

WYROK
z dnia 25 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 21 czerwca 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. R., Developer i Recykling Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółkę Akcyjną w Bytomiu**

przy udziale wykonawcy **FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Czerwionce-Leszczynach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.),

2. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Spółce Restrukturyzacji Kopalń Spółce Akcyjnej w Bytomiu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy **FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Czerwionce-Leszczynach** oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;

3. kosztami postępowania obciąża **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółkę Akcyjną w Bytomiu** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. R., Developer i Recykling Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Spółki Restrukturyzacji Kopalń Spółki Akcyjnej w Bytomiu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. R., Developer i Recykling Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna w Bytomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest likwidacja szybika wentylacyjnego „Ryża” oraz pochylni wentylacyjnej „Ryża” na odcinku od przecinki do szybika wentylacyjnego do powierzchni wraz z wyposażeniem oraz likwidacja obiektów budowlanych dla SRK S.A. Oddział KWK „Boże Dary — Mysłowice - Wesoła I” Ruch „Boże Dary”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 maja 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. R., Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych („ustawy P.z.p.”) w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE poprzez bezzasadne zaakceptowanie polegania przez FOXMET na zasobach Business Affairs w odniesieniu do warunku dot. doświadczenia, podczas gdy FOXMET pierwotnie nie polegał w tym zakresie na zasobach jakiegokolwiek podmiotu trzeciego, a w szczególności wskazanie w ofercie FOXMET p. W. C. jako podmiotu udostępniającego zasoby miało charakter wyłącznie pozorny, bowiem nigdy nie udostępnił on jakichkolwiek zasobów na rzecz FOXMET, a zatem powołanie się dopiero na etapie badania i oceny ofert na zasoby Business Affairs jest w zaistniałym stanie faktycznym sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz z prounijną wykładnią przepisów Prawa zamówień publicznych;

- art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia FOXMET z postępowania, mimo że przekazał on zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością

informacje co do polegania na zasobach W. C. w odniesieniu do warunku dot. doświadczenia oraz co do spełniania warunków udziału i uczynił to w warunkach winy umyślnej lub co najmniej rażącego niedbalstwa,

ewentualnie:

- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia FOXMET z postępowania, mimo że przekazał on zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje co do polegania na zasobach W. C. w odniesieniu do warunku dot. doświadczenia oraz co do spełniania warunków udziału, informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a FOXMET przekazał je w warunkach lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa;

- art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia FOXMET z postępowania, mimo że FOXMET zawarł z W. C. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, tj. wskazał go jako podmiot udostępniający zasoby, mimo braku ich udostępnienia przez W. C., co miało na celu umożliwienie FOXMET przystąpienie do postępowania mimo niespełniania warunków udziału i poszukiwanie podmiotu udostępniającego zasoby wśród konkurencyjnych w postępowaniu wykonawców już po złożeniu ofert w postępowaniu, co umożliwia manipulowanie wynikiem postępowania.

Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 22a ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że FOXMET posługując się zasobami Business Affairs wykazał spełnianie warunków udziału, podczas gdy Business Affairs nie wykonało Inwestycji Rudne Bane, w zakresie której doświadczenia miało użyć FOXMET, a zatem FOXMET nie wykazał spełniania warunków udziału i winien podlegać wykluczeniu z postępowania;

- art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia FOXMET z postępowania, mimo że przekazał on zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje co do rzekomego wykonania przez Business Affairs Inwestycji Rudne Bane oraz co do spełniania Warunków Udziału i uczynił to w warunkach winy umyślnej lub co najmniej rażącego niedbalstwa,

ewentualnie:

- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia FOXMET z postępowania, mimo że przekazał on zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje co do rzekomego wykonania przez Business Affairs Inwestycji Rudne Bane oraz co do spełniania Warunków Udziału, informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a FOXMET przekazał je w warunkach lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podniesionych powyżej:

- art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania FOXMET do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie sposobu realizacji zamówienia jako podwykonawcy przez Business Affairs, podczas gdy Business Affairs nie prowadzi działalności gospodarczej na terytorium Polski oraz w ogóle nie prowadzi działalności gospodarczej w przedmiocie likwidacji obiektów przemysłowych (w tym w szczególności obiektów górniczych);

- art. 22a ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy P.z.p. w zw. § 16 ust. 1 rozporządzenia ws. dokumentów poprzez uznanie, że FOXMET skutecznie wykazał spełnienie warunków udziału w oparciu o zasoby użyte przez Business Affairs, podczas gdy dokumenty mające wykazywać umocowanie osoby, która podpisała zobowiązanie do udostępnienia zasobów (informacja ze słowackiego rejestru przedsiębiorców) zostały złożone wyłącznie w języku słowackim, a zatem zamawiający powinien był wezwać FOXMET do uzupełnienia tłumaczenia dokumentów na język polski.

W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) odwołania i jego uwzględnienie w całości,

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z 7 maja 2021 roku,

- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym nakazanie zamawiającemu wykluczenia FOXMET z postępowania,

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że jest uprawniony do wniesienia odwołania. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że FOXMET, który wziął udział w aukcji elektronicznej prowadzonej w postępowaniu, i którego oferta okazała się najkorzystniejsza, winien podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na okoliczności wskazane w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 czerwca 2021 roku wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych;

w razie nieuwzględnienia wniosku, o którym mowa w pkt 1, wniósł o:

2. oddalenie odwołania w całości,

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów, a to:

3.1. wezwania do złożenia dokumentów z dnia 10 marca 2021 roku;

3.2. odpowiedzi na wezwanie FOXMET z dnia 15 marca 2021 roku z załącznikami,

3.3. wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 23 marca 2021 roku;

3.4. odpowiedzi na wezwanie FOXMET z dnia 25 marca 2021 roku wraz z załącznikami;

3.5. wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 9 kwietnia 2021 roku;

3.6. odpowiedzi na wezwanie FOXMET z dnia 13 kwietnia 2021 roku

Powyższe na okoliczność braku podstaw do wykluczenia FOXMET z postępowania, prawidłowości czynności zamawiającego w postaci zaniechania wykluczenia tego wykonawcy).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Czerwionce-Leszczynach (dalej: także: „przystępujący” lub „FOXMET”). Przystępujący poparł stanowisko i wnioski zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), zamawiający sformułował dwa warunki udziału — oba dotyczące zdolności technicznej i zawodowej:

- a) dysponowanie łącznie czternastoma osobami zdolnymi do wykonania, kierowania i nadzorowania realizacji przedmiotu zamówienia, które zostały szczegółowo wymienione w pkt. 5.3 ppkt 1 lit. a s.i.w.z. („Warunek dot. Personelu”),
- b) doświadczenie w należyтым wykonaniu robót budowlanych polegających na wykonaniu kompleksowej likwidacji szybu wraz z wyposażeniem obejmującej zsypanie szybu, budowę tam izolacyjnych lub oporowych, wykonaniu robót rozbiórkowych obiektów budowlanych lub przemysłowych o konstrukcji stalowej, żelbetowej lub mieszanej o wartości minimum 1 mln złotych brutto szczegółowo opisane w pkt. 5.3 ppkt 1 lit. b s.i.w.z. („Warunek dot. Doświadczenia”) (Warunek dot. Personelu oraz Warunek dot. Doświadczenia).

W wyznaczonym terminie w postępowaniu zostało złożonych sześć ofert, w tym oferta odwołującego oraz oferta przystępującego.

W złożonej ofercie przystępujący oświadczył, że spełnia warunki udziału. Jednocześnie wskazał, że w tym celu polega na zasobach innych podmiotów: W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. oraz Universal Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach. W przypadku obu podmiotów trzecich w ofercie zostało wskazane, że FOXMET polega na ich zasobach w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W dniu 9 marca 2021 roku w postępowaniu przeprowadzona została aukcja elektroniczna, w wyniku której najniższą cenę ofertową zaoferował FOXMET, zaś oferta odwołującego uplasowała się na trzecim miejscu.

W dniu 10 marca 2021 roku zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. wezwał FOXMET do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału, w tym między innymi zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów.

W dniu 15 marca 2021 roku FOXMET przekazał zamawiającemu:

- w odniesieniu do Warunku dot. Personelu — wykaz osób wraz ze zobowiązaniem Universal Energy do oddania ich do dyspozycji FOXMET na czas realizacji zamówienia,

- w odniesieniu do Warunku dot. Doświadczenia — wykaz robót budowlanych (łącznie trzech) wykonanych przez FOXMET na rzecz Zamawiającego, wraz z referencjami.

Ponadto, do pisma FOXMET załączone zostało oświadczenie W. C., w którym nie zostały wskazane zasoby mające być udostępnione FOXMET, ani w odniesieniu do Warunku dot. Personelu, ani w odniesieniu do Warunku dot. Doświadczenia. FOXMET oświadczył, że jedynym podmiotem trzecim, który będzie realizował zamówienie w charakterze podwykonawcy będzie Universal Energy.

W dniu 23 marca 2021 roku zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwał FOXMET do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie wykazania spełnienia Warunku dot. Doświadczenia. Zamawiający wskazał, że przedstawione przez FOXMET w wykazie robót inwestycje nie obejmowały prac związanych z zasypem szybów oraz budową tam izolacyjnych lub oporowych, wbrew wymaganiom s.i.w.z. w zakresie Warunku dot. Doświadczenia.

W odpowiedzi, w dniu 25 marca 2021 roku FOXMET powołał się na oświadczenie W. C. o braku zdolności technicznych lub zawodowych na potwierdzenie spełnienia Warunków Udziału. W oparciu o tę okoliczność FOXMET, wskazując na art. 122 nowego P.z.p., zastąpił ten podmiot innym podmiotem, tj. Business Affairs społ. s.r.o. z siedzibą na Słowacji („Business Affairs”).

Do pisma FOXMET załączone zostały:

- a) zaktualizowany wykaz robót na potwierdzenie spełniania Warunku dot. Doświadczenia, zawierający robotę budowlaną mającą być wykonaną przez Business Affairs na rzecz Rudne Bane z siedzibą w Bańskiej Bystrzycy,
- b) potwierdzenie należytego wykonania ww. roboty budowlanej przez Business Affairs,
- c) zobowiązanie Business Affairs do udostępnienia zasobów FOXMET.

Do dokumentów dołączono informację ze słowackiego rejestru przedsiębiorców. Informacja została przez przystępującego złożona w języku słowackim, bez tłumaczenia na język polski.

W dniu 7 maja 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wezwań zamawiającego z dnia 10 marca 2021 roku i 23 marca 2021 roku,

odpowiedzi przystępującego z dnia 15 marca 2021 roku i 25 marca 2021 roku z załącznikami, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne, za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy nowego P.z.p. (n.P.z.p.).

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 n.P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. Odnosząc się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 n.P.z.p., Izba wskazuje, że zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. W ocenie zamawiającego, przedmiot zamówienia kwalifikuje je do tzw. „zamówień sektorowych”, co oznacza, że zamawiający winien stosować próg wyznaczony w art. 133 ust. 1 ustawy P.z.p. W rozpoznawanym przypadku wartość zamówienia jest niższa niż wskazany próg, zatem zamawiający nie powinien zastosować przepisów ustawy P.z.p. do przedmiotowego postępowania.

Izba nie podziela argumentu zamawiającego. Zgodnie z art. 132 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. przepisy dot. zamówień sektorowych stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności: wydobywania ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwania lub wydobywania węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych.

Działalność polegająca na wydobywaniu węgla kamiennego jest regulowana przez przepisy ustawy z dnia 9 czerwca 2011 roku – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2020

roku, poz. 1064 ze zm.). Zgodnie z art. 21 ust. 1 pkt 2 tejże ustawy, działalność ta może być wykonywana po uzyskaniu koncesji. W myśl ust. 5, koncesja uprawnia do wykonywania działalności gospodarczej w określonej przestrzeni. Zamawiający nie wykazał, że posiada koncesję na działalność w miejscu przedmiotu zamówienia. Co więcej, zamawiający sam wszczął postępowanie na podstawie ustawy P.z.p. dotyczących zamówień klasycznych i nadal prowadzi je na podstawie tych przepisów. Zamawiający musiał zatem wiedzieć, że przedmiot zamówienia nie jest objęty zamówieniami sektorowymi. Wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania należy zatem uznać za niezasadniony.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE poprzez bezzasadne zaakceptowanie polegania przez FOXMET na zasobach Business Affairs w odniesieniu do warunku dot. doświadczenia, podczas gdy FOXMET pierwotnie nie polegał w tym zakresie na zasobach jakiegokolwiek podmiotu trzeciego, a w szczególności wskazanie w ofercie FOXMET p. W. C. jako podmiotu udostępniającego zasoby miało charakter wyłącznie pozorny, bowiem nigdy nie udostępnił on jakichkolwiek zasobów na rzecz FOXMET, a zatem powołanie się dopiero na etapie badania i oceny ofert na zasoby Business Affairs jest w zaistniałym stanie faktycznym sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz z prounijną wykładnią przepisów Prawa zamówień publicznych;

Przystępujący w piśmie z dnia 15 marca 2021 roku poinformował, że podmiot trzeci, na którego zasobu powoływał się w ofercie, tj. PHU W. C., nie posiada wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, dlatego też, na podstawie art. 122 n.P.z.p., przystępujący zastępuje go innym podmiotem – Bussines Affairs spol. s.r.o.

Jak już wyżej wskazano, przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zostało wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021 roku, dlatego też nie mają do niego zastosowania przepisy ustawy n.P.z.p. z dnia 11 września 2019 roku, lecz ustawy P.z.p. z 29 stycznia 2004 roku. Z tego też względu przystępujący niezasadnie powołał się na art. 122 n.P.z.p.

Przepis zawarty w art. 122 n.P.z.p. jest analogicznym przepisem do unormowania zawartego w art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. i to w kontekście tego przepisu należy rozpatrywać zasadność działania przystępującego i podjętych w konsekwencji tych działań czynności zamawiającego.

Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p., jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Norma zawarta w ust. 1 stanowi natomiast, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W myśl ust. 2, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zgodnie z ust. 3, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5. Stosownie do ust. 4, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wskazując na treść art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p., stwierdzić należy, że podmiot trzeci, na zasobach którego polega wykonawca, musi faktycznie i realnie zrealizować taki zakres prac przewidziany przedmiotem zamówienia, jaki jest uzasadniony zasobami, które udostępnia. Zamawiający wymagał wskazania tego zakresu, na co wskazuje treść załącznika nr 8 do s.i.w.z. Zgodnie z tekstem wskazanym na stronie 2 załącznika, podmiot trzeci winien był złożyć oświadczenie co do zakresu udostępnianych zasobów, sposobu wykorzystania tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia oraz zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Mimo że oświadczenie składane jest przez podmiot trzeci, wykonawca, który przedkłada takie oświadczenie podmiotu trzeciego

zamawiającemu, akceptuje treść takiego oświadczenia oraz sposób realizacji zobowiązania podmiotu trzeciego podczas powierzonego mu do realizacji zakresie zamówienia.

Przystępujący w wyniku wezwania go przez zamawiającego, przedłożył oświadczenie podmiotu trzeciego, PHU W. C.. W oświadczeniu tym nie wskazano żadnej informacji, jakiej wymagał zamawiający, czyli – w szczególności – zakresu udostępnianych zasobów, ich wykorzystania oraz sposobu i okresu udziału podmiotu trzeciego. Danych takich nie wskazał również przystępujący. Nie jest bowiem taką informacją złożenie bardzo ogólnego oświadczenia, które znalazło się w załączniku nr 1 do formularza ofertowego, iż przystępujący będzie korzystał z zasobów PHU W. C. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Wykazanie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego oraz zakresem i sposobem realizacji przez niego określonej części zamówienia, dokonane po wezwaniu przez zamawiającego wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, winno bowiem odnosić się szczegółowo do wskazanych w s.i.w.z. warunków udziału w postępowaniu. Tym samym przystępujący, nie podając niezbędnych danych dotyczących polegania na zasobach PHU W. C., nie wykazał, że w istocie zamierza na tych zasobach polegać.

Analiza dokumentów przedłożonych przez przystępującego, w tym w szczególności wykazu osób oraz wykazu robót budowlanych (załącznik nr 7) pozwala na wniosek, że przystępujący zamierzał polegać na zasobach Universal Energy poprzez udostępnienie przez ten podmiot personelu przeznaczonego do realizacji zadania, natomiast w kwestii wykazania doświadczenia – na zasobach własnych. Przystępujący w wykazie robót budowlanych wykazał bowiem roboty realizowane przez siebie. Żaden ze wskazanych dokumentów nie daje podstaw do twierdzenia, że przystępujący, przy wykazaniu warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach PHU W. C..

W związku z tym, że zamawiający nie zaakceptował robót wykazanych przez przystępującego, zamawiający, pismem z dnia 23 marca 2021 roku, wezwał go do złożenia wyjaśnień lub wykazania innych, wykonanych robót budowlanych, obejmujących zasyp szybów oraz budowę tam izolacyjnych lub oporowych. W odpowiedzi przystępujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego – Bussines Affairs spol. s r.o. w Bratysławie w postaci roboty wykonanej na rzecz Rudne bane w Bańskiej Bystrzycy.

W ocenie Izby, powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego dopiero w wyniku wezwania, po upływie terminu składania ofert, jest działaniem nieuprawnionym i potwierdza zarzut podniesiony w tym zakresie w odwołaniu. W tym miejscu należy przywołać

stanowisko Trybunału Sprawiedliwości wyrażone w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt (motyw 42), który w analogicznej sprawie stwierdził, że *Takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 38 niniejszego wyroku i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty.*

W rozpoznawanej sprawie nie zachodziły zatem przesłanki wskazane w art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p., uprawniające przystępującego do zastąpienia jednego podmiotu trzeciego innym.

Uznając zarzut za zasadny, Izba nakazała zamawiającemu wykluczenie przystępującego z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Izba uznała za zasadne zarzuty zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, ewentualnie 17, ustawy P.z.p.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

W ocenie Izby odwołujący, informując zamawiającego, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa.

Ustawa nie definiuje pojęcia „rażącego niedbalstwa”, natomiast wypełniając te luki orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej” (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK

151/03). Jest to zatem naruszenie reguły ostrożności, wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. W doktrynie i orzecznictwie nie ma wątpliwości co do tego, iż za rażące niedbalstwo należy uznać działanie, odpowiadające kwalifikowanej postaci braku należytej staranności (tak: wyrok SN z dnia 25 września 2002 r. sygn. akt I CKN 969/00).

Wprowadzenie w błąd zamawiającego przez przystępującego polegało na złożeniu oświadczenia co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, mimo że przystępujący sam tych warunków nie spełniał ani nie polegał na potencjale podmiotu trzeciego. Następnie przystępujący powołał się na zasoby PHU W. C. (bez wskazania rodzaju zasobów oraz zakresu i sposobu realizacji przez niego zamówienia), mimo że podmiot ten również nie spełniał w żadnym zakresie warunków udziału w postępowaniu. Działanie przystępującego obliczone było na stworzenie wrażenia, iż dysponuje odpowiednim potencjałem wymaganym dla przedmiotowego postępowania, mimo że w rzeczywistości tak nie było.

W ocenie Izby działanie przystępującego wypełnia również przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Przepis ten jest bardziej ogólny w stosunku do przepisu zawartego w pkt 16, niemniej jednak obejmuje swą dyspozycją również przypadki wskazane w tym punkcie. Skoro zatem przystępującemu można przypisać działanie objęte dyspozycją art. 14 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., to tym bardziej mieści się ono w dyspozycji pkt 17.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia FOXMET z postępowania, mimo że FOXMET zawarł z W. C. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie ze wskazanym przepisem zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Dyspozycja przepisu dotyczy porozumienia pomiędzy wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p., zgodnie z którym wykonawca to osoba fizyczną, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. O statusie wykonawcy decyduje zatem jego uczestnictwo w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest uzyskanie tego zamówienia i zawarcia umowy z zamawiającym. W. C. nie jest zatem wykonawcą w rozumieniu wskazanego przepisu, lecz jedynie podmiotem trzecim, którego definicja zawarta w art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. nie obejmuje.

Rozstrzygnięcie Izby co do powyższego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego, jako że przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie innych zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Izba uznała za zasadne zarzuty podnoszone przez odwołującego w związku z powołaniem się przez przystępującego na zasoby spółki Bussines Affairs, niemniej jednak, w ocenie Izby, żądanie nakazania zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia przystępującego na podstawie przepisów wskazanych jako podstawy prawne tych zarzutów, należałoby uznać za przedwczesne. Analiza dokumentów, w tym w szczególności zaktualizowanego wykazu robót, uzupełnionego o robotę wykonaną przez Bussines Affairs, dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tej roboty, a także pisma Rudne Bane z dnia 7 maja 2021 roku, dawały podstawę do uznania, że spółka Bussines Affairs tych robót nie wykonywała, co uzasadniało podniesienie zarzutów w tym zakresie. Dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przystępujący złożył dowody (umowę z 12 czerwca 2016 roku, list referencyjny z 14 listopada 2017 roku), z których wynikało, że Bussines Affairs wykonała te prace jako podwykonawca Kasper a.s.

Z powyższego wynika, iż – co do zasady – zamawiający, w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do roboty wykazanej przez przystępującego na rzecz Rudne Bane, winien był wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień w tej kwestii. Izba jednakże nie nakazała zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, a to z uwagi na treść art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., z którego wynika, że zamawiający nie wzywa wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli oferta podlega odrzuceniu. W związku z tym, że Izba nakazała zamawiającemu wykluczenie przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś ofertę wykonawcy wykluczonego – zgodnie z art. 24 ust.4 ustawy P.z.p. – uznaje się za odrzuconą, zamawiający nie jest obowiązany do wystosowania takiego wezwania.

Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie również w przypadku zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22a ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy P.z.p. w zw. § 16 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który to zarzut Izba uznała za uzasadniony, jednakże, w związku z nakazaniem wykluczenia przystępującego z

postępowania, nie nakazała zamawiającemu wzywania przystępującego do dostarczenia tłumaczenia na język polski informacji ze słowackiego rejestru przedsiębiorców

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), wskazując, że – pomimo oddalenia jednego z zarzutów odwołania – odwołujący wygrał postępowanie odwoławcze uzyskując żądany skutek w postaci nakazania wykluczenia oferty przystępującego. Dlatego też Izba obciążyła zamawiającego kosztami odwołania w całości.

Przewodniczący: