

**WYROK**  
**z dnia 10.09.2018r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24.08.2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **EFB Partner J.K., ul. Polna 63, 05-140 Serock** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miasta Jaworzno, Urząd Miejski w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 33, 43-600 Jaworzno**

przy udziale wykonawcy: **F.H.U.T A.M., ul. Podleśna 6, 32-540 Bołęcín** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka**

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu Gminie Miasta Jaworzno dokonać unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego EFB Partner J.K., ul. Polna 63, 05-140 Serock z postępowania oraz dokonać ponownego badania o i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, i
3. zasądza od zamawiającego Gminy Miasta Jaworzno na rzecz odwołującego EFB Partner J.K., ul. Polna 63, 05-140 Serock kwotę 23 600,00 (dwadzieścia trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ( tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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

Gmina Miasta Jaworzno, Urząd Miejski w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 33, 43-600 Jaworzno, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Przywrócenie wartości przyrodniczych i użytkowych poprzez rekultywację miejskiego akwenu Sosina w Jaworznie - etap I i część etapu II w zakresie budowy wybranych obiektów rekreacyjno-wypoczynkowych, w podziale na 3 części”*.

W dniu 21 sierpnia Zamawiający poinformował wykonawcę EFB Partner J.K., ul. Polna 63, 05-140 Serock, dalej zwanego „Odwołującym” o wykluczeniu go z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust.1 pkt 16 Pzp z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w zakresie składanych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezasadne wykluczenie go z postępowania oraz naruszenie obowiązku wyjaśnienia wątpliwości jakie zrodziły się u Zamawiającego przy ocenie złożonych ww. dokumentów. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, bądź ewentualnie nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W zakresie zarzutu niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania podał, że jego ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego oparte zostało o niezweryfikowane okoliczności. Wskazał, że Odwołujący wykonał zamówienie, które wskazane zostało w wykazie i liście referencyjnym na rzecz pana R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego „PROMEL” R.J. . Odwołujący zawarł z firmą PROMEL umowę w formie pisemnej na wykonanie tego zakresu zamówienia, a następnie zawarł umowy z innymi podmiotami na ustawienie w miejscu realizacji zamówienia pogłębiarki oraz na usługi transportowe. Odwołujący zlecił w związku z realizacją tego zamówienia pomiary batymetryczne i uzyskał z tych pomiarów raport. Odwołujący zrealizował robotę referencyjną, uzyskał podpisanie protokołów odbioru, wystawił dla pana J. faktury VAT, które zostały już uregulowane.

Podkreślił, że Odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności za to, że nie został przez wykonawcę zamówienia publicznego zgłoszony jako podwykonawca. Jednakże z faktu braku takiego zgłoszenia nie da się w sposób logiczny wyprowadzić wniosku, że wykonawca z podwykonawców nie korzystał.

Podkreślił, że jest prawdą, iż Odwołujący nie wykonywał w roku 2017 żadnego zamówienia na podstawie umowy z Wielkopolskim Zarządem Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu. Umowa na wykonanie przedmiotowych robót zawarta została pomiędzy

Odwołującym, a panem J. z firmy Promel. Podkreślił, że zarzut złożenia nieprawdziwych informacji ma charakter bardzo poważny i jego podniesienie powinno być poprzedzone dokładnym ustaleniem stanu faktycznego, czego Zamawiający poniechał. W tym kontekście dziwi Odwołującego stanowisko Zamawiającego, iż nie miał on żadnych wątpliwości co do wprowadzenia go w błąd przez Odwołującego.

Reasumując stwierdził, że nie istnieje podstawa do wykluczenia Odwołującego z Postępowania, bowiem informacje złożone przez Odwołującego są w pełni prawdziwe.

W kolejnym zarzucie dotyczącym naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego w zakresie faktycznym, który stał się podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania podał, że w sytuacji, gdy Zamawiający dysponował z jednej strony obiektywnym dokumentem w postaci referencji oraz oświadczeniem Odwołującego, a z drugiej strony relacją Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu zasadne byłoby skonfrontowanie dwóch przedstawionych mu stanów rzeczy poprzez wezwanie Odwołującego do wyjaśnień.

Podkreślił, że Odwołujący nie mógł podjąć żadnych działań uprzedzających wykluczenie go z postępowania jakim na przykład byłoby złożenie Zamawiającemu dowodów na to, że Odwołujący zrealizował referencyjne zamówienie i posiada stosowne doświadczenie oraz nie wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż wykluczenie nie było poprzedzone jakimikolwiek wątpliwościami w tym zakresie kierowanymi do Odwołującego. W takiej sytuacji Odwołujący podjął próbę wyjaśnienia tych wątpliwości dopiero po jego wykluczeniu, kierując do Zamawiającego w dniu 23.08.2018r. pismo z wyjaśnieniem, do którego dołączył wszystkie dowody potwierdzające wykonanie przez niego zamówienia referencyjnego, lecz pomimo tego Zamawiający nie zdecydował się na zmianę decyzji stąd wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne.

Z uwagi jednak na nieskorzystanie z przepisu art. 26 ust. 4 Zamawiający nie dał Odwołującemu żadnej szansy na wytłumaczenie przedmiotowych okoliczności, a przede wszystkim na zaprezentowanie przekonujących dowodów.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do zarzutu podania nieprawdziwych informacji wskazał, że nie zgadza się ze stwierdzeniem, że wykluczenie wykonawcy oparte zostało pochopnie o niezweryfikowane okoliczności. Odwołujący podjął taką decyzję mając w dyspozycji dokumenty pozyskane od inwestora, potwierdzające kto, kiedy i w jakim zakresie realizował zamówienie pod nazwą „Renowacja Zbiornika Wodnego Kamiennik gm. Drawsko, pow. czarnkowsko-trzcianiecki.". Zgodnie z dokumentacją przetargowa dla powyższego zadania, oficjalnie dostępną na stronie internetowej inwestora tj. Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Pile oraz informacjami pozyskanymi przez Zamawiającego tj. od Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, przedmiotowe zamówienie zostało

udzielone Przedsiębiorstwu Budownictwa Wodnego Promel R.J., Biechówko 31A, 86-140 Drzycim, a roboty wykonane przez tę firmę zgodnie z umową nr 1/2017 z dnia 12.07.2017r. Inwestor nie wskazał żadnych podwykonawców, którzy braliby udział w realizacji niniejszej inwestycji. Brak również informacji na ich temat w protokole odbioru końcowego zadania, którego kserokopię otrzymał zamawiający od inwestora.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający podjął więc czynności zmierzające do wyjaśnienia okoliczności sprawy i uzyskał formalne potwierdzenie co do wykonawstwa zamówienia. Inwestor poinformował Zamawiającego (pismo z dnia 14.08.2018r. Nr BD.ZPI.2.542.25.2018.TP wraz z protokołem odbioru końcowego zadania), że firma EFB PARTNER J.K., ul. Polna 63, 05-140 Serock, nie wykonywała w roku 2017 na zlecenie Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Pile robót budowlanych w wyżej opisanym zakresie. Wykonawcą tych robót było wyłącznie Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego Promel R.J., Biechówko 31 A, 86-140 Drzycim. Według Zamawiającego informacja od inwestora ma znaczenie podstawowe i w żadnym wypadku nie można traktować jej jako danych o charakterze pobocznym i mało istotnym dla sprawy. Wiarygodność tego oświadczenia jest zdecydowanie wyższa od poświadczenia należytego wykonania zadania przez EFB PARTNER J.K., wystawionego przez firmę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego Promel R.J. . Szczególne znaczenie ma to zwłaszcza w kontekście braku możliwości skontaktowania się z poświadczającym. Zamawiający podjął stosowne próby kilkakrotnie, próbując nawiązać kontakt telefoniczny i wysyłając stosowne pismo w temacie.

Będąc w posiadaniu dokumentów od wykonawcy oraz podmiotu, który zlecał realizację zamówienia publicznego, a które to dokumenty zawierają sprzeczne ze sobą informacje zamawiający musiał wziąć pod uwagę rangę poszczególnych oświadczeń. Nie da się z nich wywieść innego wniosku niż ten, że inwestor wie najlepiej co i komu zleca oraz z kim się rozlicza za realizację zamówienia.

Wskazał, że w sprawie wymaga podkreślenia kwestia, że zamówienie mające potwierdzać doświadczenie Odwołującego, podlegało rygorom ustawy Pzp, a zgodnie z jej regulacjami, w sytuacji, gdy mamy do czynienia z podwykonawstwem, wykonawca zamówienia jest zobowiązany do zgłoszenia tego faktu zamawiającemu na zasadach opisanych w ustawie Pzp. W postępowaniach wszczętych po lipcu 2016r. wykonawca jest zobowiązany podać części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać firmy podwykonawców (art. 36b ust. 1 ustawy Pzp). Co do tych postępowań zamawiający nie ma wyboru i musi on żądać od wykonawcy powyższych informacji, a dane te należy podać zamawiającemu przed przystąpieniem do realizacji zamówienia.

Podkreślił, że Odwołujący, jako podmiot biorący czynny udział w obrocie gospodarczym, składający oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie powinien

twierdzić, iż nie może ponosić odpowiedzialności za to, że nie został zgłoszony przez wykonawcę zamówienia jako podwykonawca.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdził, że wykonawca przedłożył Zamawiającemu nieprawdziwe dane, a tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu drugiego podał, że podczas procesu badania i oceny ofert Zamawiający może natrafić na nieprawidłowości. W zależności od sytuacji i zaistniałego stanu faktycznego zamawiający podczas procesu badania i oceny ofert zobowiązany jest do podjęcia odpowiednich działań. W grupie narzędzi, jakimi dysponuje zamawiający, znajdują się między innymi wezwania do wyjaśnienia oświadczeń, dokumentów, pełnomocnictw. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy PZP zamawiający wzywa wykonawcę w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W praktyce Zamawiający najczęściej korzystają z instytucji wezwania do wyjaśnienia, gdy z samego dokumentu nie wynikają informacje pozwalające na weryfikację, czy np. wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu czy też nie. Z przepisów prawa nie wynika jednak bezwzględny obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień. Aby możliwe było wykorzystanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, muszą zaistnieć wątpliwości co do treści dokumentów. W innych przypadkach żądanie byłoby bezpodstawne i bezcelowe.

Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie miał wątpliwości co do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, a więc wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy PZP było nie tylko niemożliwe ze względu na sens przepisu dotyczącego podstawy wykluczenia, ale przede wszystkim nieracjonalne, gdyż ewentualne wyjaśnienia nie wniosłoby ze sobą żadnych konstruktywnych treści, mogących mieć wpływ na decyzję Zamawiającego. Świadome posłużenie się wykazem robót, w którym wskazane roboty referencyjne, nie były faktycznie wykonywane na zasadach podwykonawstwa, miało charakter celowy, a Odwołujący świadomie dążył do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Podkreślił także, że złożone dokumenty mającej potwierdzać wykonanie robót wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału były pełne sprzeczności, co w zderzeniu z oświadczeniem inwestora Wody Polskie zawartym w piśmie z 14 sierpnia 2018 roku wskazywały na działania zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca F.H.U.T A.M., ul. Podleśna 6, 32-540 Bolęciny poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, dowodów składanych przez strony oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego wyrażone do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie okazało się zasadne i zostało uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2018 roku o wykluczeniu Odwołującego z postępowania podstawą wykluczenia było to, że Odwołujący składając w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego dokumenty podmiotowe naruszył przepis art. 24 ust.1 pkt 16 z tego powodu, że podał iż realizował na rzecz wykonawcy firmy Promel, jako podwykonawca roboty przy renowacji zbiornika wodnego Kamiennik gm. Drawsko. Zamawiający stwierdził, że podane informacje nie są prawdziwe, a Odwołujący tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd co skutkuje wykluczeniem go z postępowania.

Wskazać należy, iż Zamawiający mając informację od inwestora renowacji zbiornika wodnego „Kamiennik”, że roboty te wykonywała firma Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego Promel R.J. bez udziału podwykonawców uznał je za prawdziwe i nie podjął próby wyjaśnienia niewątpliwie występujących rozbieżności z Odwołującym.

Na kanwie powyższej sytuacji wskazać należy, że zdaniem Izby wykluczenie Odwołującego z postępowania było przedwczesne, gdyż jak wynika z przedłożonych dokumentów Zamawiający nie zakończył w pełni badania i oceny, czy złożona oferta spełnia warunki podmiotowe, czy też nie. Otóż wykluczenie wykonawcy z postępowania miało miejsce w dniu 21 sierpnia 2018 roku, a Zamawiający nadal po wykluczeniu ustalał, czy złożone przez Odwołującego dokumenty są prawidłowe. Świadczy o tym chociażby to, że dopiero w dniu 5 sierpnia Zamawiający przesyła do firmy Promel pismo (z 4 sierpnia 2018 roku) w którym wnosi o potwierdzenie czy wystawione dla firmy EFB Partner J.K. – Odwołującego, poświadczenie należytego wykonania robót na jeziorze Kamiennik jest zgodne z prawdą. Odpowiedź z firmy Promel zostaje udzielona w dniu 10 sierpnia. Podobne pismo Zamawiający wysyła także w dniu 31 sierpnia 2018 roku do PGW Wody Polskie i odpowiedź w tym zakresie wpływa do Zamawiającego w dniu 4 września 2018 roku. Jak wskazuje powyższe Zamawiający miał ciągle wątpliwości czy przedłożone przez Odwołującego dokumenty były prawidłowe, bo inaczej trudno byłoby wywieść sens sprawdzania prawidłowości treści oferty Odwołującego już po wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

W powyższym zakresie Izba stwierdza, że wykluczenie wykonawcy z postępowania, czy też odrzucenia jego oferty jest czynnością eliminującą tego wykonawcę z postępowania i czynność taka może być podjęta dopiero po wyczerpaniu wszystkich możliwych działań wyjaśniających i oceniających. Zamawiający w tym zakresie winien, po pierwsze, przeprowadzić wszystkie dopuszczone przez ustawę czynności wyjaśniające, a po drugie, dopiero w oparciu o przeprowadzone czynności badania i oceny ofert - jeśli będzie w stanie jednoznacznie wykazać, że złożona oferta nie spełnia wymagań to dopiero takiego wykonawcę wykluczyć z postępowania. Z przedstawionych powyżej działań Zamawiającego nie da się wywieść stwierdzenia, że wszystkie czynności wyjaśniające zostały przez Zamawiającego przed podjęciem czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania wykonane. Podkreślić należy, że postępowanie w zakresie zamówień publicznych jest prowadzone w formie pisemnej i każda czynność winna być dokonana w formie pisemnej lub udokumentowana za pomocą pisma. Natomiast w tym postępowaniu Zamawiający wskazywał na cały szereg rozmów telefonicznych, czy też prób ich przeprowadzenia, w wyniku których – jak stwierdził doszedł do przekonania, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje. Izba uznaje, że czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania winna być poprzedzona dokładnym ustaleniem stanu faktycznego, czego Zamawiający poniechał. Zasadnym zdaniem Izby było wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia celem skonfrontowania dwóch przedstawionych mu stanów rzeczy wynikających z dokumentów Odwołującego i zgromadzonych przez Zamawiającego.

Wskazać należy, że przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie podmiotu, który z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). W zakresie przedmiotowego postępowania to na Zamawiającym spoczywał ciężar dowodowy w zakresie wykazania prawidłowości wykluczenia wykonawcy z postępowania (vide: Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2007-11-07 II CSK 293/07).

W dalszej części dokonywanej oceny postępowania Zamawiającego przy ocenie oferty Odwołującego wskazać należy, iż Zamawiający swoje stanowisko co do podania przez Odwołującego nieprawdziwych okoliczności, oparł w zasadzie na przyjęciu założenia, że brak ujawnienia w dokumentacji Zamawiającego tj. Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urzędzeń Wodnych w Poznaniu, iż wykonawca Promel korzystał z podwykonawców świadczy jednoznacznie, że Odwołujący nie wykonywał żadnych robót przy renowacji zbiornika Kamiennik.

W odniesieniu do powyższego zdaniem Izby biorąc pod uwagę przedłożone przez Odwołującego dokumenty stwierdzić należy, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie

budzi uzasadnione wątpliwości. Dopóki Zamawiający nie wykaże, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty są fałszywe lub zawierają nieprawdziwe dane w stopni istotnym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu to winien dokumenty te respektować.

Podkreślić należy, że brak ujęcia w ewidencji Zamawiającego, że wykonawca realizujący zamówienie nie korzystał z podwykonawcy nie tworzy pewności, że taka sytuacja nie miała miejsca. W tym zakresie za wyrokiem KIO z dnia z dnia 19 lutego 2018 roku sygn. akt KIO 166/18 stwierdzić należy, że brak zgłoszenia przez wykonawcę zamawiającemu podwykonawcy stanowią jedynie dowód na to, że podwykonawstwo dalsze nie zostało zgłoszone z przyczyn bliżej nieokreślonych, ale postępowanie takie nie obciąża Odwołującego, a podmiot, który do dokonania takiego zgłoszenia był zobowiązany. Nie wpływa to natomiast na możliwość potwierdzenia faktu wykonania określonych robót wraz z możliwością potwierdzenia jakości wykonanych prac i wykazywania ich dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Żaden przepis Pzp nie statuuje braku możliwości powoływania- się przy ubieganiu się o zamówienie, na doświadczenie przy zdobyte wykonywaniu robót, dostaw, czy też usług od faktu czy dany wykonawca być oficjalnie zgłoszony do Zamawiającego jako podwykonawca.

Niewątpliwym jest, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie zostało wykazane, aby w sytuacji, kiedy Odwołujący przedstawił szereg dokumentów, w tym: umowę wraz z aneksem na wykonanie przez Odwołującego dla firmy Promel robót polegających na wydobyciu urobku ze zbiornika wodnego, kserokopie faktur potwierdzających zapłatę za wykonane usługi, protokół odbioru robót podpisany przez obie strony, uznać, że niewątpliwym jest że przedmiotowe roboty nie były wykonywane. Za stanowiskiem potwierdzającym to stanowisko Odwołującego przemawia także fakt, iż data realizacji robót na zbiorniku Kamiennik jest zbieżna z datą ww. dokumentów. Powyższe potwierdza także w sposób jednoznaczny oświadczenie firmy Promel, gdzie wskazano, że roboty polegające na odmulaniu zbiornika przez firmę EFB Partner na rzecz wykonawcy Promel zostały wykonane. Brak podania niektórych informacji o których podanie wnosił Zamawiający nie dyskwalifikuje tego pisma, gdyż jego treść należy czytać łącznie z treścią pisma skierowanego w tej sprawie do Promel przez Zamawiającego.

Podkreślenia zdaniem Izby wymaga fakt, że Zamawiający na etapie rozprawy w KIO nie tyle odnosił się do treści pism złożonych przez Odwołującego w kontekście podstawy wykluczenia wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, ale wykazywał, że wykazane roboty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazywał m.in. na fakt, że w postawionym warunku wymagał wykazaniem się rekultywacją biologiczną terenu lub zbiornika wodnego o powierzchni co najmniej 3 ha, a Odwołujący miałby wykonać inną usługę polegającą tylko na odmulaniu – wydobyciu urobku ze zbiornika wodnego o powierzchni mniejszej niż 3 ha.



W tym zakresie Izba stwierdza, że z argumentacji Zamawiającego prezentowanej na rozprawie należało wywieść wniosek, iż faktycznie główną przyczyną wykluczenia Odwołującego z postępowania było nie tyle złożenie nieprawdziwych informacji co do faktu braku wykonania wskazywanych robót, ale brak możliwości uznania, że wskazywane roboty potwierdzały spełnianie postawionego warunku udziału w tym postępowaniu.

Przy takim stanowisku Zamawiającego Izba uznała, że faktycznie podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania była inna niż ta wskazana w informacji o wykluczeniu. Izba nie może rozsądzać sporu pomiędzy stronami, który zaistniał w rzeczywistości dopiero na etapie rozprawy, ale rolą Izby jest oceną czynności lub ich zaniechania przez Zamawiającego wyartykułowanych w zarzutach odwołania (art. 192 ust.7 Pzp). Ponadto stwierdzić należy, że zakres podnoszonych w odwołaniu zarzutów w sytuacji wykluczenia wykonawcy z postępowania jest determinowany treścią informacji Zamawiającego o podstawach wykluczenia. Izba przyznaje rację Odwołującemu który stwierdził, że nie może odnosić się do kwestii braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nic takiego z informacji o wykluczeniu go z postępowania nie wynikało i dlatego zarzutu w tym zakresie nie postawił. W tej sytuacji odwołanie należało uwzględnić i nakazać ponowne badanie i ocenę ofert, także z tego powodu, że przeprowadzona rozprawa wykazała, iż Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania z przyczyn nie wymienionych w informacji o jego wykluczeniu. Izba oceniając powyższe uznała, że Zamawiający nie wykazał w sposób pewny i kategoryczny, że przedstawione przez Odwołującego ww. dokumenty zawierały nieprawdziwe informacje.

W zakresie zarzutu braku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust.4 Pzp braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, Izba przedmiotowy zarzut także uznała za zasadny – co wyżej zostało już po części ocenione przez Izbę. Niewątpliwym jest- co znalazło odzwierciedlenie w przebiegu rozprawy, że w postępowaniu w zakresie prawidłowości wykluczenia wykonawcy występowało szereg niejasności i wątpliwości co do których Zamawiający winien był uzyskać stanowisko Odwołującego. Za zupełnie niezasadne Izba uznaje stanowisko Zamawiającego wskazane w odpowiedzi na odwołanie, że wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień byłoby „nieracjonalne, gdyż ewentualne wyjaśnienia nie wniosłoby ze sobą żadnych konstruktywnych treści, mogących mieć wpływ na decyzję Zamawiającego”. Izba przy tak sformułowanej argumentacji Zamawiającego wskazuje na jej niezasadność. Zamawiający jest zobligowany prowadzić postępowanie zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych, a zaniechanie czynności wyjaśniania może skutkować niezasadnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania, którego oferta może być najkorzystniejszą w postępowaniu. To z kolei może skutkować niezasadnym wydatkowaniem środków publicznych. Zamawiający winien formułować ocenę

dopiero po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień, a nie zakładać, że brak jest potrzeby wezwania bo nie wniosą one nic konstruktywnego do sprawy.

Zdaniem Izby występuje rażąca dysproporcja w ocenie zebranego materiału, gdyż z jednej strony Zamawiający- daje nieograniczona wiarę w informacje uzyskane od Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu, a z drugiej nie podejmuje żadnych czynności mających na celu ustalenie, czy aby dokumenty złożone przez Odwołującego nie są prawdziwe. Brak jest podstaw do uznania za racjonalne stanowiska Zamawiającego, który uzasadniając wykluczenie wykonawcy stwierdził, że *Świadome posłużenie się wykazem robót, w którym wskazane roboty referencyjne, nie były faktycznie wykonywane na zasadach podwykonawstwa, miało charakter celowy, a Odwołujący świadomie dążył do wprowadzenia zamawiającego w błąd.* Powyższe zdaniem Izby jest nadinterpretacją przez Zamawiającego faktów, których zaistnienie w tym postępowaniu jest w oparciu o przedłożone dowody przez Odwołującego bardzo mało prawdopodobne.

Izba biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień uznała, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była czynnością przedwczesną. Czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania może się ziścić dopiero po uczynieniu przez zamawiającego zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, tj. obowiązkom wynikającym przykładowo z art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust.1, 90 ust.1 Pzp.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała, że podjęta przez Zamawiającego czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania nie może się ostać, gdyż Zamawiający podejmując tą czynność nie dokonał w sposób pełny badania i oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Dokonane ustalenia nie wykazywały w sposób jasny i kategoryczny, że ziściła się w postępowaniu wobec Odwołującego przesłanka wykluczenia z art. 24 ust.1 pkt 16. Zauważyć należy, że Zamawiający uznał, że wykonawca przy podawaniu informacji w zakresie dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych podał nieprawdziwe informacje, ale równocześnie nie zakwestionował braku wykazania ich spełniania (art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp). Zdaniem Izby, co do zasady brak jest możliwości uznania, że wykonawca dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie warunku udziału w postępowaniu w sytuacji kiedy postawiony warunek obiektywnie spełnia. Tak więc Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny oferty Odwołującego winien przeprowadzić czynności wyjaśniające co do oferty Odwołującego, celem ustalenia czy istnieją, (a jeśli tak to jakie) podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....