

Sygn. akt: KIO 2055/21

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Ernest Klauziński
Marek Koleśnikow

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2021 r. wniesionego przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Aquanet S.A. z siedzibą w Poznaniu,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1) Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) HYDRO-MARKO sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jarocinie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Aquanet S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający” lub „Aquanet”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót polegających na modernizacji (przebudowie) istniejących obiektów i ciągu technologicznego i w miejscu II ciągu, wybudowanie nowych obiektów intensyfikujących proces uzdatniania wody na terenie Stacji Uzdatniania Wody Wiśniowa w Poznaniu (Agglomeracja Poznań: Modernizacja Stacji Uzdatniania Wody na ul. Wiśniowej – Etap I), nr postępowania Z/104/2020 (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 24.12.2020 r. nr 2020/S 251-627359, dalej jako: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 237-586120. Wartość zamówienia jest większa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 8 lipca 2021 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „wykonawca Budimex”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu i brak jest podstaw do jego wykluczenia z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 2) faktycznym uniemożliwieniu Odwołującemu wykazania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu z Postępowania przez odebranie od Odwołującego stosownych wyjaśnień lub zobowiązania go do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, posiada doświadczenie w wykonaniu zadeklarowanych prac, a dokonał jedynie błędnego przyporządkowania poszczególnych prac do wskazanych w wykazie wykonanych usług/ robót budowlanych zadań, które faktycznie wykonywał;
- 3) poinformowaniu wykonawców o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania w sposób, który nie pozwolił Odwołującemu na uzyskanie pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia go z Postępowania i odrzucenia jego oferty, w szczególności wobec zaniechania dokonania przez Zamawiającego analizy spełnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 i 12 Pzp, co godzi również w zasadę przejrzystości i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie przepisu:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez faktyczne uniemożliwienie Odwołującemu wykazania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu z Postępowania w drodze wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących sprzeczności pomiędzy treścią złożonego przez Odwołującego Wykazu zrealizowanych usług/robót budowlanych z treścią informacji uzyskanej od inwestora - Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. (dalej: „MPWIK”), na rzecz którego Odwołujący realizował zadania wskazane w wykazie lub przez zobowiązanie Odwołującego do uzupełnienia tego wykazu i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań tak, aby potwierdzały spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, posiada doświadczenie w wykonaniu zadeklarowanych prac, a dokonał jedynie błędnego przyporządkowania poszczególnych prac do wskazanych w Wykazie wykonanych usług/robót budowlanych zadań, które faktycznie wykonywał;

względnie (na wypadek nie uznania powyższego);

art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez faktyczne uniemożliwienie Odwołującemu wykazania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu w Postępowaniu w drodze wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rzekomych sprzeczności pomiędzy treścią złożonego przez Odwołującego Wykazu zrealizowanych usług/robót budowlanych z treścią informacji uzyskanej od inwestora - MPWIK, na rzecz którego Odwołujący realizował zadania wskazane w wykazie w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, posiada doświadczenie w wykonaniu zadeklarowanych prac, a dokonał jedynie błędnego przyporządkowania poszczególnych prac do wskazanych w Wykazie wykonanych usług/robót budowlanych zadań, które faktycznie wykonywał;

- 2) art. 91 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 i 12 Pzp przez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania w sposób, który pozwalałby Odwołującemu na uzyskanie pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia go z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, w szczególności wobec zaniechania dokonania analizy spełnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z Postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 i 12 Pzp, co godzi również w zasadę przejrzystości i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania bez uprzedniego umożliwienia mu wykazania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w Postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, a dokonał

jedynie błędnego przyporządkowania poszczególnych prac do wskazanych w Wykazie wykonanych usług/ robót budowlanych zadań, które faktycznie wykonywał;

- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania bez uprzedniego umożliwienia mu wykazania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie przedstawił Zamawiającemu (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a dokonał jedynie błędnego przyporządkowania poszczególnych prac do wskazanych w Wykazie wykonanych usług/robót budowlanych zadań, które faktycznie wykonywał;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania bez uprzedniego umożliwienia mu wykazania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co potwierdza wprost oświadczenie inwestora – MPWIK, na rzecz którego Odwołujący realizował zadania wskazane w Wykazie wykonanych usług/ robót budowlanych;

a w konsekwencji również

- 6) art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Mając powyższe na uwadze wykonawca Budimex wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy tak, aby miał możliwość potwierdzenia, że spełnia wyżej wymienione warunki udziału w Postępowaniu lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów, złożonych przez Odwołującego na potrzeby wykazania, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy

względnie

- nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, złożonych przed Odwołującym na potrzeby wykazania, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy;
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego;

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu wykonawca Budimex podniósł m. in., że:

I. Zarzuty dotyczące zaniechania wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień lub do uzupełnienia dokumentów – zarzuty nr 1 i 2

Odwołujący stwierdził, że u podstaw złożonego odwołania, a wcześniej także wadliwej decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, leży faktyczne pozbawienie Odwołującego możliwości wykazania Zamawiającemu, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w momencie, gdy faktycznie zrodziły się wątpliwości w tym zakresie. Faktem jest, że w dniu 18 maja 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo, w którym jako podstawę wskazał właśnie przepis art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący zwracał jednak uwagę, na konieczność analizy treści tego pisma pod kątem jego zasadności, precyzyjności i jednoznaczności z punktu widzenia wykonawcy. Co prawda literalne brzmienie tego pisma mogło sugerować, że Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, jednak Odwołujący zwracał uwagę, że Zamawiający nie sprecyzował swoich wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez Odwołującego, nie wykazał wprost, jakiego zachowania po stronie wykonawcy oczekuje, w jakim zakresie i na jakiej podstawie. Zamawiający stwierdził jedynie, że z treści złożonych dokumentów oraz złożonego przez Odwołującego Wykazu wykonanych usług/ robót budowlanych (dalej: Wykaz1) nie wynikają określone treści i że z tego powodu nie może uznać (w znaczeniu: zająć stanowiska), że przedstawione przez wykonawcę dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia, dlatego wzywa wykonawcę do uzupełniania dokumentów (bez wskazywania w jaki sposób i czego dokładnie oczekuje).

Zdaniem Odwołującego wezwanie z dnia 18 maja 2021 r. jest przy tym o tyle zastanawiające, że w piśmie z dnia 21 kwietnia 2021 r. (wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp) Zamawiający wzywał do złożenia Wykazu usług/robót budowlanych wykonanych wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi i roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy usługi/robot budowlane zostały wykonane należycie. Jest to zresztą zgodne z treścią pkt 7.1. lit. b) SIWZ. Dokładnie takie informacje Odwołujący przedstawił Zamawiającemu podając nazwę zadania określającą jego rodzaj, wartość, datę wykonania, miejsce wykonania, podmiot, na rzecz którego wykonano usługi/ roboty i nazwę wykonawcy. Zgodnie z treścią załącznika nr 6 do SIWZ Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w „modelowaniu” tabeli w zależności od tego, w jaki sposób wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie doprecyzował w SIWZ, jakich innych informacji oczekuje w wykazie. Wraz z Wykazem wykonanych usług/robót budowlanych Odwołujący złożył szereg dokumentów, potwierdzających, że

prace wykonane w ramach wskazanych przez Odwołującego zadań, zostały wykonane w sposób należyty. Oczywistym jest też, że referencje (poświadczenia i inne dokumenty przedkładane przez wykonawców) mają potwierdzać należyte wykonanie robót a nie ich zakres.

W ocenie wykonawcy Budimex w świetle tak sformułowanych przez Zamawiającego SIWZ, nie sposób doszukać się nieprawidłowości w pierwotnym zredagowaniu Wykazu1 przez Odwołującego. Tym bardziej wątpliwości budzi fakt, że Zamawiający wezwał wykonawcę do „uzupełnienia” tego wykazu zwłaszcza, że nie było ono niekompletne (w świetle wymogów SIWZ), nie zawierało błędów, a Zamawiający nie wyartykułował w sposób jednoznaczny swoich wątpliwości względem złożonego wykazu. Odwołujący zwracał uwagę, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp wymaga od Zamawiającego wskazania wątpliwości, jakie po jego stronie powstały. Takie wątpliwości nie zostały jednak przez Zamawiającego sprecyzowane w piśmie z dnia 18 maja 2021 r. Zamawiający wskazał jedynie, że określone okoliczności nie wynikają z treści złożonych dokumentów, przez co zdaniem wykonawcy Budimex nie można uznać, że przedstawione przez niego dokumenty nie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Literalne brzmienie pisma z dnia 18 maja 2021 r. wskazuje na to, że Zamawiający „wzywa do uzupełnienia dokumentów”, jednak biorąc pod uwagę brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, treść zapisów SIWZ, treść oświadczenia Odwołującego zawartego w Wykazie1, który jest zgodny z wymogami SIWZ, a także pozostałych zapisów Pzp i aktów wykonawczych do tej ustawy, to wezwanie Zamawiającego należy je pochylić co najwyżej jako „wezwanie do udzielenia wyjaśnień” dotyczących zakresu prac, wykonanych przez Odwołującego w ramach poszczególnych zadań. W ocenie Odwołującego, co najwyżej takie wezwanie mogło być do niego skierowane w tamtym czasie, a nie wezwanie do uzupełnienia Wykazu1 w sytuacji, gdy złożony przez Odwołującego wykaz nie jest niekompletny i nie zawiera błędów.

Odwołujący stwierdził, że podjął próbę sprostania oczekiwaniom Zamawiającego i w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 maja 2021 r. przyporządkował w treści Wykazu2 (w tym zakresy wykonanych prac) do poszczególnych zadań, które zostały przez Odwołującego wskazane w wykazie. Zdaniem wykonawcy Budimex dla rozpoznawanej sprawy kluczowe jest podkreślenie raz jeszcze, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, jakie postawił Zamawiający. Odwołujący podkreślał, że posiada doświadczenie w wykonaniu wszystkich usług i robót budowlanych w zakresie wskazanym w pkt 6.2.3.1. lit. a) i b) SIWZ, więc oświadczenie Odwołującego w tym zakresie (zawarte w wykazie) polega na prawdzie. W następstwie doprecyzowania informacji wskazanych w Wykazie2 doszło natomiast do błędnego przyporządkowania określonych usług/robót do zadań. Nie zmienia to jednak faktu, że zadania te były wykonywane przez Odwołującego, a doświadczenie Odwołującego wypełnia zakres, o którym mowa w pkt 6.2.3.1. lit. a) i b) SIWZ.

W ocenie Odwołującego błędne przyporządkowanie prac do poszczególnych zadań zostało ujawnione w związku z pismem MPWIK z dnia 16 czerwca 2021 r., które wskazało, że zamówienie pn. „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny” nie obejmowało swym zakresem wymiany złoża i drenażu filtrów. Zdaniem Odwołującego dopiero więc w tym momencie mogła po stronie Zamawiającego pojawić się realna wątpliwość, czy Odwołujący

spełnia warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.3.1. lit. b) ppkt iv i v SIWZ, a Odwołujący powinien mieć możliwość wątpliwości te rozwiać i wykazać, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu. W opinii Odwołującego mamy tu bowiem do czynienia z zupełnie nową okolicznością (nieznaną wcześniej), która powstała na skutek odpowiedzi Odwołującego na wezwanie z dnia 18 maja 2021 r. Wtedy bowiem powstaje błąd, ewentualna sprzeczność, której nie było w pierwotnym wykazie, a której wyjaśnienie lub uzupełnienie pozwoliło jednoznacznie potwierdzić, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Tymczasem Zamawiający takiej możliwości Odwołującemu nie dał i wykluczył Odwołującego z Postępowania wyłącznie w oparciu o informacje uzyskane od MPWIK.

Odwołujący podnosił w tym miejscu, że odpowiedź MPWIK wynikała wprost z pytania, jakie Zamawiający postawił MPWIK. Zamawiający skonstruował bowiem pismo do MPWIK tak, że podzielił je na dwie części (dwa zadania) dopytując o to, czy w ramach poszczególnych zadań, Odwołujący wykonał zadeklarowane czynności. Powyższe oznacza, że na pytanie: czy w zakresie inwestycji „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami i dodatkowymi” Odwołujący wykonał:

- robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto,
- robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego, orurowania i armatury,

MPWIK musiało udzielić odpowiedzi negatywnej, bowiem prace te były wykonywane w ramach innego, dużego zadania, jakim była Modernizacja Zakładu Północnego wykonana w ramach Projektu „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Warszawie – Faza V”, a zatem Odwołujący posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Odwołujący wyjaśnił, że realizował roboty w ramach Modernizacji Zakładu Północnego obejmujące modernizację instalacji ozonowania wstępnego w Zakładzie Północnym, Modernizację filtrów pospiesznych piaskowych i modernizację Pompowni I i III stopnia, w ramach których wykonano między innymi:

- robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto,
- robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego, orurowania i armatury,

– robotę budowlaną obejmującą bezwykopową renowację rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN500 mm, których wymagał Zamawiający w SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że realizował zadania, które wskazał w Wykazie wykonanych usług/robót budowlanych i posiada doświadczenie w wykonywaniu wszystkich robót i usług, których wymagał od wykonawców Zamawiający w warunkach udziału w Postępowaniu. Odwołujący wystąpił nawet bezpośrednio do MPWIK z prośbą o potwierdzenie zakresu realizowanych na jego rzecz prac i zdobytego doświadczenia i uzyskana w dniu 2 lipca 2021 r. odpowiedź MPWIK potwierdza jednoznacznie, że Odwołujący posiada deklarowane doświadczenie, w tym doświadczenie zdobyte w ramach prac wykonywanych na terenie Zakładu Północnego. Powyższe okoliczności mogły i powinny być wyjaśnione (w drodze wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów) przez Odwołującego w toku Postępowania, czego jednak Zamawiający mu nie umożliwił. Odwołujący stał na stanowisku, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych, a w szczególności z uwagi na treść wezwania z dnia 18 maja 2021 r. i jego skutków, Zamawiający był zobligowany do zwrócenia się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o udzielenie wyjaśnień lub o uzupełnienie Wykazu², za czym przemawiają następujące argumenty:

1) Po pierwsze – wezwanie z dnia 18 maja 2021 r., z uwagi na swoją treść powinno być potraktowane co najwyżej jako „wezwanie do udzielenia wyjaśnień”, a nie „wezwanie do uzupełnienia” dokumentów;

2) Po drugie – z uwagi na brzmienie wezwania z dnia 18 maja 2021 r., jego zakres, jak również ze względu na fakt, że rzeczywiste podstawy do skierowania do Odwołującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp mogły powstać dopiero po udzieleniu przez MPWIK odpowiedzi na wniosek Zamawiającego, to nie sposób uznać, aby kolejne wezwanie, jakie Zamawiający kierowałby do Odwołującego mogło być potraktowane jako „dotyczące tej samej okoliczności”. Wręcz przeciwnie, mamy tu bowiem do czynienia z zupełnie nową okolicznością (nieznaną wcześniej), która powstała na skutek odpowiedzi Odwołującego na wezwanie z dnia 18 maja 2021 r. Wtedy bowiem powstaje błąd, ewentualna sprzeczność, której nie było w pierwotnym wykazie, a której wyjaśnienie lub uzupełnienie pozwoliło jednoznacznie potwierdzić, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu. To z kolei oznacza, że skierowanie do Odwołującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie stanowiłoby naruszenia zasady jednokrotnego wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów.

3) Po trzecie – nie wyklucza się możliwości skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie było wadliwe, niepełne lub nie wskazywało na dany błąd, a z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie tej sprawy, gdzie Odwołujący musiał tak naprawdę domyślać się, jakie są oczekiwania Zamawiającego.

4) Po czwarte – nie są spełnione przesłanki do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 Pzp, więc brak jest przeszkód do skierowania do Odwołującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Obiektywnie, zgodna z rzeczywistością Odwołujący posiada doświadczenie, którego wymagał Zamawiający.

Z drugiej strony, niezależnie od zarzutów dotyczących zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, Odwołujący zwracał uwagę, że Zamawiający, przed wykluczeniem Odwołującego z Postępowania, miał co najmniej obowiązek zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Byłoby to bowiem dopytanie o pewne okoliczności, które ujawniły się w następstwie wezwania z dnia 18 maja 2021 r. W ten sposób umożliwiłby Odwołującemu wyjaśnienie całej sytuacji i potwierdzenie, że spełnia on wszystkie warunki udziału w Postępowaniu, czego również nie uczynił, czym naruszył wyżej wymieniony przepis. Odebranie dodatkowych wyjaśnień od Odwołującego miało też fundamentalne znaczenie z punktu widzenia oceny spełnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Wobec powyższego zasadne są zarzuty stawiane przez Odwołującego wskazujące na to, że został on pozbawiony szansy na wykazanie Zamawiającemu, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy.

II. Niewykazanie przesłanek do wykluczenia Odwołującego z Postępowania – zarzuty nr 3, 4, 5 i 6

W dalszej kolejności, Odwołujący zwracał także uwagę, że podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, Zamawiający nie podjął żadnych rozważań co do tego, czy rzeczywiście spełnione są przesłanki do wykluczenia wykonawcy z Postępowania. Odwołujący zarzucał, że od Zamawiającego wymaga się, aby przed zastosowaniem względem wykonawcy sankcji w postaci wykluczenia go z Postępowania (zwłaszcza, gdy wykluczenie następuje na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, co ma daleko idące skutki na przyszłość) Zamawiający po pierwsze rozważył, czy są spełnione przesłanki wykluczenia wykonawcy z Postępowania, a po drugie ich wykazania w piśmie informującym o wykluczeniu wykonawcy z Postępowania. Odwołujący zarzucał więc, że nie tylko został pozbawiony faktycznej możliwości wykazania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, to jeszcze Zamawiający niejako a priori przyjął, że mamy do czynienia z sytuacją wprowadzenia Zamawiającego w błąd, podlegającą sankcji z art. 24 ust. 1 pkt 16, względnie 17 lub 12 Pzp, bez jakichkolwiek refleksji w tym zakresie.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazywał, że przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp nakazuje zamawiającym, aby niezwłocznie informowali wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Tymczasem Zamawiający, poza informacją, jaką uzyskał od MPWIK wskazuje jedynie, że nie może uznać, że Odwołujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia określonego w pkt 6.2.3.1. lit. b) ppkt iv i v SIWZ. Zamawiający nie przeprowadził jakichkolwiek rozważań dotyczących choćby możliwości wykazania zawinienia po stronie Odwołującego bądź wpływu na wynik postępowania, co utrudnia Odwołującemu skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Sposób, w jaki Zamawiający zredagował informację o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania jest jednoznacznie wadliwy. Narusza on nie tylko przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, ale też godzi w zasadę przejrzystości i równego traktowania wykonawców w postępowaniu przez zastosowanie względem wykonawcy jednej z najbardziej dotkliwych sankcji w

postępowaniu, jaką jest wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp bez szczegółowego uzasadnienia tej decyzji.

Odnosząc się już do kolejnych podstawy wykluczenia Odwołującego z Postępowania wskazać on, że w zaistniałym stanie faktycznym oczywistym jest, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Nie jest więc możliwe uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, bowiem fakt spełniania warunków udziału w Postępowaniu wynika już jednoznacznie z pisma MPWIK z dnia 2 lipca 2021 r. Odwołujący zwracał też uwagę, że „przesłanka wykluczenia wykonawcy uregulowana w art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. stanowi samodzielną podstawę prawną do wykluczenia wykonawcy z przetargu, odrębną wobec przepisów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 czy pkt 17 p.z.p. Zatem niewykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu nie oznacza automatycznego ziszczenia się przesłanki wykluczenia uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 2990/20, LEX nr 3114620). Powyższe tym bardziej potwierdza zasadność niniejszego odwołania, zwłaszcza że sposób w jaki Zamawiający informuje wykonawców o decyzji o wykluczeniu, powołanie się na kilka niezależnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, postępowanie się przez Zamawiającego zwrotem „względnie”, wskazuje na to, że nawet sam Zamawiający był wyraźnie niepewny tego, czy względem Odwołującego były rzeczywiście spełnione przesłanki wykluczenia go z Postępowania.

Odwołujący podkreślał ponownie, że spełnia i od początku spełniał warunki udziału w Postępowaniu, czego najlepszym potwierdzeniem jest pismo MPWIK z dnia 2 lipca 2021 r. Odwołujący nie wprowadził w tym zakresie Zamawiającego w błąd. Ewentualne nieścisłości, jakie zostały wskazane w wykazie wykonanych usług/ robót budowlanych faktu tego nie zmieniają. Po drugie nie sposób w jakikolwiek sposób logicznie uzasadnić, aby względem Odwołującego było możliwe zastosowanie sankcji z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, skoro nie można działaniu Odwołującego przypisać działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa, czyli winy umyślnej. Oczywistym jest, że skoro Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, to celowo nie próbuje w tym zakresie wprowadzić w błąd Zamawiającego. Przeczy temu logika, a takie zachowanie zwyczajnie nie miałoby sensu. Taka okoliczność musiałaby też zostać wykazana przez Zamawiającego, co nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wymaga wykazania, że są spełnione wszystkie przesłanki wskazane w tym przepisie. Brak spełnienia choćby jednej z nich, uniemożliwia wykluczenie wykonawcy z postępowania. W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że w zaistniałym stanie faktycznym brak jest podstaw do tego, aby wykluczyć go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Podobnie brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący wskazywał, że omyłkowe przyporządkowania określonych prac do niewłaściwego zadania, w sytuacji gdy zadanie to było realizowane przez wykonawcę, a posiadane doświadczenie spełnia warunki postawione przez Zamawiającego, nie może być uznane za mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, skoro wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej byłby słusznym i zasadnym wyborem. W świetle powyższego zdaniem Odwołującego nie sposób też uznać, aby spełnione zostały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 Pzp, który dotyczy

sytuacji, w których wykazane zostanie, że są spełnione przesłanki wykluczenia wykonawcy z Postępowania, z czym nie mamy do czynienia na gruncie rozpoznawanej sprawy.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający odpowiedział na odwołanie, w treści pisma stwierdził, że zarzuty zawarte w treści odwołania oraz wnioski Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie w żadnym zakresie i wnosil o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu pisma wyjaśnił między innymi, że niezasadny jest zarzut, jakoby Zamawiający „pozbawił Odwołującego możliwości wykazania Zamawiającemu, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy”. Zamawiający stwierdził, że w dniu 21 kwietnia 2021 r., wezwał Odwołującego - zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp m.in. do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu oraz dowodów określających, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie. W odpowiedzi Odwołujący nie wskazał jakie roboty budowlane wykonał ograniczając się jedynie do przytoczenia nazw inwestycji przez niego zrealizowanych - ergo pomimo takiej możliwości nie wykazał Zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Wbrew temu co wskazuje Odwołujący, Zamawiający wymagał w SIWZ podania w wykazie m.in. usługi/roboty budowlanej/nazwy/ oraz opisu. Tym samym nie wystarczyło podać w wykazie, tak jak to uczynił Odwołujący, tylko nazwy inwestycji. Jest powszechnie przyjęte w „obrocie zamówieniowym”, w tym w orzecznictwie KIO, że właśnie w wykazie obowiązkiem wykonawcy jest to, aby w sposób jasny i niebudzący wątpliwości opisać te wszystkie elementy, które mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykaz usług/robót budowlanych jest bowiem podstawowym dokumentem, który ma potwierdzać wykazanie spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący doskonale o tym wiedział, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę to, że w ciągu roku firma ta ofertuje zapewne w kilkuset postępowaniach. Nigdy nie było akceptowalne tylko wskazanie nazwy inwestycji w sytuacji, gdy warunek odnosił się do określonych robót. Temu też służył wymieniony w kolumnie pierwszej wykazu „opis”. Stąd niezrozumiałe jest aktualnie podnoszenie przez Odwołującego w odwołaniu tego, że Zamawiający przecież nie wyartykułował w SIWZ tego, jak szczegółowo taki opis ma być dokonany. To na wykonawcy spoczywa bowiem ciężar wykazania zamawiającemu tego, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu, a nie jest rolą Zamawiającego dociekanie tego, czy taki wykonawca rzeczywiście posiada wymagane doświadczenie, na podstawie przekazanych przez niego w sposób zdawkowy informacji.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykorzystał także drugiej możliwości wykazania Zamawiającemu, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, bowiem pomimo wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, Odwołujący przedstawił jedynie Wykaz², w którym co prawda już prawidłowo opisał co wchodziło w zakres wykazanych m.in. robót budowlanych (na marginesie należy zauważyć, że po wezwaniu do uzupełnienia Odwołujący potrafił w sposób należyty opisać zakres tych

prac w kontekście wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu), niemniej jednak przy inwestycji „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego Etap II - II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi” opisując jej zakres wprowadził Zamawiającego w błąd, albowiem tego typu roboty nie były tam realizowane.

Zdaniem Zamawiającego wskazać przy tym należało, że bezspornym jest to, że ww. oświadczenie Odwołującego zawierało informacje nieprawdziwe. Tak więc niezależnie od wszelkich argumentów przytoczonych przez Odwołującego nie istniał tryb, w którym Odwołujący mógłby przedłożyć dodatkową informację, która zastąpiłaby jego nieprawdziwe oświadczenie. Co do twierdzeń Odwołującego jakoby wezwanie Zamawiającego z dnia 18 maja 2021 r., było nieprecyzyjne Zamawiający wskazywał, że w sposób jednoznaczny, precyzyjny i nie mogący budzić wątpliwości co do treści określił w nim, że wobec faktu, iż z dotychczas przedstawionych przez Odwołującego dokumentów nie wynika, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu, wzywa Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów i przedstawienia dokumentów, które potwierdzą, że Odwołujący prawidłowo wykonał konkretne, wskazane na str. 2 i 3 (pkt 1-9) przedmiotowego wezwania, roboty budowlane (a nie tytuły realizowanych inwestycji, z których nie można domniemywać jakie roboty budowlane wchodziły w ich skład). Potwierdzeniem tego, że Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny wskazał w wezwaniu uchybienia wykonawcy (Odwołującego), które spowodowały, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest to, że Odwołujący w sposób prawidłowy (poza oczywiście podaniem informacji wprowadzających w błąd) tzn. zawierający wszystkie wymagane elementy, których oczekiwał Zamawiający – przedstawił te informacje. Dodatkowo, jeżeli miał wątpliwości co do wystosowanego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, i nie zgadzał się z tą czynnością, to mógł tę czynność Zamawiającego zaskarżyć przez złożenie stosownego środka ochrony prawnej. Zamawiający nie zgadzał się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby Zamawiający - w wezwaniu z dnia 18 maja 2021 r. - nie wskazał „w jaki sposób i czego dokładnie oczekuje”. W jego ocenie wskazane pismo określało w sposób jednoznaczny jakich robót budowlanych (a nie inwestycji) dotyczyć mają dokumenty, do których uzupełniania zobowiązany był Odwołujący na gruncie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Kolejno Zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przedstawił jedynie oświadczenie (Wykaz2), którego treść okazała się być niezgodna z prawdą. Nie przedstawił natomiast żadnych dodatkowych dokumentów pozwalających na stwierdzenie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu (w zakresie wykonanych robót). Tym samym Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do tego, aby zwracać się do Odwołującego o jakiegokolwiek dalsze wyjaśnienia, Odwołujący bowiem wyraźnie oświadczył, że inwestycja pn.: „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego Etap II - II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi „obejmowała swoim zakresem wykonanie robót polegających na: „budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto” oraz „robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego”. Sam tytuł składanego przez Odwołującego oświadczenia - „Wykaz wykonanych

usług/robót budowlanych”, a także jego treść „(...) Wykonawca jest zobowiązany załączyć dowody potwierdzające wykonanie wskazanych w tabeli powyżej usług/robót budowlanych w sposób należyty” wskazuje na to, że treść tego oświadczenia (ew. dodatkowych dokumentów) powinna wskazywać na to, że Odwołujący wykonał konkretne (sprecyzowane w warunkach udziału w Postępowaniu) roboty budowlane, a nie jedynie nazwy inwestycji, w ramach których rzekomo te roboty były realizowane. Zamawiający - po analizie nazw inwestycji realizowanych przez Odwołującego - nie był w stanie przesądzić, czy Odwołujący faktycznie realizował wymagane roboty budowlane - ergo czy spełnia on warunek uczestnictwa w Postępowaniu.

Zamawiający podkreślał także, że nie jest tak jak twierdzi Odwołujący, że złożył on szereg dokumentów potwierdzających, że prace wykonane w ramach wskazanych przez Odwołującego zadań zostały wykonane w sposób należyty. Wyłącznie dokument „poświadczenie DOZ/284/197/2016” odnosi się do konkretnych robót wykonanych przez Odwołującego i wyłącznie w zakresie robót budowlanych objętych tym dokumentem (dokumenty określone jako „świadczenia przejścia robót” i „świadczenia wykonania kontraktu” wskazują tylko na finalne zrealizowanie robót w ramach określonej inwestycji, nie potwierdzają jednakże wykonanie zakresu robót wymaganego w Postępowaniu przez Zamawiającego), Zamawiający uznać może, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Jednakże - jako, że dokument ten nie obejmuje swoim zakresem wszystkich robót budowlanych, których wykonanie było niezbędne do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu – zdaniem Aquanet wskazać należało, że Odwołujący nie wykazał w sposób zgodny z prawem, że spełnia warunku udziału w Postępowaniu (zwłaszcza w kontekście tego, że pierwotnie przekazany Wykaz1 obejmował wyłącznie nazwy inwestycji zrealizowanych przez Odwołującego, a nie określał jakie roboty były w ich ramach wykonane) - ergo Zamawiający zobowiązany był do jego wykluczenia z udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wskazywał, że kluczowe jest to, że „Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu”. Zamawiający z całą stanowczością podkreślał, że czynnikiem decydującym o tym, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenie nie jest to, czy wykonawca stosowne doświadczenie posiada, ale to, czy owe doświadczenie - w stosownym trybie i terminie – wykazał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W odniesieniu do Postępowania i doświadczenia Odwołującego wskazać zaś należy, że nawet jeżeli Odwołujący wymagane doświadczenie posiada, to jest to kwestia wtórna, gdyż doświadczenia tego nie wykazał w dokumentach stanowiących podstawę oceny tej okoliczności (ani w piśmie z dnia 5 maja 2021 r., ani w piśmie z dnia 25 maja 2021 r. - które to dodatkowo okazało się być niezgodne z prawdą i wprowadziło Zamawiającego w błąd).

Zamawiający stwierdził, że w rozpoznawanej sprawie nie ma znaczenia to, kiedy zostało ujawnione „błędne przyporządkowanie prac do poszczególnych zadań”, lecz to że złożone przez Odwołującego oświadczenie z dnia 25 maja 2021 r. okazało się być niezgodne z prawdą. Tym samym, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, zaistniała sytuacja wypełniła dyspozycję norm prawnych wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie 17 Pzp, jak również art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W zaistniałych bowiem okolicznościach nie było jakichkolwiek podstaw do tego, aby wzywać Odwołującego po raz kolejny do uzupełnienia dokumentów. Po pierwsze, wobec ziszczenia się

przesłanki podania przez Odwołującego informacji wprowadzających w błąd - tego typu okoliczności nie mogą być w żaden sposób sanowane. Po drugie, nawet gdyby uznać (czemu Zamawiający zaprzecza), że nie zachodzą przesłanki skutkujące wykluczeniem związane z podaniem nieprawdziwych informacji, to Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem wskazana przez niego inwestycja pn.: „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego Etap II - II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi” - nie zawierała w swoim zakresie wymaganych przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu elementów. Co istotne, w Wykazie1 przesłanym Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, Odwołujący nie wykazał tego, że posiada wymagane doświadczenie w rzeczonym zakresie, stąd wskazanie na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp inwestycji pn.: „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego Etap II - II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi”, która nie obejmowała wskazanych przez Odwołującego robót (co skutkuje brakiem spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu) oznaczało, że Odwołujący nie mógł być po raz kolejny wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie. Zamawiający podkreślał, że fakt iż Odwołujący już po wyczerpaniu procedury wzywania do przedstawienia/uzupełnienia dokumentów w Postępowaniu i po wykluczeniu go z niego, przedstawia dokumenty na potwierdzenie posiadanego przez niego doświadczenia w zakresie wymaganych robót, nie może mieć znaczenia dla wyniku Postępowania. Powołując się na orzecznictwo Izby Zamawiający stwierdził, że jego działanie było prawidłowe - znajdujące podstawę w obowiązujących przepisach, a postulowana przez Odwołującego swobodna interpretacja instytucji wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niezgodna z prawem.

Następnie Zamawiający podniósł, że Odwołujący zgłosił także w odwołaniu zastrzeżenia co do pytania, które Zamawiający zadał MPWIK zaznaczając, że treść tego pytania wprost wynikała (i musiała wynikać) ze sporządzonego przez Odwołującego Wykazu2 przekazanego Zamawiającemu w dniu 25 maja 2021 r. (w ramach uzupełniania dokumentów, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp). To Odwołujący przyporządkował określone roboty pod konkretne inwestycje w związku z czym pytanie Zamawiającego musiało odnosić się co do inwestycji wskazanych w Wykazie2. Poza tym, możliwość kierowania zapytań do podmiotów, na rzecz których było realizowane zamówienie jest prawem każdego zamawiającego i nie musi on w żaden sposób o takim fakcie informować wykonawców w momencie kiedy z takim zapytaniem występuje.

Zdaniem Aqanet w kontekście rozpoznawanej sprawy nie ma znaczenia to, że Odwołujący - w odwołaniu - wskazuje, że uzyskał od MPWIK potwierdzenie, że faktycznie wykonał roboty budowlane, których wykonanie (i wykazanie tego wykonania) było warunkiem wybrania oferty danego wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Zamawiający podkreśla, że postępowanie odwoławcze nie służy zapewnieniu wykonawcom dodatkowej możliwości przedkładania dokumentów potwierdzających spełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący miał już dwie możliwości reakcji na wezwania Zamawiającego w zakresie przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie przez niego wymaganego doświadczenia. Jednakże Odwołujący nie wykazał tego doświadczenia - ani w trybie standardowym (art. 26 ust. 1 Pzp), ani w

związku z dodatkowym wezwaniem Zamawiającego (art. 26 ust. 3 Pzp). Wobec powyższego, za spóźnione i nie mające znaczenia w kontekście oceny doświadczenia Odwołującego uznać należy pismo MPWIK z dnia 2 lipca 2021 r.

Zamawiający wskazał również, iż Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien go wezwać raz jeszcze do wykazania posiadania przez Odwołującego doświadczenie stanowiącego warunek udziału w Postępowaniu w związku z zaistnieniem nowej okoliczności (którą rzekomo było pismo MPWIK z dnia 16 czerwca 2021 r.). Zamawiający podkreślał, że jego wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 18 maja 2021 r. było precyzyjne, jasne i jednoznaczne - dotyczyło wykazania przez Odwołującego doświadczenia w zakresie realizacji robót, których wykonanie było warunkiem udziału w Postępowaniu - czego Odwołujący nie zrobił - nie nastąpiła tu więc „zupełnie nowa okoliczność (nieznana wcześniej)”, która ewentualnie mogłaby być podstawą do ponownego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego jakoby Zamawiający nie zastosował (a w jego mniemaniu powinien) przepisu art. 26 ust. 4 Pzp i nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie wyjaśnień lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w ocenie Aquanet należało jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający nie ma obowiązku dociekania (prowadzenia dochodzenia) w celu wyjaśnienia, dlaczego składane przez wykonawców oświadczenia są nieprawdziwe (czy wynikają z błędów/pomyłek, czy są skutkiem celowego działania mającego wprowadzić zamawiającego w błąd). Z chwilą otrzymania przez Zamawiającego pisma MPWIK z dnia 16 czerwca 2021 r., dla Zamawiającego stało się jasne, że złożony przez Odwołującego (w trybie art. 26 ust. 3 Pzp) wykaz w części dotyczącej wykonania robót w zakresie „budowy lub przebudowy (w rozumieniu zapisów Praw budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto” oraz „robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego” był niezgodny z prawdą, a tym samym należało przyjąć, że Odwołujący nie wykazał wymaganego do udziału w Postępowaniu doświadczenia, co musiało skutkować wykluczeniem go z udziału w Postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że konsekwencją niewykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w Postępowaniu - w związku z tym, że Zamawiający nie mógł uznać, że Odwołujący zrealizował roboty budowlane w zakresie „budowy lub przebudowy (w rozumieniu zapisów Praw budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto” oraz „robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego”, których wykonanie było warunkiem udziału w Postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP), a także przedstawienia przez niego nieprawdziwych informacji, w zakresie zrealizowania przez niego robót budowlanych w ramach konkretnej inwestycji (art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie 17 - w zależności od tego, czy było to skutkiem celowego działania, czy lekkomyślności/niedbalstwa) musiało być jego wykluczenie z udziału w Postępowaniu.

Następnie Aquanet wyjaśnił, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp niezwłocznie poinformował - obszernym pismem z dnia 28 czerwca 2021 r. skierowanym do Odwołującego i pozostałych uczestników Postępowania - o wykluczeniu Odwołującego i jego przyczynach, przedstawiając wyczerpujące uzasadnienie w tym zakresie. Wobec powyższego kuriozalny jest argument Odwołującego, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, gdyż przedstawił dokument potwierdzający możliwość jego udziału w Postępowaniu - datowany na dzień 2 lipca 2021 r., a więc już po dniu wykluczeniu Odwołującego z Postępowania. Jak już wskazane zostało powyżej, Zamawiający ponownie podkreślał, że istotnym dla oceny tego, czy Odwołujący powinien być wykluczony z Postępowania, czy nie, jest to, czy wykazał on wymagane doświadczenie w Postępowaniu, a nie czy posiada stosowne doświadczenie w ogóle. Tak więc przywoływany przez Odwołującego dokument z dnia 2 lipca 2021 r. w opinii Aquanet nie stanowi wykazania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w Postępowaniu, ponieważ został on złożony poza trybem uzupełniania dokumentów i nie może on być oceniany przez Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego nie sposób uznać, że Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do wykazania spełnienia przez niego warunków udziału w Postępowaniu, skoro sam potwierdził w odwołaniu, że sporządzony przez niego wykaz (z dnia 25 maja 2021 r.) zawiera sprzeczne z prawdą informacje w zakresie co do realizacji określonych robót w ramach konkretnej inwestycji, co Zamawiający zweryfikował uzyskując stosowne wyjaśnienia inwestora (na rzecz, którego roboty rzekomo miały być realizowane). Nie ma tu więc znaczenia, czy było to skutkiem zamierzonego działania, niedbalstwa, czy lekkomyślności skoro w każdym z tych przypadków Odwołujący podlegał wykluczeniu.

Zamawiający wskazuje, że dla zastosowania - jako podstawy wykluczenia - art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wystarczającym jest wprowadzenie zamawiającego w błąd na skutek działania nieumyślnego, jednak z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności. Przez niedbalstwo zgodnie z doktryną prawa cywilnego należy rozumieć zachowanie sprawcy, który podejmując decyzję co do przyszłego postępowania, nie zdaje sobie sprawy z tego, że może ono być bezprawne. Miernikiem oceny przewidywania sprawcy co do prawidłowości lub nieprawidłowości działania w przypadku zamówień publicznych powinno być zachowanie należytej staranności ustalonej z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności prowadzonej przez wykonawcę. Godzi się także zauważyć, że nawet gdyby uznać, że nie zaktualizowała się przesłanka wymieniona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, to z całą pewnością w tym przypadku aktualizuje się przesłanka wymieniona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym do jej aktualizacji dochodzi także w sytuacji, w której wykonawca podał odmienne od rzeczywistości informacje, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Niewątpliwie w takim przypadku, kiedy Odwołujący nie dokonał właściwej weryfikacji podawanych Zamawiającemu informacji – mamy do czynienia z lekkomyślnością lub zwykłym niedbalstwem Odwołującego. Istotne jest również to, że informacja o posiadanym doświadczeniu Odwołującego miała istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje (w tym przypadku bowiem nie był to nawet czysto hipotetyczny wpływ, tylko faktyczny wpływ). Na podstawie podanej bowiem przez Odwołującego informacji o rzekomym spełnieniu warunku udziału w Postępowaniu, gdyby nie powzięcie informacji od podmiotu na rzecz, którego zamówienie było realizowane (Zamawiający przecież wcale nie musiał się zwracać do

MPWIK), to najprawdopodobniej oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza (choć na podstawie nieprawdziwej informacji). Nie podlega wątpliwości, że Odwołujący w Postępowaniu podejmował czynności bez zachowania standardów przewidzianych dla prowadzonej przez niego działalności. Świadczy o tym w szczególności to, że po pierwsze w sposób nieprecyzyjny określał nazwy inwestycji (w ramach których rzekomo wykonał roboty budowlane, który realizacja stanowiła warunek udziału w Postępowaniu), a następnie - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 PZP (które to wezwanie powinno wzbudzić wzmożoną i ponadstandardową uważność Odwołującego przy formułowaniu oświadczeń) Odwołujący podał informacje niezgodne z prawdą - co sam potwierdził.

Stanowisko Przystępującego

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1) Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) HYDRO-MARKO sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jarocinie (dalej: Konsorcjum" lub „Przystępujący”) w piśmie procesowym z dnia 13 sierpnia 2021 r. wnieśli o oddalenie odwołania i przestawili następujące stanowisko.

Ad II uzasadnienia odwołania pt. zarzuty dotyczące zaniechania wezwania Odwołującego do udzielenie wyjaśnień lub do uzupełnienia dokumentów zarzuty nr 1 i 2

a) kwestia wezwania z dnia 18.05.2021 r.

Zdaniem Konsorcjum zarzut ten (czyli dotyczący wezwania z dnia 18.05.2021 r.) jest spóźniony i nie powinien podlegać rozpoznaniu. Odwołujący, pomimo że miał prawo skorzystania ze środka ochrony prawnej, którym kwestionowałby zasadność wezwania go do uzupełnienia wykazu robót, tego nie uczynił. To oznacza, że nie może na tym etapie postępowania podnosić zarzutów wobec czynności, której nie kwestionował odwołaniem i która pozostała w obrocie prawnym. Co więcej, Odwołujący nie tylko, że nie skorzystał ze środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie, to nawet w żaden inny sposób nie kontestował (choćby w piśmie czy w samej odpowiedzi na to wezwanie) ani samego wezwania z dnia 18.05.2021 r., ani jego podstawy prawnej, ani tego, że jest to wezwanie do uzupełnienia. Co więcej wykonawca Budimex do tego wezwania się zastosował. To także jednoznacznie świadczy o tym, że kwestionowanie wezwania z dnia 18.05.2021 r. dokonywane jest tylko na potrzeby odwołania, a Odwołujący wcześniej w tym wezwaniu nie dopatrywał się żadnego uszczerbku dla swojego interesu i swoich praw. Brak skorzystania ze środka ochrony prawnej, jak i jakiegokolwiek innego sposobu kwestionowania wezwania z dnia 18.05.2021 r. oznacza, że Odwołujący, tym samym zaakceptował stanowisko Zamawiającego i dokonałą przez niego ocenę przedłożonego Wykazu¹. Nie powinno być zatem żadnych wątpliwości, że na tym etapie postępowania nie ma już możliwości kwestionowania wezwania z dnia

18.05.2021 r. jako wezwania dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i dotyczącego uzupełnienia złożonego wykazu.

Pomimo tego Przystępujący z ostrożności odniósł się także merytorycznie do zarzutu Odwołującego dotyczącego wezwania z dnia 18.05.2021 r. Zdaniem Konsorcjum nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że złożony przez niego Wykaz1 był prawidłowy. Pismem z dnia 21.04.2021 r., na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w postaci m.in. wykazu usług/robót budowlanych wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których usługi i roboty te zostały wykonane, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, z jednoczesnym załączeniem dowodów określających, czy usługi/roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Załącznik nr 6 do SIWZ wskazywał w drugiej kolumnie, że powinna ona zawierać wskazanie takich danych jak Usługa/robota budowlana/nazwa/opis. Wezwanie to było zgodne z SIWZ, jak i obowiązującymi przepisami prawa, w tym § 2 ust. 4 pkt 1 i 2 oraz ust. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia ((dalej: „Rozporządzenie”). Rozporządzenie wskazuje bowiem wprost, że dokumentem, którego Zamawiający mógł żądać od wykonawców celu potwierdzenia spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia jest właśnie wykaz usług/robót, którego obowiązkowym elementem jest podanie rodzaju usług/robót, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi i roboty te zostały wykonane oraz załączenie dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie.

W ocenie Przystępującego z treści wezwania, jak i załącznika nr 6 do SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał wprost na danym etapie Postępowania wskazania przez Odwołującego rodzaju wykonanej usługi/roboty budowlanej, w tym z podaniem jej wartości i opisem. Było to niezbędne do dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia w realizowaniu prac projektowych i robót budowlanych ściśle i precyzyjnie określonych przez Zamawiającego w pkt 6.2.3.1. SIWZ. W pkt 6.2.3.1 SIWZ Zamawiający postawił warunek wykazania się doświadczeniem zarówno w zakresie wykonania usług (projektowanie) jak i robót budowlanych. Co więcej, każdy z tych warunków w swej istocie składał się z kilku innych podwarunków opisujących szczegółowo poszczególne rodzaje usług i robót budowlanych jakimi powinien legitymować się wykonawca. Wreszcie w odniesieniu do niektórych kategorii robót budowlanych warunek ten dotyczył także określonej ich wartości.

W odpowiedzi na wezwanie wraz z pismem z dnia 5.05.2021 r., w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 6.2.3.1. SIWZ, Odwołujący złożył Wykaz nr 1, w którym wskazał wyłącznie fakt zrealizowania określonych zadań bez wyszczególnienia rodzaju, opisu i wartości usług/robót, które ramach tych zadań zostały wykonane. W istocie Odwołujący poprzestał na podaniu nazwy inwestycji oraz jej całościowej wartości. Co prawda, do Wykazu1 Odwołujący dołączył dowody potwierdzające należyte wykonanie prac na ww. zadaniach, jednak również na ich podstawie Zamawiający nie był w stanie ocenić, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt 6.2.3.1 SIWZ. Zdaniem Przystępującego trudno było uznać, że Wykaz1 był prawidłowy, skoro nie zawierał podstawowych informacji o rodzaju usług i robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę Budimex. Z całą pewnością podanie nazwy inwestycji nie jest określeniem rodzaju prac. Nie jest rolą Zamawiającego domyślanie się i weryfikowanie w ramach jakiej inwestycji jakie prace wykonano i o jakiej wartości i jak poszczególne inwestycje przyporządkować do wskazanego w SIWZ warunku dotyczącego doświadczenia. To rolą wykonawcy jest takie sporządzenie wykazu usług/robót, aby wynikało z niego jakie prace zostały wykonane w ramach danych zadań i na tej podstawie możliwe było zweryfikowanie spełniania warunku ubiegania się o zamówienie. Przystępujący wskazywał, że to właśnie Wykaz usług/robót jest podstawowym dokumentem poświadczającym spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, a wykaz ten stanowi pisemne oświadczenie wykonawcy odpowiadające w swej treści co najmniej wymaganiom określonym w SIWZ. KIO wielokrotnie w swych orzeczeniach podkreślała rolę wykazu usług/ robót jako dokumentu odnoszącego się do wymaganego doświadczenia tak właśnie wskazując funkcję wykazu.

Przystępujący zauważał, że obowiązek złożenia wykazu, z którego wynika rodzaj prac wynika z faktu, że to wykonawca składający ofertę, musi złożyć wraz z nią własne, o odpowiedniej treści, pisemne oświadczenie potwierdzające spełnianie warunku udziału w Postępowaniu - wyraźne wskazanie na usługi, które w ocenie wykonawcy odpowiadają swym zakresem wymogom określonym przez Zamawiającego w treści warunku. Tymczasem informacje podane przez Budimex w Wykazie1 w żaden sposób nie odnosiły się do wymogów doświadczenia, co w sposób oczywisty było wadliwością tego wykazu. Zatem zastosowanie procedury z art. 26 ust. 3 Pzp i wezwanie do uzupełnienia było nie tylko uprawnione, ale wręcz konieczne. Do obowiązków Zamawiającego należy bowiem ocena czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co istotne, ocena ta powinna być dokonana przez Zamawiającego na podstawie oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę.

Zdaniem Konsorcjum brak jest przy tym podstaw do twierdzenia, że wezwanie Zamawiającego zostało sformułowane w sposób wadliwy pod względem zasadności,

precyzyjności i jednoznaczności z punktu widzenia wykonawcy. Przystępujący nie zgadzał się również ze stwierdzeniem, jakoby Zamawiający nie sprecyzował swoich wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, nie wykazał wprost jakiego zachowania od wykonawcy oczekuje, w jakim zakresie i na jakiej podstawie. Zresztą Odwołujący, jeżeli miał jakiegokolwiek wątpliwości co do tego wezwania powinien był je wyrazić po otrzymaniu tego wezwania (co najmniej poprzez wystosowanie prośby do Zamawiającego o wyjaśnienia treści wezwania), tymczasem żadnych wątpliwości nie wyartykułował. Co więcej wykonawca Budimex do wezwania się zastosował, zasadniczo w sposób taki jaki był wskazany w piśmie (tyle, że znów błędnie). W opinii Konsorcjum owe rzekome wątpliwości są jedynie elementem strategii procesowej Odwołującego. Wreszcie z całą pewnością wezwania z dnia 18.05.2021 r. nie można potraktować jako wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących Wykazu1. Jak już wcześniej zauważono Wykaz1 zawierał ewidentne braki (brak określenia rodzaju prac i ich wartości, a zamiast tego podanie jedynie nazw kontraktów i ich ogólnej wartości). Wezwanie do złożenia wyjaśnień służy bowiem wyjaśnieniu treści informacji zawartych w wykazie, ale nie może służyć uzupełnieniu jego treści. Skoro Odwołujący nie podał rodzaju i wartości prac na tym etapie Postępowania nie było czego wyjaśniać, a jedynie można było, jak to uczynił Zamawiający, wezwać do uzupełnienia wykazu o informację, które de facto stanowią istotę takiego wykazu. Tymczasem oczekiwanie Odwołującego wezwania do wyjaśnień służyłoby wytworzeniu nowej treści Wykazu1, co jest oczywiście niedozwolone. Bez wątpienia zatem, wbrew stanowisku Odwołującego, wezwanie z dnia 18.05.2021 r. było uzasadnione i powinno być traktowane jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jako wezwanie do uzupełnienia Wykazu1.

b) kwestia Wykazu2 i jego oceny

Przystępujący podniósł, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18.05.2021 r. złożył nowy wykaz usług / robót datowany na 25.05.2021 r. (Wykaz2). Poza sporem jest, że w Wykazie2, Odwołujący wskazał, że w ramach zadania pn. „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągowym etap II–II ciąg technologiczny” wraz zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi” (poz. nr 1 Wykazu2) wykonał zakres prac wymagany przez pkt 6.2.3.1. lit. b. ppkt iv. i v. SIWZ. Poza sporem jest także to, że ww. prace nie zostały wykonane w ramach zadania opisanego w poz. 1 Wykazu2. Powyższe zostało ustalone przez Zamawiającego w toku korespondencji prowadzonej z inwestorem (MPWiK). Niewątpliwie zatem Wykaz2 zawierał nieprawdziwą informację jakoby w ramach zadania pn. „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągowym etap II – II ciąg technologiczny” wraz zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi” (poz. nr 1 Wykaz2) Budimex S.A. wykonał zakres prac wymagany przez pkt 6.2.3.1. lit. b. ppkt iv. i v. SIWZ. Przystępujący stwierdził, że Zamawiający dochował należytej staranności weryfikując Wykaz2 zarówno na podstawie

jego treści, jak i w toku korespondencji z MPWiK. Zdaniem Konsorcjum oczywiste było, że skoro wątpliwości Zamawiającego dotyczyły konkretnych prac w ramach konkretnej inwestycji to pytanie dotyczy tego zakresu. Nie jest rolą żadnego zamawiającego prowadzenie ustaleń wykraczających poza treść złożonego wykazu i prowadzenie wyjaśnień czy może dany wykonawca wykonał dane prace, ale na innym zadaniu niż sam to określił. Co więcej, tego typu działanie Zamawiającego w sposób oczywisty naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, albowiem de facto sprowadzałoby się do wyręczania wykonawcy. Rolą Zamawiającego jest weryfikacja dokumentów i informacji złożonych przez wykonawcę w takim zakresie jaki podał wykonawca, a nie ustalanie czy może dany wykonawca wykonał określone prace na innych zadaniach niż sam to podał. W konsekwencji w świetle treści Wykazu2 oraz informacji uzyskanych od MPWiK nie było żadnych wątpliwości co do tego, że w ramach inwestycji wskazanej w poz. 1 Wykazu2 nie zostały wykonane, wbrew temu co podał wykonawca Budimex, prace opisane w pkt 6.2.3.1. lit. b. ppkt iv. i v. SIWZ.

c) kwestia dopuszczalności uzupełnienia Wykazu2

Przystępujący stwierdził, że Odwołujący miał pełną świadomość podania błędnych informacji w Wykazie2, jednakże wskazywał, że w zaistniałej sytuacji Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia złożonego wykazu lub udzielenia wyjaśnień dotyczących sprzeczności pomiędzy treścią Wykazu2 a treścią informacji uzyskanej przez MPWiK. Niewątpliwie pierwsze wezwanie dotyczyło braku wskazania w poszczególnych pozycjach Wykazu1 rodzaju (opisu) wykonanych prac adekwatnie do warunku doświadczenia. Tymczasem drugie wezwanie dotyczące Wykazu2 również musiałoby dotyczyć tej samej kwestii, tj. nieprawidłowego opisu rodzaju prac wykonywanych w ramach poszczególnych inwestycji. Zatem owo drugie wezwanie nie tylko, że dotyczyłoby dokładnie tego samego dokumentu (wykazu usług/robót), ale także tej samej kwestii tj. określenia rodzaju prac w ramach danych zadań. Przystępujący nie zgadzał się też z twierdzeniem, jakoby na skutek odpowiedzi Odwołującego na wezwanie z dnia 18.05.2021 r. miała się pojawić zupełnie nowa okoliczność, która mogłaby stanowić podstawę do skierowania ponownego wezwania do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tak samo jak nie mógł się zgodzić z twierdzeniem, że wątpliwości, co do spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego pojawiły się dopiero w związku z pismem MPWiK z dnia 16.06.2021 r. Raz jeszcze stanowczo należy zaznaczyć należy, że podstawą skierowania przez Zamawiającego pierwotnego wezwania do uzupełnienia Wykazu1 było złożenie przez Odwołującego wykazu, który w żaden sposób nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Nie ma więc znaczenia fakt, że do MPWiK Zamawiający zwrócił się już po wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, skoro

skierowanie tego zapytanie było możliwe dopiero na skutek udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi na wezwanie z dnia 18.05.2021 r.

W opinii Przystępującego gdyby przyjąć za zasadne tezy Odwołującego oznaczałoby to wielokrotne dopuszczanie do uzupełnienia tego samego dokumentu o te same kwestie. Byłoby to oczywistym naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, albowiem de facto preferowałoby nieudolnego wykonawcę kosztem tych, którzy rzetelnie przygotowali swe oferty. Co istotne Budimex miał szansę na naprawienie swego pierwotnego uchybienia, a więc nie można w żaden sposób mówić o nadmiernym rygoryzmie tej procedury. Dodatkowo Konsorcjum podniosło, że w okolicznościach, w których niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest bezpośrednio związane z podaniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji i wprowadzeniem Zamawiającego w błąd nie jest możliwe wezwanie takiego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W przypadku bowiem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp nie ma możliwości sanowania nieprawdziwej informacji podanej przez wykonawcę, a tym bardziej do wzywania takiego wykonawcy do złożenia informacji nowych, niezawierających wad lub poprawienia informacji złożonych wcześniej.

d) kwestia dopuszczalności wyjaśnienia Wykazu2

Konsorcjum stało na stanowisku, że rozpoznawanej sprawie nie było także możliwe zastosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień. Przede wszystkim wezwanie takie powinno mieć miejsce tylko wtedy, gdy Zamawiający ma uzasadnione wątpliwości co do treści oświadczeń wykonawcy, np. w przypadku niejasności albo wewnętrznej sprzeczności w przedłożonych przez wykonawcę dokumentach. W tej sprawie zatem takich wątpliwości nie było. Wykonawca Budimex jednoznacznie i precyzyjnie przypisał rodzaj wykonanych prac do konkretnych zadań. Jednocześnie MPWiK jednoznacznie potwierdziło, że w ramach zadania z poz. 1 Wykazu2 nie wykonano wszystkich tych prac, które wykonawca Budimex wskazał jako wykonane. Zatem w tej sprawie nie było żadnych wątpliwości co do tego, że w ramach zadania z poz. 1 Wykazu2 nie zostały wykonane wszystkie te prace, które wskazał Odwołujący. Ta kwestia zresztą nie budzi wątpliwości i nawet sam Odwołujący nie twierdzi, że było inaczej. Już zatem ta okoliczność (jednoznaczność ustaleń odnośnie rodzaju prac objętych poz. 1 Wykazu2) uniemożliwia zastosowanie wyjaśnień. Ponadto wyjaśnienia takie (tj. te oczekiwane przez wykonawcę Budimex) musiałyby prowadzić do zmiany oświadczenia Odwołującego i wytworzenia nowego o odmiennej treści (czyli wykreśleniu określonych prac z poz. 1 i dopisanie ich do poz. 2 Wykazu2). Tymczasem wyjaśnienia nie mogą służyć zmianie składanych oświadczeń tylko wyjaśnieniu wątpliwości związanych z ich treścią. Także w utrwalonym orzecznictwie podkreśla się, że regulacja z art. 26 ust. 4 Pzp służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich

uprzednio niezawartych. Co więcej nie jest rolą Zamawiającego, aby próbował on wyjaśniać kwestie tego czy może dany wykonawca jednak wykonał dany rodzaj prac, ale w ramach innych zadań niż sam podał. To wykonawca określa ramy wykazu i poszczególnych pozycji z wykazu, a Zamawiający nie powinien poza nie wykraczać i wyręczać w ten sposób wykonawcę, względnie na siłę szukać jakichś dodatkowych informacji. Ponadto, w przypadku podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, wyłączona jest także możliwość poprawienia nieprawdziwej informacji podanej przez wykonawcę w drodze udzielenia przez niego wyjaśnień w oparciu o wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Ad III uzasadnienia odwołania pt. „niewykazanie przesłanek do wykluczenia Odwołującego z Postępowania – zarzuty nr 3, 4, 5 i 6

a) wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp

Przystępujący podzielał stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym zaistniały przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 Pzp. Zdaniem Konsorcjum poza sporem jest, że wykonawca Budimex przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące rodzaju prac wykonanych w ramach w poz. nr 1 Wykazu². Spełniona została zatem przesłanka podania nieprawdziwych informacji. W związku z tym, że podane informacje dotyczą kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu spełniona została także druga z przesłanek umożliwiających zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Wreszcie niewątpliwie doszło w tej sprawie do co najmniej rażącego niedbalstwa (a tym samym także i lekkomyślności) po stronie Odwołującego. Należy przy tym dodać, że na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kc. Zgodnie z art. 355 § 1 Kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i

oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości⁶.

Zdaniem Przystępującego jako podmiot profesjonalny (wobec którego należy stosować podwyższony miernik staranności), Odwołujący powinien był przy tym w szczególności dokładnie zweryfikować informacje, na które się powołał w Wykazie², tym bardziej, że w wezwaniu z dnia 18.05.2021 r. Zamawiający wprost wskazał, że wezwanie jest formułowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i że dotychczas złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków udziału w Postępowaniu. Odwołujący powinien mieć zatem świadomość, że przedłożony przez niego na danym etapie poprawiony Wykaz² nie będzie mógł podlegać dalszym zmianom i uzupełnieniom. Powinien zatem był zachować szczególną staranność w przyporządkowywaniu zakresu wskazanego w pkt 6.2.3.1. SIWZ do poszczególnych zadań, w tym to, że negatywne konsekwencje jakichkolwiek błędów zawartych w Wykazie² będą obciążać jego.

W ocenie Konsorcjum nie sposób także uznać zarzutu, że Zamawiający powinien był podjąć jakieś szczególne działania przed wykluczeniem wykonawcy Budimex z postępowania. Zamawiający bezspornie ustalił, że informacje podane przez Odwołującego są nieprawdziwe i na tej podstawie, uwzględniając całokształt okoliczności w tej sprawie podjął właściwą decyzję. Oczekiwanie, że Zamawiający przed podjęciem takiej decyzji podejmował będzie jakieś szeroko zakrojone działania zmierzające np. do wyjaśnienia czy może jednak wykonawca (już raz wzywany do uzupełnienia) w ramach jakichś innych zadań wykonał dany rodzaj prac jest niczym nie uzasadnione. Nie jest rolą Zamawiającego prowadzenie jakiegoś „śledztwa” czy też szeroko zakrojonego postępowania wyjaśniającego. Zamawiający może podejmować działania w zakresie tych informacji, które określił sam wykonawca i w niniejszej sprawie zamawiający taką weryfikację przeprowadził. W opinii Przystępującego w zaistniałej sytuacji Zamawiający miał zatem obowiązek wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, bez możliwości zastosowania procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego na tej podstawie była więc prawidłowa.

b) wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

Przystępujący stwierdził, że w stosunku do Odwołującego zaistniała również podstawa do wykluczenia go z udziału w Postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem fakt, że wykonawca obiektywnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie będzie przeszkodą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli nie wykazał on tego, za pomocą wskazanych przez zamawiającego dowodów. Nawet wiedza

Zamawiającego w tym przedmiocie nie może prowadzić do zastępowania oświadczeń wykonawców i w konsekwencji przerzucenia na niego ciężaru dowodu. Podobnie bezczynność wykonawcy czy też brak staranności zawsze musi prowadzić, w świetle powołanego przepisu, do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Następnie Przystępujący stwierdził, że Zamawiający, z przyczyn opisanych wyżej nie mógł już zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Pzp z uwagi na fakt, że informacje podane przez Odwołującego w Wykazie2 okazały się nieprawdziwe.

Niezależnie więc od zaistniałych przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp Konsorcjum wskazywało, że w toku Postępowania zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z Postępowania, albowiem nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie KIO wydawanym na gruncie takich samych stanów faktycznych słusznie podkreśla się, że: decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu Zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast Zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z Postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd Zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów. Nie ma więc znaczenia fakt, że Odwołujący spełniał warunki udziału w Postępowaniu, co mają potwierdzać dokumenty załączone do odwołania, skoro nie wykazał on w oparciu o przedłożone w Postępowaniu dokumenty, że te warunki spełnia. Twierdzenia te, jak i obecnie przedkładane dokumenty przez Odwołującego mające dowodzić, że w istocie warunki w zakresie wymaganego doświadczenia zostały przez niego spełnione, nie mają obecnie znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i nie świadczą o podjęciu przez Zamawiającego wadliwej decyzji co do wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

c) brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania

Przystępujący stwierdził, że nie ma również racji Odwołujący twierdząc, że Zamawiający naruszył zasady informowania o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzuceniu jego oferty, w tym zaniechał podania pełnej podstawy faktycznej i prawnej swojej

decyzji. W ocenie Konsorcjum Zamawiający w sposób jasny i klarowny poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania i odrzuceniu jego oferty, podając podstawy prawne, jak i okoliczności faktyczne będące podstawą podjęcia przez Zamawiającego decyzji. W treści pisma wskazano wprost, że „uwzględniając informacje podane przez MPWiK, Zamawiający nie może uznać, że Wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia określonego w pkt 6.2.3.1. lit. b) ppkt iv. oraz v. SIWZ TOM 1 – IDW”. Wskazano również, że „Ponadto Zamawiający stwierdza, że Wykonawca wprowadził go w błąd przy podawaniu informacji o spełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu”. W informacji przywołano również wprost na art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust. 1 pkt 17, jak i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jako trzy niezależne od siebie podstawy wykluczenia Odwołującego, zaś każda z nich nakładała na Zamawiającemu obowiązek wykluczenia Odwołującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty. Przystępujący podniósł również, że Odwołujący, na podstawie informacji Zamawiającego z dnia 28.06.2021 r. w prawidłowy sposób zidentyfikował więc przyczyny wykluczenia go z Postępowania, o czym świadczy chociażby treść Odwołania i wywiedzionych w nim zarzutów. Nie sposób więc uznać, by Zamawiający dopuścił się zarzucanych przez Odwołującego uchybień w tym zakresie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót polegających na modernizacji (przebudowie) istniejących obiektów i ciągu technologicznego oraz w miejscu II ciągu, wybudowanie nowych obiektów intensyfikujących proces uzdatniania wody na terenie Stacji Uzdatniania Wody Wiśniowa w Poznaniu (Aglomeracja Poznań: Modernizacja Stacji Uzdatniania Wody na ul. Wiśniowej – Etap I).

W pkt 6.2.3.1 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. Zamawiający sprecyzował, że:

6.2.3.1. Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał (łącznie):

a) w zakresie projektowania:

i. co najmniej 1 dokumentację projektową zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy budowy lub przebudowy (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej pompowni wody, obejmującej swoim zakresem montaż lub wymianę agregatów pompowych w zabudowie suchej o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW;

ii. co najmniej 1 dokumentację projektową zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy wykonania przełączy rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm;

iii. co najmniej 1 dokumentację projektową zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy dotyczący budowy lub przebudowy (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d;

iv. co najmniej 1 dokumentację projektową zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy bezwykopowej renowacji rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 500 mm;

oraz

b) w zakresie realizacji robót:

i. co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej pompowni wody, obejmującą swoim zakresem montaż lub wymianę agregatów pompowych w zabudowie suchej, o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 2 500 000,00 zł netto;

ii. co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót technologicznych dotyczących montażu pomp, orurowania i armatury w nowej lub istniejącej pompowni wody, o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW;

iii. co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na wykonaniu przełączy rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm;

iv. co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto;

v. co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego, orurowania i armatury;

vi. co najmniej 1 robotę budowlaną obejmującą bezwykopową renowację rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN500 mm,

UWAGA!

Każde zadanie wskazane przez Wykonawcę może równocześnie potwierdzać spełnianie więcej niż jednego z powyższych warunków.

Zamawiający wymaga od Wykonawcy wykonania wszystkich wyżej wymienionych prac projektowych i robót budowlanych (za wyjątkiem wymienionych w podpunkcie iv) w zakresie projektowania i w podpunkcie vi) w zakresie realizacji robót) na czynnej stacji uzdatniania wody służącej zbiorowemu zaopatrzeniu w wodę. Zbiorowe zaopatrzenie w wodę oznacza działalność polegającą na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi (w rozumieniu przepisów o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków).

Przez prace wykonywane na czynnej stacji uzdatniania wody Zamawiający rozumie, że Wykonawca realizował prace projektowe i roboty budowlane przy jednoczesnym zachowaniu ciągłości produkcji wody, bez przerw w jej dostawie do odbiorców. Wszelkie przełączenia i włączenia instalacji również odbywały się przy takiej organizacji prac Wykonawcy, które zapewniały nieprzerwaną ciągłość produkcji i dostawy wody do odbiorców z zachowaniem:

- odpowiedniej jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi,

- odpowiedniej ilości i wymaganego ciśnienia.

Zgodnie z pkt 7.1 lit b) SIWZ w celu potwierdzenia spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu wykonawca był obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące dokumenty (w terminach wskazanych w niniejszej SIWZ):

b) wykaz usług/robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi i roboty te zostały wykonane (załącznik nr 6 do SIWZ), z załączeniem dowodów określających czy usługi/roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi/roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty w przypadku robót budowlanych, natomiast w przypadku usług – oświadczenie Wykonawcy.

Dowody (referencje lub odrębny dokument, poświadczenie) potwierdzające uzyskanie na czynnej stacji uzdatniania wody o następujących parametrach: parametry mikrobiologiczne: Enterokoki w 100 ml - wartość wymagana równa zero; parametry wskaźnikowe: ogólna liczba mikroorganizmów w 22+/- 2°C po 72 h - wartość wymagana bez nieprawidłowych zmian; bakterie grupy Coli w 100 ml - wartość wymagana równa zero; mangan - wartość wymagana mniejsza lub równa 50 µg/l; utlenialność z KMnO4 – wartość wymagana mniejsza lub równa 5 mg/l; parametry chemiczne: suma trihalometanów (THM) – wartość wymagana mniejsza lub równa 100 µg/l.

W treści wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ „Wykaz wykonanych usług/robót budowlanych” Zamawiający zawarł tabelę, w której w kolumnie drugiej sprecyzował „Usługa/Robota budowlana Nazwa/Opis”.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do „złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów w Postępowaniu, w tym między innymi do złożenia wykazu: usług/robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi i roboty te zostały wykonane (załącznik nr 6 do SIWZ), z załączeniem dowodów określających czy usługi/roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. *Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi/roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty w przypadku robót budowlanych, natomiast w przypadku usług – oświadczenie Wykonawcy*”.

W zakreślonym przez Zamawiającego terminie, tj. w dniu 5 maja 2021 r., Odwołujący złożył wymagane dokumenty, w tym Wykaz wykonanych usług/robót budowlanych sporządzony zgodnie z

wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (dalej: „Wykaz1). W wykazie tym Odwołujący oświadczył, że wykonał następujące usługi i roboty budowlane:

Odwołujący w złożonym Wykazie1 w kolumnie nr 2 podał następujące informacje:

- poz. 1 „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągowym etap II - II ciąg technologiczny” wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi, Poświadczenie DOZ/284/197/2016;

- poz. 2 „Modernizacja Zakładu Północnego - etap II. Modernizacja pompowni I i III stopnia”
Modernizacja rurociągów i armatury w komorach technologicznych Pompowni III-go stopnia i III-go, Świadectwo Przejęcia Robót nr 10 /49/US/PW/PRO-JRP-T1/B/17, Świadectwo Przejęcia Robót nr 05/49/US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17, Świadectwo Wykonania dla Kontraktu nr 03-49/ US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17, Świadectwo Wykonania dla Kontraktu nr 49/ US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17”.

Wraz z ww. wykazem wykonawca Budimex złożył następujące dokumenty: Poświadczenie DOZ/284/197/2016, Świadectwo Przejęcia Robót nr 10 /49/US/PW/PRO-JRP-T1/B/17, Świadectwo Przejęcia Robót nr 05/49/US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17, Świadectwo Wykonania dla Kontraktu nr 03-49/ US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17, Świadectwo Wykonania dla Kontraktu nr 49/ US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17.

Następnie w dniu 18 maja 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp skierował do Odwołującego pismo, w którym podał m. in.: „Zamawiający – AQUANET SA, ul. Dolna Wilda 126 w Poznaniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm. – dalej „PZP”), wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia w ww. postępowaniu.

1. Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia.

W pkt. 6.2.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) TOM 1 – IDW Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia. W celu uznania warunków w zakresie doświadczenia za spełnione, Wykonawca zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał (łącznie): (...)

W celu potwierdzenia spełnienia powyższych warunków Wykonawca, zgodnie z pkt. 7.1. lit b) SIWZ TOM 1 – IDW zobowiązany był przedstawić:

– wykaz usług/robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi i roboty te zostały wykonane (załącznik nr 6 do SIWZ), z załączeniem dowodów określających czy usługi/roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi/roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o

obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty w przypadku robót budowlanych, natomiast w przypadku usług – oświadczenie Wykonawcy.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 PZP (pismo nr DW/RP/1168/32721/2021 z dnia 21.04.2021 r.), w celu potwierdzenia spełnienia warunku określonego w pkt 6.2.3.1. SIWZ TOM 1 – IDW złożył „Wykaz robót”, w którym wskazał zadania:

- „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągowym etap II – II ciąg technologiczny” wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi,
- „Modernizacja Zakładu Północnego – etap II. Modernizacja Pompowni I i III stopnia”, Modernizacja rurociągów i armatury w komorach technologicznych Pompowni III-go stopnia i III-go oraz wydane w imieniu Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i kanalizacji w M. St. Warszawie Spółka Akcyjna:
- Poświadczenie DOZ/284/197/2016,
- Świadectwo Przejęcia Robót nr 10 /49/US/PW/PRO-JRP-T1/B/17,
- Świadectwo Przejęcia Robót nr 05/49/US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17,
- Świadectwo Wykonania dla Kontraktu nr 03-49/ US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17,
- Świadectwo Wykonania dla Kontraktu nr 49/ US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17.

Z treści ww. dokumentów oraz złożonego przez Wykonawcę „Wykazu robót” nie wynika:

- 1) w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.2.3.1. lit. a) ppkt i. SIWZ TOM 1 – IDW, że Wykonawca wykonał dokumentację projektową zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy budowy lub przebudowy (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej pompowni wody, obejmującej swoim zakresem montaż lub wymianę agregatów pompowych w zabudowie suchej o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW;
- 2) w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.2.3.1. lit. a) ppkt ii. SIWZ TOM 1 – IDW, że Wykonawca wykonał co najmniej 1 dokumentację projektową zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy wykonania przełączeń rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm;
- 3) w odniesieniu do warunków określonych w pkt. 6.2.3.1. lit. a) ppkt. iii. SIWZ TOM 1 – IDW, że Wykonawca w ramach dokumentacji projektowej wykonał projekt budowlany oraz projekt wykonawczy; ponadto wątpliwość Zamawiającego budzi kwestia czy ww. projekty obejmowały budowę lub przebudowę w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego;
- 4) w odniesieniu do warunków określonych w pkt. 6.2.3.1. lit. a) ppkt. iv. SIWZ TOM 1 – IDW, że Wykonawca w ramach dokumentacji projektowej wykonał projekt budowlany oraz projekt wykonawczy;
- 5) w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.2.3.1. lit. b) ppkt. i. SIWZ TOM 1 – IDW, że wskazana przez Wykonawcę robota budowlana polegająca na budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej pompowni wody, obejmowała swoim zakresem montaż lub wymianę agregatów pompowych w zabudowie suchej, o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 2 500 000,00 zł netto;
- 6) w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.2.3.1. lit. b) ppkt. ii. SIWZ TOM 1 – IDW, że roboty budowlane zostały wykonane w pompowni wody o mocy co najmniej 250 kW;

7) w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.2.3.1. lit. b) ppkt. iii. SIWZ TOM 1 – IDW, że Wykonawca wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na wykonaniu przełączeń rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm;

8) w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.2.3.1. lit. b) ppkt. iv. SIWZ TOM 1 – IDW, że Wykonawca wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto;

9) w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.2.3.1. lit. b) ppkt. v. SIWZ TOM 1 – IDW, że Wykonawca wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego, orurowania i armatury.

Wobec powyższego Zamawiający nie może uznać, że przedstawione przez Wykonawcę dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, dlatego wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, określonych w pkt. 7.1. lit b) SIWZ TOM 1 – IDW, w odniesieniu do warunków postawionych w pkt. 6.2.3.1. lit. a) ppkt. i. do iv. oraz lit. b) ppkt. i. do v”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożony Wykaz wykonanych usług/robót budowlanych (Wykaz2), w treści którego w kolumnie nr 2 podano:

- poz. 1:

„Zgodnie z 6.2.3.1 lit a) ppkt i – iii SIWZ TOM1 – IDW:

W ramach zadania pn.: „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi” został wykonany projekt budowlany oraz projekt wykonawczy przebudowy (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej pompowni wody, obejmującej swoim zakresem wymianę agregatów pompowych wraz z montażem w zabudowie suchej o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW; oraz projekt budowlany oraz projekt wykonawczy wykonania przełączeń rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm; oraz projekt budowlany oraz projekt wykonawczy przebudowy (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d;

i zgodnie z 6.2.3.1 lit b) ppkt i – v SIWZ TOM1 – IDW:

W ramach zadania pn.: „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi zostały wykonane roboty budowlane polegające na przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej pompowni wody, obejmującej wymianę agregatów pompowych wraz z ich montażem w zabudowie suchej, o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 2 500 000,00 zł netto; oraz wykonanie robót technologicznych dotyczących montażu pomp, orurowania i armatury w istniejącej pompowni wody, o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW; oraz wykonanie przełączeń rurociągów

wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm; oraz przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto; oraz wykonanie robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego, orurowania i armatury;

Poświadczenie DOZ/284/197/2016”

- w poz. 2

Zgodnie z 6.2.3.1 lit a) ppkt iv SIWZ TOM1 – IDW:

W ramach zadania pn: „Modernizacja Zakładu Północnego – etap II. Modernizacja Pompowni I i III stopnia” został wykonany projekt budowlany oraz projekt wykonawczy bezwykopowej renowacji rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 500 mm;

oraz zgodnie z 6.2.3.1 lit b) ppkt vi SIWZ TOM1 – IDW:

W ramach zadania pn.: „Modernizacja Zakładu Północnego – etap II. Modernizacja Pompowni I i III stopnia” wykonano robotę budowlaną obejmującą bezwykopową renowację rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN500 mm,

Świadectwo Przejęcia Robót nr 10 /49/US/PW/PRO-JRP-T1/B/17

Świadectwo Przejęcia Robót nr 05/49/US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17

Świadectwo Wykonania dla Kontraktu nr 03-49/ US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17

Świadectwo Wykonania dla Kontraktu nr 49/ US/PW/ PRO-JRP-T1/B/17”.

Pismem z dnia 2 czerwca 2021 r. Zamawiający zwrócił się do MPWIK z prośbą o udostępnienie informacji o zakresie zrealizowanych inwestycji. W treści pisma Zamawiający podał m. in.: „Jako najkorzystniejszego Wykonawcę badamy firmę Budimex S.A. Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wskazał dwie inwestycje, które zrealizował na Państwa rzecz, tj. „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi” oraz „Modernizacja Zakładu Północnego – etap II. Modernizacja Pompowni I i III stopnia”.

Wobec powyższego zwracam się z prośbą o przekazanie informacji czy Wykonawca Budimex SA w ramach udzielonego przez Państwa zamówienia:

1. W zakresie inwestycji „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi” wykonał:

- a) dokumentację projektową zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy budowy lub przebudowy (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej pompowni wody, obejmującej swoim zakresem montaż lub wymianę agregatów pompowych w zabudowie suchej o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW;
- b) dokumentację projektową zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy wykonania przełączy rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm;

- c) dokumentację projektową zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy dotyczący budowy lub przebudowy (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d;
- d) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej pompowni wody, obejmującą swoim zakresem montaż lub wymianę agregatów pompowych w zabudowie suchej, o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 2 500 000,00 zł netto;
- e) robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót technologicznych dotyczących montażu pomp, orurowania i armatury w nowej lub istniejącej pompowni wody, o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW;
- f) robotę budowlaną polegającą na wykonaniu przełączeń rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm;
- g) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto;
- h) robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego, orurowania i armatury.

2. W zakresie inwestycji „Modernizacja Zakładu Północnego – etap II. Modernizacja Pompowni I i III stopnia” wykonał:

- a) dokumentację projektową bezwykopowej renowacji rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 500 mm;
- b) co najmniej 1 robotę budowlaną obejmującą bezwykopową renowację rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 500 mm”.

MPWIK udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w piśmie z dnia 16 czerwca 2021 r. w którym stwierdzono m. in: „W odpowiedzi na pismo nr: DW/RP/1168/47461/2021 z dnia 2 czerwca 2021 roku, które wpłynęło do Spółki w dniu 8 czerwca 2021 roku, dotyczące prośby o udostępnienie informacji w sprawie zakresu zrealizowanych inwestycji przez firmę Budimex S.A ., przesyłam poniższe wyjaśnienia.

Ad.1 a):

Konsorcjum wykonało dokumentację projektową (tj., projekt budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie montażu nowych pomp w pompowni płucznej (pobierających wodę z kanału żelbetowego połączonego ze zbiornikiem wody czystej) w zabudowie suchej o wydajności agregatów pompowych zgodnie z projektem budowlanym ok 5200 m³/h i mocy 320 kW.

Ad.1 b)

Konsorcjum wykonało dokumentację projektową (tj., projekt budowlany i projekt wykonawczy) zawierającą projekt budowlany oraz projekt wykonawczy wykonania przełączeń rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm.

Ad.1 c)

Konsorcjum wykonało dokumentację projektową (tj., projekt budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie:

- budynku filtrów (hali filtrów),
- wymiany urządzeń technologicznych dla 24 filtrów pośpiesznych,
- projektu przebudowy kanalizacji sanitarnej i deszczowej,
- przebudowy i rozbudowy ciepła technologicznego,
- przebudowy i rozbudowy instalacji elektrycznych,
- przebudowy i rozbudowy instalacji wentylacji,

Przepustowość filtrów zawiera się w przedziale 100 000+350 000 m³/d, tyle co wydajność II ciągu technologicznego.

Ad.1 d) Tak.

Ad.1 f) Tak.

Ad.1 g)

Zamówienie pn. „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II - II ciąg technologiczny” nie obejmowało swym zakresem wymiany złoża i drenażu filtrów.

Ad.1 h)

Zamówienie pn. „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II - II ciąg technologiczny” obejmowało swym zakresem wymianę orurowania i armatury w budynku filtrów, natomiast nie obejmowało swym zakresem wymiany złoża i drenażu filtrów.

Ad.2 a)

Bezwykopowa renowacja rurociągów wodociągowych została zrealizowana w ramach robót uzupełniających do Kontraktu 49/US/PW/PRO-JRP-T1/B/17 pn. „Modernizacja Zakładu Północnego - etap II. Modernizacja Pompowni I i III stopnia”. Wykonawca w ramach zamówienia wykonał dokumentację niezbędną do realizacji przedmiotu umowy. Z uwagi na fakt, że zakres robót nie wymagał decyzji pozwolenia na budowę, projekt budowlany nie został opracowany.

Ad.2 b)

Przedmiotowy zakres realizowany był w ramach zamówienia uzupełniającego do Kontraktu 49/US/PW/PRO-JRP-T1/B/17 pn. „Modernizacja Zakładu Północnego - etap II - Modernizacja Pompowni I i III stopnia”. Potwierdzamy jego wykonanie.

Inwestycja pn. „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II - II ciąg technologiczny” jest w okresie zgłaszania wad. Inwestycja jeszcze nie jest ostatecznie zakończona”.

W dniu 28 czerwca 2021 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania. W treści pisma Zamawiający podał m. in: „zawiadamia, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) PZP względnie zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP oraz zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP, wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu

nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót polegających na modernizacji (przebudowie) istniejących obiektów I ciągu technologicznego i w miejscu II ciągu, wybudowanie nowych obiektów intensyfikujących proces uzdatniania wody na terenie SUW Wiśniowa w Poznaniu (Aglomeracja Poznań: Modernizacja Stacji Uzdatniania Wody na ul. Wiśniowej – Etap I)” – dalej „postępowanie”

Wykonawcę Budimex SA, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa. Wykonawca, Budimex SA, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, w dniu 22.03.2021 r. o godz. 19.44 złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W wyniku oceny złożonych ważnych ofert za Wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, Zamawiający uznał Budimex SA, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa. W związku z powyższym, Zamawiający, stosownie do zapisów art. 26 ust. 1 PZP, pismem nr DW/RP/1168/32721/2021, w dniu 21.04.2021 r. wezwał Wykonawcę do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania, w terminie do dnia 05.05.2021 r. Wykonawca w dniu 05.05.2021 r. złożył dokumenty.

Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentów stwierdził, że złożone przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia określonych w pkt. 6.2.3.1. SIWZ TOM 1 – IDW oraz stwierdził brak złożenia w prawidłowej formie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 PZP oraz ust. 5 pkt 5 i 6 PZP w odniesieniu do Członków Rady Nadzorczej. Wobec powyższego Zamawiający w dniu 18.05.2021 r. pismem nr DW/RP/1168/41728/2021 zgodnie z art. 26 ust. 3 PZP, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, w terminie do dnia 25.05.2021 r. Wykonawca w dniu 25.05.2021 r. uzupełnił dokumenty.

W złożonych w ramach uzupełnienia dokumentach w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, w oświadczeniu „WYKAZ WYKONANYCH USŁUG/ROBÓT BUDOWLANYCH”, wykonawca podał, że w zakresie warunku określonego w pkt. 6.2.3.1. lit. b) ppkt. i-v SIWZ TOM 1 – IDW, W ramach zadania pn.: „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny wraz z zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi zostały wykonane roboty budowlane polegające na: przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej pompowni wody, obejmującej wymianę agregatów pompowych wraz z ich montażem w zabudowie suchej, o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 2 500 000,00 zł netto; oraz wykonanie robót technologicznych dotyczących montażu pomp, orurowania i armatury w istniejącej pompowni wody, o przepustowości co najmniej 2 000 m³/h i mocy co najmniej 250 kW; oraz wykonanie przełączy rurociągów wodociągowych o średnicy co najmniej DN 800 mm; oraz przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto; oraz wykonanie robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o

przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego, orurowania i armatury.

Zamawiający, w dniu 02.06.2021 r. w celu potwierdzenia oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w zakresie posiadanego doświadczenia, wystąpił do Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie Spółka Akcyjna (dalej MPWiK), jako podmiotu na rzecz którego roboty budowlane wskazane przez Wykonawcę zostały wykonane, z prośbą o przekazanie informacji, czy Wykonawca Budimex SA, w ramach wskazanych w „Wykazie usług/robót budowlanych” zadań wykonanych na rzecz MPWiK, zrealizował zakresy prace określone w przedmiotowym postępowaniu jako warunki udziału w postępowaniu.

MPWiK w dniu 16.06.2021 r. pismem nr PWO ZPN.WZT.071.7.2021.180848.21 poinformowało Zamawiającego, że większość prac wymaganych przez Zamawiającego do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu została przez Wykonawcę Budimex SA zrealizowana, jednakże zamówienie „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny” nie obejmowało swym zakresem wymiany złoża i drenażu filtrów.

Uwzględniając informacje podane przez MPWiK, Zamawiający nie może uznać, że Wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia określonego w pkt. 6.2.3.1. lit. b) ppkt. iv oraz v SIWZ TOM 1 – IDW, tj. w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał:

- co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie (w rozumieniu zapisów Prawa budowlanego) istniejącej hali filtrów otwartych, obejmującej swoim zakresem wymianę złoża i drenażu o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d, o wartości całkowitej robót budowlanych co najmniej 6 000 000 zł netto;

- co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót technologicznych w budynku hali filtrów otwartych o przepustowości co najmniej 40 000 m³/d w zakresie montażu drenażu filtracyjnego, orurowania i armatury.

Ponadto Zamawiający stwierdza, że Wykonawca wprowadził go w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego Zamawiający wyklucza z postępowania Wykonawcę Budimex SA, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) PZP, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP, gdyż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP, gdyż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiający nadmienia, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

Izba zważyła co następuje.

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „NPzp”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 NPzp, według którego środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, 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.

Według art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Zaś według pkt 16 powołanego przepisu 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.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Natomiast przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp stanowi, że Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Analiza zarzutów zgłoszonych przez wykonawcę Budimex doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty potwierdziły się w części. Izba oddaliła za niezasadne uznała zarzuty dotyczące naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz zarzut naruszenia art. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp a w konsekwencji Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Natomiast Izba stwierdziła, że uzasadnione okazały się zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 Pzp, skutkiem czego za zasadne należało uznać również zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp

Izba wskazuje, że stan faktyczny sprawy został przez Izbę wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony powyżej i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Zarzuty nr 1, 5, 6

Izba dokonując oceny zasadności zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp stwierdziła, że należy je uznać w całości za niezasadne. Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp a w konsekwencji również przepisu art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Na wstępie Izba odniosła się do zarzutów związanych z zaniechaniem wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp lub do uzupełnienia dokumentu Wykazu wykonanych usług/robót budowlanych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba odniosła się argumentacji Odwołującego zasadzającej się na tym, że złożony przez Odwołującego Wykaz1 był prawidłowy i nie było podstaw do wezwania wykonawcy Budimex na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełnienia. Ponadto ewentualnie wezwanie z dnia 18 maja 2021 r. należy potraktować jako wezwanie do złożenia wyjaśnień. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie Izba uznała za spóźnione.

Z ustaleń Izby wynika, że Odwołujący w ustawowym terminie nie tylko zaskarżył czynności Zamawiającego, polegającej na wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. korzystając przy tym ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Co więcej, Odwołujący nawet w stosunku do Zamawiającego nie wyrażał w tym zakresie jakichkolwiek zastrzeżeń lub też wątpliwości. Wręcz przeciwnie. W pełnym zakresie zastosował się do wezwania Aquanet i przedstawił Wykaz2, którego treść została wzbogacona o opis realizowanych prac względem pierwotnie złożonego Wykazu1, co szczegółowo zostało opisane w ustaleniach faktycznych Izby. Oznacza to, że Odwołujący akceptował ww. czynność Zamawiającego jak również jego stanowisko i dokonaną przez niego ocenę Wykazu nr 1. Z tych względów Izba stwierdziła, że na tym etapie postępowania nie ma już możliwości kwestionowania zasadności i prawidłowości wezwania z dnia 18 maja 2021 r. jako wezwania dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i dotyczącego uzupełnienia złożonego Wykazu1.

Kolejną kwestia, która wymaga rozstrzygnięcia w ramach zgłoszonych zarzutów jest zagadnienie związane z tym wykazaniem przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, określonego w pkt 6.2.3.1. lit. b) ppkt. iv oraz v SIWZ TOM 1 – IDW oraz kwestii dopuszczalności wyjaśnienia treści Wykazu2 na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp ewentualnie jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba dokonując analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, polegającego na tym, że posiada doświadczenie w wykonaniu prac określonych w pkt 6.2.3.1. lit. b) ppkt. iv oraz v SIWZ TOM 1 – IDW.

Nie było sporne między stronami, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 maja 2021 r. złożył Wykaz2, w treści którego wskazał, że w ramach zadania pn. „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny” wraz zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi” (poz. nr 1 Wykazu nr 2) wykonał zakres prac wymagany przez pkt 6.2.3.1. lit. b. ppkt iv. i v. SIWZ. Tymczasem Zamawiający w toku korespondencji prowadzonej z MPWiK ustalił, że ww. prace nie zostały wykonane w ramach zadania opisanego w poz. 1 Wykazu nr

2. Odwołujący w złożonym odwołaniu również nie kwestionował ww. ustaleń Zamawiającego a jedynie wyjaśniał, że w treści wykazu pojawił się błąd ludzki polegający na wadliwym przyporządkowaniu ww. prac w Wykazie2 zamiast do poz. 2 to do pozycji 1. Na potwierdzenie ww. okoliczności Odwołujący złożył pismo z dnia 2 lipca 2021 r. pochodzące od MPWIK.

W tak ustalonym stanie faktycznymi Izba stwierdziła, że z treści pierwotnie złożonego Wykazu1 nie wynikało spełnienie postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w aspekcie doświadczenia posiadanego przez wykonawcę Budimex. W podanym Wykazie1 Odwołujący w kolumnie 2 w zasadzie ograniczył się do podania nazw inwestycji pomijając ich opis. W tym zakresie Izba prezentuje stanowisko zbieżne z tym wyrażanym przez Zamawiającego i Przystępującego, że przedstawienie opisu doświadczenia w wykazie było wymagane treścią wzoru tego dokumentu, w którym Zamawiający jednoznacznie i wprost podał, że takiego opisu oczekuje. Powyższy wymóg wydaje się uzasadniony i racjonalny z punktu widzenia dalszej weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności, że Zamawiający owego sprawdzenia powinien dokonać jedynie na podstawie właśnie dokumentu jakim jest Wykaz wykonanych usług/robót budowlanych. Błąd we wnioskowaniu Odwołującego najlepiej unaocznia sytuacja, która zaistniała właśnie na gruncie rozpoznawanej sprawy. Podanie samych nazw realizowanych inwestycji z pominięciem ich opisu w przypadku właśnie tego wykonawcy uniemożliwiło Zamawiającemu zbadanie tego, czy wykonawca spełnia postawione w SIWZ warunki udziału w Postępowaniu. W związku z tym Izba stwierdziła, że prawidłowo zachował się Zamawiający, który pismem z dnia 18 maja 2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego w celu potwierdzenia postawionych warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 6.2.3.1. lit. a) ppkt. i. do iv. oraz lit. b) ppkt. i. do v. do uzupełnienia dokumentów, z których będzie wynikało potwierdzenie ich spełnienia. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedstawił Wykaz2, który co prawda zawierał już wymagany opis robót, nie mniej jednak był on wadliwy z powodu tego, że doświadczenie w wykonaniu robót podane w pkt 6.2.3.1. lit. b) ppkt. iv i v zostało błędnie przypisane przez wykonawcę Budimex. Tym samym Izba uznała, że nie można mówić o tym, że Odwołujący nabył doświadczenie w wykonaniu ww. robót na zadaniu opisanym w poz. 1 tj. przy „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II – II ciąg technologiczny” wraz zamówieniami uzupełniającymi i dodatkowymi” a właśnie tego rodzaju oświadczenie, o takiej a nie innej treści, złożył wykonawca Budimex w Wykazie2. W związku Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny spełnienia postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu (w pkt 6.2.3.1. lit. b) ppkt. iv i v).

W tym miejscu przypomnieć należy, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ze sposobu ukształtowania tego przepisu wywieść należy prosty wniosek zasadzający się na tym, że obowiązkiem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu ustawodawca obciążył wykonawcę. Oznacza to, że to

na nikim innym jak tylko właśnie na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania Zamawiającemu tego, że spełnia postawione przez niego warunki udziału w postępowaniu. W innym przypadku, to znaczy takim, gdy wykonawca nie wykaże postawionych warunków powołany przepis obliguje Zamawiającego wykluczenia takiego wykonawcy z prowadzonego postępowania.

Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie udźwignął ciężaru wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co skutkuje tym, że podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Bez znaczenia pozostaje kwestia czy wykonawca posiada wymagane doświadczenie, czy też nie, ponieważ nie odzwierciedlił tego faktu zarówno w pierwotnie złożonym wykazie (Wykaz1) jak również w wykazie złożonym na wezwanie Zamawiającego skierowane do niego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (Wykaz2). Zauważyć należy, że wykonawca Budimex dwukrotnie miał szanse wylegitymowania się stosownym doświadczeniem i z szans z tych nie skorzystał. Tym samym za nieskuteczne Izba uznaje wykazywanie na obecnym etapie, tj. postępowania odwoławczego za pomocą pisma pochodzącego z MPWiK, że wykonawca spełnia warunki udziału postawione w SIWZ.

W zakresie omawianego zagadnienia nie sposób zarzucić Zamawiającemu brak należytej staranności zarówno przy weryfikacji wykazu jak i w toku korespondencji z MPWiK. Zgodzić się należy z Przystępującym, że pytanie zadane MPWiK zostało sformułowane w oparciu o treść oświadczenia Odwołującego, które właśnie w takim kształcie wskazał w Wykazie2. Tym samym trudno czynić Zamawiającemu zarzut, że dopytywał MPWiK o konkretne doświadczenie Odwołującego w ramach konkretnego zadania wskazanego, skoro wykonawca Budimex właśnie w ten sposób opisał posiadane doświadczenie.

Konsekwencją takiego zapatrywania Izby, w świetle treści Wykazu2 oraz informacji uzyskanych od MPWiK jest stwierdzenie przez Izbę, że nie było żadnych wątpliwości co do tego, że wykonawca Budimex nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu robót opisanych w pkt 6.2.3.1. lit. b. ppkt iv. i v. SIWZ.

Kwestią która wymaga również odniesienia jest zagadnienie związane z dopuszczalnością wyjaśnienia treści Wykazu2 na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, ewentualnie jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba rozważyła zgłoszone zarzuty i stwierdziła, że w okolicznościach faktycznych sprawy brak jest możliwości wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Wykazu2, jak również brak jest możliwości zastosowania procedury uzupełnienia lub poprawienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawiają następujące argumenty.

Izba stwierdziła, że treść Wykazu2 jest jasna i nie zawiera wewnętrznych sprzeczności. Tym samym nie istnieją względem treści ww. wykazu jakiegokolwiek wątpliwości, które Zamawiający powinien był wyjaśnić, wręcz przeciwnie. Wykonawca Budimex jednoznacznie i precyzyjnie przypisał rodzaj wykonanych prac do konkretnych zadań. Jednocześnie MPWiK jednoznacznie potwierdził, że w ramach zadania z poz. 1 Wykazu2 nie wykonano wszystkich tych prac, które Budimex wskazał jako wykonane. Zatem w tej sprawie nie było żadnych wątpliwości co do tego, że w ramach zadania z poz.

1 Wykazu² nie zostały wykonane wszystkie te prace, które wskazał Odwołujący. Nawet sam Odwołujący nie twierdzi, że było inaczej. Wobec tego stwierdzić należy, że jednoznaczność ustaleń odnośnie rodzaju prac objętych poz. 1 Wykazu² przesądza o tym, że brak jest podstaw do zastosowania instytucji wezwania do wyjaśnień.

Zgodzić się należy z Przystępującym, że gdyby nawet chciał zastosować tego rodzaju procedurę to jej wynikiem byłaby zmiana oświadczenia Odwołującego i wytworzenia nowego, o odmiennej treści (czyli wykreśleniu określonych prac z poz. 1 i dopisanie ich do poz. 2 Wykazu nr 2). Izba prezentuje pogląd, że tego rodzaju sytuacja na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niedopuszczalna, ponieważ celem zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 4 Pzp jest wyłącznie w uzasadnionych przypadkach uzyskanie stosownych wyjaśnień, które nie mogą powodować zmiany oświadczeń składanych przez wykonawcę.

Jako ostatnią w rozpoznawanym konglomeracie zarzutów Izba zajęła się kwestią związaną z dopuszczalnością zastosowania w rozpoznawanej sprawie procedury uzupełnienia dokumentów, opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp. Izba stanęła na stanowisku, że w omawianym stanie faktycznym Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania ww. procedury skutkującej ponownym wezwaniem Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby procedura wezwania do uzupełnienia może być stosowana tylko jednokrotnie. Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący już raz był wzywany do uzupełnienia dokumentów w ww. celu co w ocenie Izby niweczy możliwość ponownego wezwania. Izba nie zgadza się z Odwołującym, że rozpoznawanej sprawie dopuszczalne jest kolejne wezwanie, ponieważ dotyczy ono innej kwestii niż wcześniejsze wezwanie. W ocenie Izby zarówno jedno jak i drugie wezwanie dotyczyłoby tej samej kwestii jaką jest nieprawidłowy opis rodzaju prac wykonywanych w ramach poszczególnych inwestycji. Zatem owo drugie wezwanie nie tylko, że dotyczyłoby dokładnie tego samego dokumentu, tj. Wykazu wykonanych usług/robót budowlanych, ale także tej samej kwestii dotyczącej określenia rodzaju prac w ramach danych inwestycji podanych przez Odwołującego w ww. wykazie. Izba prezentuje pogląd, że popełnienie błędu przez Odwołującego przy opisywaniu doświadczenia w wykonywaniu określonych robót nie stanowi okoliczności, która mogłaby stanowić podstawę do skierowania ponownego wezwania do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przyjęcie innego zapytywania doprowadziłoby do możliwości wielokrotnego uzupełnienia tego samego dokumentu o te same kwestie wbrew przepisowi art. 7 ust. 1 Pzp, który odwołuje się do zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Ponowne wezwanie wykonawcy Budimex na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w ocenie Izby jest niedopuszczalne albowiem stawiałoby w pozycji uprzywilejowanej tego wykonawcę względem innych uczestniczących w Postępowaniu.

Zarzut nr 2, 3, 4

Kolejno Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 i 12 Pzp przez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania w sposób, który pozwalałby Odwołującemu na uzyskanie pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia go z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony w części dotyczącej wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Natomiast Izba uznała za nieuzasadniony zgłoszony zarzut w odniesieniu do podstaw wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Szczegółowo odnosząc się do zgłoszonych zarzutów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp w zakresie sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający w piśmie z dnia 28 czerwca 2021 r. w określonym obszarze zawarł wszystkie ww. elementy żądane treścią przepisu w art. 92 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że Zamawiający nie tylko podał podstawę prawną dokonanej czynności, ale w sposób dostateczny ją opisał i uzasadnił. Zamawiający w sposób wręcz drobiazgowy opisał poszczególne dokumenty i czynności podejmowane w Postępowaniu względem ustalenia okoliczności związanych z tym, czy wykonawca Budimex spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia określonego w pkt 6.2.3.1. lit. b) ppkt. iv oraz v. Z tych względów Izba stwierdziła, że w omawianym zakresie nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Natomiast Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Obowiązek zawiadomienia wykonawców, o którym mowa w ust. 92 ust. 1 Pzp wynika z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, a w przypadku zawiadomienia wykonawcy odrzuconego i wykluczonego także z obowiązku zapewnienia im możliwości i korzystania ze środków ochrony prawnej. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający dokonując tak dolegliwej czynności jak wykluczenie wykonawcy z postępowania z Postępowania nie może ograniczyć się jedynie do zacytowania odpowiedniego przepisu a powinien ustalić i opisać w uzasadnieniu zawierającym informację o wykluczeniu wykonawcy z Postępowania wszystkie okoliczności składające się na jego decyzję. W takiej sytuacji Zamawiający powinien szczegółowo i wyczerpująco odnieść się do wszystkich przesłanek niezbędnych do zastosowania danego przepisu, czego w ocenie Izby zabrakło w rozpoznawanej sprawie w odniesieniu do podstaw wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w piśmie z dnia 28 czerwca 2021 r. zawierającym informację o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania oprócz informacji o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp zawiadomił Wykonawcę, że wyklucza go również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp względnie zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W omawianym zakresie Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoją decyzję „Ponadto Zamawiający stwierdza, że Wykonawca wprowadził go w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki

udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Zamawiający wyklucza z postępowania Wykonawcę Budimex (...), zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) PZP, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP, gdyż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...)."

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne jest niepełne i niewystarczające, ponieważ w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji co do tego, czy zostały spełnione wszystkie przesłanki do wykluczenia wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Zamawiający w zasadzie ograniczył się do jednego zdania, w którym wskazał, że Wykonawca wprowadził go w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co w ocenie Izby jest niewystarczającym opisem czynności tak doniosłej prawnie jak wykluczenie Wykonawcy z postępowania. Zamawiający nie podał żadnych argumentów związanych z zawinieniem wykonawcy Budimex, które stanowią jedną z przesłanek wskazanych zarówno w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp jak i w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W związku z tym nie sposób stwierdzić, czy w przypadku wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp Zamawiający uznał, że wykonawca Budimex wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w wyniku zamierzonego działania czy też rażącego niedbalstwa, ponieważ Zamawiający uzasadniając swoją decyzję wskazał na obie te okoliczności posłużył się spójnikiem „lub”. Analogiczna sytuacja miała miejsce przy opisie podstaw wykluczenia wskazanych w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z tym zastrzeżeniem, że w tym przypadku Zamawiający odwołał się do „lekkomyślności” lub „niedbalstwa”. Ponadto Zamawiający w informacji o wykluczeniu nie sformułował jakiegokolwiek argumentacji odwołującej się do tego, że podane przez wykonawcę Budimex informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas, gdy dyspozycja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wprost odwołuje się do ww. przesłanki. W związku z tym w sytuacji, gdy Zamawiający zdecyduje się wykluczyć wykonawcę z Postępowania na podstawie ww. przepisu obowiązany jest każdorazowo wykazać kumulatywne spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie. Zatem również tej, że podane przez wykonawcę informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wobec tego Izba uznała, że rację ma Odwołujący, który stwierdził, że sposób, w jaki Zamawiający zredagował informację o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania jest wadliwy i narusza on nie tylko przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, ale też godzi w zasadę przejrzystości i równego traktowania wykonawców w postępowaniu przez zastosowanie względem wykonawcy jednej z najbardziej dotkliwych sankcji w postępowaniu, jaką jest wykluczenie z Postępowania bez szczegółowego uzasadnienia tej decyzji.

W kontekście powyższego, biorąc pod uwagę zakres i charakter informacji zawartych w piśmie z dnia 28 czerwca 2021 r. odnoszących się do uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z Postępowania Izba uznała za uzasadnione zarzuty dotyczące podstaw wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że

ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego jest przeprowadzana na moment dokonywania ww. czynności. Tym samym w rozpoznawanym zakresie Izba zmuszona była oprzeć się na powodach wykluczenia wykonawcy Budimex zawartych w piśmie Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2021 r., które zostały podane i opisane w rozważaniach Izby wyżej a także odnieść i osadzić je w ramach aktualnie rozpoznawanych zarzutów.

Na kanwie rozważań poczynionych powyżej Izba doszła do przekonania, że nieprawidłowa jest czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z uwagi na brak wykazania przez Zamawiającego kumulatywnego spełnienia się wszystkich przesłanek koniecznych do zastosowania ww. przepisu. Zamawiający w żadne sposób nie odniósł się do stopnia zawinienia wykonawcy co jest konieczne z punktu widzenia brzmienia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, który daje Zamawiającemu możliwość wykluczenia wykonawcy z prowadzonego postępowania ale tylko w przypadku, gdy można przypisać wykonawcy intencjonalne działanie lub rażące niedbalstwo. W ocenie Izby tego rodzaju informacji zabrakło ze strony Zamawiającego, co przesądza o tym, że nie sposób uznać, że wykonawca Budimex powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Izba nie podziela zapatrywań Zamawiającego, że nie jest on zobowiązany do ustalania przyczyn, które legły u podstaw podania nieprawdziwych informacji. Przeczy temu zarówno dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który posługując się w odniesieniu do działania wykonawcy określeniami „zamierzonego działania”, „rażącego niedbalstwa”, „niedbalstwa” i „lekkomyślności” nakazuje Zamawiającemu ustalenie tego rodzaju okoliczności.

Wydaje się, że sam Zamawiający do końca nie był tego pewny podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania, ponieważ w informacji o wykluczeniu wskazał co prawda, że wyklucza z Postępowania wykonawcę Budimex na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp nie mniej jednak następnie dodał określenie „względnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp”. Natomiast w toku rozprawy na zadane pytanie Zamawiający wyjaśnił, że wykluczył Odwołującego zarówno na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Przyjęcie takiego stanowiska przez Zamawiającego dowodzi jego zmiany względem informacji zawartej w piśmie z dnia 28 czerwca 2021 r, gdzie Zamawiający nie wskazał, że wyklucza wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, a pomiędzy podstawą wykluczenia zastosował słowo „względnie”. Z tego powodu Izba stwierdziła, że nie można mówić o tym, że Zamawiający wykluczył wykonawcę z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nie mniej jednak nawet gdyby uznać, że do wykluczenia takiego doszło z czym Izba się nie zgadza to, analogiczną argumentację jak ta wskazana w zakresie podstawy wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp należy przedstawić również w odniesieniu do wykazania spełnienia przesłanek opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający poza wykazaniem przesłanki dotyczącej przedstawienia informacji wprowadzające w błąd Zamawiającego nie ustalił i nie wskazał pozostałych przesłanek, tj. czy Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Ponadto Zamawiający nie wskazał również, czy a jeśli tak to dlaczego, podane przez wykonawcę Budimex informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba doszła do przekonania, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Jednak w rozpoznawanej sprawie zasadność zgłoszonych zarzutów nie może skutkować uwzględnieniem odwołania w oparciu o art. 554 ust. 1 pkt 1 NPzp ponieważ stwierdzone naruszenie przepisów Pzp nie może mieć istotnego wpływ na wynik Postępowania, z uwagi na to, że Izba potwierdziła prawidłowość czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na brak wykazania przez wykonawcę Budimex warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia określonego w pkt 6.2.3.1. lit. b) ppkt. iv oraz v.

Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2055/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 20 000 zł na którą składał się wpis uiszczony od odwołania obciążyła Odwołującego, jako stronę przegrywającą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....