiający nie posłużył się w opisie warunku i wyjaśnieniach jakikolwiek określeniami mającymi świadczyć o wykładni tego warunku w sposób prezentowany przez Odwołującego tj. wykonania wszystkich warstw torowiska.

Wręcz przeciwnie Zamawiający w opisie tego warunku wskazał jednoznacznie, że wymagana przebudowa lub budowa torowiska powinna być dokonana w technologii bezpodsytkowej, a więc wskazał w sposób jednoznaczny co jest dla niego najbardziej istotne w zakresie doświadczenia i zdolności wykonania zamówienia. Jest to mianowicie (technologia) sposób zamocowania szyny do podbudowy (konstrukcja torowiska), a nie łączenie podbudowy z gruntem rodzimym. Do tego zatem zakresu budowy torowiska odnosi się opisany przez Zamawiającego warunek. Gdyby dla Zamawiającego istotne było również doświadczenie wykonawców przy innych konstrukcjach podtorza, wyszczególniłby również i te warstwy konstrukcyjne w opisie warunku. Zamawiający mógłby się również odwołać w opisie do wszystkich warstw torowiska i wówczas dokonałby stosownego opisu warunku poprzez użycie takich zwrotów jak „kompleksowa”, „kompletna” lub „całościowa” budowa lub przebudowa torowiska oraz poprzez zawarcie w SIWZ stosownego wyjaśnienia.

Zamawiający stwierdził, iż nie ulega przy tym wątpliwości i jest pomiędzy stronami bezsporne, że prace wykonane przez DABUD tj. ułożenie szyn wraz z pracami towarzyszącymi (tor w technologii szyny pływającej, podlew ciągły, kotwienie toru oraz wykonanie zalewek pionowych) stanowiły część przebudowy torowiska tramwajowego, która odnosiła się do konstrukcji torowiska tj. mocowania szyn do podbudowy, a więc tego elementu, który jest najważniejszy w budowie torowiska tramwajowego. Mocowanie szyn do podbudowy w przeciwieństwie do budowy pozostałych warstw torowiska nie wymaga wysokiej specjalizacji, wiedzy, doświadczenia i technologii. Zdaniem Zamawiającego mając na uwadze użycie w opisie warunku wymogu wykonania budowy lub przebudowy torowiska w technologii bezpodsytkowej nie był on zobowiązany do doprecyzowania pojęcia torowiska tramwajowego. Dla wszystkich uczestników procesów budowlanych, których przedmiotem jest budowa lub przebudowa torowisk tramwajowych, a więc i dla stron niniejszego postępowania, wiedzą powszechną jest, że elementem najistotniejszym i wymagającym specjalistycznej wiedzy w budowie torowiska jest sposób mocowania szyn do podbudowy. W związku z tym za przebudowę w ramach oceny spełnienia warunku określonego w rozdziale V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ możliwe było uznanie przez Zamawiającego również roboty wykonanej przez DABUD w ramach zadania w Sosnowcu, która polegała na wykonaniu ułożenia i mocowania szyn. Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż formułując warunek, o którym mowa w rozdziale V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ nie był zobowiązany do odnoszenia go bezpośrednio do zakresu robót jakie stanowią przedmiot prowadzonego postępowania przetargowego tj. wykonania kompleksowej przebudowy torowiska tramwajowego.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż ułożenie torów przy zastosowaniu technologii bezpodsypkowej i podsypkowej polegało na wykonaniu tych samych prac i miało wpływ jedynie na sposób wykonania podbudowy torowiska, Zamawiający wskazał, że sposób ułożenia torów różni się istotnie w zależności od zastosowanej technologii. Torowisko w technologii bezpodsypkowej w swej istotnej części konstrukcji mającej istotny wpływ na współpracę koła tramwaju z szyną różni się diametralnie od konstrukcji torowiska klasycznego (tzw. kolejowego/podsypkowego). W pierwszej z wymienionych technologii szyna zamocowana jest w prefabrykowanych płytach żelbetowych poprzez użycie mas bitumicznych polimeryzowanych wymagających od wykonawcy dużej wiedzy w zakresie posługiwania się tą technologią, wymagań użytych materiałów, warunków zewnętrznych, reżimów technologicznych. W drugim z przypadków szyny mocowane są do podkładów strunobetonowych bądź drewnianych za pomocą różnego rodzaju mocowań.

Zamawiający stwierdził, iż wobec jednoznacznego opisu warunku określonego w rozdziale V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ dokonanie jego wykładni przez Zamawiającego w sposób reprezentowany przez Odwołującego stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż Wykonawca Silesia Invest, jak każdy wykonawca, był uprawniony do takiego zinterpretowania opisanego przez Zamawiającego warunku w ten sposób, że odnosił się on do robót polegających na mocowaniu szyn do podbudowy (konstrukcji torowiska). Dokonanie oceny oferty Wykonawcy Silesia Invest w sposób żądany przez Odwołującego, doprowadziłoby nie tylko do naruszenia równego traktowania pozostałych wykonawców, ale również zasady obiektywizmu. Zamawiający dodał, iż opis warunku zawarty w rozdziale V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ nie stanowił przedmiotu wątpliwości wykonawców, jak również nie był przedmiotem zaskarżenia do Krajowej Izby Odwoławczej na etapie prowadzonego postępowania przetargowego. Ponadto Zamawiający zauważył, iż stan faktyczny sprawy, w której został wydany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 988/18) był odmienny od stanu faktycznego sprawy rozpoznawanej w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, o którym mowa w pkt 20 odwołania, stwierdzając, iż teza dowodowa wskazana przez Odwołującego nie stanowi wiadomości specjalnych, lecz ocenę spełnienia przez prace prowadzone przez DABUD w ramach zadania w Sosnowcu, którego zakres jest bezsporny pomiędzy stronami, warunku określonego w rozdziale V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ.

W ocenie Zamawiającego materiał dowodowy zgromadzony w niniejszym postępowaniu jest wystarczający do dokonania takiej oceny, która należy wyłącznie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto Zamawiający stwierdził, iż w związku ze spełnieniem warunku określonego w rozdziale V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ przez roboty wykonane przez DABUD w ramach zadania w Sosnowcu brak było podstaw do uznania, aby Wykonawca Silesia Invest (umyślnie lub nieumyślnie) wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez oświadczenie, że spełnia warunki udziału w prowadzonym Postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca Silesia Invest oświadczając o spełnieniu ww. warunku i powołując się na oświadczenie DABUD nie wskazał informacji nieprawdziwych, gdyż podmiot ten zgodnie ze złożonym oświadczeniem wykonał na rzecz Zamawiającego w ramach zadania w Sosnowcu przebudowę torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości 1.000 mtp w rozumieniu rozdziału V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ tj. mocowanie szyn do podbudowy (konstrukcja torowiska). Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przesłanką konieczną do wykluczenia danego wykonawcy jest odpowiednio wprowadzenie zamawiającego w błąd lub przedstawienie informacji wprowadzających go w błąd. W ocenie Zamawiającego o spełnieniu tych przesłanek w niniejszej sprawie nie może być mowy również z tego powodu, że zadanie w Sosnowcu było inwestycją realizowaną na jego rzecz. Zamawiający miał tym samym pełną wiedzę i świadomość dokonując oceny i badania ofert jaki był przedmiot i zakres robót DABUD w ramach tego zadania. Ewentualna próba wprowadzenia Zamawiającego przez DABUD lub innego wykonawcę w błąd nie byłaby możliwa, gdyż Zamawiający byłby w stanie we własnym zakresie wykryć dane niezgodne z rzeczywistością. Realizacja zadania w Sosnowcu na rzecz Zamawiającego wyklucza również w jego ocenie możliwość przypisania Wykonawcy zarówno rażącego niedbalstwa, jak i lekkomyślności, przy składaniu oświadczenia o spełnieniu warunku w Postępowaniu. Wykonawca Silesia Invest miał bowiem pełną świadomość i wiedzę, że inwestorem tego zadania był Zamawiający oraz, że podanie ewentualnie nieprawdziwych danych dotyczących zadania w Sosnowcu zostałyby zweryfikowane przez Zamawiającego. W konsekwencji Wykonawca Silesia Invest musiałby się liczyć z wykluczeniem z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Za bezzasadny Zamawiający uznał również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, iż wobec spełnienia warunku określonego w rozdziale V cz. II ppkt 2

lit. a) tiret pierwsze SIWZ przez roboty wykonane przez DABUD w ramach zadania w Sosnowcu brak było podstaw do wzywania Wykonawcy Silesia Invest do wskazania innej roboty (zadania) w celu wykazania spełnienia tego warunku.

III. W dniu 13 czerwca 2019 r. wykonawca Silesia Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie Wykonawca Silesia Invest przedstawił na rozprawie, stwierdzając w szczególności, iż „w taki sam sposób zrozumiał treść spornego warunku, jak to jest obecnie prezentowane przez Zamawiającego, tj. że ułożenie, czyli tzw. układka szyn, jest kluczowym elementem zbudowania torowiska w technologii bezpodsypkowej”.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawił opinię prywatną pn. „Opinia dotycząca wymaganego zakresu doświadczenia wykonawcy nawierzchni torowiska w technologii bezpodsypkowej” autorstwa dr inż. M. G., datowaną na czerwiec 2019 r. - na okoliczność tego, że doświadczenie Dabud jest wystarczające do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania, co nie było też sporne.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej między innymi poprzez wymaganie wykazania przez wykonawcę wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej dwóch zamówień polegających na przebudowie lub budowie torowiska

tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp każde (rozdział V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ).

Zgodnie z dodatkowymi uwagami zamieszczonymi w SIWZ w odniesieniu do warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej:

„Uwaga 1: W celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunku, Wykonawca musi zawrzeć odpowiednie oświadczenie w części IV sekcja C pkt 1a) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ).

Uwaga 2: Jeżeli treść informacji przekazanych przez Wykonawcę w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, odpowiadać będzie zakresowi informacji, których Zamawiający wymaga poprzez żądanie dokumentów, o których mowa w Rozdziale VI pkt III ppkt 3.1 i zawierać będzie w szczególności rodzaj robót budowlanych, datę i miejsce wykonania oraz podmiot, na rzecz którego roboty te zostały wykonane, Zamawiający odstąpi od żądania „Wykazu robót budowlanych” od Wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej. W takim przypadku dowodem spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu będą odpowiednie informacje przekazane w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, przez Wykonawcę lub odpowiednio przez podmioty, na których zdolnościach lub sytuacji Wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp.”

W ramach złożonej oferty Wykonawca Silesia Invest powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego DABUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie - między innymi w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ. W tym zakresie wskazane zostały dwie inwestycje, w tym inwestycja pn. "1. Modernizacja połączenia tramwajowego Katowic z Mysłowicami i Sosnowcem, dobudowa drugiego toru na połączeniu z Sosnowcem (zadanie nr 20), 2. Modernizacja linii tramwajowej w Sosnowcu na ul. Małachowskiego - odcinek od Ronda im. Gierka do ul. Mościckiego (zadanie nr 26), 3. Modernizacja torowiska w Sosnowcu na ul. J. Piłsudskiego oraz na skrzyżowaniu z ul. Jana Sobieskiego (zadanie nr 27), 4. Modernizacja torowiska wbudowanego w jezdnię ul. Jana Sobieskiego w Sosnowcu od połączenia torowego do granic miasta z Katowicami (wraz z dobudową drugiego toru). Przebudowa sieci trakcyjnej (zadanie 27a)"; Odbiorca robót: SKANSKA S.A.; Termin realizacji zadania: 09.06.2014 r. – 03.06.2015 r. - dokument pn. "Zobowiązanie podmiotu o oddaniu niezbędnych zasobów" z dnia 4 kwietnia

2019 r. W treści ww. dokumentu wskazano, iż w ramach ostatniego z wymienionych powyżej zadań wykonano budowę torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp. Ww. inwestycja została również wskazana w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia DABUD. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w Postępowaniu złożono ponadto Poświadczenie Wykonania Robót Budowlanych z dnia 20 stycznia 2016 r. wystawione przez SKANSKA S.A. Oddział Budownictwa Inżynieryjnego w Katowicach (Zamawiający nie żądał złożenia wykazu robót w związku z treścią ww. Uwagi 2 zawartej w SIWZ).

Pismem z dnia 30 maja 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę Silesia Invest jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Pomiędzy stronami bezsporna było okoliczność, że prace wykonane przez DABUD w ramach zadania w Sosnowcu, tj. ułożenie szyn wraz z pracami towarzyszącymi stanowiły część przebudowy torowiska tramwajowego – okoliczność ta została wprost przyznana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (str. 4, pkt 6). Ponadto, ww. okoliczność została dodatkowo potwierdzona dowodami złożonymi przez Odwołującego w postaci umów z podwykonawcami (umowa podwykonawcza pomiędzy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie a Przedsiębiorstwem Produkcyjno Handlowo Usługowym DABUD Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie z dnia 9 czerwca 2014 r. oraz umowa podwykonawcza pomiędzy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie a SPAW-TOR Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Krakowie z dnia 10 czerwca 2014 r.). Mając na uwadze ww. okoliczność przyznaną przez Zamawiającego jak i treść warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ Izba za zbędne i skutkujące nieuzasadnioną zwłoką postępowania odwoławczego uznała dopuszczenie wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z opinii biegłego. W związku z ww. stanowiskiem Zamawiającego rozstrzygnięcie sprawy w zakresie, w jakim został złożony wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, było bowiem możliwe na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego. Ponadto, w świetle ww. okoliczności bezspornej, za niemający istotnego znaczenia dla niniejszej sprawy Izba uznała dowód złożony przez Odwołującego w postaci rysunku stanowiącego załącznik do aneksu do umowy zawartej pomiędzy Skanska S.A. a Tramwajami Śląskimi S.A., a także stanowisko Wykonawcy Silesia Invest wyrażone w złożonej przez tego wykonawcę opinii prywatnej – w odniesieniu do

możliwości uwzględnienia realizacji zadania w Sosnowcu w ramach warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Podniesione w niniejszej sprawie zarzuty odnosiły się do tej samej okoliczności faktycznej, tj. powołania się przez Wykonawcę Silesia Invest na prace wykonane przez DABUD (podmiot używający swoje zasoby w postaci nabytego doświadczenia) w ramach realizacji zadania w Sosnowcu - na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ.

W odniesieniu do tego, czy prace wykonane przez DABUD w ramach realizacji zadania w Sosnowcu mogły zostać uznane przez Zamawiającego jako odpowiadające ww. warunkowi udziału w Postępowaniu dotyczącemu zdolności technicznej lub zawodowej Izba za zasadne uznała stanowisko przedstawione w tym zakresie przez Odwołującego. Przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu został w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określony jako wykazanie wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp każde. W świetle takiego opisu warunku udziału w Postępowaniu wyłącznie zadania polegające na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego mogły zostać uznane za potwierdzające jego spełnienie. Nie mogło to zatem mieć miejsca w przypadku powołania się przez wykonawcę na realizację prac stanowiących jedynie część zadania polegającego na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego, nawet jeśli były to prace mające dla tego rodzaju inwestycji podstawowe znaczenie. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego okoliczność, iż nie zawarł on w opisie warunku takich sformułowań jak „kompleksowa”, „kompletna” lub „całościowa” nie stanowi podstawy do dokonywania wykładni przedmiotowego warunku w sposób dopuszczający możliwość powołania się na realizację prac stanowiących część przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego. Skoro w opisie warunku zostało wskazane doświadczenie polegające na realizacji określonego zadania, to nie jest dopuszczalne uznanie za potwierdzające spełnianie tego warunku wykonanie prac stanowiących jedynie część takiego zadania. Nie stało nic na przeszkodzie, aby w ramach opisu ww. warunku udziału w Postępowaniu Zamawiający wskazał, iż za potwierdzające jego spełnienie uzna również wykonanie prac polegających na zamocowaniu szyn do podbudowy.

Za takie zastrzeżenie z pewnością nie może zostać uznane wskazanie w opisie warunku technologii, w jakiej przebudowa lub budowa torowiska tramwajowego miała zostać zrealizowana. Powyższe stanowi wyłącznie doprecyzowanie treści opisu warunku poprzez ograniczenie zadań polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego, jakie mogą być przedstawiane na potwierdzenie spełniania tego warunku, wyłącznie do takich, które zostały wykonane w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp.

Nie było pomiędzy stronami sporne to, że prace wykonane przez DABUD w ramach zadania w Sosnowcu, tj. ułożenie szyn wraz z pracami towarzyszącymi (tor w technologii szyny pływającej, podlew ciągły, kotwienie toru oraz wykonanie zalewek pionowych) stanowiły część przebudowy torowiska tramwajowego – okoliczność ta została wprost przyznana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (str. 4, pkt 6). Należało zatem uznać, iż zadanie w Sosnowcu nie może zostać uznane jako potwierdzające spełnianie warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ. W konsekwencji Zamawiający obowiązany był wezwać Wykonawcę Silesię Invest do wykazania spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego zaniechał. Mając na uwadze powyższe Izba za zasadny uznała zarzut odwołania dotyczący zaniechania wezwania Wykonawcy Silesia Invest do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ.

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ratio legis tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, który wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. W okolicznościach stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy nie można wykluczyć, że powoływanie się przez Wykonawcę Silesia Invest na wskazywane doświadczenie było podyktowane błędną interpretacją wymagania określonego w SIWZ. Wymaga zauważenia, iż zarówno Zamawiający jak i Wykonawca Silesia Invest podnosili, iż prace wykonane przez DABUD, tj. ułożenie szyn wraz z pracami towarzyszącymi, stanowiły najważniejszy i wymagający specjalistycznej wiedzy element budowy (przebudowy) torowiska tramwajowego. Powyższe skutkowało dokonaniem przez Zamawiającego pozytywnej oceny prac zrealizowanych przez DABUD w ramach zadania w Sosnowcu na gruncie oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ. Zgodnie ze stanowiskiem

przedstawionym przez Wykonawcę Silesia Invest torowisko tramwajowe wbudowane w pas jezdni i stanowiące jednocześnie fragment pasa ruchu dla pojazdów kołowych stanowi szczególny przypadek nawierzchni bezpodsypkowej, co również mogło mieć znaczenie w kontekście podjęcia decyzji o przedstawieniu zadania w Sosnowcu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ. Ponadto, należy wskazać, iż zadanie w Sosnowcu stanowiło inwestycję zrealizowaną na rzecz Zamawiającego. Jakkolwiek nie można w tego rodzaju sytuacjach automatycznie wykluczać występowania po stronie wykonawcy zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd i w związku z tym możliwości ziszczenia się podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, to jednak w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy wydaje się to być mało prawdopodobne. Trzeba bowiem wskazać, iż powołanie się na realizację zadania w Sosnowcu dotyczyło podstawowych informacji odnośnie tej inwestycji, a zatem w szybki i prosty sposób podlegających weryfikacji przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż nie sposób w przedmiotowej sprawie jednoznacznie przesądzić, że w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa Wykonawca Silesia Invest przedstawił informacje nieprawdziwe, które wprowadzały zamawiającego w błąd, a tym bardziej, aby był to wynik jego zamierzonego działania czy niedbalstwa o stopniu rażącym. Mając zaś na względzie, iż art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp to przepisy o charakterze sankcyjnym, których konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca, a ich stosowanie winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (pkt 16) albo na lekkomyślność lub niedbalstwo (pkt 17), którego skutkiem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Zaistnienie w niniejszej sprawie ww. przesłanek nie zostało w ocenie Izby wykazane przez Odwołującego, a należy zwrócić uwagę, iż ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....