

**WYROK
z dnia 27 maja 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2020 r. przez wykonawcę Grupa GeoFusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze, gmina Krzeszowice w postępowaniu prowadzonym przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Dyrektorowi Urzędu Morskiego w Gdyni unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Grupa GeoFusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze i odrzucenia jego oferty, nakazuje temu Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Geo Ingenieurservice Polska Sp. z o.o. oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Grupa GeoFusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze, gmina Krzeszowice tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni na rzecz wykonawcy Grupa GeoFusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze, gmina Krzeszowice kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę polegającą na wykonaniu badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Pogłębienie toru podejściowego akwenów wewnętrznych Portu Gdynia. Etap II - Pogłębienie toru podejściowego”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 listopada 2019r pod numerem 623097 - N - 2019.

W dniu 26 lutego 2020r. Odwołujący: Grupa GeoFusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze, gmina Krzeszowice powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. oraz Geo Ingenieurservice Polska Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu go z przedmiotowego przetargu oraz odrzuceniu jego oferty.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający oparł się o przepis art.24 ust.1 pkt 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP i wskazał, że wykonawca wykazując usługę pod nazwą „Rozpoznanie ferromagnetyczne na obszarze ponad 15 tys. ha wraz z raportem” na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykazał się co najmniej rażącym niedbalstwem, o ile nie działaniem zamierzonym.

Zamawiający stwierdził, że w dniu 20.01.2020r., otrzymał wyjaśnienia firmy MEWO S.A. (znak pisma 16012/PO/9/1/2020), z których jednoznacznie wynikało, że nie były to pomiary ferromagnetyczne mające na celu identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego – profile pomiarowe prowadzone były co 50m.

Dodatkowo, Zamawiający motywował, że pozostałe usługi wymienione w poz. 2 i 3 wykazu usług, realizowane na terenie Portu Wewnętrznego Gdańsk, Toru wodnego na Zalewie Wiślanym, Toru wodnego na rzece Elbląg, Portu Osłonowego oraz obszaru sztucznej wyspy nie spełniają wymogu realizowania usługi na akwenie o głębokościach średnich nie mniejszych niż 15m.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 2 marca 2020r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej załączając między innymi: umowę o dzieło z dnia 22 lutego 2017r. wraz z załącznikami, SIWZ zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”, wyjaśnienia do treści SIWZ z dnia 24 kwietnia 2018r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”.

Jednocześnie wnosił o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów i zeznań:

- Powyższej umowy na okoliczność, że brak jest podstaw do wykluczenia skarżącego z przetargu i odrzucenia jego oferty, a w szczególności, na okoliczność, że usługa referencyjna wskazana w punkcie 1 wykazu usług stanowiącego załącznik do oferty skarżącego spełnia wymogi przedmiotowego przetargu oraz na okoliczność braku wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełnienia kryteriów przetargowych w wyniku „rażącego niedbalstwa”,

- SIWZ zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską” oraz powyższych wyjaśnień do nich na okoliczność, że zamawiający dopuszcza przy wykonywaniu badań ferromagnetycznych przy wydobywaniu niewybuchów profile o szerokości 50 metrów w zakresie oceny prac referencyjnych,

- Wyjaśnień wykonawcy na okoliczność braku podstaw do wykluczenia skarżącego z przetargu i odrzucenia jego oferty, a w szczególności, na okoliczność, że usługa referencyjna wskazana w punkcie 1 wykazu usług stanowiącego załącznik do oferty skarżącego spełnia wymogi przedmiotowego przetargu oraz na okoliczność braku wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełnienia kryteriów przetargowych w wyniku "rażącego niedbalstwa”,

- Zeznań P. G., na okoliczność zakresu wykonania usługi referencyjnej „Rozpoznanie ferromagnetyczne na obszarze ponad 15 tys. ha wraz z raportem”, a w szczególności, że usługa ta dotyczyła także identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego, a tym samym spełnia wymogi przetargu,

- Zeznań L. G. w celu wyjaśnienia okoliczności podpisania pisma z dnia 20 stycznia 2020r., znak 16012/PO/9/2020.

Ponadto, wnosił o:

- zobowiązanie zamawiającego do ujawnienia treści pisma z dnia 20 stycznia 2020r., znak 16012/PO/9/2020, na które powołuje się w oświadczeniu o wykluczeniu skarżącego z przetargu - a po uzyskaniu tego pisma Odwołujący zastrzegł możliwość zgłoszenia dodatkowych wniosków dowodowych - w zależności od jego treści i formy,
- na podstawie art. 189 ust. 6 PZP o wyłączenie jawności z rozprawy z uwagi na ujawnienie informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 PZP poprzez niewezwanie wykonawcy do wyjaśnienia wątpliwości powziętych przez zamawiającego w związku z usługą referencyjną wskazaną w punkcie 1 formularza,
- 2) art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 24 ust. 1 punkt 16 PZP poprzez wykluczenie go z przetargu i odrzucenie jego oferty poprzez uznanie, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Nadto, Odwołujący zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum firm Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. oraz Geo Ingenieurservice Polska Sp. z o.o. oraz unieważnienia wykluczenia go z przetargu i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 26 ust. 3 PZP, w przypadku wątpliwości co do oświadczeń wykonawcy, zamawiający miał obowiązek wezwania do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia prawidłowości zgłoszonej usługi referencyjnej i wyznaczyć mu rozsądny termin na złożenie wyjaśnień.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający miał obowiązek powiadomić wykonawcę o treści pisma z dnia 20 stycznia 2020r., znak 16012/PO/9/2020, której nie ujawnił do dnia wniesienia odwołania.

Skarżący stwierdził, że nie wie, kto podpisał pismo, jaką treść zawiera, w jakich okolicznościach zostało podpisane itd., co stanowi dla niego oczywiste naruszenie przez Zamawiającego zasady rzetelności i uczciwej konkurencji.

Według Odwołującego - sama treść pisma - zakładając, że zawiera ono stwierdzenie, że usługa referencyjna nie obejmowała identyfikacji obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego - stoi w sprzeczności z rzeczywistością, co potwierdzą zeznania P. G. i L. G.

Tymczasem, zwrócił uwagę, że Zamawiający skontaktował się ze zlecającym usługę - firmą MEWO SA i nie skonfrontował treści uzyskanego oświadczenia z wyjaśnieniami skarżącego.

W związku z tym powołał się na przepis art. 26 ust. 3 PZP z kategorycznym sformułowaniem „wzywa”, które oznacza – według Odwołującego, że zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek stosowania tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów. Ewentualne wykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w konsekwencji niezaproszenia do negocjacji lub złożenia oferty wstępnej lub niewykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP bez wcześniejszego wezwania do uzupełnienia odpowiednich dokumentów - byłoby przedwczesne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, stanął na stanowisku, że działanie zamawiającego jest sprzeczne z prawem i ma na celu wykluczenie skarżącego z przetargu z pominięciem przepisów prawa i zasad rzetelnego kontraktowania.

Uzasadniając zarzut nr 2 wyraził przekonanie, że przyjęcie słuszności zarzutu nr 1 eliminuje potrzebę rozpatrywania zarzutu nr 2, gdyż wykazanie naruszenia art. 26 ust. 3 stanowi wystarczającą przesłankę do uchylenia czynności zamawiającego.

Z ostrożności skarżący podniósł, że stanowisko zamawiającego, jakoby przedstawiona usługa referencyjna nie spełniała wymogów SIWZ, jest błędne.

Argumentował, że punktem wyjścia dla oceny działania zamawiającego jest wymóg SIWZ w zakresie robót referencyjnych, gdzie zgodnie z punktem V ust. 1, punkt 2.3. SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali dwie usługi badań ferromagnetycznych podwodnych wykonywanych w celu identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego zakończonych sporządzeniem raportów - na obszarze co najmniej 50ha każda, przy czym jedną z prac powinno stanowić badanie na akwenu o głębokościach średnich nie mniejszych niż 15 m.

Zdaniem Odwołującego - usługa wskazana w punkcie 2 te wymogi spełnia, a przeciwne twierdzenia zamawiającego nie znajdują oparcia w rzeczywistości, a opierają się na zdawkowej i wyrwanej z kontekstu informacji uzyskanej od MEWO S.A., zlecającego usługę referencyjną.

Przede wszystkim nieprawdziwe jest dla Odwołującego twierdzenie, że usługa referencyjna nie odnosiła się do identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego.

Według Odwołującego - o celu i zakresie badań ferromagnetycznych przesądza umowa zawarta pomiędzy skarżącym, a MEWO S.A., gdzie zgodnie z jej treścią (por. § 1 ust. 1), badania ferromagnetyczne miały na celu badanie lokalizacji pod budowę elektrowni jądrowej.

Ponadto, zauważył, że badania te miały być zbieżne między innymi z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10.8.2012r. w sprawie szczegółowego zakresu przeprowadzania oceny terenu przeznaczonego pod lokalizację obiektu jądrowego, przypadków wykluczających możliwość uznania terenu za spełniający wymogi lokalizacji obiektu jądrowego oraz w sprawie wymagań dotyczących raportu lokalizacyjnego dla obiektu jądrowego (Dz.U. z 2012r., poz. 1025). (por. punkt 2. Ust. 1 lit c załącznika A do umowy).

Wskazał przy tym, że zgodnie zaś z treścią rozporządzenia, zakres badań obejmuje między innymi:

- odległość obiektu jądrowego od czynnych i planowanych obiektów wojskowych, w szczególności lotnisk, poligonów, magazynów amunicji, z oceną potencjalnego zagrożenia obiektu jądrowego z ich strony - § 2 punkt 5 lit. b ww. rozporządzenia,
- potencjalne zagrożenie obiektu jądrowego przez emisję, pożar lub eksplozję w wyniku działalności człowieka - §2 punkt 5 lit. d ww. rozporządzenia,
- inne zdarzenia mogące mieć wpływ na bezpieczeństwo jądrowe obiektu jądrowego - §2 punkt 5 lit. h ww. rozporządzenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, jest oczywiste dla Odwołującego, że zlecone badania obejmują także identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego.

Zdaniem Odwołującego - był to właściwie główny cel tych badań: lokalizacja wielkogabarytowych obiektów ferromagnetycznych, w tym pochodzenia wojskowego, co wynika z umowy z dnia 22 lutego 2017r. i zeznań świadków.

W ocenie Odwołującego - nieuzasadniony jest także zarzut w zakresie profili przeprowadzania badań, gdzie Zamawiający argumentował, że przeprowadzanie badań ferromagnetycznych w profilach co 50 metrów nie spełnia wymogów roboty referencyjnej oraz świadczy o tym, że przedmiotem prac nie były przedmioty pochodzenia wojskowego.

Wobec tego Odwołujący wskazał, że po pierwsze SIWZ nie nakazuje, aby usługa referencyjna była przeprowadzona według profili gęstszych niż 50 metrów, a zatem wymóg, aby usługa referencyjna posiadała ww. cechę, nie znajduje oparcia w SIWZ.

Po drugie, zaznaczył, że Zamawiający dopuścił dla innych przetargów o analogicznym przedmiocie, tyle, że na innych akwenach, usługi rozpoznania ferromagnetycznego w profilach co 50 metrów, kwalifikując je jako usługi referencyjne spełniające wymogi dla prac identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego.

W tym zakresie wskazał na punkt V ust. 1 punkt 2.3. SIWZ dla zadania Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”, który określa wymogi w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób identyczny dla zadania objętego niniejszym przetargiem.

Powołał się na okoliczność, że w odpowiedzi na pytanie do SIWZ, gdzie zaznaczona była wątpliwość w zakresie gęstości profilu, właśnie o szerokości 50 metrów, Zamawiający wskazał, że gęstość 50 m nie ma znaczenia i liczy się sam fakt badań ferromagnetycznych wykonywanych w celu identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego (pytanie nr 13 i odpowiedź na nie, SIWZ zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”, wyjaśnienia do treści ww. SIWZ z dnia 24 kwietnia 2018r., str. 1, pytanie nr 13.

Biorąc powyższe pod uwagę, według Odwołującego - nie można podzielić stanowiska zamawiającego, że usługa referencyjna nie spełnia wymogów SIWZ, bowiem jak zostało wykazane przy pomocy dokumentów, celem usługi była między innymi identyfikacja niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego.

Podniósł, że ani metodologia badań ani gęstość profili nie została określona w SIWZ, więc nie można czynić mu z tego tytułu zarzutu.

Co więcej, zwrócił uwagę, że metodologia prac polegająca na profilowaniu co 50 metrów została dopuszczona przez Zamawiającego w innym przetargu o identycznym przedmiocie zamówienia, więc Odwołujący działający w dobrej wierze, po analizie SIWZ dla przedmiotowego przetargu, miał prawo oczekiwać, że jego usługa referencyjna spełnia wymogi obecnego przetargu. Takie rozumowanie wynika właśnie ze starannego działania, uważnej analizy wymogów Zamawiającego nie tylko w tym przetargu, ale i w innych postępowaniach oraz świadomości, czego dotyczyła praca referencyjna.

W tej sytuacji stawianie mu zarzutu, że wykazał się rażącym niedbalstwem lub celowo wprowadził zamawiającego co do zakresu usługi referencyjnej - w świetle zgromadzonych dowodów - jest nieprawdziwe.

Na potwierdzenie spełnienia wymogów SIWZ Odwołujący przedłożył umowę i wnioskował o przesłuchanie świadków reprezentujących podmiot zlecający referencyjną oraz zaoferował własne zeznania.

Zauważył, że w kontrapunkcie Zamawiający wskazał na nieujawnione jak do tej pory pismo zlecającego wykonanie usługi referencyjnej, które nie wiadomo, kto, kiedy, w jakich okolicznościach podpisał.

Zarzucił, że Zamawiający nie skonfrontował także treści tego pisma z wykonawcą, o czym było już przy uzasadnieniu zarzutu nr 1.

Zdaniem Odwołującego - jeżeli więc można przypisać komuś niestaranność i złą wolę w tym postępowaniu, to Zamawiającemu, który arbitralnie wykluczył wykonawcę z przetargu.

Nadto, Odwołujący uzasadniając wniosek o wyłączenie jawności rozprawy powołał się na przepis art. 189 ust. 6 PZP, zgodnie z którym, Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów.

Podniósł, że ujawniona w niniejszym odwołaniu umowa pomiędzy MEWO SA z dnia 22 lutego 2017r., a skarżącym jest objęta poufnością - o czym treść § 13 tej umowy oraz załącznik F do tej umowy - dodatkowe zobowiązanie do zachowania poufności - umowa o zachowaniu poufności, a zatem wyżej wskazana umowa stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 26 maja udzielił odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, odwołania, oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Odwołującego z skutkiem odrzucenia jego oferty z dnia 26 lutego 2020 r., prośby Zamawiającego o wyjaśnienie z dnia 10 stycznia 2020r. skierowanego do MEWO S.A. i wyjaśnień tego podmiotu z dnia 20 stycznia 2020r., umowy o dzieło z dnia 22 lutego 2017r. wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 maja 2020 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.26 ust.3 i art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu wprowadzenia przez Odwołującego w błąd Zamawiającego w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub z przyczyn zatajenia tych informacji lub bez możliwości przedstawienia wymaganych dokumentów.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie V.1.2.3. lit a SIWZ -

Warunki udziału w postępowaniu postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy – zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek, jeżeli: a) wykaże, że wykonał w okresie 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie 2 (dwie) usługi badań ferromagnetycznych podwodnych wykonywanych w celu identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego, zakończonych sporządzeniem raportów – na obszarze co najmniej 50 ha każda, przy czym jedną z prac powinno stanowić badanie na akwenu o głębokościach średnich nie mniejszych niż 15 m.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że pkt VI SIWZ określił Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Ustalono również, że w pkt VI.5 lit. b SIWZ Zamawiający ustanowił zasadę, że przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu: wykaz usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, dat wykonania, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których usługi te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należyście i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi te były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ.

W wykonaniu powyższych postanowień SIWZ Odwołujący złożył Wykaz obejmujący trzy wykonane usługi wraz z trzema referencjami i protokołem odbioru końcowego.

Mając wątpliwości, co do wykonania zadania nr 1 – rozpoznanie ferromagnetyczne na obszarze 15 tys. ha wraz z raportem z powyższego wykazu w zakresie rzeczowym – podwodne badania ferromagnetyczne wykonane w celu identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego, Zamawiający, bez podania podstawy prawnej, wystąpił pismem z dnia 10 stycznia 2020 r. do MEWO S.A. – podmiotu na rzecz, którego była wykonywana usługa o informację:

- 1) na jakie potrzeby wykonywane były pomiary objęte referencjami,

- 2) na jakich obszarach (akwenach) prowadzone były pomiary objęte referencjami,
- 3) jak średnia głębokość akwenów, na których były prowadzone pomiary objęte referencjami.

W odpowiedzi na powyższe zapytania Zamawiającego pismem z dnia 20 stycznia 2020r. osoba na stanowisku Project Manager MEWO S.A. udzieliła między innymi informacji, że nie były prowadzone pomiary ferromagnetyczne mające na celu identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego.

W uzasadnieniu zaskarżonej czynności wykluczenia Odwołującego ze wskazaną podstawą prawną art.24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający podał, że oparł się na powyższych wyjaśnieniach, z których - w jego ocenie – wynika jednoznacznie, że nie były to pomiary ferromagnetyczne mające na celu identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego – profile pomiarowe były co 50m.

Rozpoznając, zarzuty odwołania, Izba doszła do przekonania, że zostały one potwierdzone przez zebrany w sprawie materiał dowodowy.

Zdaniem Izby – do zastosowania przepisu art.24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp obligatoryjnym jest wykazanie wszystkich przesłanek wymienionych w tym przepisie, który stanowi, że 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.

W ocenie Izby – wprowadzone informacje MEWO S.A. z dnia 20 stycznia 2020 r. zawiera informacje jednoznaczne w swojej treści, jednak pozostające w kolizji z oświadczeniem Odwołującego z dnia 30 grudnia 2019 r. z wykazu.

Powyższe skłoniło Izbę do wniosku, że okoliczności związane z ewentualnym brakiem przeprowadzenia przez Odwołującego pomiarów ferromagnetycznych mających na celu identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego wymagały konfrontacji z Odwołującym.

Wątpliwości Izby budzi również uprawnienie osoby wystawiającej i podpisującej pismo z dnia 20 stycznia 2020 r. do złożenia podobnego oświadczenia wiedzy jako

wiążącego dla tej spółki, szczególnie w aspekcie złożonych przez Odwołującego wniosków dowodowych o przesłuchanie w charakterze świadków P. i L. G. na adres MEWO S.A. na okoliczności przeciwne niż te wynikające z treści tego oświadczenia.

Powyższy stan rzeczy powinien doprowadzić Zamawiającego do wyjaśnienia sprzeczności tych dwóch oświadczeń, szczególnie w aspekcie jego dociekliwości odnoszącej się do ustalenia zakresu i sposobu wykonania przez Odwołującego zadeklarowanego zamówienia.

W takiej sytuacji Zamawiający miał obowiązek prawny skorzystania z przepisu art.26 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zamawiający jednak ominął powyższą procedurę wyjaśniającą i dokonał arbitralnego uprzedniego rozstrzygnięcia kwestii prawdziwości spornego oświadczenia Odwołującego z wykazu, nie wykazując przy tym przesłanek z art.24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp.

Wymaga wskazania, że treść tego przepisu dotyczy bardzo poważnych deliktów związanych ze składaniem Zamawiającemu nieprawdziwych informacji.

W przekonaniu Izby – bez zapoznania się ze stanowiskiem Odwołującego odnoszącego się do treści pisma z dnia 20 stycznia 2020r. Zamawiający nie mógł dokonać oceny przesłanek opisanych w art.24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W swoim rozstrzygnięciu z dnia 26 lutego 2020r. Zamawiający posłużył się między innymi następującymi sformułowaniami: „W ocenie Zamawiającego nie sposób zakładać, by... nie wiedział o tym, że nie były to pomiary ferromagnetyczne mające na celu identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego. Wykazując tą usługę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowania, Wykonawca wykazał się co najmniej rażącym niedbalstwem, o ile nie działaniem zamierzonym”.

Podobnie w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający snuje jedynie przypuszczenia: „wydaje się, iż jest to osoba absolutnie kompetentna do udzielania informacji o realizowanych przez MEWO S.A...”, nie mając jednak potwierdzonej wiedzy w oparciu o jakie informacje I. B. złożyła oświadczenie wiedzy.

Według Izby powyższa motywacja Zamawiającego wskazuje na to, że zatajenie powyższych okoliczności jest jedynie jego założeniem, a nie stanowi pewności, która mogła być zapewniona jedynie po przeprowadzeniu przez niego starannego postępowania wyjaśniającego powyższe kolizyjne oświadczenia Odwołującego i I. B.

Poza tym z treści cyt. sformułowania wynika, że Zamawiający, zamiast wykazać przesłanki z art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp dał Odwołującemu do wyboru odczytanie tego czy ten wykazał się co najmniej rażącym niedbalstwem, czy też działał w zamiarze umyślnym.

Jeżeli przyjąć, że Zamawiający nie udowodnił legalnych podstaw z art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp, to – w przekonaniu Izby – zastosowanie ma zasada in dubio pro reo (w razie wątpliwości rozstrzygać na korzyść obwinionego).

Reasumując, Zamawiający będzie zobowiązany zastosować przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp wyjaśniając wszechstronnie okoliczności wykonywania przez Odwołującego na rzecz MEWO S.A. rozpoznania ferromagnetycznego na obszarze 15 tys. ha wraz z raportem z powyższego wykazu w zakresie rzeczowym – podwodne badania ferromagnetyczne wykonane w celu identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego.

Uznając powyższe zarzuty odwołania za zasadne, Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe Odwołującego na zasadzie art.190 ust.6 ustawy Pzp, przyjmując, że fakty w ramach zgłoszonych zarzutów odwołania zostały już stwierdzone innymi dowodami powołanymi na wstępie z akt sprawy odwoławczej.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....