

Sygn. akt: KIO 2456/20
KIO 2473/20

WYROK
z dnia 13 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 9 listopada 2020 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 28 września 2020 roku przez wykonawcę InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (sygn. akt KIO 2456/20),
- B. w dniu 28 września 2020 roku przez wykonawcę Prestige Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (sygn. akt KIO 2473/20)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Powiat Garwoliński

przy udziale:

- A)** wykonawcy Gardenia Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2456/20 po stronie Zamawiającego,
- B)** wykonawcy Panorama Obiekty Splotowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2456/20 po stronie Odwołującego,
- C)** wykonawcy Gardenia Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2473/20 po stronie Zamawiającego,

D) wykonawcy InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2473/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.

A) Oddala odwołanie (sygn. akt KIO 2456/20).

B) Oddala odwołanie (sygn. akt KIO 2473/20).

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz wykonawcę Prestige Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (sygn. akt KIO 2456/20) oraz wykonawcę Prestige Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (sygn. akt KIO 2473/20) - tytułem wpisów od odwołań,

4.2 zasądza, w sprawie sygn. akt KIO 2456/20, od wykonawcy InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach na rzecz Zamawiającego Powiat Garwoliński kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

4.3 zasądza, w sprawie sygn. akt KIO 2473/20, od wykonawcy Prestige Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni na rzecz Zamawiającego Powiat Garwoliński kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2456/20
KIO 2473/20

UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiat Garwoliński - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych zadania pod nazwą: «Budowa zadaszania boiska piłkarskiego przy POSiZL w Miętnej»”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 lipca 2020 roku pod numerem 566461-N-2020.

A. Sygn. akt KIO 2456/20

Odwołującym, działającym na podstawie art. 180 ust.1 i oraz art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, a będących konsekwencją zaniechań Zamawiającego tj.:

- wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gardenia Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Gardenia”),
- zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Gardenia, pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty,
- zaniechanie wykluczenia wykonawcy Gardenia pomimo istnienia przesłanek jego wykluczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Gardenii i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Gardenii i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Gardenii i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy pomimo tego, że wskutek co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, o której poinformowano w dniu 23 września 2020 roku; dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty Gardenia Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; wykluczenia wykonawcy Gardenia z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na to, że wskutek co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający ustalił, że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta, w następstwie dokonania przez Zamawiającego oceny pod kątem wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) kryteriów oceny, uplasowała się na trzeciej pozycji, za ofertami Gardenia oraz wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie.

W wypadku uwzględnienia odwołania, a następnie odrzucenia oferty Gardenia lub uznania jego oferty za odrzuconą wskutek wykluczenia wykonawcy, po ponownej czynności oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Tym samym oczywistym jest na tle niniejszej sprawy, iż Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie zaś w wyniku opisanej czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających przepisy ustawy może ponieść szkodę polegającą na utracie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie może przy tym ulegać żadnej wątpliwości, że pomiędzy działaniami Zamawiającego a potencjalną szkodą Odwołującego występuje oczywisty adekwatny związek przyczynowy.

Odwołujący, dla dodatkowego uzasadnienia dopuszczalności odwołania, wskazał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2018 roku (IV CSK 448/17) „Zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny złożonych ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego w s.i.w.z., nie znajduje oparcia w wykładni funkcjonalnej i systemowej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 579 ze zm.). Odwołujący się od wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6) może

kwestionować tę czynność zamawiającego zarówno dlatego, że wybrana oferta nie jest najkorzystniejsza w świetle art 91 i art. 2 pkt 5 ustawy, jak i dlatego, że oferta powinna była podlegać odrzuceniu lub składający ją podmiot - wykluczeniu z postępowania.” Powyższe stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła w wielu swych rozstrzygnięciach i należy uznać je za prawidłowe, biorąc pod uwagę wzgląd na przywołaną funkcjonalną oraz systemową wykładnię przepisu art. 180 ust. 2 ustawy, statuującego katalog czynności polegających zaskarżenia środkami ochrony prawnej w ramach postępowań o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Tego rodzaju sytuacja bez cienia wątpliwości występuje właśnie w niniejszej sprawie - zaniechanie odrzucenia oferty Gardenia oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy przełożyło się na wadliwy wybór tejże oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Zamawiający prowadzi postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane, to jest „Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych zadania pod nazwą: «Budowa zadaszania boiska piłkarskiego przy POSiZL w Miętmem»”. Zamawiający nadał Postępowaniu oznaczenie INW 272.42.2020.

Wymogi w zakresie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych, Zamawiający określił w treści Rozdziału 2.2. SIWZ, potwierdzając jego brzmienie ostatecznie w dokumencie określonym jako „Aneks nr 1 do SIWZ” z dnia 6 sierpnia 2020 roku, obejmującym odpowiedzi na zapytania do SIWZ.

Brzmienie warunku określono następująco:

Wykonawcy winni udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie realizacji przynajmniej dwóch robót budowlanych polegających na:

co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, polegające na wybudowaniu hali pneumatycznej o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda:

LUB

co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obejmującej swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej, o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda

Dowód:

- SIWZ (w dokumentacji Postępowania);
- Aneks nr 1 do SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 roku (w dokumentacji Postępowania);

Wymogi w zakresie tzw. dokumentów przedmiotowych, zostały określone przez Zamawiającego jednoznacznie dopiero w treści wspomnianego Aneksu nr 1 do SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 roku. W odpowiedzi na pytanie nr 8:

W nawiązaniu do ogłoszenia j/w proszę o potwierdzenie czy zgodnie z zapisami PFU do oferty należy załączyć (w trybie art 26 ust 2 ustawy P2P) dokumenty w celu weryfikacji jakości oferowanego produktu oraz wymaganych parametrów hali pneumatycznej, tj.:

1. Raporty z badań laboratoryjnych wykonanych przez niezależne laboratorium kategorii naukowej A+, potwierdzające spełnienie wymaganych parametrów technicznych opisanych w tabeli nr 1 wyszczególnionych w pozycji 1-3

2. Karty techniczne lub deklaracje potwierdzone przez producenta dla oferowanych powłok/membran potwierdzające pozostałe parametry wyszczególnione w tabeli 1, a nie potwierdzone raportami badań.

3. Sprawozdanie z badań reakcji na ogień potwierdzające, że oferowane powłoki/membrany wewnętrzne i zewnętrzne spełniają wymagania normy PN-EN 13501-1 dla klasy B-s2-dO jako materiał trudno zapalny.

4. Autoryzacja producenta powłok/membran, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem min. 7-letniej gwarancji udzielonej przez producenta na te powłoki/membrany.

*6. Ekspertyzę techniczną potwierdzającą bezpieczeństwo ewakuacji osób (dla liczby min. 320 osób) z hali pneumatycznej pomimo braku konstrukcji do awaryjnego podwieszania powłoki pneumatycznej wykonaną przez jednostkę akredytowaną (np. instytut Techniki Budowlanej lub inny akredytowany instytut budownictwa lub pożarnictwa), lub inny podmiot uprawniony do wydania tego typu ekspertyzy**

Próbki oferowanego materiału przeznaczonego na membrany wewnętrzne i zewnętrzne wraz z etykietą producenta (próbka o min. wymiarach 10 cm x 15 cm),

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Odpowiedź: Należy dostarczyć dokumenty opisane w punktach od 2-5 a w przypadku posiadania dokumentu ujętego w punkcie 1 dodatkowo tylko dokument opisany w punkcie 5. Należy także dostarczyć próbki oferowanego materiału przeznaczonego na membrany wewnętrzne i zewnętrzne wraz z etykietą producenta (próbka o min. wymiarach 10 cm x 15 cm). Dokument z punktu 5 może być przygotowany dla liczby mfn. 300 osób a nie jak było wstępnie zapisane min. 320 osób.

Dowód: SIWZ (w dokumentacji Postępowania); Aneks nr 1 do SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 roku (w dokumentacji Postępowania).

W treści złożonej oferty Gardenia, przedstawiła zobowiązanie podmiotu trzeciego do udzielenia zasobów - Moris Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie. Zobowiązanie obejmuje przytoczenie warunku udziału ujętego w SIWZ.

Dowód: Oferta Gardenia - str. 8 (w dokumentacji Postępowania).

W związku z wykluczeniem wykonawcy, który złożył ofertę plasującą się na pierwszej lokacie, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy wezwał Gardenię do przedłożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. W odpowiedzi Gardenia przedłożyła dokumenty zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe, jednocześnie zastrzegając wobec tych ostatnich tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowód: Pismo Gardenia z dnia 11 września 2020 roku (w dokumentacji Postępowania); „Uzasadnienie” lub „wykazanie”, jak chce przepis art. 8 ust. 3 ustawy, dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ujęto w następujący sposób:

ZASTRZEŻENIE POUFNOŚCI

Oświadczenie o objęciu dokumentów wymienionych w pkt 6 klauzulą poufności:

Niniejszym oświadczamy, że zastrzegamy próbkę i dokumenty wymienione w pkt 6 niniejszego pisma i jako zastrzeżone nie mogą być one udostępnione. Materiały te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zawierają informacje techniczne i technologiczne. Środki podjęte przez nas celem zachowania poufności wszelkich informacji posiadających wartość gospodarczą zostały zachowane; .cyfrowe zabezpieczenie cyfrowych danych firmy, oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności. Odpowiednio oznakowane informacje poufne dopięto w oddzielnym skoroszycie.

Zamawiający odmówił Odwołującemu w dniu 28 września 2020 roku dostępu do powyższych dokumentów, co nie oznacza wszelako, iż Odwołujący nie jest w ogóle w stanie w oparciu o swą wiedzę o rynku i działaniach podmiotów konkurencyjnych, domyślić się, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma na celu ukrycie niezgodności zaoferowanych robót (wyrobów) z wymogami Zamawiającego oraz utrudnić ich kontrolę. Odwołujący podejmuje równoległe działania zmierzające do uchylecia niezasadnie uwzględnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedstawiając dokumenty mające potwierdzić spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, Gardenia ujęła w wykazie robót następującą realizację wykonaną przez Moris Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością:

Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych wynikających z umowy z dnia 20.07.2018r. Była to robota budowlana wykonana w systemie zaprojektuj i wybuduj obejmująca swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00

(słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych). Zasoby udostępnione od MORIS POLSKA Sp. z o.o. zgodnie z załączonym do oferty zobowiązaniem udostępnienia zasobów.

Dowód: Pismo Gardenia z dnia 11 września 2020 roku (w dokumentacji Postępowania).

W treści potwierdzenia prawidłowej realizacji zadania wskazano tymczasem wyraźnie, że chodzi w rzeczywistości o budowę siedmiu niewielkich hal.

Dowód: Pismo Gardenia z dnia 11 września 2020 roku (w dokumentacji Postępowania).

Uzasadnienie prawne

Zarzut dotyczący niezgodności z postanowieniami SIWZ

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Taka sytuacja zachodzi zarówno wobec oferty Gardenia. Zamawiający, ostatecznie dopiero w treści Aneksu nr 1 do SIWZ, określił zestaw dokumentów, których złożenia oczekuje wobec wykonawców w celu potwierdzenia przez nich spełnienia przez oferowane roboty budowlane wymogów ujętych w SIWZ. Złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia wszystkich parametrów określonych przez Zamawiającego. W szczególności wymogów takich nie spełnia ekspertyza techniczna potwierdzająca bezpieczeństwo ewakuacji z hali, jak również dokumenty określone w pkt. 2 Aneksu nr 1 do SIWZ - tj. karty techniczne. Odwołujący podał, że w tej chwili - jedynie wskutek bezprawnego uwzględnienia przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - Odwołujący nie może uszczegółowić zarzutu, co jednakże uczyni niezwłocznie po otrzymaniu dokumentacji.

Zarzut dotyczący niewykazania warunków udziału - Odwołujący ma dwojakiego rodzaju zastrzeżenia.

W pierwszej kolejności Gardenia w sposób oczywisty nie wykazała, że będzie rzeczywiście dysponować zasobami udzielonymi jej przez Moris Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Treść zobowiązania do udzielenia zasobów, złożonego w oparciu o przepis art. 22a ust. 1 ustawy, w żaden sposób nie pozwala przyjąć - bez co najmniej złożenia szczegółowych wyjaśnień - że Gardenia na jego podstawie będzie mogła korzystać z udzielonych zasobów. Określając zakres udzielenia zasobów, wskazano: *2 (dwie) roboty budowlane, polegające na wybudowaniu hali pneumatycznej o wartości brutto nie mniejszej niż 11 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda Ł-UB co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obejmującej swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hall pneumatycznej, o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda (zakres*

udostępnianych zasobów) na cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania.

Opisując sposób wykorzystania zasobów, wskazano:

Sposób wykorzystania w/w zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia: Wykonanie przez firmę udostępniającą zasoby robót w zakresie zgodnym z udostępnionymi zasobami.

Oznaczając wreszcie sposób udziału podmiotu przy realizacji wskazano:

Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego: wykonanie prac w zakresie zgodnym z udostępnionymi zasobami, udział przez cały okres realizacji zadania.

Dowód: Oferta Gardenia - str. 8 (w dokumentacji Postępowania).

W ocenie Odwołującego, już na pierwszy rzut oka widać, że udzielenie zasobów ma charakter wyłącznie pozorny – do treści zobowiązania przepisano bez większej refleksji postanowienia SIWZ. Podobnym zabiegiem posłużono się przy określaniu zakresu zadań, które wykonawca Gardenia zamierza powierzyć podwykonawcom: podając dla zakresu prac wykonywanych przez podwykonawcę: *Zakres prac zgodny z udostępnionymi zasobami.*

Dowód: Oferta Gardenia - str. 3 (w dokumentacji Postępowania).

Tego rodzaju opisy, tworząco błędne koło odesłań, nie mogą służyć za potwierdzenie dla Zamawiającego, że udzielenie zasobów ma charakter rzeczywisty. Powyższe oznacza, że już na tej podstawie nie sposób przyjąć, aby Gardenia potwierdziła spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

W drugiej kolejności Odwołujący podkreśla z całą stanowczością, że zaoferowana robota nie stanowi roboty opisanej w treści Rozdziału 2.2. SIWZ.

Zamawiający w sposób wyraźny posłużył się — formułując warunek udziału - liczbą pojedynczą w odniesieniu do hali i do tejże pojedynczej hali odniósł oczekiwaną wartość 1 200 000,00 złotych. Ma to uzasadnienie zarówno w wykładni logicznej i literalnej, jak i uzasadnienie merytoryczne - przedmiotem Postępowania jest bowiem realizacja sporych rozmiarów hali - jak wynika z cen ofertowych - o wartości przekraczającej wydatnie kwotę 1 200 000,00 złotych. Nie spełnia takiego wymogu zaoferowanie jako doświadczenia siedmiu hal, o wartości wynoszącej od jednej czwartej do około połowy żądanej kwoty. Nie wymaga wykazania fakt, że zakres trudności (technicznych, materiałowych, finansowych, czasowych oraz osobowych) jednej hali o wartości 1 200 000,00 złotych nie jest równy takiemu zakresowi dla dwóch hal o wartości 600 000,00 złotych każda, ale daleko większy. Zamawiający opisał warunek udziału w sposób adekwatny oraz proporcjonalny, a na etapie oceny drugiej z kolei oferty pretendującej do miana najkorzystniejszej, w sposób bezzasadny odstąpił od prawidłowej oceny spełniania tego warunku. Powyższe nakazuje przyjąć,

że Gardenia nie wykazała w sposób prawidłowy spełnienia warunków udziału, co sprawia, że podlega ona wykluczeniu z Postępowania.

Zarzut dotyczący podstawy wykluczenia z art, 24 ust. 1 pkt 17 ustawy - 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

Wykonawca Gardenia formułując treść wpisu do wykazu robót, którym posłużył się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu:

- posłużył się liczbą pojedynczą „robota budowlana”,
- określił element budowlany roboty jako „wybudowanie hali pneumatycznej”,
- określił element projektowy jako „wykonanie projektu budowlano-wykonawczego”;

Tymczasem chodzi o siedem robót (każde stanowiło odrębną część postępowania, siedem niewielkich hal oraz siedem osobnych projektów. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 636/20 oraz wyrok sygn. akt 600/20. Okoliczności wniesienia dokumentów wskazują wręcz na świadome działanie wykonawcy, ale z oczywistych przyczyn nie da się tego rodzaju winy mu udowodnić bez szczególnego rodzaju dowodów - spoza dokumentacji Postępowania. Należy jednak z całą pewnością przyjąć, że profesjonalny podmiot działający na rynku co najmniej powinien (tj. niedbalstwo) mieć świadomość, że może - walcząc o zachowanie oferty w Postępowaniu - wprowadzić Zamawiającego w błąd. Nie może też zakładać, że Zamawiający nie pozwoliłby się wprowadzić w błąd (tj. lekkomyślność).

Sygn. akt KIO 2473/20

Działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 3, 4 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Gardenia Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Gardenia).

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu:

- 1) naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 i art. 24 ust 4 ustawy przez niezasadne uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ

na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i niezasadne wykluczenie Odwołującego z niniejszego postępowania oraz odrzucenie jego oferty, a także naruszenie art. 91 ust 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Gardenia,

- 2) art. 26 ust 2, ust 2 f, ust 3 i 4 ustawy przez brak wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do złożenia odpowiednich oświadczeń i dokumentów, ewentualnie - odpowiednio - do ich uzupełnienia lub poprawienia, ewentualnie do złożenia wyjaśnień potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Odwołującego i poprzez niezasadny brak uwzględnienia przez Zamawiającego okoliczności i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w piśmie z dnia 11.09.2020 roku,

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji wyboru najkorzystniejszej oferty Gardenia w postępowaniu,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powtórnego badania i oceny wszystkich ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym między innymi przez wezwanie tego ostatnie do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów,
- przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedłożona na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu dowołania, bowiem złożył on ofertę spełniającą wymogi stawiane przez Zamawiającego w SIWZ i w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta złożona przez Odwołującego byłaby najbardziej korzystna, jako uzyskująca najwyższą punktację (co potwierdza m.in. okoliczność wezwania Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 2 ustawy z dnia 24.08.2020 roku). W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego unieważnienia czynności Zamawiającego oraz powtórzenia czynności badania oceny ofert, Odwołujący ma szansę wygrać postępowanie przetargowe i uzyskać przedmiotowe zamówienie. Wskutek niezgodnych z przepisami działań i zaniechali Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w braku wniesienia odwołania nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadniał:

W ocenie Odwołującego Zamawiający całkowicie bezzasadnie wykluczył go z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą, nieprawidłowo uznając, jakoby Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje nieprawdziwe,

wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały dotyczyć referencji odnoszących się do Plastbud Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Plastbud), która udostępniła Odwołującemu swoje zasoby. Informacje te Odwołujący przedstawił w wyniku wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 2 ustawy, a następnie - w wyniku wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy z dnia 31. 08.2020 - uzupełnił swoje wyjaśnienia pismem z dnia 02.09.2020 roku. Wyjaśnienia te nadal budziły wątpliwości Zamawiającego, jednakże Zamawiający zaniechał ponownego wezwania Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień lub do złożenia dokumentów lub oświadczeń lub do ich poprawienia lub uzupełnienia w trybie art. 26 ust 2, ust 2 f, ust 3 i 4 ustawy. W konsekwencji Zamawiający postanowił błędnie zastosować art. 24 ust 1 pkt 17 i art. 24 ust 4 ustawy i wykluczyć Odwołującego oraz odrzucić jego ofertę. Zamawiający nic uwzględnił jednocześnie pisma Odwołującego z dnia 11.09.2020 roku, które Odwołujący złożył bez wezwania, w uzupełnieniu złożonych wcześniej wyjaśnień, ani nie wezwał Odwołującego do jego wyjaśnień czy do uzupełnienia.

W zakresie referencji udzielonych Plastbud (udostępniającemu swoje zasoby Odwołującemu) Odwołujący w toku postępowania wykazał i przesłanki określone w SIWZ, a dotyczące warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wykazał, że Plastbud wykonała robotę budowlaną polegającą na budowie hali pneumatycznej w Gdańsku, przy ulicy Meissnera 5 (miejsce wykonania) przedstawiając na tą okoliczność m.in.:

- umowę na wykonanie tej hali pomiędzy inwestorem Olimpijską Football Club Spółka z o.o. Sp.k. a Plastbud, a także
- końcowy protokół odbioru z 14.11.2019 roku.

Spółka Plastbud wykonała halę w 2019 roku, bowiem wcześniej istniejąca w tym miejscu hala została uszkodzona i nic nadawała się do użytku. Zamawiający tej okoliczności nie zweryfikował, a jedynie oparł się na oświadczeniu Gdańskiego Ośrodka Sportu, który, co warto podkreślić nie był inwestorem i nie posiadał pełnej wiedzy o inwestycji, jakoby hala powstała w 2016 roku. Oświadczenie to zaś dotyczyło prawdopodobnie wybudowania wcześniejszej hali, która po powstaniu uległa uszkodzeniu, a następnie została przeniesiona na inne boisko, a nie hali wybudowanej w 2019 roku przez Plastbud. Zamawiający, zamiast skorzystać z możliwości jakie przewidują przepisy ustawa podjął się wyjaśnienia okoliczności dotyczących wybudowania hali (m.in. poprzez zwrócenie się do Gdańskiego Ośrodka Sportu) i wskutek uzyskania niepełnych danych od tego ostatniego oraz ich braku ich pełnej

weryfikacji (w tym zwłaszcza u Zamawiającego) poprzestał na ustaleniach, które wprowadziły go w błąd i legły u podstaw bezzasadnej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Tym samym negatywnymi konsekwencjami braku dostatecznego wyjaśnienia istotnych dla postępowania przetargowego okoliczności Zamawiający obciążył Odwołującego, twierdząc nadto, iż to rzekomo Odwołujący przedstawił mu nieprawdziwe informacje dotyczące wybudowania hali przez Plastbud w 2019 roku. Tymczasem wspomniana hala została wybudowana - tak jak mowa jest o tym w ofercie Odwołującego - przez Plastbud w 2019 roku, a odmienne stanowisko Zamawiającego nie polega na prawdzie i jest następstwem jego zaniechali w dążeniu do wyjaśnienia kwestii wybudowania tej hali przez wskazaną spółkę.

Jednocześnie Zamawiający analizował kwestię podpisów pod umową inwestora: Olimpijska Football Club Spółka z o.o. Sp.k. z Plasbudcm i podpisów pod końcowym protokołem odbioru i doszedł do 1 przekonania, że umowa została podpisana przez inwestora zgodnie z zasadami reprezentacji wskazanymi w Krajowym Rejestrze Sądowym. Również protokół odbioru został podpisany zgodnie z j tymi zasadami. Okoliczność, że w komparcji danego dokumentu wymieniony jest Prezes (Pan B. B.), a umowę podpisał Wiceprezes (Pan C. F.) - na co Zamawiający powołuje się w uzasadnieniu swojej decyzji z dnia 23.09.2020 roku - nie powinno mieć jakiegokolwiek znaczenia, gdyż istotne jest to, że umowa została podpisana zgodnie z zasadami reprezentacji danej spółki wskazanymi w KRS, czego Zamawiający przecież nie kwestionuje.

Całkowicie niezrozumiałym jest (a o czym mowa w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego z dnia 23.09.2020 roku) wykonanie przez pracownika Zamawiającego (anonimowego wobec braku wskazania jego personaliów w decyzji) rzekomej czynności polegającej na kontakcie telefonicznym (w bliżej nie określonej dacie) z przedstawicielami inwestora Olimpijska Football Club Spółka z o.o. Sp.k., Panami B. B. i C. F. Taka dociekliwość Zamawiającego budzi zastrzeżenia zwłaszcza, że opisane wyżej dokumenty zostały należycie podpisane przez osoby prawidłowo reprezentujące ten podmiot. Ocena takiego postępowania Zamawiającego (skrajnie niewłaściwego zdaniem Odwołującego) jest tym trudniejsza, jeśli dodać, że Odwołującemu nic jest znana treść notatki pracownika Zamawiającego na okoliczność kontaktu ze wspomnianymi osobami. Nie zmienia to jednak faktu, że istotny dla oceny oferty Odwołującego jest okoliczność prawidłowego podpisania dokumentów (umowy, protokołu odbioru) przez osoby uprawnione do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu Olimpijska Football Club Spółka z o.o. Sp.k. (a autentyczność podpisów nic została zakwestionowana), a nie to, czy w danej rozmowie telefonicznej z anonimowym pracownikiem Zamawiającego (być może zaskoczeni kontaktem ze strony pracownika Zamawiającego) pamiętali oni, czy podpisali dany dokument.

Zamawiający dysponował prawidłowo podpisanymi dokumentami, powstałymi przy udziale inwestora hali przy ul. Meissnera 5 w Gdańsku (Olimpijska Football Club Spółka z o.o. Sp.k.) i jej wykonawcą (Plastbud), a jednak oparł się - z niewyjaśnionych powodów - na niewiele wnoszących, ogólnikowych i nie dający ci się w ogóle zweryfikować Odwołującemu rzekomych rozmowach telefonicznych z przedstawicielami inwestora. W oparciu o te rozmowy (których przebieg nie został nawet udokumentowany z dający się obiektywnie ocenić sposób), a nie w oparciu o podpisane prawidłowo dokumenty, Zamawiający arbitralnie, w sposób całkowicie dowolny uznał, że referencje Plastbudu nie są prawidłowe i nie są prawdziwe, a tym samym, że Odwołujący rzekomo wprowadził Zamawiającego w błąd. Takie działania Zamawiającego należy uznać za całkowicie niezasadne i budzące poważne wątpliwości w zakresie zgodności z przepisami prawa uczciwej konkurencji i równego dostępu wykonawców do zamówienia.

Przedmiotowa inwestycja Plastbudu przy ulicy Meissnera 5 w Gdańsku nie wymagała zgłoszenia, ani wniosku o pozwolenie na budowę, gdyż została zakwalifikowana jako remont (art. 29 ust 2 Prawa budowlanego). Przede wszystkim jednak - nawet gdyby było inaczej - to ewentualne zaniechanie inwestora polegające na braku zgłoszenia nie może obciążać Odwołującego i Plastbudu. Istotna jest okoliczność, że inwestycja została wykonana przez Plastbud prawidłowo, bez zastrzeżeń i w 2019 roku. Jedynie tytułem uzupełnienia Odwołujący pragnie dodać, iż realizuje obecnie podobną inwestycję dla Białołęckiego Ośrodka Sportu w Warszawie o nazwie: „Modernizacja boiska piłkarskiego przy ul. Picassa w Warszawie” w formule „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie również żadne zgłoszenie ani pozwolenie na budowę nie jest wymagane (nr sprawy BOS-JZ. MD/PN- rb/7/2020).

Zamawiający zupełnie niezasadnie nie uwzględnił wyjaśnień Odwołującego zawartych w piśmie z dnia 11.09.2020 roku, ani załączonych referencji dla Plastbudu od WM-Sport SPV Spółka z o.o. w Warszawie z dnia 15.01.2018 roku. Zamawiający całkowicie zignorował to pismo, powinien zaś wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie tego pisma, ewentualnie wezwać do przedłożenia dokumentów lub ich uzupełnienie czy poprawienia. Czego niezasadnie zaniechał. Wykonanie tych czynności pozwoliłoby Zamawiającemu na uzyskanie dokładnych informacji odnośnie do referencji Plastbudu i wyjaśnienie wszelkich ewentualnych nieścisłości, a tym samym spowodowałoby że Zamawiający nie wykluczyłby Odwołującego i nie odrzucił jego oferty. W efekcie oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji opisanych w odwołaniu uchybień Zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę i niezasadnie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Gardenia. Odwołujący nie przedstawił bowiem nieprawdziwych informacji mogących wprowadzić w błąd Zamawiającego czy informacji

wprost wprowadzających w błąd, ale to Zamawiający w sposób całkowicie dowolny je ocenił i nadal im takie znaczenie, co jest zupełnie nieuprawnione w niniejszej sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie każdego z odwołań o sygnaturach akt KIO 2456/20 i KIO 2473/20:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu kopie odwołań, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego oraz co na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził Zamawiający.

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięższy dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK

293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11). Zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

III.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta spraw odwoławczych, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba w sprawie **sygn. akt KIO 2456/20** uwzględniła stanowisko pisemne zawarte w piśmie z dnia 5 listopada 2020 roku przez uczestnika postępowania odwoławczego Panorama Obiekty Sportowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie (dalej: Panorama) oraz dopuściła dowód załączony do pisma tj.:

- Umowa z dnia 20 lipca 2018 roku zawarta pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa – Dzielnica Wawer a Moris Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

Izba dopuściła następujące dowody zawnioskowane i złożone w sprawie **sygn. akt KIO 2456/20** przez uczestnika postępowania odwoławczego Panorama Obiekty Sportowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie (dalej: Panorama):

- dowód nr 1 – ogłoszenie o zamówieniu nr 570325-N-2018 z dnia 11 czerwca 2020 roku.

Izba w sprawie **sygn. akt KIO 2456/20** uwzględniła stanowisko pisemne zawarte w piśmie z dnia 6 listopada 2020 roku przez uczestnika postępowania odwoławczego Gardenia Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Gardenia).

Izba dopuściła następujące dowody zawnioskowane i złożone w sprawie **sygn. akt KIO 2456/20** przez uczestnika postępowania odwoławczego Gardenia Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Gardenia):

- dowód nr 2 – oświadczenie Moris Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 6 listopada 2020 roku.

Izba w sprawie **sygn. akt KIO 2473/20** uwzględniła stanowisko pisemne zawarte w piśmie z dnia 6 listopada 2020 roku przez uczestnika postępowania odwoławczego Gardenia Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Gardenia).

Izba dopuściła następujące dowody zawnioskowane i złożone w sprawie **sygn. akt KIO 2473/20** przez Odwołującego Prestige Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (dalej: Prestige lub Odwołujący):

- dowód nr 3 – oświadczenie z dnia 26 października 2020 roku Olimpijski Football Club spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu,
- dowód nr 4 - Projekt techniczny, Konstrukcja, obiekt Powłoka Pneumatyczna Zadaszenia Boiska Sportowego, adres: Gdańsk ul. Meissnera obręb 33, działka 33/14, Inwestor Olimpijski Football Club spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

IV.

Sygn. akt KIO 2456/20

Izba ustaliła, że zostało wykazane przez Odwołującego wypełnienie łącznie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Izba uznała za niezasadne stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w trakcie rozprawy tj. *Interhall nie ma interesu w złożeniu odwołania, ponieważ złożył trzecią w kolejności ofertę i nie kwestionuje oferty Panorama, a tym samym nie ma szans na uzyskanie zamówienia.*

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) – Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, Zamawiający w punkcie 2 uregulował:

Zamawiający, zgodnie z art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe ustalenia co do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze odwróconej (na podstawie art. 24aa ustawy) Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jaki określony jest art. 179 ust. 1 ustawy. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że w orzecznictwie Izby został przyjęty jednolity pogląd, że w ramach procedury odwróconej brak weryfikacji podmiotowej wszystkich wykonawców daje szeroką możliwość kwestionowania czynności i zaniechań Zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej. To oznacza, że nie ma znaczenia pozycja jaką Odwołujący ma w rankingu ofert. W tym przypadku ofertę Odwołującego w rankingu poprzedza oferta Panorama ale Panorama nie była jeszcze wzywana do złożenia dokumentów z uwagi na przyjęty tryb procedury odwróconej. Tym samym w sytuacji gdyby doszło do uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert Odwołujący będzie mieć szansę podnoszenia zarzutów wobec wyłonionego wykonawcy. Izba wskazuje również, że wybór oferty w procedurze odwróconej mieści się w ramach przesłanki wniesienia odwołania określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy, co również ugruntowane jest w orzecznictwie Izby.

W zakresie zarzutu (1) naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gardenia Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Gardenia), i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Izba uznała za niezasadny.

Izba podkreśla, że w zakresie tego zarzutu Odwołujący nie przedstawił żadnej faktycznej argumentacji dającej poddać się ocenie. Wskazanie, że „złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia wszystkich paramentów określonych przez Zamawiającego”, które to w zasadzie stanowi jedyne zdanie uzasadnienia naruszenia wskazanych w petitum odwołania podstaw prawnych nie może zostać uznane za wystarczające. Odwołujący w zasadzie nie podał żadnej argumentacji faktycznej stanowiącej o niezgodności oferty z SIWZ. Podanie nazw dokumentów jakich wymagał Zamawiający również nie wyczerpuje elementy argumentacji faktycznej, bowiem nie odnosi się do ich treść. Odwołujący zaznacza, że dokumenty te są objęte tajemnicą i nie może się do nich odnieść ale jednocześnie nie przeszkadza mu to w twierdzeniu o ich niezgodności, takie stanowisko nie jest wewnętrznje spójne.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania oraz kwestionowana w nim czynność i przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać związane przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum) i nie ogranicza się jedynie do podania podstawy prawnej oraz wskazania stanu faktycznego, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji będącej uzasadnieniem stanowiska Odwołującego. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować

ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że brak jest argumentacji faktycznej w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do niezgodności treści oferty z SIWZ powoduje, że właśnie z powodu tego braku argumentacji faktycznej zarzut odwołana jest niezasadny.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Gardenii i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba uznała zarzut za niezasadny z uwagi na to, że nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, gdy Zamawiający nie wzywał w trybie art. 26 ust 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego Izba ustaliła, że Gardenia przedstawiła *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia* od Moris Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Moris), z treści którego wynika, że *wyżej wymieniony podmiot, stosownie do art. 22a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień*

publicznych (t.j. Dzo U. z 2018 r. poz. 1986), odda Wykonawcy: Gardenia Sport Sp. z o.o. Ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn.

Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych zadania pod nazwą:

„Budowa zadaszania boiska piłkarskiego przy POSiZL w Miętmem”

do dyspozycji niezbędne zasoby zdolności technicznej lub zawodowej: Wiedza i doświadczenie w zakresie należytego wykonania:

2 (dwie) roboty budowlane, polegające na wybudowaniu hali pneumatycznej o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda LUB co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obejmującej swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej, o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda (zakres udostępnianych zasobów) na cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania.

Sposób wykorzystania w/w zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia: Wykonanie przez firmę udostępniającą zasoby robót w zakresie zgodnym z udostępnionymi zasobami.

Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego: wykonanie prac w zakresie zgodnym z udostępnionymi zasobami, udział przez cały okres realizacji zadania.

Charakter stosunku prawnego, jaki będzie łączył nas z Wykonawcą: czynny udział w realizacji zadania podwykonawstwo — umowa współpracy.

W odniesieniu do stanowiska Odwołującego podniesionego w uzasadnieniu odwołania dotyczącego treści zobowiązania podmiotu trzeciego tj. Moris Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Moris) Izba stwierdziła, że brak jest w stanowisku Odwołującego argumentacji faktycznej. Samo wskazanie, że „już na pierwszy rzut oka widać, że udzielnie zasobów ma charakter wyłącznie pozorny” w żaden sposób nie uzasadnia jakiegokolwiek pozorności czynności dokonanej przez Moris. Również wskazanie na „błędne koło” w zakresie przedstawianych informacji w złożonych dokumentach także nie potwierdza jakiegokolwiek pozorności. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego owe postanowienia nie mają charakteru rzeczywistego. Brak jest jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się czy to do treści tych oświadczeń, czy do ich zakresu. W zasadzie nie wiadomo dlaczego Odwołujący w ten sposób twierdzi.

Izba w całości w tym miejscu podtrzymuje argumentację prawną przedstawioną przy rozpoznaniu zarzutu nr 1.

W odniesieniu do postawionego zarzutu i argumentacji dotyczącej braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – Izba argumentację Odwołującego uznała za zasadną, jednakże jak wskazano na wstępie zarzutu nie uwzględniła z uwagi na ustalenia stanu faktycznego wskazujące na brak wezwania Gardenia w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz brak podniesienia w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust.3 ustawy i zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 2 SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu w punkcie 2 lit. c określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej lub technicznej *Wykonawcy winni udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie realizacji przynajmniej dwóch robót budowlanych polegających na:*

co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, polegające na wybudowaniu hali pneumatycznej o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda:

LUB

co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obejmującej swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej, o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda

Gardenia za pismem z dnia 11 września 2020 roku przedstawił *Wykaz wykonanych robót, potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 2 ust. 1 pkt 2 lit. c pkt 1 SIWZ* gdzie podał:

Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych wynikających z umowy z dnia 20.07.2018r.

Była to robota budowlana wykonana w systemie zaprojektuj i wybuduj obejmująca swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł. (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych).

Zasoby udostępnione od MORIS POLSKA Sp. z o.o. zgodnie z załączonym do oferty zobowiązaniem udostępnienia zasobów

Wartość robót: 3 280 420,00 zł. brutto.

Do wykazu załączone zostało Poświadczenie z dnia 18 kwietnia 2019 roku:

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wawer niniejszym poświadcza, że w drodze wyboru oferty w przetargu nieograniczonym, firma MORIS POLSKA Sp. z o.o. Warszawa ul. Baletowa 4, na podstawie Umowy Nr UD-X111-WIR/C/WAW/V/P1/67/822/LW/2018, UD-XIII-WIR/C/WAW/V111/P1/16/824/LW/2018 o wykonanie prac projektowych i robót budowlanych zawartej w dn. 20.07.2018r., zrealizowała prace projektowe i roboty budowlane polegające na:

- 1) przykryciu boiska sportowego pneumatyczną halą ciśnieniową na terenie Szkoły Podstawowej nr 128 przy ul. Kadetów 15 w Warszawie — powierzchnia zadaszzonego terenu 1248 m²,
- 2) przykryciu boiska sportowego pneumatyczną halą ciśnieniową na terenie Szkoły Podstawowej nr 140 przy ul. Wilgi 19 w Warszawie - powierzchnia zadaszzonego terenu 838,00 m²,
- 3) przykryciu boiska sportowego pneumatyczną halą ciśnieniową na terenie Szkoły Podstawowej nr 218 przy ul. Kajki 80/82 w Warszawie - powierzchnia zadaszzonego terenu 826,11 m²,
- 4) przykryciu boiska sportowego pneumatyczną halą ciśnieniową na terenie Szkoły Podstawowej nr 204 przy ul. Bajkowej 17/21 w Warszawie powierzchnia zadaszzonego terenu 1300,00m²
- 5) przykryciu boiska sportowego pneumatyczną halą ciśnieniową na terenie Szkoły Podstawowej nr 216 przy ul. Wolnej 36/38 w Warszawie - powierzchnia zadaszzonego terenu 1146, 10 m²
- 6) przykryciu boiska sportowego pneumatyczną halą ciśnieniową na terenie Szkoły Podstawowej nr 86 przy ul. Korynckiej 33 w Warszawie — powierzchnia zadaszzonego terenu 1722 m²
- 7) przykryciu boiska sportowego przy ul. Skalnicowej w Warszawie pneumatyczną halą ciśnieniową — powierzchnia zadaszzonego terenu 1811 m².

W ocenie Izby przedstawione przez Gardenia doświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego przez Zamawiającego tj. co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obejmującej swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej, o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda

Izba wskazuje, że kluczowym w obliczu podniesionego zarzutu odwołania jest kwestia rozumienia ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu. Izba podkreśla, że Zamawiający wykonując ciążące na nim ustawowe obowiązki wskazuje warunki udziału

w postępowaniu. Choć w tym zakresie ustawa uległa zasadniczej zmianie – obecnie Zamawiający wskazuje warunek udziału w postępowaniu, a nie dokonuje opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w wyniku nowelizacji z lipca 2016 roku, to aktualne pozostaje w tym zakresie orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane. W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego.

Ukształtowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postępowaniu należy i musi być odczytywany w ten sposób, wykonawca miał posiadać doświadczenie w realizacji roboty budowlanej wykonanej w systemie zaprojektuj i wybuduj, która obejmowała wykonanie projektu budowlano- wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej o wartości nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł. Wskazanie w warunku „każdej” należy odnosić do podanego przez Zamawiającego „co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej,” – to w sposób jednoznaczny potwierdza, że gdyby wykonawca chciał przedstawić więcej niż jedną realizację, bowiem zawsze ma do tego prawo, to musiał wymagania określone w warunku odnieść do każdego wykazywanego doświadczenia.

Izba nie podziela rozbudowanej argumentacji zaprezentowanej przez Gardenie w piśmie procesowym, ponieważ kluczowym dla odczytania treści warunku udziału w postępowaniu jest jego gramatyczne znaczenie.

Jednoznacznie niezbędne było wykazanie się przez wykonawcę taką robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, która w swoim zakresie zawiera wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie tej hali pneumatycznej. Nie mam więc mowy tu o wielości hal czy wielości obiektów. Wymagania Zamawiającego są jednoznaczne i precyzyjne, nie użył w tych określeniach Zamawiający żadnego zwrotu odnoszącego się do wskazania zakresu minimalnego wykonanej roboty budowlanej. Tym samym wymagania co do roboty budowlanej potwierdzającej warunek udziału w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego należało odnieść jedynie i wyłączenie do zakresu wskazanego przez Zamawiającego czyli wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej. Nie ma tu miejsca na dokonywanie jakiegokolwiek wykładni stawianego w postępowaniu o udzielnie zamówienia warunku, tym bardziej, że to nie wykładania danych postanowień stanowi podstawę oceny spełnienia warunku lecz ich faktyczne brzmienie. W ocenie Izby nie zaistniała w okolicznościach tej sprawy również sytuacja, gdzie dane postanowienie można rozumieć w różny sposób co uprawniałoby do przyjęcia na korzyść wykonawcy prezentowanego przez Gardenie rozumienia treści warunku.

Przedstawienie przez Gardenie doświadczenia polegającego na realizacji umowy na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnica Wawer nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z informacją jaka wynika z Poświadczenia przedstawionego przez Gardenie w ramach tej umowy zrealizowanych zostało 7 hal pneumatycznych, gdzie dla każdej z hal wykonano prace projektowe, a sam Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wawer, wskazał w wydanym poświadczeniu na wielość robót budowlanych oraz wielość projektów.

Zgodnie z przedstawionym przez uczestnika postępowania odwoławczego Panorama Obiekty Sportowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie (dalej: Panorama) stanowiskiem zaprezentowanym w piśmie procesowym i na rozprawie oraz załączoną do pisma umową z dnia 20 lipca 2018 roku zawartą pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa – Dzielnica Wawer a Moris Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wartość żadnej roboty budowlanej zrealizowanej w ramach tej umowy na podstawie wykonanego projektu nie przekroczyła wymaganej kwoty 1 200 00, 00 zł (§ 9 ust. 1 tej umowy), a wszystkie były mniejsze niż 661 390, 00 zł.

Przedstawiony przez Panoramę dowód nr 1 – ogłoszenie o zamówieniu w odniesieniu do zamówienia realizowanego na podstawie ww. umowy jednoznacznie wskazuje pkt II. 3, że każda z 7 hal stanowiących przedmiot umowy stanowiła przedmiot postępowania prowadzonego z podziałem na części, przy czym dopuszczona była możliwość składania

oferty na wszystkie części zamówienia (co oznacza, że wykonawca mógł złożyć ofertę na każdą, na wybrane lub na wszystkie części zamówienia).

Przedstawiony natomiast przez Gardenię dowód nr 2 dotyczy jedynie zawarcia jednej umowy w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpoczętego ww. ogłoszenie o zamówieniu. Niemniej fakt zawarcia jednej umowy nie zmienia tego, że każda z robót budowlanych dla każdej z 7 hal była odrębną robotą budowlaną. Więcej, w ocenie Izby potwierdza to również odwołanie przedstawiony przez Gardenię, gdzie wskazano „jedną umowę o wykonanie prac projektowych i robót budowlanych”. Z treści tego oświadczenia złożonego przez Moris wynika zatem, że sam on potwierdza, że w ramach zawartej jednej umowy zrealizował mnogość, wielość – w tym wypadku w odniesieniu do 7 hal – projektów oraz robót budowlanych zgodnie z zakresem wynikającym z umowy.

Izba stwierdza, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny doświadczenia przedstawionego przez Gardenię jednakże Izba zarzut uznała za niezasadny, bowiem nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, gdy Zamawiający nie wzywał wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący nie zrzucił Zamawiającemu naruszenia przez Zamawiającego obowiązku wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Gardenii i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy pomimo tego, że wskutek co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba na potrzeby rozpoznania zarzutu uwzględni ustalenia stanu faktycznego poczynione w ramach rozpoznania zarzutu nr 2.

Regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia

jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, Wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17, wyrok KIO 272/19).

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek podstawy wykluczenia wykonawcy w oparciu o punkt 17 ww. artykułu ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17).

W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością.

Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców.

Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02).

Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny 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.

Mając na uwadze powyższe wywody prawne Izba dokonując oceny podniesionego zarzutu w zakresie informacji jakie kwestionuje Odwołujący poddaje ocenie w kontekście przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy złożone przez wykonawcę dokumenty. Izba dostrzegła, że Odwołujący w zupełności pominął treść Poświadczenia jakie zostało załączone przez Gardenie do przedstawionych dokumentów, a z którego to dokumentu w sposób jednoznaczny wynika, że *Moris zrealizowała prace projektowe i roboty budowlane polegające na: (...)*, gdzie wymieniono wszystkie hale realizowane w ramach umowy, co sam Odwołujący również dostrzegł podając, że chodziło o siedem hal. W ocenie Izby Zamawiający poddaje ocenie wszystkie złożone dokumenty przez wykonawcę, tym samym – przy jednoczesnym uwzględnieniu, że Garden błędnie rozumiał treść warunku udziału w postępowaniu – trudno uznać, że informacje podane w Wykazie wprowadziły Zamawiającego w błąd jak również, że miały one istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, poza Wykazem Zamawiający dysponował również Poświadczeniem.

Izba zaznacza, że w ramach podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy niezbędne jest wykazanie spełnienia kumulatywnie

wszystkich przesłanek określonych ww. przepisie. Odwołujący nie wykazał spełnienia tych przesłanek.

Sygn. akt KIO 2473/20

Izba ustaliła, że zostało wykazane przez Odwołującego wypełnienie łącznie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 24 sierpnia 2020 Odwołujący Prestige Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni został wezwany do złożenia dokumentów, w tym Wykazu robót budowlanych wraz z niezbędnymi dokumentami.

Odwołujący za pismem z dnia 27 sierpnia 2020 roku przedstawił dokumenty w tym Wykaz robót wskazujący przedmiot zamówienia:

Zaprojektowanie, wyprodukowanie, dostarczenie i montaż Hali pneumatycznej na boisko piłkarskie. Wartość brutto 2 257 000,00 zł, Nazwa odbiorcy: Olimpijski Football Club sp. zo.o. Sp.k. Wrocław (...).

Załączono również poświadczenie Olimpijski Football Club Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu wskazujące między innymi, że Odwołujący wykonał w ramach inwestycji pn.: *Zaprojektowanie, wyprodukowanie, dostarczenie i montaż Hali Pneumatycznej na boisko piłkarskie, następujący zakres prac:*

- 1) *zaprojektowanie sportowej hali pneumatycznej dwuwarstwowej o wymiarach 115 x 74 m wraz z pełną infrastrukturą, w tym projekt kotew, system grzewczo nadmuchowy, system awaryjny do podtrzymywania ciśnienia w powłoce, oświetlenie LED hali, oświetlenie awaryjne, drzwi obrotowe i ewakuacyjne, brama techniczna, zadaszenie urządzeń technicznych, pomieszczenie magazynowe;*
- 2) *Dostawa montaż i rozruch sportowej hali pneumatycznej, dwupowłokowej o wymiarach 115 x 74 m wraz z wykonaniem pełnej infrastruktury wymienionej w punkcie 1 zgodnie z projektem.*

Pismem z dnia 31 sierpnia 2020 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień odnośnie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Za pismem z dnia 1 września 2020 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia jak również przedstawił dokumenty; Poświadczenie oraz umowa.

W dniu 11 września 2020 roku Odwołujący, nie wzywany przez Zamawiającego, złożył pismo:

W uzupełnieniu wyjaśnień z dnia 02.09.2020 roku, w związku z informacją o zamiarze odrzucenia oferty złożonej przez Prestige Invest Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, oświadczam:

1. Przekazane wyjaśnienia z dnia 02.09.2020 roku odpowiadają na wszystkie wątpliwości postawione przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 31.08.2020 roku.

2. Wskazana w poświadczeniu realizacja hali pneumatycznej w Gdańsku przy ul. Maissnera 5 nie wymagała zgłoszenia lub decyzji pozwolenia na budowę, gdyż została zakwalifikowana jako remont istniejącego obiektu, w takim przypadku — zgodnie z obowiązującym prawem budowlanym - zgłoszenie nie jest konieczne. Zgodnie z art. 29 ust 2 pkt 1 Prawa Budowlanego: remont obiektów budowlanych nie wymaga uzyskania pozwolenia na budowę. Co więcej, Prestige Invest w chwili obecnej realizuje inwestycję dla Białołęckiego Ośrodka Sportu w Warszawie pn. „Modernizacja boiska piłkarskiego przy ul. Picassa w Warszawie” w formule „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie również żadne pozwolenie na budowę czy też zgłoszenie do nadzoru nie było potrzebne. Zarówno autor projektu jak i nadzór inwestorski oraz użytkownik zgodnie stwierdzili, że w przypadku remontu takie zgłoszenie nie jest konieczne.

W związku z powyższym w wyjaśnieniach z dnia 02.09.2020 roku nie mogliśmy zadośćuczynić sugestii Zamawiającego, aby wskazać dokładne miejsce, w którym została wykonana hala „najlepiej poprzez wskazanie dokumentu potwierdzającego ten fakt w postaci zgłoszenia lub decyzji pozwolenia na budowę, właściwego organu na wykonanie robót budowlanych”, miejsce realizacji zostało potwierdzone w treści umowy, której kopie przedstawiliśmy Zamawiającemu.

3. Firma Plastbud Sport Sp. z o.o. jest doświadczonym producentem i wykonawcą hal pneumatycznych, dlatego (z ostrożności) w załączeniu przesyłamy kolejne poświadczenie, które potwierdza doświadczenie firmy w zakresie wskazanym w SIWZ, tj. „(.. co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obejmującej swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000, 00 zł każda”.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 oraz 26 ust. 3 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert „do skutku” o ile wyjaśnienia nie mają znamion negocjacji.

Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli Zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty.

Zgodnie z szerokim orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie Zamawiający może dokonać wezwania do wyjaśnienia wielokrotnie w odniesieniu do danego oświadczenia czy dokumentu. Oznacza to, że wyjaśnienia z wykonawcą mogą i powinny być prowadzone aż do skutku, czyli uzyskania informacji stanowiącej podstawę do ewentualnych dalszych działań. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 629/13, orzekła(...). Mamy nadzieję, że powyższe wyjaśnienia będą wystarczające i obie strony unikną uciążliwej i długiej procedury w KIO. Jednocześnie oświadczamy, że Prestige Invest Sp. z o.o. wykorzysta wszelkie dostępne prawem instrumenty do obrony własnych interesów.

Zamawiający pismem z dnia 23 września 2020 roku powiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy podając w uzasadnieniu stanowiska, że:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”). określił szczegółowo warunki udziału w postępowaniu, wymagając, że w zakresie posiadanego doświadczenia, wykonawcy przystępujący do przetargu wykażą roboty budowlane wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokument - inne dokumenty. Wykonawcy byli winni udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie realizacji przynajmniej dwóch robót budowlanych polegających na

a) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, polegające na wybudowaniu hali pneumatycznej o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych) każda;

LUB

b) co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obejmującej swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej, o wartości brutto nie mniejszej niż 1 200 000.00 zł (słownie złotych: milion dwieście tysięcy złotych)

W trakcie prowadzonego postępowania Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust.2 ustawy PZP w dniu 24 sierpnia 2020 roku wezwał Wykonawcę PRESTIGE - INVEST Sp. z o.o., ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia do złożenia oświadczeń lub dokumentów określonych w SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca pismem z dnia 27 sierpnia 2020 roku przesłał żadaną dokumentację obejmującą także „Wykaz robót budowlanych wraz z poświadczeniem należytego wykonania oraz dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, który udostępnił swoje zasoby w tym zakresie”. Firma, która udostępniła swoje zasoby to Plastbud Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pomiechowska 47/6, 04-694 Warszawa.

Przedstawione referencje budziły wątpliwości po stronie Zamawiającego i korzystając z uprawnienia z art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p., wezwał on do złożenia wyjaśnień odnośnie przesłanych referencji w szczególności dotyczących:

- wskazania dokładnego miejsca, w którym została wykonana hala, na którą powołują się Państwo w przedstawionych referencjach- najlepiej poprzez wskazanie dokumentu potwierdzającego ten fakt w postaci zgłoszenia lub decyzji pozwolenia na budowę, właściwego organu na wykonanie robót budowlanych,
- wskazania dlaczego w przedstawionych referencjach w pierwszym akapicie mamy sformułowanie, że poświadczenie jest dla firmy „Plastbud Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”, zaś w ostatnim zdaniu referencji znajduje się stwierdzenie, że „Profesjonalizm wykonania stanowi podstawę do udzielenia firmie Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. rekomendacji jako godnej polecenia przyszłym inwestorom”. W tym miejscu pragniemy nadmienić, że złożyli Państwo oświadczenie iż, „nie należą do tej samej grupy kapitałowej, co inni wykonawcy, którzy w tym postępowaniu złożyli oferty”. Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. również złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu,
- odniesienie się do faktu, że Zamawiający analizując ogólnodostępne informacje na temat inwestycji podmiotu wystawiającego Państwu referencje, nie znalazł

potwierdzenia aby prowadził on inwestycję o takim przedmiocie i wartości w roku 2019.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 31.08.2020 roku Prestige Invest Sp. z o.o. przesłała wyjaśnienia o treści:

„1. Wskazana w poświadczeniu hala pneumatyczna została wykonana w Gdańsku, przy ul. Maissnera 5, w załączeniu kopia umowy na wykonanie wykazanych robót;

2 W przedstawionym poświadczeniu wystąpił błąd (wynikający poniekąd z faktu, że Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. w 2015 roku wykonała boisko przy Maissnera 5, które w 2019 zostało przykryte przedmiotową halą przez firmę Plastbud Sport Sp. z o.o.), w załączeniu poprawione poświadczenie.

3. Trudno jest odnieść się do faktu, że Zamawiający nie znalazł potwierdzenia wykonania inwestycji, w załączeniu przedstawiamy kopię umowy wraz z protokołem odbioru robót, które to dokumenty jednoznacznie potwierdzają realizację wskazanej inwestycji.”

Do pisma zostały dołączone załączniki w postaci:

- Poprawionego poświadczenie wykonania robót,
- Kopii umowy na wykonanie robót wskazanych w poświadczeniu,
- Kopii protokołu odbioru robót.

W toku weryfikowania tych dokumentów Zmawiający wykrył kolejne nieścisłości. Dokument poświadczający zarówno w pierwotnej wersji jak i wersji poprawionej nie został opatrzony datą pozwalającą na określenie terminu w jakim zostały wystawione przedmiotowe poświadczenia. W zakresie umowy dotyczącej wskazanych robót również należy wskazać, że w komparycji wskazane jest, że firma, która wystawiła poświadczenie dla firmy Plastbud, czyli Olimpijska Football Club Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa jest reprezentowana przez „B. B. Prezes Zarządu”, zaś podpis pod umową złożył C. F. Wiceprezes Zarządu. W tym zakresie oczywiście zgodnie z KRS Spółkę może reprezentować zarówno Prezes jak i Wiceprezes jednoosobowo- jednakże w praktyce gospodarczej osoba wskazana do reprezentacji w komparycji umowy, również ją podpisuje. Największe wątpliwości Zmawiającego wzbudził dokument „Protokół Końcowy Odbioru Robót” sporządzony w dniu 14 listopada 2019 roku, w którym jasno jest zapisane, że „został spisany w składzie:

1. P. M. - Plastbud Sport Sp. z o.o.
2. B. B.- Olimpijski Football Club SP, z o.o. Sp. k. "

Mimo takiego jasno brzmiącego zapisu podpis pod Protokołem Odbioru złożył C. F. Wiceprezes Zarządu a nie B. B. Prezes Zarządu, co jest całkowicie niezrozumiałe.

W celu wyjaśnienia tych kwestii pracownik Zamawiającego odbył rozmowy telefoniczne z ww. przedstawicielami Spółki Olimpijska Football Club Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa, Z tych czynności została sporządzona notatka służbowa.

Z treści notatki wynika, że Pan C. F. w rozmowie z pracownikiem Zamawiającego pytany o odbiór hali pneumatycznej w Gdańsku w listopadzie 2019 roku, stwierdził, że „on nigdy nie był w Gdańsku i nic nie wie na temat hali pneumatycznej zbudowanej przy ulicy Meissnera 5”. Dodatkowo wskazał, że „być może podpisał jakieś dokumenty, ale nic więcej nie wie, bo to Prezes Zarządu B. B. dostarcza mu dokumenty do podpisania a on ich nie czyta”. Następnie pracownik odbył rozmowę z Prezesem Zarządu B. B., który nie był w stanie w sposób przekonujący wytłumaczyć przedstawionych wątpliwości i odnieść się do słów Pana Wiceprezesa C. F.

Kwestie tych wątpliwości Zamawiający przedstawił właścicielowi obiektu przy ulicy Meissnera 5, czyli Gdańskiemu Ośrodkowi Sportu. W odpowiedzi na wyżej podnoszone wątpliwości wskazał, że „W odpowiedzi na zapytanie informuję, że Gdański Ośrodek Sportu nie był inwestorem hali pneumatycznej mieszczącej się na boisku przy ul. Meissnera 5. Boisko zostało zadane przez operatora obiektu w 2016 roku”. Wszelka dokumentacja przekazywana zaś, przez Wykonawcę dotyczy roku 2019.

W celu ostatecznej weryfikacji tych kwestii Zamawiający korzystając z wyszukiwarki Rejestru Wniosków, Decyzji i Zgłoszeń udostępnionej przez Główny Urząd Nadzoru Budowlanego uzyskał informację, że brak w latach 2017-2020 zarówno zgłoszenia czy też wniosku o pozwolenie na budowę dla hali ciśnieniowej, która miała być posadowiona przy ulicy Meissnera 5 w Gdańsku. W doktrynie prawa budowlanego w zależności od faktu, czy jest to obiekt tymczasowy, czy też nie wymaga się albo zgłoszenia albo pozwolenia na budowę, ale nie można wykonać takiej inwestycji zgodnie z prawem bez wyboru jednego z tych dwóch trybów dotyczących zamierzeń budowlanych.

Firma PRESTIGE - INVEST Sp. z o.o., ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia złożyła bez wezwania kolejne pismo z 11 września 2020 roku w którym wskazała, że „zgodnie z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert „do skutku” o ile wyjaśnienia nie mają znamion negocjacji.”. Zamawiający nie badał tych dodatkowych wyjaśnień zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2019 r. sygn. akt KIO 1938/19, w którym zostało wskazane, że „Co do wycofania potencjału podmiotu na który powołał się Odwołujący wobec zaistniałej sytuacji, powyższe nie może być podstawą do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP - wezwania o uzupełnienie dokumentów. Gdyby przyjąć możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP przepis art. 24 ust 1 pkt 16 oraz 17 ustawy PZP były przepisem martwym. Ponadto w orzecznictwie przyjęto pogląd, że w przypadku zaistnienia

przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie ma zastosowania”.

Wobec tych dowodów, potwierdzających fakt przedstawienia przez Wykonawcę w „Wykazie robót budowlanych wraz z poświadczeniem należytego wykonania” informacji nieprawdziwych uznano, że Wykonawca przedstawiając te informacje wprowadził Zamawiającego w błąd. Takie działanie, w przypadku pozostawania Zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy, mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, tj. mogły decydować o możliwości uzyskania zamówienia, ponieważ było to warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca, jako profesjonalista działający na rynku, powinien dołożyć należytej staranności przy sporządzaniu ofert. W tym miejscu warto przywołać wyrok KIO z dnia 13 lutego 2018 r. (sygn. akt: KIO 185/18), (...). W wyroku KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 576/17) (...) Tożsamy pogląd wyraziła KIO w. wyroku z 12 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 782/17) (...)

W związku z tym można domniemać, że Wykonawca nie dołożył należytej staranności, co oznacza, że w. tym przypadku mamy do czynienia z niedbalstwem, tj. nieumyślnym stopniem winy. Jednocześnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 października 2016 r. (sygn. akt I ACa 246/16) wyjaśniono, że „Wzorzec należytej staranności ujęty w art. 355 § 2 k.c. oznacza, że staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniona w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowa Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania”.

Mając na względzie wyżej przytoczone wyroki należy stwierdzić, że przedstawienie w ofercie nieprawdziwych informacji przez PRESTIGE - INVEST Sp. z o.o., ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia jest działaniem co najmniej nieumyślnym. A to właśnie wykazanie działania nieumyślnego wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołując się do wyroku z dnia 7 czerwca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1004/17), w którym Izba uznała za prawidłową czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP czytamy:“(…) dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek”.

W związku z powyższym, Zamawiający uznał za zasadne zastosowanie przesłanki wykluczenia Wykonawcy na podstawie 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Mając na uwadze ustalony powyżej i znajdujący swoje odzwierciedlenie w aktach postępowania odwoławczego stan faktyczny sprawy Izba stwierdziła, że działanie Zamawiającego było zasadne i prawidłowe. Zamawiający zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy art. 24 ust. 1 pkt 17 wykluczył wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokumenty jakie przedstawił Zamawiającemu Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz wyjaśnienia jakie poczynił następczo w żaden sposób nie wskazywały na niezrozumienie czy interpretację postanowień SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu uprawniającą do innego jego rozumienia. Jednoznacznie należy podkreślić, że Odwołujący nie odnosił się i nie wskazywał, że postanowienia SIWZ były niejednoznaczne czy nieprecyzyjne, co mogłoby stanowić uzasadnienie do przyjęcia, że Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając dane informacje czy to w wyniku niedbalstwa czy też lekkomyślności w działaniu. Tym samym skoro postanowienia SIWZ były jednoznaczne i za takie uznawał je Odwołujący, to ocena w zakresie przedstawianych Zamawiającemu dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu następuje przy uwzględnieniu wymagań określonych przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie gdy doszło do: przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, informacja ta mogła wprowadzić w błąd Zamawiającego, a przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy.

Należy podkreślić w tym zakresie, że pierwsza z przesłanek tj. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością rozumiana w orzecznictwie jest jako informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) polegająca na złożeniu przez wykonawcę oświadczenie wiedzy - lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego - którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. W orzecznictwie Izby jak i sądów powszechnych przyjęte i ugruntowane jest stanowisko

zgodnie, z którym to na wykonawcy składającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę jak również wymagane dokumenty w postępowaniu ciąży obowiązek weryfikacji dokumentów przedstawianych przez niego, a pozyskanych od innych podmiotów. To wykonawca bowiem składa określone oświadczenia i to po jego stronie leży obowiązek wykazania Zamawiającemu, że za pomocą złożonych dokumentów potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jakikolwiek nieprawidłowości w składanych dokumentach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obciążają wykonawcę, który je składa. Biorąc zatem „odpowiedzialność” za przedstawiane dokumenty wykonawca nie może „zasłaniać” się niewiedzą czy brakiem odpowiedzialności po stronie danego podmiotu za przedstawiane dane lub ich zgodność z obowiązującymi przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe.

Izba powołuje w tym miejscu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Tym samym podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością.

Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach,

z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców.

Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania (tak Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

Mają na uwadze powyższe Izba stwierdziła w oparciu o zgromadzone w sprawie dokumenty, że Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykazał się doświadczeniem podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby tj. Plastbud Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W zakresie pierwszej z przesłanek szczegółowo zreferowanej powyżej niezbędne jest ustalenie tego, czy informacja podana w Wykazie usług oraz przedstawionym dokumencie poświadczającym jej wykonanie mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd czy też nie – czy była informacją prawdziwą czy nie.

Kwestionując czynność Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania, Odwołujący w treści złożonego odwołania raz podaje, że „Odwołujący wykazał, że „Plastbud wykonała robotę budowlaną polegającą na budowie hali pneumatycznej w Gdańsku” (str. 4 odwołania), a następnie w dalszej argumentacji podnosi, że „przedmiotowa inwestycja Plastbud przy ulicy Meissnera 5 w Gdańsku nie wymagała zgłoszenia, ani wniosku o pozwolenie na budowę, gdyż została zakwalifikowana jako remont (art. 29 ust. 2 Prawa budowlanego)” (str. 6 odwołania). W samym odwołaniu Odwołujący w różny sposób wskazuje zakres jaki stanowiła realizacja wskazanej przez Odwołującego na potrzebę wykazania warunku udziału w postępowaniu inwestycji, raz jako „budowę”, a kolejnym razem jako „remont”. Przy czym w dowodzie złożonym przez Odwołującego tj. Oświadczenie z dnia 26 października 2020 roku – dowód nr 3 – składający oświadczenie podał, że „inwestycja ta nie wymagała zgłoszenia w 2019 roku, gdyż wydane już zostało stosowane pozwolenie na budowę w 2016r.”.

Zgodnie z tym dowodem „Hala pneumatyczna przy ulicy Meissnera w Gdańsku powstała w 2016 roku Wykonawcą tego zadania była firma Panorama Obiekty Sportowe (...) a Podwykonawcą firma Plastbud Sport, Warszawa. OFC jako inwestor uzyskał stosowne pozwolenie na budowę tej hali w 2016r.” Izba wskazuje w tym miejscu, że po pierwsze wykonanie hali pneumatycznej w roku 2016 i przedstawiane w tym zakresie informacje dowodzą tego, że inwestycja realizowana w tamtym czasie była jako budowa w oparciu o uzyskane pozwolenie na budowę. Z przedstawionych informacji wynika, że Plastbud był podwykonawcą tej inwestycji w roku 2016, jednakże nie to doświadczenie zostało udzielone Odwołującemu, lecz zgodnie z Wykazem usług doświadczenie Plastbud z roku 2019. Zgodnie z definicjami z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333, ze zmianami dalej: PrBud), ilekroć w tej ustawie jest mowa budowie – należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6 PrBud). Natomiast przez remont – należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym (art. 3 pkt 8 PrBud).

Przedstawiony Zamawiającemu Wykaz wraz z Poświadczeniem w dniu 27 sierpnia 2020 roku nie odnosiły się w żaden sposób do tego, że wskazana inwestycja jest remontem, a nie budową jak wymagał w warunku udziału w postępowaniu Zamawiający. Przy czym należy zaznaczyć w tym miejscu, że remont nie stanowił potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym wykazana przez Odwołującego w Wykazie inwestycja dla potwierdzenia faktycznie okoliczności, że stanowiła zgodnie z wymaganiami Zamawiającego budowę powinna była być realizowana na podstawie pozwolenia na budowę (niezależnie czy była to budowa czy odbudowa). Potwierdza to w zasadzie dowód nr 3 – oświadczenie, zgodnie z którym realizacja inwestycji w 2016 roku prowadzona była na podstawie uzyskanego przez Olimpijski Football Club spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej: OFC) pozwolenia na budowę. Zgodnie z ust. 3 art. 29 PrBud, obowiązującego w 2019 roku, nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę, natomiast wymaga zgłoszenia, o którym mowa w art. 30, wykonywanie robót budowlanych polegających na (pkt 2) remoncie: a) budowli, których budowa wymaga uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. Skoro inwestycja z 2019 roku nie wymagała pozwolenia na budowę, jak twierdził Odwołujący oraz również wskazano to w dowodzie nr 3, a inwestycja ta w roku 2016 realizowana była na podstawie pozwolenia na budowę, to remont w 2019 roku do jakiego w swoim stanowisku referował Odwołujący realizowany winien być na podstawie zgłoszenia. Izba dla porządku, bowiem na te okoliczności wskazywał Odwołujący wyjaśnia, że zgodnie z PrBud, obowiązującym w trakcie realizacji

powołanej inwestycji tj. w roku 2019 powołany przez Odwołującego przepis art. 29 ust. 1 pkt 1 wskazywał, że - nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę oraz zgłoszenia, o którym mowa w art. 30, budowa: 1) obiektów gospodarczych związanych z produkcją rolną i uzupełniających zabudowę zagrodową w ramach istniejącej działki siedliskowej: (...). Natomiast zgodnie z art. 29 ust 2 pkt 1 pkt PrBud w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 września 2020 roku Pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na: remoncie obiektów budowlanych. Zgodnie z art. 30 ust. 1 Zgłoszenia organowi administracji architektoniczno-budowlanej wymaga pkt 2a) wykonywanie remontu, o którym mowa w art. 29 ust. 2 pkt 1, dotyczącego: a) budowli, których budowa wymaga uzyskania pozwolenia na budowę.

Odwołujący wydaje się stara się stworzyć wrażenie, że wydane w roku 2016 pozwolenie na budowę było wystarczającym dokumentem, jednakże należy mieć na uwadze, że zgodnie z odwołaniem hala pneumatyczna w roku 2016 została wybudowana, a po powstaniu „uległa uszkodzeniu, a następnie została przeniesiona na inne boisko”. Skoro w 2016 roku hala została wybudowana na podstawie pozwolenia na budowę, a następnie po uszkodzeniu została przeniesiona, to realizacja hali pneumatycznej w tym samym miejscu w 2019 roku mogła stanowić odbudowę, a nie remont, co powodowałoby konieczność uzyskania pozwolenia na budowę. Wymaga odnotowania, do czego Odwołujący ogóle się nie odniósł, że w zasadzie nie istnieje możliwość wykonania remontu na nieistniejącym obiekcie.

Iza wskazuje, że z żadnego z przedstawionych przez Odwołującego dowodów (dowód nr 3 i dowód nr 4) nie wynika, że doświadczenie, którym Odwołujący się posłużył dla wykazania warunku udziału w postępowaniu stanowiło doświadczenie uzyskane przy realizacji projektu budowlano – wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej. Wręcz przeciwnie, dokumenty przedstawione przez Odwołującego w trakcie rozprawy potwierdzają prawidłowość czynności Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania, bowiem tymi dokumentami Odwołujący sam dowiódł, że przedstawione doświadczenie nie odnosiło się do doświadczenia uzyskanego przy realizacji roboty budowlanej, wykonanej w systemie zaprojektuj i wybuduj obejmującego wykonanie swoim zakresem projektu budowlano- wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej. Brak realizacji prac w 2019 roku na podstawie pozwolenia na budowę jak również brak projektu budowlano-wykonawczego zgodnego z prawem budowlanym, potwierdzają, że realizacja z 2019 roku nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu (samo Odwołujący tego dowiódł), tj. wykonania projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowania hali pneumatycznej o wartości nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł. projekt techniczny – dowód nr 4 – nie jest projektem o jakim mowa w warunku udziału w postępowaniu, nie stanowi projektu budowlanego w świetle przepisów prawa budowlanego (świadczy o tym np. brak wskazanie posadowienia, brak przeprowadzenia badań gruntu,

brak podania głębokości kotwienia, jak i rodzajów kotew). Dla rozwiania wszelkich wątpliwości dotyczących wykazanego obiektu Odwołujący miał możliwość przedstawienia pozwolenia na użytkowanie, jednakże nie uczynił tego.

Nie jest tak jak twierdzi Odwołujący, że *osią sporu jest problem związany z tym, czy Plastbud wykonał czy nie wykonał powłokę pneumatyczną na obiekcie w Gdańsku*. Osią sporu jest czy informacje przedstawione przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożone Wykazie i poświadczeniu - których wymagania szczegółowo zostały opisane przez Zamawiającego w warunku - faktycznie były realizacją zamierzenia odpowiadającą wymaganiom z warunku tj. wykonania projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowania hali pneumatycznej czy też nie. Jedynie bowiem budowa hali zgodnie z wymaganiami warunku potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie potwierdza go natomiast jakiegokolwiek wykonanie powłoki pneumatycznej na co wskazywał Odwołujący.

Mając na uwadze całe powyższe stanowisko Izba stwierdza, że informacja jaka została zawarta w Wykazie robót, a która jak się wydaje przez samo podanie tej informacji mogłaby zostać uznana za potwierdzającą warunek udziału w postępowaniu, stanowiła informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd i mogącą budować błędne przeświadczenie, że realizacja z 2019 roku odpowiada wymaganiom określonym w warunku udziału w postępowaniu i stanowiła robotę budowlaną wykonaną w systemie zaprojektuj i wybuduj obejmującą swoim zakresem wykonanie projektu budowlano-wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej. Jak wykazał Zamawiający i co dowiedziono w trakcie rozprawy w zasadzie szczególnie dowiódł tego sam Odwołujący składając dowody to potwierdzające, wskazana realizacja w Wykazie robót nie stanowiła roboty budowlanej, wykonanej w systemie zaprojektuj i wybuduj obejmującej wykonanie swoim zakresem projektu budowlano- wykonawczego i na jego podstawie wybudowanie hali pneumatycznej.

Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oceniane są przesłanki lekkomyślności lub niedbalstwa w działaniu wykonawcy. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny 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 upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku Odwołujący powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji.

Niczym nie jest uzasadnione twierdzenie Odwołującego, że *fakt, czy było pozwolenie na budowę czy zgłoszenie nie obciąża Odwołującego, który jedynie korzysta z referencji pożyczonych mu przez Plastbud*. Odwołujący odpowiada za dokumenty i za informacje jakie składa w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Jak wskazał Odwołujący „korzysta z referencji pożyczonych”, a to nie zwalnia go w żaden sposób z odpowiedzialności za złożone informacje. Gdyby było inaczej, tak jak chciał Odwołujący, to wypaczałoby instytucję możliwości polegania na zdolnościach zawodowych innych podmiotów (art. 22a ustawy) jak również prowadziło do nierównego, niezgodnego z zasadami Prawa zamówień publicznych traktowania wykonawców przedstawiających informacje, dokumenty oświadczenia dotyczące własnego doświadczenia, a inne traktowanie wykonawców składających dokumenty pochodzące od innych podmiotów. Od lat ugruntowanym w orzecznictwie Izby jest odpowiadanie przez wykonawcę za treść i zakres przedstawianych dokumentów w tym pochodzących od innych podmiotów. Niedbalstwem zatem jest niepoddanie ocenie dokumentów przez wykonawcę, którymi zamierza on posłużyć się w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego a które pochodzą od innego podmiotu. W ocenie Izby prezentowane przez Odwołującego stanowisko, przytoczone powyżej w obliczy ugruntowanego stanowiska doktryny jak również orzecznictwa sądów powszechnych i Izby potwierdza jednoznacznie niedbalstwo wykonawcy w składaniu dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegające na braku weryfikacji dotyczącym wypełnienia wymagań określonych w warunku.

Informacje przedstawione przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a tym samym miały istotny wpływ na wynik postępowania bowiem odnosiły się do oceny oferty wykonawcy, która mogła zostać wybrana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Tym samym spełniona również została ostatnia z przesłanek określonych w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, które determinują zastosowanie tego przepisu.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył regulacji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy i prawidłowo wykluczył Odwołującego w postępowania o udzielnie zamówienia publicznego a jego ofertę uznał za odrzuconą. Izba, w zakresie wskazanego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie

innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust 2, ust 2 f, ust 3 i 4 ustawy przez brak wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do złożenia odpowiednich oświadczeń i dokumentów, ewentualnie - odpowiednio - do ich uzupełnienia lub poprawienia, ewentualnie do złożenia wyjaśnień potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Odwołującego i przez niezasadny brak uwzględnienia przez Zamawiającego okoliczności i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w piśmie z dnia 11.09.2020 roku – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby w przypadku przedstawienia przez wykonawcę, w ofercie czy też przy przedstawieniu dokumentów na potwierdzenie spełnia warunków udziału w postępowaniu (procedura odwrócona na podstawie art. 24aa ustawy) informacji mogących wprowadzić Zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy) nie może być konwalidowana w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów nowych, innych takich które miałyby potwierdzić, jak w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, warunek udziału w postępowaniu.

Izba zaznacza w tym miejscu, że wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy, do którego w zarzucie referuje Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało wykonane przez Zamawiającego za pismem z dnia 24 sierpnia 2020 roku, na które Odwołujący odpowiedział za pismem z dnia 27 sierpnia 2020 roku.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca był wzywany na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień, co jednoznacznie wynika z ustalonego stanu faktycznego. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia jak również przedstawił załączone do wyjaśnień dokumenty. Nie sposób zatem mówić, że Zamawiający nie zrealizował obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień. Jednakże nie sposób mówić o obowiązku wzywania do wielokrotnych wyjaśnień przy czym należy tu dodać, że Zamawiający ma prawo do wzywania do złożenia wyjaśnień kilka razy, aż okoliczności staną się dla niego jasne. Przy czym to należy rozpatrywać w kategoriach uprawnienia mającego doprowadzić do jak najbardziej prawidłowej oceny złożonych dokumentów. To Zamawiający podejmuje decyzję odnoszącą się do konieczności wezwania do złożenia wyjaśnień, jak również określa te elementy które podlegają wyjaśnieniu.

Wykonawca złożył w dniu 11 września 2020 roku samodzielnie wyjaśnienia wraz z załączonymi dokumentami, bez wezwania do ich przedstawienia przez Zamawiającego. Zamawiający w prezentowanym stanowisku z dnia 23 września 2020 roku podał, że *„zgodnie z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert „do skutku” o ile wyjaśnienia nie mają znamion negocjacji.”* Zamawiający nie badał tych dodatkowych wyjaśnień zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2019 r. sygn. akt KIO 1938/19, w którym zostało wskazane, że *„Co do wycofania potencjału podmiotu na który powołał się Odwołujący wobec zaistniałej sytuacji, powyższe nie może być podstawą do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP - wezwania o uzupełnienie dokumentów. Gdyby przyjąć możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP przepis art. 24 ust 1 pkt 16 oraz 17 ustawy PZP były przepisem martwym. Ponadto w orzecznictwie przyjęto pogląd, że w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie ma zastosowania”*.

W ocenie Izby nie wynika z tego stanowiska, że Zamawiający nie uwzględnił dokonując oceny złożonych w postępowaniu dokumentów informacji zawartej w piśmie z 11 września 2020 roku, a mianowicie *„wskazana w poświadczeniu realizacja hali pneumatycznej w Gdańsku przy ul. Maissnera 5 nie wymagała zgłoszenia lub decyzji pozwolenia na budowę, gdyż została zakwalifikowana jako remont istniejącego obiektu (...)*. Przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienie potwierdziło Zamawiającemu w sposób jednoznaczny, że złożone dokumenty nie potwierdzały warunku udziału w postępowaniu i mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd. W ocenie Izby ze złożonych wyjaśnień z dnia 1 września 2020 roku przez Odwołującego nie wynika ta okoliczność, przy czym na wezwanie z dnia 31 sierpnia 2020 roku wykonawca jednoznacznie powinien był wyjaśniać, że nie posiadał dla tej inwestycji zgłoszenia ani pozwolenia na budowę, co stanowiłoby odpowiedź na pierwsze z pytań Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2020 roku.

Przedstawienie przez Odwołującego dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu za pismem z dnia 11 września 2020 roku, kolejny raz potwierdza w tym postępowaniu, że dokumenty złożone za pismem z dnia 27 sierpnia 2020 roku nie potwierdzały spełnienia warunku. Wykonawca załączył te dokumenty „z ostrożności”, co nie zmienia faktu, że ocenie podlegały dokumenty przedstawione za pismem z dnia 27 sierpnia 2020 roku na wezwanie Zamawiającego.

Izba dostrzegła, że Odwołujący w zupełności pomija fakt kwalifikacji jakiej dokonał Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania oraz okoliczności prawnych jakie mogłyby być brane pod uwagę – gdyby były zasadne, ale nie są w ocenie Izby – a mianowicie zastosowania regulacji art. 24 ust. 8 ustawy. W tym zakresie brak jest w odwołaniu jakiegokolwiek argumentacji.

Izba stoi na stanowisku, że wykonawca nie może w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastąpić złożonych dokumentów innymi dokumentami w okolicznościach zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Dopuszczenie takiej możliwości prowadziłoby do wniosku, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie byłoby możliwe stosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 9 kwietnia 2019 roku sygn. akt XII Ga 206/19). Stanowisko takie było prezentowane już w oparciu o wcześniejsze brzemienne przepisy ustawy, gdzie w przypadku przedstawienia informacji nieprawdziwych wykonawca nie był uprawniony do uzupełnienia nowych informacji, a podlegał wykluczeniu (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przed nowelizacją z roku 2016 – Dz. U z 2016 r. poz.1020).

Skoro Zamawiający uznał, że informację jakie przedstawił wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu kwalifikują wykonawcę do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 – co potwierdzone zostało również w rozpoznaniu zarzutu 1 – to Zamawiający prawidłowo nie zastosował procedury z art. 26 ust. 3 i wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W odniesieniu do procedury z art. 26 ust. 2f ustawy Izba zaznacza, że Zamawiający przepis ten stosuje w odniesieniu do procedur o udzielenie zamówienia publicznego wieloetapowych, co w sposób jednoznaczny wynika z wyjaśnień do nowelizacji przepisów ustawy wprowadzonych w roku 2016.

Zamawiający dokonując oceny dokumentów przedstawionych w postępowaniu obowiązany jest opierać się na tych dokumentach, które złożył wykonawca. Wnikliwa analiza dokumentów złożonych przez Odwołującego jakiej dokonał Zamawiający w tym postępowaniu pokazuje, że Zamawiający dokonywał faktycznie czynności oceny i badania dokumentów i dostrzegł takie rzeczy, jak brak daty na dokumentach. Trudno czynić mu zarzut z dociekliwości w badaniu dokumentu oraz okoliczności jakie te dokumenty potwierdzały. Odwołujący nie wykazał, że kwestia wskazanego badania podpisów pod dokumentami miała znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu i stanowiła podstawę wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba stwierdziła również, że w zakresie wskazywanych rozmów telefonicznych Odwołujący poza stwierdzeniem „*że w opisanej sytuacji całkowicie niezrozumiałym jest (a o czym mowa w decyzji Zamawiającego z dnia 23.09.2020 roku) wykonanie przez pracownika Zamawiającego (anonimowego wobec wskazania personaliów w decyzji) rzekomej czynności polegającej na rozmowie telefonicznej (w bliżej nieokreślonej dacie) z przedstawicielami inwestora (...)*” oraz dodaniem „*taka dociekliwość Zamawiającego budzi zastrzeżenia zwłaszcza, że opisane wyżej dokumenty zostały należycie podpisane przez osoby prawidłowo reprezentujące ten podmiot*” nie wskazał, żadnego naruszenia

obowiązujących przepisów prawa, które by Zamawiający naruszył. Jednocześnie również nie wykazał w jakim zakresie miałyby to wpływ na przedstawienie informacji zawartej w Wykazie robót i dokonanej przez Zamawiającego oceny tego wykazu. Wskazanie, że te właśnie rozmowy i w oparciu o nie Zamawiający dokonał oceny przedstawionego przez wykonawcę doświadczenia również nie znajduje uzasadnienia w odwołaniu. Ze stanowiska Zamawiającego z dnia 23 września 2020 roku i uzasadnienia decyzji wykluczenia wykonawcy z postępowania wynika, że decyzja Zamawiającego oparta została na wielu dowodach, na składanych dokumentach i wyjaśnieniach oraz prowadzonych przez Zamawiającego czynnościach.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 oraz z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący: