

Sygn. akt: KIO 3558/21

WYROK

z dnia 22 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. Holding Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kielcach, **E.S.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **ESC Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe E.S.** w Kielcach, z siedzibą dla lidera w Kielcach, ul. Legnicka 28, 25-324 Kielce

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie**, ul. Zarzecze 13B, 03-194 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Transpol Lider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łojewie**, Łojewo 70, 88-101 Inowrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddała odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. Holding Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kielcach, **E.S.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **ESC Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe E.S.** w Kielcach, z siedzibą dla lidera w Kielcach, ul. Legnicka 28, 25-324 Kielce, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej: „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabezpieczenie przeciwpowodziowe doliny Wychódzic — Wilkówiec w km 568+820 - 573+280 wraz z ubezpieczeniem prawego brzegu rz. Wisły w km 569-570 gm. Czerwińsk” - wykonanie robót budowlanych - I etap.”, numer referencyjny: WA.ROZ.2810.58.2021/ZZWŁ. Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 2 sierpnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2021/BZP/00134326/01.

2 grudnia 2021 r. Zamawiający dokonał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k., ofertach niepodlegających odrzuceniu i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S. Holding Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielcach, E.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ESC Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe E.S. w Kielcach (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

- 1) W zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k.:
 - a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej w skrócie: UZNK) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., mimo że wykonawca ten posłużył się dokumentem, który nie został sporządzony w dacie, jaką jest opatrzony, co wynika wprost z jego treści (data dokumentu 2013 r., opatrzony pieczęcią z numerem BDO, który został nadany w 2018 r.), a ponadto naruszenie art. 128 ust. 4 Pzp i art. 223 ust. 1 Pzp przez brak wezwania do złożenia wyjaśnień dot. treści dokumentu i okoliczności jego sporządzenia, mimo że dokument wywołuje poważne i uzasadnione wątpliwości co do jego autentyczności i daty, w której został złożony;
 - b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a)-c) Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., mimo że wykonawca ten nie wykazał

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nawet przy uwzględnieniu zasobów firmy Transpol Kopalnia Kruszywa Z.P.;

2. W zakresie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty:

- naruszenie art. 252 ust. 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez wybór oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu.

3. W zakresie zaniechania unieważnienia postępowania, mimo zajścia przesłanki z art. 255 pkt 6 Pzp, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego:

- naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 387¹ kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że w dniu rozstrzygnięcia postępowania przez Zamawiającego pozostało zaledwie 13 dni do wykonania zamówienia w terminie wskazanym w SWZ, tj. 15.12.2021 r., a wykonanie zamówienia w postaci skomplikowanego obiektu budowlanego w tak zakreślonym terminie nie jest obiektywnie możliwe, zarówno z przyczyn faktycznych, jak i technologicznych, a zatem zawarta umowa byłaby nieważna na podstawie art. 387¹ kodeksu cywilnego jako umowa o świadczenie niemożliwe,

- art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 457 ust. 5 Pzp w zw. z art. 70⁵ § 1 kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że wykonawca Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. posłużył się dokumentem, który nie został sporządzony w dacie, na jaką wskazuje jego treść, a więc wpłynął w ten sposób na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami, a zatem ewentualnie zawarta umowa będzie podlegała unieważnieniu na podstawie art. 70⁵ kodeksu cywilnego.

Z ostrożności, na wypadek, gdyby niemożność wykonania zadania będącego przedmiotem zamówienia w terminie do 15.12.2021 r. była kwestionowana przez Zamawiającego lub uczestnika postępowania, Odwołujący wniósł o:

- przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa w specjalności budownictwo wodne, na okoliczność, że obiektywnie niemożliwe jest wykonanie zadania opisanego w dokumentacji technicznej zapewnionej przez Zamawiającego, z uwzględnieniem czasu potrzebnego na mobilizację brygad i sprzętu oraz technologii wykonania robót.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia postępowania (znak WA.ROZ.2810.58.2021 /ZZWŁ) w całości, lub - w razie uznania przez Izbę, że nie ma podstaw do unieważnienia postępowania - o:
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k.,
- ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. Odwołujący wskazał:

ad a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Wykonawca, którego oferta została wybrana, wprowadził w błąd Zamawiającego, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez posłużenie się dokumentem, z którego treści wynika, że nie został sporządzony w dacie, którą został opatrzony. Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. załączył dokument zatytułowany „Zlecenie”, w którym wskazano, że został sporządzony w miejscowości Łojewo w dniu 19.11.2013 r. Pod dokumentem tym podpisy złożyli: jako Zleceniodawca — Z.P., jako Zleceniobiorca – E.D.. Pod podpisem Z.P. widnieje pieczęć firmowa, która wskazuje nr BDO podmiotu: 000019748. Jest to numer w Bazie Danych o Produktach i Opakowaniach (w skrócie: BDO), który został nadany przedsiębiorstwu Z.P. — wg informacji z Urzędu Marszałkowskiego Woj. Kujawsko-Pomorskiego w 2018 r. (a więc Z.P. nie mógł w 2013 r. dysponować pieczęcią firmową z tym numerem). Odwołujący uzyskał pisemne potwierdzenie tego faktu w Urzędzie Marszałkowskim Woj. Kujawsko-Pomorskiego — zgodnie z pismem Urzędu, wpis pod tym numerem BDP nastąpił 1.06.2018 r. Odwołujący przesłał tę informację Zamawiającemu wraz z pismem z 5.11.2021 r., które Zamawiający w całości zignorował i nie zwrócił się w tej sprawie do Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. o jakiegokolwiek wyjaśnienia. Żaden podmiot nie mógł uzyskać wpisu w BDO wcześniej niż w 2018 r., ponieważ Rejestr BDO (Baza Danych o Produktach i Opakowaniach) został uruchomiony w 24.01.2018 r., o czym informację można uzyskać nawet na rządowej stronie internetowej bdo.mos.gov.pl. (Dowód: pismo Odwołującego z 5.11.2021 r. z załącznikami: Wydruk ze strony internetowej bdo.mos.gov.pl, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ), Projekt Wykonawczy „Modernizacja wału przeciwpowodziowego Niziny Ciechocińskiej od km 0+000 do km 12+000. Etap II — od km 8+505 do km 12+000 gmina Aleksandrów Kujawski, województwo kujawsko-pomorskie ". „Część druga Wykonanie modernizacji wału od km 10+000 — 12+000 wraz z przebudową linii energetycznej i wykupem nieruchomości "- opis techniczny, Projekt wykonawczy „Projekt tymczasowych poletek osadowych dla realizacji zadania pod nazwą: „Modernizacja wału przeciwpowodziowego Niziny Ciechocińskiej od km 0+000 do km 12+000”, Mapa z

lokalizacją poletek refulacyjnych, Rysunek szczegółowy poletka refulacyjnego Przedmiar robót 239-02-015 oraz pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu znak ŚG-IV. 706.70.2021 z dnia 8.11.2021 r., pismo Odwołującego z 9.11.2021 r.). W związku z powyższym, użycie przez Zleceniodawcę (Z.P.) na dokumencie z 2013 r. pieczęci, która została wyrobiona w 2018 r., było niemożliwe. Wszystkie przedstawione okoliczności wskazują na to, że dokument „Zlecenia” nie został podpisany w 2013 r. Mimo uzyskania przez Zamawiającego informacji od Odwołującego dot. poważnych i uzasadnionych wątpliwości co do dokumentu „Zlecenia”, Zamawiający całkowicie je zignorował. Wykonawca Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. nie został wezwany do jakichkolwiek wyjaśnień, mimo że Zamawiający mógł i powinien wezwać go do wyjaśnień, co przewidują przepisy art. 128 ust. 4 Pzp i art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że treść ww. dokumentu „Zlecenia” tj. wspomniana wyżej rozbieżność wskazująca na sporządzeniu go w dacie innej niż data wskazana w jego treści i posłużenie się tym dokumentem celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oznacza, że wykonawca Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynność sporządzenia dokumentu w sposób wyżej opisany i przedłożenie go w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zarówno sprzeczna z prawem, jak i z dobrymi obyczajami. Ponadto narusza ona zarówno interes innych przedsiębiorców, tj. tych którzy również biorą udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zamówienia tego nie uzyskują z uwagi na ofertę złożoną przez wykonawcę posługującego się takim dokumentem, jak i interes klienta, tj. Zamawiającego, który naraża się na wybór oferty wykonawcy, który nie legitymuje się wymaganym doświadczeniem, a czyni tylko tego pozory. W efekcie istnieje ryzyko wykonania robót budowlanych w sposób nienależyty i wadliwy.

ad b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a)-c) Pzp w zw. z art. 266 Pzp

Dokumenty przedłożone przez Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., w tym te dotyczące Z.P., na którego doświadczenie powołuje się Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., nie stanowią dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. Zgodnie z pkt 10.4.1 SWZ Wykonawca musiał złożyć dokumenty potwierdzające spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu które są: dowodami określającymi, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, i zarazem referencjami bądź innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, chyba że wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów i to udowodni - wtedy może przedłożyć inne, odpowiednie dokumenty. Dokumenty przedłożone przez Transpol

Lider Sp. z o.o. Sp.k. na wykazanie warunku wykonywania w ciągu ostatnich 8 lat roboty budowlanej obejmującej swym zakresem wykonanie robót umocnieniowych na rzece o średnim przepływie na poziomie min. 100 m³/s nie spełniają żadnego z ww. warunków. Po pierwsze brak jest dowodu określającego, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Takiego dowodu nie ma, bo roboty, na które powołuje się Transpol, miały charakter jedynie robót tymczasowych, tj. były wykonywane tylko prowizorycznie, w celach służących wykonaniu innych robót, i nie podlegały odbiorowi przez kogokolwiek, a w szczególności odbiorowi przez Zamawiającego. Roboty te nie prowadziły do wykonania żadnego trwałego „obektu budowlanego” w rozumieniu ustawy — Prawo budowlane i art. 647 kodeksu cywilnego, nie podlegały rękojmi ani gwarancji, tak naprawdę nic ma żadnego dowodu na to, czy w ogóle zostały wykonane. Po drugie brak jest dowodów będących referencjami pochodzącymi od podmiotu, na rzecz którego roboty te zostały wykonane. Dokumenty te pochodzą od E.D., który był podwykonawcą Transpolu, a nie „podmiotem, na rzecz którego roboty te zostały wykonane” (abstrahując już od wiarygodności dokumentów wystawionych z udziałem tego podwykonawcy). Jeżeli roboty umocnieniowe były objęte zakresem zadania i były faktycznie wykonane przez firmę Transpol Kopalnia Kruszywa Z.P. firma powinna przedłożyć na potwierdzenie tego faktu dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz, którego roboty budowlane zostały wykonane w postaci np. kosztorysu powykonawczego zawierającego te roboty podpisanego przez ten podmiot, protokołu odbioru, protokołu konieczności, inwentaryzacji powykonawczej, decyzji administracyjnych, lub inne. Ponadto roboty, których wykonanie tymi dowodami usiłuje wykazać Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., nie były „robotami umocnieniowymi na rzece o średnim przepływie na poziomie min. 100 m³/s” dlatego że:

- wykonanie brzegosłonu faszynowego płaskiego z kieszki faszynowej 20 cm i narzutem kamiennym od 15 do 20 cm, jeżeli faktycznie było wykonane przez Zakład Usług Melioracyjnych E.D., było tylko robotą tymczasową wykonaną w związku z prowadzeniem prac refulacyjnych, która nie podlegała odbiorom technicznym, a ponadto nie była to robota zlecona firmie Transpol Kopalnia Kruszywa Z.P. przez Kujawsko-Pomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Włocławku. Nie ma również stosownego potwierdzenia przez KPZMiUW we Włocławku, że robota ta została wykonana należycie (że w ogóle była wykonana). Zarówno w opisie przedmiotu zamówienia w SWZ dotyczącym postępowania przetargowego pn.: „Modernizacja wału przeciwpowodziowego Niziny Ciechocińskiej od km 0+000 do km 12+000. Etap II — od km 8+505 do km 12+000 gmina Aleksandrów Kujawski, województwo kujawsko-pomorskie”. „Część druga Wykonanie modernizacji wału od km 10+000 12+000 wraz z przebudową linii energetycznej i wykupem nieruchomości”, jak

również załączona dokumentacja projektowa nie obejmowała swym zakresem wykonanie takich robót - załącznik SIWZ, opis projektu wykonawczego.

- wykonanie opaski wielokiszkowej o długości 463 m miało na celu czasowe zabezpieczenie terenu (poletki refulacyjnych) przeznaczonych do magazynowania piasku (refulatu). Roboty te zostały wykonane poza korytem rzeki, a nie jak twierdzi w Oświadczeniu z dnia 13.09.2021 r. Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k., że zostały wykonane w ramach umocnienia brzegu rzeki Wisły. „Projekt tymczasowych poletek osadowych dla realizacji zadania pod nazwą: „Modernizacja wału przeciwpowodziowego Niziny Ciechocińskiej od km 0+000 do km 12+000”, stanowiący również załącznik do niniejszego postępowania przetargowego zakładał po zakończeniu prac refulacyjnych rozbiórkę ww. obiektów i przywrócenie terenu w maksymalnym stopniu do stanu pierwotnego. Potwierdza to również przedmiar robót, dz. 2 „Urządzenie tymczasowych poletek osadowych” poz. 60 i 70.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że Z.P. wciąż prowadzi działalność gospodarczą w zakresie robót budowlanych dot. inżynierii wodnej — PKD 42.91.Z, więc Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. posługuje się referencjami innego przedsiębiorcy wciąż działającego na rynku. (Dowód: - wydruk z CEiDG przedsiębiorcy — Transpol Kopalnia Kruszywa Z.P.).

ad c) art. 252 ust. 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp

W konsekwencji opisanych wyżej naruszeń, doszło do wyboru oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., mimo że oferta ta powinna zostać odrzucona.

ad d) art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku istnieje nieusuwalna wada polegająca na określeniu w SWZ sztywnego terminu wykonania zamówienia tj. 15.12.2021 r., którego brak możliwości przedłużenia został potwierdzony przez Zamawiającego w jego odpowiedziach na pytania wykonawców. W dniu rozstrzygnięcia postępowania tj. 2.12.2021 r. oczywistym było, że termin jest niemożliwy do zachowania przez wykonawcę. Nawet przy założeniu, że nie zostałyby wniesione odwołanie od tego rozstrzygnięcia, umowa z wykonawcą mogłaby zostać zawarta najwcześniej 8.12.2021 r., co oznaczałoby, że na wykonanie skomplikowanych specjalistycznych robót budowlanych wykonawca ma 7 dni, łącznie z mobilizacją brygad i sprzętu. Biorąc pod uwagę czas potrzebny na czynności i formalności poprzedzające rozpoczęcie robót, w ciągu 7 dni nie udałoby się nawet rozpocząć robót. Do tego, biorąc pod uwagę termin wyłonienia wykonawcy, należy dodać prawdopodobieństwo niskich temperatur, opadów atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót. Poza

tym są też kwestie technologiczne związane z wykonywaniem tego typu robót budowlanych, które czynią termin 15.12.2021 r. obiektywnie nierealnym. Należy zwrócić uwagę choćby na czas wiązania niezbędnej do wykonania w tym zadaniu przesłony przeciwfiltracyjnej, który wynosi minimum 28 dni. Jest to najkrótszy termin wysychania (twardnięcia) materiału, z którego wykonana jest przesłona przeciwfiltracyjna. Po wykonaniu tej przesłony należy odczekać co najmniej 28 dni dojrzewania materiału, a następnie wykonać badania wytrzymałości na ściskanie jednoosiowe oraz współczynnik filtracji. Potwierdzeniem tego jest sama dokumentacja techniczna przygotowana przez Zamawiającego (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót), z której wynika, że parametry materiału przesłony przeciwfiltracyjnej mogą być zmierzone po 28 dniach i taki okres zakłada na wykonanie tej przesłony. Są to dane zbieżne z właściwościami materiałów przeznaczonych do wykonania przesłony stwierdzonymi w Krajowych Ocenach Technicznych. (Dowód: Wyciąg ze Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót dot. wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej, Krajowa Ocena Techniczna ITP-KOT-2021/0023 wydanie 2 dot. wyrobu budowlanego do wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej). Mając powyższe na uwadze, wykonanie zadania jest obiektywnie niemożliwe już do wykonania w terminie do 15.12.2021 r., a co za tym idzie, zawarta umowa byłaby nieważna na podstawie art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że choć przepis art. 255 pkt 6 PZP mówi o „unieważnieniu umowy” co mogłoby wskazywać na nieważność względną, to należy brać pod uwagę również przypadki zawarcia umowy obarczonej nieważnością bezwzględną, np. z przyczyn określonych w art. 58 kodeksu cywilnego (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 2, Beck 2021).

e) art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 457 ust. 5 Pzp w zw. z art. 70⁵ § 1 kodeksu cywilnego

Niezależnie od zarzutu podanego wyżej tj. pod lit. d), ewentualnie zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 70⁵ § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 457 ust. 5 Pzp, przepis ust. 1 (wskazujący przesłanki unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Zgodnie z art. 70⁵ § 1 kodeksu cywilnego, organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie. W razie ewentualnego zawarcia umowy,

Odwołujący będzie miał możliwość (jako uczestnik przetargu) żądać unieważnienia zawartej umowy, z uwagi na posłużenie się przez Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k.. dokumentem „Zlecenie”, którego data zawarcia wskazuje na 2013 r., a który opatrzone pieczęcią wyrobioną nie wcześniej niż w 2018 r., przez co dokument ten nie potwierdza, że wybrany wykonawca legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, gdyż nie jest on dowodem wykonania robót w 2013 r., ani nawet dowodem zaciągnięta zobowiązania do wykonania takich robót w 2013 r. Co za tym idzie, posłużono się dokumentem, który wpływa na wynik przetargu, bo gdyby nie został przedłożony, oferta została odrzucona, a do wykonania zamówienia wybrany zostałby inny wykonawca. Wpływ ten jest niezgodny z prawem i dobrymi obyczajami, ponieważ dokumenty składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą być rzetelne, zarówno jeśli chodzi o wykazanie się wymaganym doświadczeniem, jak i treść oferty.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie, złożonej przed terminem posiedzenia wyznaczonego dla rozpoznania odwołania, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut wskazany w punkcie 3 odwołania tj. zarzut zaniechania unieważnienia postępowania, pomimo zajścia przesłanki z art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 387 § 1 KC. Zamawiający m.in. podał, że z uwagi na przedłużającą się procedurę wyboru wykonawcy oraz składane przez wykonawców do KIO odwołania, czas na zawarcie Umowy oraz wykonanie zamówienia przez wybranego wykonawcę wykroczył poza pierwotnie założone w postępowaniu oraz dokumentach ramy czasowe. Tym samym wykonanie zamówienia w tym czasie stało się niewykonalne. Zawarta w wyniku ww. umowa stałaby się w tej sytuacji wadliwa prawnie i z gruntu samego prawa nieważna. Zamawiający uznał, że w zaistniałej sytuacji biorąc pod uwagę wszystkie nieprzewidziane okoliczności, które wystąpiły w toku postępowania, jedyną pozostałą ścieżką jest unieważnienie postępowania na gruncie przesłanki z art. 255 pkt 6 Pzp, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łojewie (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się jego uczestnikiem.

Na posiedzeniu Przystępujący oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w części.

Zamawiający pomimo prawidłowego zawiadomienia nie stawił się na posiedzenie i rozprawę. Uczestnicy postępowania odwoławczego obecni na posiedzeniu i rozprawie nie wykazali, aby Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania.

Na posiedzeniu Odwołujący podtrzymał pozostałe zarzuty odwołania wskazując, iż pomimo uwzględnienia odwołania w zakresie najdalej idącego zarzutu i uznania, iż istnieją podstawy do unieważnienia postępowania, podtrzymuje pozostałe zarzuty odwołania, tj. podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące istnienia podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego. Wskazuje, że ma interes w podtrzymaniu tych zarzutów, bowiem z uwagi na przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w ewentualnie wszczętym nowym postępowaniu potwierdzenie postawionych w obecnym postępowaniu zarzutów może mieć znaczenie z uwagi na zaistnienie podstaw do wykluczenia Przystępującego z takiego postępowania. Wskazał na rozumienie interesu w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej jak w przedstawionych w odwołaniu orzeczeniach.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do złożonych pism i złożone na rozprawie, w tym Zlecenie z 19.11.2013 r.

Izba nie dopuściła dowodu z opinii biegłego, uznając, iż z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania oraz sposób sformułowania wniosku w tym zakresie, stracił on na aktualności i jest nieprzydatny dla rozpoznania sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący m.in. wskazał, że razie odrzucenia oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., zamówienie powinien uzyskać Odwołujący, którego ofertę Zamawiający sklasyfikował na drugim miejscu. Niezależnie od tego, uwzględnienie odwołania powinno doprowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji spowoduje wszczęcie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Odwołujący będzie mógł wziąć udział i uzyskać zamówienia. Jak wskazuje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 5.04.2016 r. C-689/13, Puligenica Facility Esco SPA), o interesie w uzyskaniu zamówienia można mówić w sytuacji, gdy miałyby nastąpić wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w efekcie czego każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Pogląd podobny został przedstawiony przez TSUE w

wyroku z 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16 (Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik v. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.). Pogląd ten jest prezentowany także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W uzasadnieniu wyroku z dnia 05.09.2016 r. sygn. KIO 1556/16 Izba — powołując się na ww. wyrok TSUE — wywiodła, iż w świetle aktualnej wykładni prounijnej art. 179 PrZamPubl, w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG, należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13, tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Również późniejsze orzecznictwo KIO potwierdza tezę zawartą w wyroku TSUE z 5.04.2016 r. C-689/13 oraz wyroku z 11.05.2017 r. C-131/16 i ugruntowała się już w tym zakresie linia orzecznicza (np. wyrok z 28.5.2019 r., sygn. KIO 873/19). Odwołujący uzyskałby zatem zamówienie, gdyby Zamawiający prawidłowo, zgodnie z przepisami ustawy i odrzucił ofertę Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. Ponadto Odwołujący miałby realną szansę uzyskania zamówienia, gdyby Zamawiający unieważnił postępowanie, ponieważ mógłby wziąć udział w kolejnym przetargu. Nieprawidłowości zaistniałe w toku postępowania opisane w odwołaniu powodują poniesienie szkody przez Odwołującego, którą stanowią przede wszystkim uzyskane korzyści (*lucrum cessans*). Gdyby postępowanie zostało przeprowadzone prawidłowo, Odwołujący osiągnąłby zysk z realizacji zadania oraz uzyskał nowe doświadczenie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z SWZ :

„(...)

7.2 W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu: (...)

7.2.2. Dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej

1/ Wykonawca winien wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty budowlane w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Wymagane minimum to trzy roboty budowlane tj.

- jedna robota budowlana, wykonana w ramach jednego kontraktu, obejmująca swym zakresem uszczelnienie podłoża i korpusu wałów lub zapór ziemnych lub nasypów drogowych pionową przesłoną bentonitowo-cementową wykonaną metodą wgłębnego mieszania gruntu o powierzchni min. 25 000 m² i na głębokość min. 10 m, oraz
- jedna robota budowlana, wykonana w ramach jednego kontraktu, obejmująca swym zakresem budowę, rozbudowę lub remont wałów lub zapór ziemnych o kubaturze $\geq 8 000$ m³, oraz
- jedna robota budowlana, wykonana w ramach jednego kontraktu, obejmująca swym zakresem wykonanie robót umocnieniowych na rzece o średnim przepływie na poziomie min. 100 m³/s.

Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji powyższych trzech robót budowlanych w ramach mniejszej liczby kontraktów tj. jednego kontraktu lub dwóch pod warunkiem spełnienia zakresu wymienionych wyżej robót.

(...)

10.4 Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

10.4.1 Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty (na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt 7.2.2. ppkt 1 SWZ). Zaleca się skorzystanie z druku stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ.,

Na wezwanie Zamawiającego z 8 września 2012 r., wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wykonawca Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. został wezwany do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych w tym:

5) Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź

inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty (na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt 7.2.2. ppkt 1 SWZ) (...), ze wskazaniem, iż zaleca się skorzystanie z druku stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ.

- 6) *dowodów określających, że roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.*

Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. złożył Wykaz robót budowlanych (dalej: „Wykaz robót”) zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ, który wskazuje, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu zrealizował wymienione w nim roboty budowlane, tj.

- 1) „Kontrakt 3D.1 program dla Sanu. Bierna ochrona przeciwpowodziowa w zlewni Sanu. San III rozbudowa lewego wału rzeki San, gmina Gorzyce, woj. Podkarpackie o wartości 24 078 548,60 zł , którego odbiorcą było Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, Zarząd Zlewni w Rzeszowie, z terminem realizacji 09.01.2020 - 18.12.2020;
- 2) Modernizacja wału przeciwpowodziowego Niziny Ciechocińskiej gmina Aleksandrów Kujawski, woj. Kujawsko-pomorskie, Część druga – Wykonanie modernizacji wału wraz z przebudową linii energetycznej i wykupem nieruchomości, której odbiorcą był Kujawsko – Pomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Włocławku z terminem realizacji 29.08.2013 - 10.12.2013

Do wykazu zostały dołączone dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót, z których wynika, że pierwsza z robót została wykonana przez Transpol Lider sp. z o.o. Sp. k., zaś druga przez Transpol Kopalnia Kruszywa Z.P.. Możliwość uwzględnienia przez Zamawiającego w analizowanym postępowaniu drugiego z ww. dokumentów została stwierdzona w wyroku Izby z 2 listopada 2021 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 3027/21.

Poświadczenie wykonania robót wystawione przez Kujawsko-Pomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Włocławku zawiera poświadczenie, że „*firma TRANSPOL KOPALNIA KRUSZYWA Z.P. Łojewo 70, 88 — 101 Inowrocław na podstawie umowy nr 33/TI/2013 z dnia 29.08.2013 r. realizowała zadanie pn.: „Modernizacja wału*

przeciwpowodziowego Niziny Ciechocińskiej od km 0+000 do km 12+000. Etap II — od km 8+505 do km 12+000 gmina Aleksandrów Kujawski, województwo kujawsko- pomorskie. Część druga — Wykonanie modernizacji wału od km 10+000 — 12+000 wraz z przebudową linii energetycznej i wykupem nieruchomości” Zakres rzeczowy wykonanych robót:

- wykonanie robót pogłębiarskich na rzece Wiśle w km 717- km 718, celem udroźnienia jej koryta i pozyskania urobku do modernizacji wału w ilości 107 141,35 m³. Wartość wykonanych robót pogłębiarskich wynosi netto 1.315714,42 zł, brutto 1.618.328,74 zł, słownie: jeden milion sześćset osiemnaście tysięcy trzysta dwadzieścia osiem złotych siedemdziesiąt cztery grosze.
- modernizacja wału przeciwpowodziowego na długości 2,00 km celem osiągnięcia parametrów technicznych wymaganych dla budowli hydrotechnicznych I klasy ważności, formowanie i zagęszczanie nasypu wału w ilości 113 706,25 m³,
- modernizacja przejazdów wałowych — 4 szt.,
- uszczelnienie korpusu i podłoża wału poprzez wykonanie przegrody tiksotropowej metodą DSM — 18 409,20 m²,
- uszczelnienie korpusu i podłoża wału metodą iniekcji strumieniowej wysokociśnieniowej — 755,10 m²
- uszczelnienie korpusu i podłoża wału metodą iniekcji strumieniowej niskociśnieniowej (przy kolizji z rurociągami gazowymi) — 156,00m²
- umocnienie skarp wału koszami gabionowymi — 1450,00 kmpl. z wypełnieniem kamieniem łamanym — 1 860 m³,
- zabezpieczenie budynku pompowni Wołuszewo przed wodami filtracyjnymi (drenaż) — 14,00 mb,
- zamknięcie przeciwpowodziowe na drodze Ciehocinek — Otłoczyn w km 10+895 wału w systemie MSOP- 1 kmpl.
- przebudowa linii niskiego napięcia wraz z oświetleniem drogowym i przyłączami na długości 1 667 m, Całkowita wartość zrealizowanych robót budowlano — montażowych (netto) 6.200.000,00 zł brutto 7.626.000,00 zł termin umowy realizacji robót budowlano — montażowych 29.08.2013 r. - 10.12.2013 r.

Roboty wykonane zostały zgodnie ze sztuką budowlaną, umową, oczekiwaniami zamawiającego oraz zgodnie z dokumentacją techniczną, w bardzo ścisłych ramach czasowych wyznaczonych harmonogramem, przy zmiennych warunkach atmosferycznych.

Firma została wyłoniona w drodze przetargu nieograniczonego i spełniła oczekiwania zamawiającego jako solidna, wiarygodna i w pełni przygotowana do kompleksowego wykonywania zadań remontowych i budowlanych na inwestycjach związanych z przebudową wałów przeciwpowodziowych. (...)

W wyniku składanych przez Przystępującego wyjaśnień, odnośnie drugiego z ww. zadań, zostało wskazane, że umocnienie odcinka rzeki nie było elementem podlegającym samodzielnemu odbiorowi w całości lub w części. Dla wykazania wykonania zakresu prac obejmującego wykonanie robót umocnieniowych na rzece o średnim przepływie na poziomie min. 100m³/s Przystępujący złożył m.in. ww. Zlecenie z 19.11.2013 r. udzielone przez Z.P. E.D., protokół odbioru robót i fakturę za zrealizowanie robót.

Przystępujący złożył również oświadczenie z 13.09.2021 r. o treści: *„W nawiązaniu do wysłanych referencji wykonania robót „Modernizacja wału przeciwpowodziowego Niziny Ciechocińskiej od km 0+000 do km 12+000. Etap II – od km 8+505 do km 12+000 gmina Aleksandrów Kujawski, woj. Kujawsko-pomorskie. Część druga – Wykonanie modernizacji wału od km 10+000 – 12+000 wraz z przebudową linii energetycznej i wykupem nieruchomości”, oświadczamy, iż zakres wykonanych prac obejmował również wykonanie opaski wielokiszkowej o długości 463 m brzegu rzeki Wisły. Zakres wykonanych robót w ramach powyższego zadania wyczerpuje warunek uczestnictwa w postępowaniu nr WA.ROZ.2810.58.2021/ZZWŁ, tzn.: „jedna robota budowlana, wykonana w ramach jednego kontraktu, obejmująca swym zakresem wykonanie robót umocnieniowych na rzece o średnim przepływie na poziomie min. 100 m³/s.”*

Na rozprawie, Przystępujący dla potwierdzenia wykonania spornych robót wymaganych w warunku udziału w postępowaniu złożył oświadczenie p. Marcina Pawłowskiego, który jak stwierdził, pełnił nadzór autorski nad zadaniem wskazanym w wykazie robót dla robót w Nizinie Ciechocińskiej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie wskazania wymaga, że kluczową kwestią dla rozpoznania odwołania jest jego treść, w szczególności treść i sposób postawienia zarzutów odwołania. Stosownie bowiem do art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie można jednak tracić z pola widzenia tego, iż, jak wynika z art. 505 Pzp postępowanie odwoławcze może być zainicjowane przez wykonawcę dla ochrony uzasadnionych interesów wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i ochrony przed powstaniem po jego stronie szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W określonych sytuacjach faktycznych danej sprawy, wykonawca ma interes w uzyskaniu

zamówienia także wtedy, gdy uwzględnienie jego odwołania miałyby prowadzić do unieważnienia tego postępowania o udzielenie zamówienia. Należy mieć również na uwadze, że zgodnie z art. 552 Pzp, wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, jak też, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia o udzielenie zamówienia.

W okolicznościach analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania, czego konsekwencją powinno być uwzględnienie podstawowego żądania odwołania tj. żądania unieważnienia postępowania. Jak bowiem wynika z przytoczonej wyżej treści odwołania, pozostałe żądania tj. nakazania dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. i ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zostały postawione na wypadek uznania, że nie ma podstaw do unieważnienia postępowania. Nadto na rozprawie Odwołujący stwierdził m.in., że prostuje swoje żądania dodając, iż z uwagi na unieważnienie postępowania ponowny wybór oferty najkorzystniejszej pozostaje z tym w sprzeczności, jednakże podtrzymuje wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty Przystępującego.

Jak wynika ze stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w toku postępowania odwoławczego, wolą Odwołującego, jest doprowadzenie do odrzucenia oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. bowiem chodzi o ewentualną szkodę w przyszłych postępowaniach. Gdyby, bowiem doszło do spotkania się ofert Odwołującego i Przystępującego, a oferta Przystępującego byłaby wyżej oceniona, to powstałaby szkoda po stronie Odwołującego w sytuacji gdyby SWZ w nowym postępowaniu przewidywała przesłankę wykluczenia z postępowania wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zauważenia jednak wymaga, że w analizowanym postępowaniu Odwołujący nie postawił takiego zarzutu, nie wykazał, że Zamawiający przewidział taką fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak też, że zaistniała taka podstawa wykluczenia Przystępującego z postępowania. Zarzuty odwołania koncentrują się na istnieniu - w ocenie Odwołującego - podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawach określonych w art. 226 ust. 1 pkt 7 i pkt 1 lit 1-c Pzp.

Ad zarzut naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp i art. 223 ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Stosownie do art. 266 Pzp: *Do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W myśl art. 14 ust. 1 tej ustawy: Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.*

Art. 128 ust. 4 Pzp stanowi: *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Naruszenie ww. przepisów Odwołujący uzasadnia tym, że Zamawiający nie odrzucił oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., chociaż wykonawca ten posłużył się dokumentem „Zlecenie”, który nie został sporządzony w dacie, jaką jest opatrzony, co wynika wprost z jego treści, tj. tego, że dokument, jako datę wystawienia wskazuje rok 2013, podczas, gdy został on opatrzony pieczęcią z numerem BDO, który został nadany w 2018 r. Niezależnie od tego Odwołujący zarzuca brak wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści ww. dokumentu i okoliczności jego sporządzenia, mimo że dokument wywołuje poważne i uzasadnione wątpliwości co do jego autentyczności i daty, w której został złożony.

Nie jest sporne, że:

- Przystępujący posłużył się dokumentem zlecenia z 19.11.2013 r. podpisanym ze strony Zleceniodawcy w sposób nieczytelny przez Z.P. w ramach pieczętki „Właściciel Z.P.”, poniżej którego znajduje się pieczętka wskazująca m.in. na nazwę i adres firmy pod którą działa tj. Transpol Kopalnia Kruszywa Z.P. w oraz numer BDO. Ze strony Zleceniobiorcy dokument wskazuje na nieczytelny podpis E.D. w ramach pieczętki zawierającej numer uprawnień budowlanych w specjalności melioracje wodne;
- do zlecenia tego została wystawiona przez Zleceniobiorcę faktura.

Spór dotyczy natomiast tego, czy otrzymawszy taki dokument, Zamawiający powinien go zaakceptować bez zastrzeżeń, albo – jak wynika ze stanowiska Odwołującego - autorytatywnie stwierdzić, że Przystępujący posłużył się dokumentem, który nie został sporządzony w dacie, którą jest opatrzony tj. 19.11.2013 r. bowiem został opatrzony pieczętką z numerem BDO nadanym w 2018 r. i odrzucić ofertę, lub powinien powziąć wątpliwości w tym zakresie i wezwać Przystępującego do wyjaśnień dotyczących treści dokumentu i okoliczności jego wystawienia.

W ocenie Izby Odwołujący, chociaż to na nim spoczywał ciężar dowodu, stosownie do art. 6 kc. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, bowiem to on wywodził skutki ze swoich twierdzeń, nie wykazał, że ww. dokument zlecenia nie został sporządzony w 2013 r., a w związku z tym faktura nie może dotyczyć świadczenia objętego tym zleceniem. Nie wykazał, że Zamawiający został wprowadzony w błąd poprzez posłużenie się tym dokumentem przez Przystępującego.

Odwołujący stwierdza, że dokument ten nie został podpisany w 2013 r. jedynie w oparciu o to, że widnieje na nim pieczęć wskazująca na numer BDO nadany w 2018. Odwołujący pomija przy tym istnienie dokumentów wskazujących na wykonanie robót objętych tym zleceniem, w tym protokołu ich odbioru czy faktury wystawionej za ich wykonanie. Na rozprawie pełnomocnik Przystępującego stwierdził natomiast, że uzyskał od mocodawcy informację, że pieczętka firmowa została przystawiona przez pracownika Przystępującego przy składaniu dokumentu zlecenia, po to aby umożliwić identyfikację zleceniodawcy. Nie zostało to jednak poparte żadnym dowodem.

Może zatem zastanawiać, dlaczego dokument Zlecenie opatrzony datą 19.11.2013 r. zawiera pieczętkę formową zleceniodawcy, która mogła być wystawiona najwcześniej w 2018 roku. W ocenie Izby w związku z tym, że zostały do niego wystawione zarówno protokół odbioru robót, jak i faktura, okoliczność ta, nie powinna jednak zdecydować o arbitralnym odrzuceniu oferty wykonawcy Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. na podstawie wskazanych przez Odwołującego przepisów, lecz kwestia ta przed podjęciem dalszych decyzji, powinna zostać przez Zamawiającego wyjaśniona. W świetle wyjaśnień

Przystępującego przedstawionych na rozprawie, nie jest wykluczone, że Zamawiającemu zostałyby wykazane, że pieczętka z numerem BDO została przystawiona przez pracownika Przystępującego przy przekazywaniu tego dokumentu i wówczas miałyby podstawy, aby ocenić ten dokument pod względem jego wiarygodności w kontekście innych dokumentów złożonych w postępowaniu przez Przystępującego. Dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinny potwierdzać spełnianie tych warunków w sposób niebudzący wątpliwości.

Jednakże z uwagi na to, iż Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania, a zatem postępowanie podlega unieważnieniu, powyższa okoliczność pozostaje bez wpływu na wynik tego postępowania.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a)-c) Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., mimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Na wstępie wskazania wymaga, że przepis art. 226 w ust. 1 nie przewiduje dalszych podpunktów i stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona p terminie składania ofert.* Taka okoliczność faktyczna nie została wskazana przez Odwołującego. Zatem należy uznać, że podstawa prawna zarzutu została wskazana wadliwie. Jeśli przyjąć, że Odwołujący miał na uwadze 2 tego artykułu, to stanowi on: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:*

- a) *podlegającego wykluczeniu z postępowania lub*
- b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub*
- c) *który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym moa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń*

Odwołujący nie wskazuje na istnienie podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania. W tym zakresie twierdzi natomiast, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nawet przy uwzględnieniu zasobów firmy Transpol Kopalnia Kruszywa Z.P.. Akcentuje brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania roboty budowlanej, obejmującej swym zakresem wykonanie robót umocnieniowych na rzece o średnim przepływie na poziomie min. 100 m³/s, podnosząc jednocześnie tymczasowy charakter robót wskazanych w tym zakresie przez Przystępującego. Pomija przy tym przedłożone przez Przystępującego dokumenty, w tym ww. referencje wystawione przez Kujawsko – Pomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Włocławku, protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji zadania

z poz. 2. złożonego przez Przystępującego Wykazu robót z 12 grudnia 2013 r., gdzie jako Zamawiający występuje Kujawsko – Pomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Włocławku, a jako Wykonawca - Transpol Kopalnia Kruszywa Z.P. w Łojewie. Podważając złożone przez Przystępującego ww. oświadczenie z 13.09.2021 r., Odwołujący stwierdza, że roboty zostały wykonane poza korytem rzeki, a nie w ramach umocnienia brzegu rzeki. Nadto podnosi kwestie pochodzenia złożonych przez Przystępującego dokumentów.

W ocenie Izby również w tym zakresie dokumenty, złożone przez Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., wymagały wyjaśnień, o które Zamawiający w toku badania i oceny oferty tego wykonawcy powinien wystąpić. Chodzi bowiem o dokumenty złożone na potwierdzenie spełniania warunków udziału postawionych w SWZ, które powinny być spójne i wskazywać na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Złożone w postępowaniu referencje wystawione przez podmiot zamawiający, jakkolwiek potwierdzają należyte wykonanie zadania wskazanego w poz. 2. Wykazu robót złożonego przez Przystępującego, to jednak zważywszy na opis wskazanych w nich robót, jak też dodatkowe dokumenty przedłożone przez Przystępującego dla wykazania się doświadczeniem w wykonaniu ostatniej z wskazanych w SWZ robót, mając na uwadze argumentację przedstawioną Odwołującego, za celowe należałoby uznać skorzystanie z możliwości, jakie przewiduje ustawa Pzp i wystąpienie przez Zamawiającego o dodatkowe wyjaśnienia w celu pozyskania pełnej jasności w omawianym przedmiocie.

Jednak z uwagi na to, iż Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania, a w konsekwencji postępowanie podlega unieważnieniu, powyższa okoliczność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Ad zarzut naruszenia art. 252 ust. 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez wybór oferty Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k., mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu.

Zgodnie z art. 252 ust. 1 Pzp: *1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.*

Odwołujący nie stawia zarzutu wyboru najkorzystniejszej oferty po terminie związania tą ofertą. Zarzut ten jest konsekwencją ww. zarzutów.

Jak wyżej wskazano, w sprawie nie zostało wykazane, aby oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu, lecz to, że podlegała ona wyjaśnieniom, po uzyskaniu których, Zamawiający miałby pełne podstawy do dalszych decyzji odnośnie tej oferty. Pozostaje to jednak bez wpływu na wynik postępowania, skoro postępowanie podlega unieważnieniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub*

może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezes 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).

Przewodniczący: