

WYROK
z dnia 26 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 24 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **G. F. Sp. z o.o., Sp.k. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. C. R. I. ul. (...)**

przy udziale **wykonawcy P. N. i U. I. K. w K. Sp. z o.o. ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty i nakazuje zamawiającemu uwzględnienie w toku ponownej oceny ofert okoliczności, iż wskazany wykonawca potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.1 b Tomu I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców.
2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. C. R. I. ul. (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G. F. Sp. z o.o., Sp.k. (...)** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1 Zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. C. R. I. z siedzibą w W.** na rzecz wykonawcy **G. F. Sp. z o.o., Sp.k. (...)** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. C. R. I. ul. (...) Przedmiot zamówienia:
Zaprojektowanie i wykonanie robót, dla odcinka C.- W. na linii kolejowej nr ... Tunel- S. G. realizowanego w ramach projektu nr IRE- 00962-I prace na liniach kolejowych nr ..., ... na odcinku Tunel- B.- S. P. („Zamówienie”)- postępowanie o udzielenie Zamówienia o nr ...
Ogłoszenie o zamówieniu: Ogłoszenie o zamówieniu »zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2016/S 211-384675.

Odwołujący : G. F. sp. z o.o. sp. k., (...) Polska wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia.

I. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy tj. zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów lub przedstawienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale 9 tomu 1 SIWZ,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, kiedy Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie kwestionowanym przez Zamawiającego;
3. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak pełnego uzasadnienia faktycznego pozwalającego na ustalenie przyczyn, dla których Zamawiający zakwestionował wskazane przez Odwołującego prace na potwierdzenie spełniania warunku posiadanego doświadczenia, a w szczególności poprzez niepodanie, jakiego rodzaju wiedzę dysponuje Zamawiający, na którą się ogólnikowo powołał w uzasadnieniu, a która była podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
4. art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 w związku z art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez wykluczenie Odwołującego jako wykonawcy, 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 publicznego,

5. art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez dokonanie wyboru oferty P. N..i U. i. K. w K. Sp. z o.o., z siedzibą w K., jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego powinna zostać najwyżej oceniona przez Zamawiającego i wybrana,

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty,
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Uznanie, że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia i powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty Odwołującego jako ofert najkorzystniejszej,
4. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazania Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego kwoty 23.600,00 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

[Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z 24 ust. 4, art. 92 ust. 1 pkt 3 p.z.p. oraz § 2 ust. 6 rozporządzenia w związku z art. 25 ust. 1 p.z.p.]

Zamawiający, w następstwie weryfikacji oferty Odwołującego uznał, że ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu a dotyczących posiadania stosownego doświadczenia i odrzucił ofertę. Argumentacja Zamawiającego w zakresie zaskarżonej decyzji, sprowadzała się do błędnego wskazania, że „Z wiedzy i informacji Zamawiającego wynika, że budowa wskazanych peronów nie była realizowana przez Wykonawcę F., Zweryfikowane to zostało zarówno u inżyniera Rezydenta jak i w dziennikach budowy dot. tego zadania. Mając na względzie okoliczność, że Wykonawca przedkładając wykaz i referencje wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a powyższe skutkować mogło wyborem oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przesłankę o której mowa w art. 24 ust pkt 17 ustawy uznać należy za spełnioną(zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, karta nr 3.)

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest jednak błędne.

Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których 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 dokumentów - inne dokumenty.

Dowód: 1. SIWZ- w aktach sprawy.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że przy zastosowaniu art. 92 p.z.p. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując, że oferta Odwołującego - z przyczyn o jakich mowa powyżej - została odrzucona.

Dowód: 2. Pismo Zamawiającego, z dnia 18 kwietnia 2017 roku, w sprawie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, znak ...- w aktach sprawy, 3. Oferta Odwołującego- w aktach sprawy.

Po zapoznaniu się z treścią lakonicznego uzasadnienia wykluczenia z przetargu Odwołujący stwierdzał, że skarżone czynności zostały dokonane w oparciu o nienależycie przeprowadzone badanie i ocenę oferty, co doprowadziło w sposób bezpośredni do naruszenia wskazanych w petitum pisma przepisów ustawy Pzp w stopniu bezpośrednio wpływającym na wypaczenie wyników przetargu. Jak wynika z treści uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z przetargu, została ona podjęta przez Zamawiającego w wyniku poddania ocenie złożonych w ofercie dokumentów oraz ich uzupełnienia w wyniku dokonanego wezwania, jak również posiadanej przez Zamawiającego wiedzy. Zamawiający nie wyjaśniał przy tym w żaden sposób, dlaczego wykazane przez Odwołującego prace w jego mniemaniu nie spełniają wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz jaką wiedzę dysponuje, która legła u podstaw powzięcia tak daleko idącej i krzywdzącej dla Odwołującego decyzji.

Pismem z dnia 7 marca 2017 roku, nr ... Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty, czy rzeczywiście budowane perony (wskazane przez Wykonawcę, dla wykazania wymaganego doświadczenia) miały długość 150 m. Niniejsza okoliczność została przez Wykonawcę potwierdzona.

Dowód: 4. Pismo Zamawiającego, z dnia 7 marca 2017 roku, w sprawie wezwania do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, znak ...- w aktach sprawy,

5. Oferta Odwołującego- w aktach sprawy.

Odpowiadając na wskazane wyżej wezwanie, Odwołujący pismem z dnia 8 marca 2017 r. udzielił Zamawiającemu pisemnych wyjaśnień, potwierdzając treść oświadczeń zawartych w wykazie wykonanych usług tak, by Zamawiający nie miał wątpliwości, że Odwołujący wykonał zamówienia odpowiadające warunkom udziału w przetargu. Co istotne treść wezwania Zamawiającego nie poddawała w wątpliwość faktu realizacji przedmiotowych robót przedstawionych w treści oferty przez Wykonawcę.

Stosownie do treści §2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, „Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie”.

Zatem stosownie do treści przywołanego przepisu, w sytuacji gdy fakt realizacji przywołanych przez Wykonawcę robót, był okolicznością budzącą wątpliwości Zamawiającego (o czym Odwołujący dowiedział się z pisma Zamawiającego z 18 kwietnia 2017 roku), winien był w celu weryfikacji złożonego oświadczenia skorzystać z uprawnienia do zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio Zamawiającemu, czego w przedmiotowej sprawie nie uczyniono.

Jak wynika z treści uzasadnienia zaskarżonego rozstrzygnięcia, wykluczenie Odwołującego nastąpiło po weryfikacji dokumentów, które znajdowały się w dyspozycji Zamawiającego, co jednak nie było wystarczające dla przyjęcia, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tym bardziej, że Odwołujący wskazywał wykonanie robót na rzecz podmiotu trzeciego- F., a nie na rzecz Zamawiającego. Koniecznym zatem było dokonanie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń/dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oraz § 2 ust. 6 wyżej przywołanego Rozporządzenia na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, tam zawartego tj. wykazania dysponowania określonym przez Zamawiającego doświadczeniem.

Brak podjęcia przez Zamawiającego czynności o jakich mowa powyżej wskazuje, że ten dokonując wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania nie mógł mieć stuprocentowej pewności, że wyinterpretowane przez Niego okoliczności zostały wywiedzione prawidłowo.

Ponadto Odwołujący podnosi zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 i 7 ust. 1 ustawy wskazując, że informacja o wykluczeniu i odrzuceniu oferty powinna obejmować ocenę całościową złożonych przez wykonawcę dokumentów, w ramach danego postępowania, a zatem zarówno dokumentów złożonych w ofercie jak i dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.. Tymczasem, jak już wyżej wskazywano uzasadnienie faktyczne i prawne dla czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia zostało przez Zamawiającego dokonane w sposób niepoddający całościowej analizie okoliczności faktycznych występujących w niniejszej

sprawie oraz w sposób powodujący konieczność domniemywania konieczność wykluczenia Odwołującego z postępowania, którymi kierował się Zamawiający.

Treść uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia wskazuje, że Zamawiający zaniechał zbadania czy prace kwestionowane przez Zamawiającego zostały rzeczywiście zrealizowane przez Odwołującego.

Odwołujący potwierdza, że generalnym wykonawcą kontraktu: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej K. - M.- G. P., na odcinku T. - D. w km 80,200-111,500 w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej ...”, odcinek K. - R., etap 3, była spółka F. Z wiedzy Odwołującego wynika, że pierwotnie wykonawcą spornych peronów, o jakich mowa w treści oświadczenia Odwołującego miała być firma D. D. J., z siedzibą w P. i ten wykonawca został przez generalnego wykonawcę F. S.A. zgłoszony do Zamawiającego PKP J?LK S.A.. Odwołujący nie posiada wiedzy, dlaczego roboty o jakich mowa powyżej nie były jednak realizowane przez wskazanego wykonawcę natomiast ich realizacja została faktycznie powierzona przez F. S.A., na podstawie zamówienia z dnia 10 sierpnia 2017, Firmie F. sp. z o.o. sp. k. Zgodnie z zapewnieniem F. Odwołujący został zgłoszony Zamawiającemu jako wykonawca między innymi spornych peronów. Powierzony zakres robót został przez Odwołującego w pełni wykonany, odebrany przez generalnego wykonawcę i rozliczony,

Dowód: 6. Zamówienie z dnia 10 sierpnia 2015

IV. [Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p., art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 p.z.p.]

Analizując treść informacji z otwarcia ofert należy stwierdzić, że cena zaoferowana przez Przedsiębiorstwo N. i U. I. K. w K. Sp. z o.o. w K. wynosi 43.263.038,64 PLN, natomiast cena zaoferowana przez Odwołującego wyniosła 42.916.589,46 zł.

Analiza pozostałych parametrów oferty Odwołującego podlegających ocenie, takich jak okres gwarancji oraz Zatrudnienie pracowników Wykonawcy i zatwierdzonych podwykonawców w oparciu o umowę o pracę przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia pozwala na przyjęcie założenia, że Odwołujący uzyskałby maksymalną ilość punktów- 40.

Dokonując więc oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego punktacja uległaby zmianie. P. N. i U. I. K. w K. Sp. z o.o., uzyskałoby 99,51 pkt, natomiast oferta Odwołującego uzyskałaby 100 pkt.

Dowód: 9. Oferta Odwołującego- w aktach sprawy, 10.informacja z otwarcia ofert

Powyższe okoliczności potwierdzają interes prawny Odwołującego, jednocześnie wskazując na działanie Zamawiającego naruszające art. 7 ust 1 oraz ust. 3 w związku z art. 26 ust. 3

oraz ust. 4 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Cena oferowana przez Odwołującego jest niższa o 346.449,18 zł, od ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą, zatem czynność Zamawiającego polegająca na niewezwaniu Odwołującego do złożenia odpowiednich dokumentów, ewentualnie do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego dotyczących treści przedłożonych dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia, -może skutkować wydatkowaniem-przez Zamawiającego kwoty wyższej, przy podobnym zakresie oferowanych świadczeń.

Odrzucenie oferty Odwołującego przejawia się w rażącym naruszeniu zasady wyrażonej w cytowanym już art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zdaniem Odwołującego, w ramach niniejszego postępowania, w związku z faktem, iż P. N. i U. I. K. w K. Sp. z o.o., zaproponowało wyższy cenę niż Odwołujący, z kolei Odwołujący spełnił wszelkie wymagania przewidziane w ustawie jak również w SIWZ, Zamawiający nie powinien był odrzucać oferty Odwołującego tylko na podstawie wątpliwości w zakresie przedłożonego przez niego dokumentu poświadczającego posiadanie doświadczenia, bez przeprowadzania czynności polegającej na wystąpieniu bezpośrednio do F. S.A. o potwierdzenie okoliczności wskazanych w przedłożonych referencjach: Uzasadnione jest żądanie Odwołującego wyrażone we wstępie pisma, które doprowadzi do prawidłowego, rzetelnego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia odnośnie ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien dokonać ponownej oceny ofert, w następstwie której wybierze najkorzystniejszą ofertę, co może prowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zważywszy na przytoczone argumenty wnosi o uwzględnienie odwołania.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie w całości, za wyjątkiem omyłkowo wskazanego zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 7b pzp. Wskazał na przebieg prowadzonej przez Zamawiającego procedury, w tym fakt nie zastosowania § 2 ust 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów /.../ tj. zaniechanie zwrócenia się o informacje do wystawcy referencji. Zauważył, że Zamawiający żądał wyjaśnień wyłącznie co do długości realizowanych peronów (pismo z 7 marca 2017 r.), natomiast nie żądał wyjaśnień w pozostałym zakresie,

co mogło być rozumiane jako brak zastrzeżeń, co do pozostałego zakresu informacji o pracach referencyjnych.

Rozstrzygając o wyniku postępowania Zamawiający oparł się jedynie na treści dziennika budowy i informacji inżyniera kontraktu. Zauważył przy tym, że funkcje tego inżyniera pełniło kolejno kilka osób, co najmniej 2 osoby. Stwierdził, że kontrakt w ramach, którego wykonywane były 2 przedstawione w ofercie prace referencyjne (W. i C. T.) jest nadal realizowany w ramach modernizacji linii T.-D. Obecny inżynier rezydent jest osobą inną niż pełniący funkcję w okresie wykonywania prac przez Odwołującego na rzecz F. S.A. w okresie wrzesień 2014 r. do końca października 2015 r. Prace referencje zostały wykonane we wrześniu 2015 r. jako element szerszego zakresu prac o wartości łącznej około 15 mln zł.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że nie miał podstaw do stosowania procedury z art. 26 ust. 3 i 4 pzp, gdyż dysponował jednoznaczną wiedzą o wykonawcach realizujących prace inwestycji wskazanych przez Odwołującego. W szczególności stwierdził, że prace obejmujące perony w W. i C. T. realizował wykonawca D. J. D. Na tę okoliczność złożył dokumenty tj. pismo inżyniera rezydenta z 4 października 2016 r., w którym wymienia tego wykonawcę jako realizującego prace na zlecenie F. S.A., oświadczenie inżyniera z 11 kwietnia 2017 r. o realizacji prac przez wcześniej wskazanego wykonawcę, kopię strony 11 raportu miesięcznego o postępie prac na kontrakcie T.-D. 01.10.2016 do 31.10.2016 r., sporządzony dnia 10.11.2016 r. ze wskazaniem, że zakres i rodzaj prac wykonywanych przez Odwołującego był odmienny od deklarowanego w niniejszym postępowaniu i nie obejmował wykonania peronów. Wskazał na pozycję 20 i 19 w tabeli. Złożył także 2 protokoły odbioru wymienione w piśmie inżyniera rezydenta, a nadto umowę wraz z aneksem z 30 września 2014 r. między F., a podwykonawcą D. J. D. na wykonanie 2 peronów, wezwanie do zapłaty z 24 lutego 2015 r. skierowane przez Odwołującego do Zamawiającego, w którym nie wymienia się spornych prac oraz załącznik do umowy z dnia 8.10.2014 r. między Odwołującym, a F., w której w zakresie przedmiotowym nie wymieniono przedmiotowych prac referencyjnych.

Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego przedstawione w toku rozprawy i wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący podtrzymując stanowisko nie zakwestionował treści zawartych w przedstawionych przez Zamawiającego dokumentach. Stwierdził, że protokoły odbioru zostały podpisane przez kierownika budowy, przedstawiciela wykonawcy tj. Konsorcjum z udziałem F. S.A.

Nie stanowią one zatem dowodu wykonania prac przez podwykonawcę D. J. Potwierdził, że wykonawca ten rozpoczął prace lecz ich nie skończył, wobec czego F. zlecił je Odwołującemu pismem, którego kopię załączono do odwołania. Zauważył, że w przedstawionym raporcie miesięcznym sporządzono spis zgłoszonych, zatwierdzonych podwykonawców wśród nich wymienionych na pozycji 19 i 20 (D. J. i F.). Stwierdził przy tym, że podwykonawca J. był i jest niewiarygodny, a według wiedzy Odwołującego dopuścił się fałszerstwa dokumentów, czyli gwarancji należytego wykonania umowy przedstawionej wykonawcy F.

W toku rozprawy wyjaśnienia złożył pan L. K. - Prezes spółki F. od lipca 2014 r. do stycznia 2016 r. tj. w okresie w którym realizowane były prace wskazane w ofercie odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wyjaśnił, że przedmiotowe prace referencyjne przy peronach w 2 miejscowościach były wykonywane przez Konsorcjum, którego liderem było F. S.A., a to zlecało prace podwykonawcom. Pierwotnie zlecenie zostało udzielone firmie D. D.J., który jednak do wykonywania prac nie przystąpił. W związku z czym F. zleciło je pisemnie Odwołującemu, który już był znanym mu podwykonawcą w innych miejscach, na innych odcinkach. Stwierdził także, że Odwołujący F. być może nie był zgłoszony Zamawiającemu jako podwykonawca przedmiotowego zakresu robót. Natomiast na pewno był już wcześniej zgłoszony na inny, szerszy zakres robót. Zauważył także, że zlecając roboty działano pod presją terminów i być może doszło do drobnych uchybień formalnych. Stwierdził, że podwykonawca D. J. sfalszował dokument zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wobec czego toczy się postępowanie w stosunku do tej osoby, obecnie nie znanej z miejsca pobytu.

Zamawiający wskazał, że obowiązek zgłoszenia Zamawiającemu podwykonawcy wynikał z treści klauzuli 4.4 uzgodnionej przez strony umowy. W związku z tym nie miał podstaw do domysłów, iż określone prace zostają wykonane przez innego podwykonawcę niż zgłoszony zgodnie z klauzulą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta odwołującego i wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez odwołującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości ubiegania się o zamówienie i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, była niezasadna. Na ocenę powyższą nie ma wpływu fakt, iż odwołujący kilkakrotnie w treści odwołania posługuje się pojęciem „odrzucenie oferty” zamiast „wykluczenie z postępowania”. W istocie spór polega na odmiennej ocenie stron co do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego.

Przedstawiony przez strony materiał dowodowy, w szczególności dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumenty przedstawione przez odwołującego (załączone zlecenie do odwołania) oraz zamawiającego w toku rozprawy oraz dowód z wyjaśnień osoby pełniącej funkcję prezesa spółki – lidera konsorcjum wykonawcy prac, między innymi referencyjnych, zawierając łącznie spójne informacje pozwalające na ustalenie stanu faktycznego będącego przedmiotem sporu stron.

Izba uznaje za udowodnione, iż rzeczywistym wykonawcą prac peronowych w C. T. i W. był odwołujący działający jako podwykonawca na zlecenie wykonawcy – konsorcjum F. S.A. i inni. Niekwestionowanym dowodem na tę okoliczność jest pisemne zlecenie z dnia 10 sierpnia 2015 r. udzielone odwołującemu, którego treść nie została zakwestionowana. Powyższemu nie przeczy także informacja zawarta w piśmie inżyniera rezydenta z dnia 4.10. 2016 r. wskazującego, że roboty zlecone zostały przez F. S.A. firmie D. D. J. z uwagą, że były wykonywane zbyt powolnie i niektóre z nich nie zostały zgłoszone do sprzedaży przez F. Powyższe jest spójne z wyjaśnieniami prezesa F., w rzeczywistości pierwszy podwykonawca nie wykonywał prac, co zmusiło wykonawcę do powierzenia prac obecnemu odwołującemu. Ponadto należy zauważyć, że inżynier rezydent wskazał jako podstawę swojej wiedzy dokumenty rozliczeniowe oraz protokoły robót zanikających i odbiorowe, których stroną był zamawiający i wykonawca bez uwidaczniania podwykonawców. Ci ostatni rzeczywiście wskazywani byli, zgodnie postanowieniami klauzuli 4.4. zamawiającemu w celu uzyskania zgody zamawiającego i za wiarygodne należy uznać stwierdzenie, iż w zakresie przedmiotowego elementu robót wykonawca nie zgłosił odwołującego – F., który wykonywał prace w innych przedstawionych przez zamawiającego zakresach. Przedstawione uchybienie leżące po stronie wykonawcy nie ma jednak wpływu na stan faktyczny sprawy, w

szczegółności fakt wykonania robót referencyjnych przez odwołującego na zlecenie wykonawcy udzielone w trybie „awaryjnym”.

W świetle powyższych ustaleń, skład orzekający uznaje, że stwierdzenie zamawiającego, iż został on wprowadzony przez wykonawcę w błąd, co winno skutkować wykluczeniem tegoż z postępowania, jest niezasadne. Izba nie wyklucza przy tym, w opisywanym stanie faktycznym, ewentualnego przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania w trybie art. 26 ust. 3 i 4, jako dotychczas nie stosowanego w zakresie innym niż ustalenie długości odcinków w wykonywanych pracach peronowych.

W takim stanie postępowania uznano, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp było niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Nie zasądzone na rzecz odwołującego kosztów postępowania poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika wobec nie przedłożenia do akt sprawy stosownego rachunku zgodnie z § 3 pkt 2 wyżej wskazanego rozporządzenia, niezbędnego dla skuteczności wniosku sformułowanego w pkt III.4 petitum odwołania.

Przewodniczący: