

Sygn. akt: KIO 2090/22

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 sierpnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2022 r. przez **wykonawcę T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe TOMRET T. P. z siedzibą w Łasku** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Żelów**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe TOMRET T. P. z siedzibą w Łasku i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe TOMRET T. P. z siedzibą w Łasku tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od wykonawcy T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe TOMRET T. P. z siedzibą w Łasku na rzecz zamawiającego Gminy Żelów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt KIO 2090/22

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zelów - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Modernizacja – remont drogi gminnej w miejscowości Bujny Księżę w ramach zadania: „Wykonanie nawierzchni drogi Bujny Księżę”, nr postępowania: ZPI.271.48.2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 lipca 2022 r., za numerem 2022/BZP 00239141/01.

W dniu 10 sierpnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe TOMRET T. P. z siedzibą w Łasku – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) komunikacji Zamawiającego z wykonawcą P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach w formie innej niż elektroniczna;

2) zaniechania wykluczenia wykonawcy P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach z niniejszego postępowania pomimo:

a) złożenia uzupełnienia oświadczenia dotyczącego podstaw wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu w formie innej niż elektroniczna w rozumieniu ustawy pzp,

b) złożenia w dniu 1 sierpnia 2022 r. uzupełnienia oświadczenia dotyczącego podstaw wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z którego wynika, że przedmiotowy Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy pzp,

c) posiadania przez Zamawiającego wiedzy, że P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach, nienależycie wykonał umowę zawartą z Gminą Dłutów, której przedmiotem było zamówienie publiczne, które doprowadziło do powstania odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi,

d) nieposiadania przez P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach zdolności technicznych lub zawodowych do realizacji zamówienia, co powoduje, że z uwagi na złożenie oświadczenia nie mającego odzwierciedlenia w okolicznościach faktycznych, wskazany Wykonawca utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku;

a w konsekwencji

3) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach;

4) dokonania wyboru oferty złożonej przez P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach jako najkorzystniejszej, pomimo istnienia przesłanek do jej odrzucenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp, tj.:

1. art. 61 ust. 1 w zw. z art. 63 ust. 2 w zw. z art. 125 ust. 1 i 3 w zw. z art. 126 ust. 3 w zw. z art. 57 pkt 1 w zw. z art. 139 ust. 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z punktem XII „Informacje ogólne” ust. 2 i 9 w zw. z punktem XII „Sposób i forma złożenia oferty” ust. 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia — dalej SWZ — poprzez uznanie przez Zamawiającego, że pismo P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach z dnia 1 sierpnia 2022 r. zostało przez tego Wykonawcę skutecznie złożone, pomimo faktu, że nie zostało złożone w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, co spowodowało, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, że oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu zostało przez K. D. K. z siedzibą w Drużbicach skutecznie uzupełnione, a wykonawca nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu oraz złożona oferta jest najkorzystniejsza,

2. art. 108 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp w zw. z punktem VIII ust. 1 ppkt 1 SWZ, poprzez zaniechanie wykluczenia P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach i nieodrzućenie złożonej przez niego oferty, pomimo tego, że ze złożonego oświadczenia dotyczącego podstaw wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uzupełnionego w dniu 1 sierpnia 2022 r., wynika, że ten wykonawca oświadczył (poprzez skreślenie odpowiedniej części zdania), że podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy pzp,

3. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 57 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp w zw. z punktem VIII ust. 1 ppkt 2 SWZ, poprzez niewykluczenie wykonawcy P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach, pomimo posiadania przez Zamawiającego wiedzy o tym, że ten wykonawca nienależycie wykonał umowę zawartą z Gminą Dłutów, której przedmiotem było zamówienie publiczne, które doprowadziło do powstania odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi, co z kolei doprowadziło do nieodrzućenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu i dokonaniu wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej,

4. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) — dalej u.z.n.k., poprzez utrudnianie Odwołującemu dostępu do rynku, z uwagi na fakt, że P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach wprowadził Zamawiającego w błąd i w oświadczeniu dotyczącym podstaw wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał, że posiada zdolności techniczne i zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy w istocie Wykonawca nie jest w stanie samodzielnie wykonać przedmiotowego zamówienia, bez wykorzystania podmiotów trzecich.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności ponownego badania i oceny istnienia podstaw do wykluczenia P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że stosownie do punktu VII ppkt 4 SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale VIII SWZ, oraz w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy — w tym okresie, wykonali co najmniej dwie roboty budowlane polegające na — wykonaniu nowej nawierzchni emulsyjno — grysowej, na podbudowie tłuczniowej, o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto każda z robót. Jednocześnie Zamawiający wskazał w punkcie VIII SWZ, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych: 1) w art. 108 ust. 1 ustawy pzp, 2) w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7 ustawy pzp tj.: 4) w stosunku, do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury; 5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów; 7) który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub

odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Stosownie natomiast do punktu IX ppkt 1 SWZ, do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania — zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ. Nadto, Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z treścią punktu XII ppkt 2 SWZ w niniejszym postępowaniu komunikacja między Zamawiającym, a Wykonawcami odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem wskazanych adresów mail lub platform. Termin składania ofert, co wynika z treści punktu XV ust. 1 SWZ, Zamawiający określił na dzień 20 lipca 2022 r. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego oraz P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach, która to oferta zawierała najniższą cenę. Z uwagi na powyższe, Odwołujący w dniu 28 lipca 2022 r. złożył wniosek do Zamawiającego o doręczenie złożonej przez konkurenta oferty wraz z wszelkimi załącznikami oraz korespondencją pomiędzy nim, a Zamawiającym, jeżeli została wytworzona. Zamawiający doręczył Odwołującemu żądane dokumenty, jednakże nie wszystkie (bez korespondencji, która odbywała się pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą) z uwagi na rzekome zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach.

Po dokonaniu analizy złożonej przez P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach oferty, Odwołujący w dniu 5 sierpnia 2022 r. wystosował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że Pan D. K. winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, a jego oferta odrzucona, z uwagi na fakt, że P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach: w istocie nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu. Odwołujący wykazał, że jak wynika z treści SWZ, wykonawcy zainteresowani wykonaniem zamówienia publicznego, są zobowiązani do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które to oświadczenie stanowi załącznik nr 2 do SWZ. Treść przedmiotowego załącznika została skonstruowana w ten sposób, że wykonawca w jego części pierwszej, w ppkt 1-3, jest zmuszony wybrać które oświadczenie składa (np. poprzez przekreślenie treści podpunktu, który zdaniem Wykonawcy jego nie obejmuje). Podpunkt 1 jest następującej treści: „Nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 ustawy PZP”. Podpunkt 2 oświadczenia natomiast stanowi, że Wykonawca oświadcza, że podlega wykluczeniu i winien wskazać na podstawie którego art. ustawy wykluczenie istnieje. Po zapoznaniu się z treścią oświadczenia P.P.H.U. K., która została załączona do złożonej oferty, przedmiotowy wykonawca w ogóle nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu. Jest tak dlatego, bowiem P.P.H.U. K. przekreślił zarówno podpunkt 1 jak i 2 oświadczenia. Należało więc w ocenie Odwołującego przyjąć, że

takiego oświadczenia w ogóle nie złożył. Jak stanowi natomiast art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. W przepisie tym ustawodawca zawarł zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty. Norma prawna art. 226 ustawy pzp nakłada zatem na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, gdy powstanie choćby jedna okoliczność określona w tym przepisie. Wnioskując a contrario, należało uznać, że zamawiający ma zakaz odrzucenia oferty na podstawie odmiennej przesłanki niż wskazana w art. 226 ustawy pzp. Jeżeli więc w niniejszej sprawie doszło do zaistnienia przesłanek do odrzucenia złożonej oferty, Zamawiający ma obowiązek to uczynić.'

Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach nienależycie wykonał umowę zawartą z Gminą Dłutów, której przedmiotem było zamówienie publiczne, które doprowadziło do powstania odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi oraz, że Wykonawca ten nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej do realizacji zamówienia.

Pomimo powyższego, Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2022 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą okazała się ta złożona przez P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach. Odwołujący w dniu 8 sierpnia 2022 r. złożył do Zamawiającego wniosek o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z przyczyn opisanych wyżej. W odpowiedzi na taki stan rzeczy Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2022 r. doręczył Odwołującemu brakujące dokumenty, o których mowa była w piśmie z dnia 28 lipca 2022 r. tj. korespondencję związaną z wszczętym postępowaniem wyjaśniającym co do złożonej przez P .P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach oferty.

Stosownie do przesłanych dokumentów, Zamawiający wezwał P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach m.in. do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp. Pan D.K., w odpowiedzi na wezwanie, ponownie złożył żądane oświadczenie, w tym oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, jednakże nie w formie elektronicznej w rozumieniu ustawy pzp, tj. bez zaopatrzenia go w stosowny podpis.

Ponadto, Pan D. K., w części pierwszej złożonego oświadczenia, w jego punkcie 1, przekreślił fragment zdania „art. 108 ust. 1 ”, co oznacza, że oświadczył, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy pzp.

Pomimo wyżej wskazanych uchybień, Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się niżej wymienionych nieprawidłowości:

1. Złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp w innej formie niż elektroniczna.

Zgodnie z treścią art. 63 ust. 2 ustawy pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. W ocenie Odwołującego uznać należy, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne oferta, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, powinny być złożone w jednej z trzech dopuszczalnych równorzędnych postaci: formie elektronicznej, postaci elektronicznej z podpisem zaufanym lub postaci elektronicznej z podpisem osobistym. Podpis zaufany został zdefiniowany w art. 3 pkt 14a u.i.d.p. jako podpis elektroniczny, którego autentyczność i integralność są zapewniane przy użyciu pieczęci elektronicznej ministra właściwego do spraw informatyzacji, zawierający: dane identyfikujące osobę, ustalone na podstawie środka identyfikacji elektronicznej wydanego w systemie, o którym mowa w art. 20aa pkt 1 u.i.d.p., obejmujące: imię (imiona), nazwisko, numer PESEL, identyfikator środka identyfikacji elektronicznej, przy użyciu którego został złożony, czas jego złożenia. Jednakże, co wynika z dokumentów tworzących akta postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca P.P.H.U. K. D. K., złożył oświadczenie w zwykłej formie pisemnej, bez zachowania zasad określonych w SWZ i ustawie pzp. Powyższe więc powoduje, że Zamawiający winien traktować przedstawione oświadczenie jako niezłożone w przepisanej formie. Taki stan rzeczy z kolei powinien spowodować konsekwencje dla przedmiotowego wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania, a jego oferta winna ulec odrzuceniu.

2. Złożenie w dniu 1 sierpnia 2022 r. uzupełnienia oświadczenia dotyczącego podstaw wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z którego wynika, że przedmiotowy wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący zauważył, że Pan D. K.j, w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp złożył oświadczenie, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1

ustawy pzp. Jak podkreśla się w doktrynie, wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu jest jedną z podstawowych instytucji ustawy służących eliminacji takich wykonawców, którzy nie spełniają ustawowo określonych warunków dotyczących cech podmiotowych, tj. związanych z właściwością samego wykonawcy. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że w stosunku do wykonawcy zachodzi jedna z okoliczności wymienionych w art. 108 lub 109 ustawy pzp i wskazanych przez zamawiającego jako mających zastosowanie w postępowaniu ma obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że katalog przesłanek wykluczenia zawarty w art. 108 i 109 ustawy pzp jest zamknięty i przez czynność zamawiającego (np. umieszczenie postanowienia w specyfikacji warunków zamówienia) nie można go poszerzyć. Przesłanki wykluczenia można podzielić ze względu na kryterium obowiązku ich zastosowania. W art. 108 ustawy pzp zostały zebrane przesłanki obligatoryjne do zastosowania, a więc niezależne od decyzji zamawiającego, zaś w art. 109 ustawy pzp przesłanki fakultatywne, które zamawiający może zastosować, ale nie ma takiego obowiązku. W przypadku podjęcia decyzji o zastosowaniu jednej lub kilku przesłanek fakultatywnych niezbędne jest zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, że zamawiający będzie stosował. Jeżeli więc sam wykonawca oświadczył, że podlega wykluczeniu, Zamawiający powinien w sposób adekwatny zareagować i podjąć czynności przewidziane w ustawie. W niniejszej sprawie tak się nie stało i oferta wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, została uznana najkorzystniejszą w toku czynności badania ofert — zdaniem Odwołującego niezasadnie.

3. Podstawy do wykluczenia wykonawcy P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Jak wskazuje się w doktrynie oraz w orzecznictwie, zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności za nienależyte wykonywanie zobowiązań umownych wynikającymi z Kodeksu cywilnego dłużnik odpowiedzialny jest za naprawienie szkody, którą wyrządził niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Świadczenie odszkodowawcze ma charakter zastępczy lub uzupełniający względem świadczenia głównego. Ustawodawca

uznał, że wystąpienie odszkodowania w wyniku realizacji umowy stanowi o nierzetelności wykonawcy. Nie jest przy tym istotne, jaką formę odszkodowanie przybrało — czy było to świadczenie w naturze czy pieniądzu, czy stosowano zasady ogólne dotyczące naprawienia szkody, czy też doszło do naliczenia kar umownych. Inaczej niż w poprzednio obowiązującej ustawie (art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy pzp z 2004 r.) odszkodowanie nie musi być „zasądzone”, co oznacza, że również odszkodowanie wypłacone bez sporu może stanowić podstawę do wykluczenia. Mając więc na uwadze powyższe, należy w ocenie Odwołującego stwierdzić, że P.P.H.U. K. winien podlegać wykluczeniu z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, które swoje źródło ma w umowie zawartej z Gminą Dłutów, której przedmiotem było wykonanie zamówienia publicznego. Z informacji pozyskanych przez T. P. wynika, że Pan K. potwierdził fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego, co spowodowało zawarcie ugody pomiędzy nim a zamawiającym. W ugodzie tej Pan K. najprawdopodobniej zobowiązał się do naprawienia powstałej szkody lub też do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Jednakże, pomimo informacji przekazanej przez Odwołującego Zamawiającemu, Gmina Zelów nie wyjaśniła tej kwestii i nie wezwała P.P.H.U. D. K. do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie oraz nie skierowała wniosku do Gminy Dłutów o nadesłanie informacji to potwierdzających. Powyższe więc winno stanowić podstawę do wykluczenia przedmiotowego wykonawcy i finalnie do odrzucenia złożonej przez niego oferty.

4. Brak posiadania przez P.P.H.U. K. D. K. z siedzibą w Drużbicach zdolności technicznych lub zawodowych do realizacji zamówienia

Jak stanowi art. 16 pkt 1 ustawy pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 i 2 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za

dostarczane towary lub wykonane usługi. Nadto, zgodnie z treścią art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Jak podkreśla się w doktrynie oraz w orzecznictwie, aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: po pierwsze — działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą, po drugie — czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie — działanie to musi zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta lub naruszać go. W celu przyjęcia, iż ma miejsce delikt konkurencji, wystarczy ustalić bezprawność działania (por. wyrok SA w Poznaniu z 24.06.1992 r., I ACr 204/92 „Wokanda” 1993/2, s. 30). Nie jest konieczne wykazanie zamiaru wprowadzania w błąd lub wdarcia się w cudzą klientelę (tak SN w wyroku z 1.12.2004 r., III CK 1 5/04, M. Praw. 2005/1, s. 10). Do kwalifikacji czynu nieuczciwej konkurencji nie jest także konieczne istnienie winy w sensie umyślnego działania czy niedbalstwa sprawcy, choć oczywiście ma znaczenie w przypadku roszczenia odszkodowawczego. Skutkiem czynu nieuczciwej konkurencji musi być naruszenie lub zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, i to interesu o charakterze gospodarczym (co do terminu „interes” zob. uwagi do art. 1). W wyroku z 4 listopada 2011 r., I CSK 796/10, Sąd Najwyższy podkreślił, że ustawa nie definiuje ani pojęcia interesu, ani pojęcia zagrożenia. W związku z tym Sąd przyjął, że jest to określony stan korzystnie już ukształtowany albo taki, który w przyszłości może dla przedsiębiorcy stanowić źródło korzyści rzeczywistych albo tylko oczekiwanych. Istnienie takiego interesu należy wykazać. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 21.05.2013 r., VI ACa 1452/12, LEX nr 1400499, interes gospodarczy w znaczeniu nadanym art. 3 ust. 1 u.z.n.k. należy rozumieć szeroko. Jest określonym stanem — korzystnie już ukształtowanym dla przedsiębiorcy, albo takim, który dopiero w przyszłości może dla niego stanowić źródło korzyści rzeczywistych lub tylko oczekiwanych (por. także uchwała SN z 23.02.1995 r., 111 CZP 12/95, OSNC 1995/5, poz. 80).

Przenosząc więc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy, Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca, który składa oświadczenie w rozumieniu art. 125 ust. 1 ustawy pzp, winien złożyć je zgodnie z istniejącymi w sprawie okolicznościami faktycznymi. Jeżeli występują jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, Zamawiający posiada narzędzia prawne, umożliwiające mu zweryfikowanie treści złożonego oświadczenia, czego nie uczynił w odniesieniu do P.P.H.U. K. D. K. Z informacji, którymi dysponuje Odwołujący, P.P.H.U. K.

D. K. nie spełnia warunku zdolności technicznej lub zawodowej odnośnie realizacji co najmniej dwóch robót polegających na wykonaniu nowej nawierzchni emulsyjno- grysowej, na podbudowie tłuczniowej, o wartości nie mniejszej niż 300 000 brutto każda z robót, ponieważ z informacji posiadanych przez Pana T. P., P.P.H.U. K. nie wykonał nigdy samodzielnie robót budowlanych o wartości wymaganej przez Zamawiającego. Co prawda powyższe nie wyklucza faktu, że rzeczony wykonawca mógł posługiwać się przy wykonywaniu robót budowlanych podwykonawcami, jednakże w takim przypadku, jest zobowiązany w oświadczeniu załączonym do oferty do wskazania informacji dotyczącej spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów. Jak jednak wynika z treści złożonego oświadczenia (które nie zostało złożone w przepisanej prawem formie), P.P.H.U. K. nie polega na zasobach innych podmiotów, co powoduje, że nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy i odrzuceniem złożonej oferty. P.P.H.U. K. D. K., składając oświadczenie o spełnieniu warunków w postępowaniu (którego de facto nie potwierdzają istniejące w sprawie okoliczności faktyczne), utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku, bowiem Odwołujący, może zostać realnie pozbawiony możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w niniejszej sprawie posiada stosowną wiedzę w przedmiocie niesamodzielnosci P.P.H.U. K. w wykonywaniu przez niego robót budowlanych. Jak wynika bowiem z archiwalnych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Gmina Żelów zawarła z P.P.H.U. K. umowę na wykonanie robót budowlanych, której przedmiotem był remont drogi gminnej Kolonia Łobudzice, (znak sprawy ZPI.271.12.2019, data przetargu: 31.05.2019 r.). Te zamówienie publiczne wykonawca wykonał z wykorzystaniem podwykonawców tj. niesamodzielnie. Taki stan rzeczy z kolei oznacza, że wykonawca nie posiada odpowiedniego doświadczenia jak i potencjału kadrowego do rzetelnego wykonania niniejszego zamówienia.

Powyższe więc powoduje, wobec treści złożonego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, że P.P.H.U. K. D. K. utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku, bowiem uniemożliwia Odwołującemu skuteczne zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający natomiast, mając informacje w tym przedmiocie, nie dokonał weryfikacji złożonego oświadczenia, co zdaniem Odwołującego zostało dokonane wbrew ustawie pzp.

W dniu 22 sierpnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony (nie mający interesu prawnego w jego uwzględnieniu), względnie oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy pzp. Zamawiający podnosił, że Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, bowiem niezależnie od hipotetycznego rozstrzygnięcia w sprawie, zamówienie nie zostanie mu udzielone, gdyż jego oferta przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (720 tys. zł. brutto) i Zamawiający nie zamierza jej zwiększać. Na potwierdzenie Zamawiający przedstawił informację, że na dzień 22 sierpnia 2022 r. Zamawiający nie zamierza zwiększać ww. kwoty.

Odnosząc się do powyższego wskazania wymaga, że zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy pzp: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.”* Natomiast w myśl art. 505 środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego była niezasadna. Decyzja o zwiększeniu bądź nie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, którą Zamawiający podejmowałby w konkretnych okolicznościach. Zamawiający oświadczył jedynie, że na dzień rozpoznania przedmiotowej sprawy ocenia, iż ww. kwota nie zostanie zwiększona, co nie oznacza, że w przypadku uwzględnienia odwołania decyzja Zamawiającego nie uległaby zmianie. Okoliczność ta nie wpływa na interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, który zdaniem Izby Odwołujący posiada. Dlatego też, Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl pkt V SWZ: „**PODWYKONAWSTWO**”: *„Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.”*

Zgodnie z pkt VII SWZ: „**WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU**”: *„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale VIII SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. 2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 4. Zdolność techniczna lub zawodowa 1) Wymagane jest wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na – wykonaniu nowej nawierzchni emulsyjno – grysowej, na podbudowie tłuczniowej, o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto każda z robót. Ocena spełniania tego warunku zostanie dokonana na podstawie złożonego oświadczenia o spełnieniu warunków w postępowaniu według załącznika do SWZ.”*

W myśl pkt VIII SWZ: „**PODSTAWY WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA**”: *„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych: 1) w art. 108 ust. 1 p.z.p.; 2) w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7 p.z.p., tj.: 4) w stosunku, do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami,*

którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury; 5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów; 7) który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady; 3) w art.7 ust. 1,2,3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. (Dz.U. 2022 poz.835) o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. (...)”

Zgodnie z pkt IX SWZ: „OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE)”: „1. Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ; 2. Informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 1 stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.”

W myśl pkt XI SWZ: POLEGANIE NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW: „7. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w Rozdziale X ust. 1 SWZ, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby, zgodnie z katalogiem dokumentów określonych w Rozdziale X SWZ.”

Zgodnie z pkt XII SWZ: „INFORMACJA O ŚRODKACH KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ, PRZY UŻYCIU KTÓRYCH ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE KOMUNIKOWAŁ SIĘ Z WYKONAWCAMI, ORAZ INFORMACJE O WYMAGANIACH TECHNICZNYCH I ORGANIZACYJNYCH SPORZĄDZANIA, WYSYŁANIA I ODBIERANIA

KORESPONDENCJI ELEKTRONICZNEJ ORAZ WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ”: „(...) 9. Ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. (...) Sposób i forma złożenia oferty: (...) 5. Do oferty należy dołączyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, a następnie zaszyfrować wraz z plikami stanowiącymi ofertę (...) 10. Wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany jest złożyć: - oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z załącznikiem do SWZ.”

Izba ustaliła ponadto, że wykonawca P.P.H.U. K. D. K. złożył wraz z ofertą załącznik nr 2 do SWZ: Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w formie elektronicznej podpisany podpisem zaufanym. W oświadczeniu: „OŚWIADCZENIA DOTYCZĄCE PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA WYKONAWCY:” nie przekreślono pkt 1 i 3 o brzmieniu: „1. Nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7 ustawy Pzp* (...) 3. Oświadczam, że nie zachodzą w stosunku do mnie przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. art. 7 poz. 835).”, a przekreślono pkt 2: „2. Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art.* ustawy Pzp (*podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7 ustawy Pzp). Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp zostały podjęte następujące środki naprawcze*:”

Ponadto, w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu w rubryce: „OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE PODMIOTU, NA KTÓREGO ZASOBY POWOŁUJE SIĘ WYKONAWCA DOTYCZĄCE PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA:” nie wpisano nic. W rubryce: „INFORMACJA DOTYCZĄCA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ WYKONAWCĘ:” oświadczone: „1. Spełniam warunki udziału w postępowaniu określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ).” W rubryce: „INFORMACJA DOTYCZĄCA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW” przekreślono oświadczenie: „1. Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w

postępowaniu, określonych przez zamawiającego w SWZ, polegam na zasobach następującego/cych podmiotu/ów*:

.....
.....w następującym zakresie:
.....

wskazać podmiot i określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu – jeżeli dotyczy).”

W oświadczeniu znajdowała się adnotacja: „*jeżeli nie dotyczy pole należy wykreślić/przekreślić/lub wpisać nie dotyczy.”

Wykonawca P.P.H.U. K. D. K.j nie złożył załącznika nr 2a do SWZ – „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia podmiotu, na którego zasoby powołuje się Wykonawca.” Ponadto, Izba ustaliła, że w złożonej ofercie (załącznik nr 1 do SWZ – formularz ofertowy) nie wskazał podwykonawców.

Izba ustaliła również, że w pkt 12 formularza ofertowego Zamawiający wymagał wskazania: „12. Składam(y) niniejszą ofertę [we własnym imieniu] / [jako Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia] * (...) *niepotrzebne skreślić”. Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. nie dokonał skreślenia.

W dniu 27 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę P.P.H.U. K. D. K. m.in. do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp co do pkt 12 formularza ofertowego: czy wykonawca składa ofertę we własnym imieniu czy jako Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Ponadto wezwał, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu wg załącznika nr 2 do SWZ, ponieważ Wykonawca nie dokonał wykreśleń w pozycji: „**OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE PODMIOTU, NA KTÓREGO ZASOBY POWOŁUJE SIĘ WYKONAWCA DOTYCZĄCE PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA:**”

W dniu 1 sierpnia 2022 r. Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. złożył wyjaśnienia, w tym wskazał, że składa ofertę we własnym imieniu oraz załączył skan oświadczenia – załącznika nr 2 do SWZ, w którym przekreślił rubrykę: „**OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE PODMIOTU, NA KTÓREGO ZASOBY POWOŁUJE SIĘ WYKONAWCA DOTYCZĄCE PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA:**” Natomiast w pozycji: „**OŚWIADCZENIA DOTYCZĄCE PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA WYKONAWCY:**” w pkt 1 art. 108 ust. 1 – rozmazany tekst z kreską i skreślono pkt 2.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy pzp: „2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.”

W myśl art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.”

Artykuł 125 ust. 1 i 3 stanowi: „1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. (...) 3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), c) oraz pkt 7 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania. (...) c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. (...) 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu 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.”, natomiast w myśl art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.”

Przedmiot sporu w zakresie pierwszego zarzutu odwołania sprowadzał się do ustalenia czy oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 zostało prawidłowo złożone przez Wykonawcę P.P.H.U. K. D. K. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że złożone wraz z ofertą przez ww. Wykonawcę oświadczenie spełniało wymogi ustawowe, w konsekwencji czego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty. Zarzut nie zasługiwał więc na uwzględnienie.

W ramach postawionego zarzutu Odwołujący wywodził, że pierwotnie złożone oświadczenie Wykonawcy P.P.H.U. K. D. K.j wraz z ofertą było wadliwe, gdyż Wykonawca przekreślił zarówno pkt 1 jak i 2 rubryki pierwszej oświadczenia: „OŚWIADCZENIA DOTYCZĄCE PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA WYKONAWCY”, i w konsekwencji uznać należało, że nie złożył oświadczenia czy podlega wykluczeniu. Ponadto, Odwołujący argumentował, że oświadczenie złożone na wezwanie Zamawiającego było niezgodne z wymaganą ustawą pzp formą elektroniczną, o której mowa w art. 63 ust. 2, co powodowało nieważność oświadczenia i powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy P.P.H.U. K. D. K. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp.

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności Izba zauważa, że oświadczenie złożone przez Wykonawcę P.P.H.U. K. D. K. wraz z ofertą było prawidłowe. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, iż oświadczenie co do podlegania wykluczeniu wykonawcy nie zostało złożone. Nie jest tak, jak wywodził Odwołujący na rozprawie, że przekreślenie pkt 2 oświadczenia zachodzi na pkt 1 stanowiący, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. W ocenie Izby, analiza tego dokumentu nie pozwala na wyciągnięcie powyższych wniosków i nie ulega wątpliwości, że Wykonawca przekreślił wyłącznie pkt 2 oświadczenia, oświadczając tym samym, że nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek przewidzianych treścią SWZ.

Izba zwraca uwagę dalej, że Zamawiający wezwał Wykonawcę P.P.H.U. K. D. K. w dniu 27 lipca 2022 r. w konkretnym zakresie, a mianowicie do złożenia, poprawienia bądź uzupełnienia oświadczenia co do niepodlegania wykluczeniu przez podwykonawców i podmioty trzecie. Powodem wezwania był brak przekreślenia tej rubryki. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że uzupełnione oświadczenie, jako przesłane w formie skanu zostało złożone w nieprawidłowej formie, niemniej jednak okoliczność ta nie mogła skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy P.P.H.U. K. D. K., gdyż pierwotnie złożone oświadczenie było prawidłowe. Zauważyć należy, że Zamawiający wymagał, zgodnie z pkt V SWZ, aby *„Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.”* Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. nie wskazał w ofercie podwykonawców. Ponadto, jak wynika ze złożonego wraz z ofertą oświadczenia, Wykonawca P.P.H.U. K.D. K. przekreślił rubrykę: *„INFORMACJA DOTYCZĄCA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW”*, co zgodnie z SWZ oznaczało „nie dotyczy”. Wykonawca nie złożył również załącznika nr 2a dotyczącego podmiotów trzecich, a więc oczywistym było, że Wykonawca nie polega na zasobach podmiotów trzecich celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem brak w ofercie podwykonawców oraz polegania za zasobach podmiotów trzecich, to Wykonawca nie był zobowiązany wypełniać rubryki: *„OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE PODMIOTU, NA KTÓREGO ZASOBY POWOŁUJE SIĘ WYKONAWCA DOTYCZĄCE PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA”*. Należało więc uznać, że oświadczenie złożone wraz z ofertą jest prawidłowe. Brak uzupełnienia oświadczenia w prawidłowej formie z przekreśleniem rubryki o niepodleganiu wykluczeniu przez ww. podmioty, nie mógł skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy P.P.H.U. K. D. K.

Zaznaczenia wymaga, że Zamawiający zasadnie uznał, że pierwotnie złożone oświadczenie jest prawidłowe, niemniej jednak Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego uzasadniającej tą ocenę. Zamawiający wskazywał bowiem, że Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. nie podał w ofercie informacji czy składa ofertę w imieniu własnym czy wspólnie z innymi wykonawcami i kwestia ta została wyjaśniona przez Wykonawcę w dniu 1 sierpnia 2022 r. Powyższe pozwoliło Zamawiającemu na uznanie, że Wykonawca nie polega na zasobach podmiotów trzecich oraz nie będzie korzystał z podwykonawców i tym samym żądanie złożenia oświadczenia w zakresie: *„OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE PODMIOTU, NA KTÓREGO ZASOBY POWOŁUJE SIĘ WYKONAWCA DOTYCZĄCE PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA”* było bezzasadne. Jak już zostało przywołane,

Zamawiający mógł informację o podwykonawcach i podmiotach trzecich wywieść z treści oferty i złożonego pierwotnie oświadczenia. Podkreślić należy, że są to odmienne informacje od złożenia oferty w imieniu własnym bądź wspólnie z innymi wykonawcami, czyli przykładowo w ramach konsorcjum (art. 58 ust. 1 ustawy pzp). Podwykonawcy oraz podmioty, na którego zasoby powołuje się wykonawca biorą udział w realizacji zamówienia, ale nie składają oferty.

Abstrahując od powyższego stwierdzić należało, że oświadczenie złożone przez Wykonawcę P.P.H.U. K. D. K.j wraz z ofertą było prawidłowe, a nieuzupełnienie oświadczenia w wymaganej formie i w zakresie żądanym przez Zamawiającego, jako kwestia wynikająca ze złożonej oferty, nie mogło skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy P.P.H.U. K. D. K. Zarzuty odwołania w tym zakresie nie potwierdziły się.

W ramach drugiego zarzutu odwołania Odwołujący podnosił, że z oświadczenia uzupełnionego przez Wykonawcę P.P.H.U. K. D. K. wynika, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut nie potwierdził się.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba przywołuje wcześniejszą argumentację, iż pierwotnie złożone oświadczenie jest prawidłowe. Dodać wyłącznie należy, jak Odwołujący sam podnosił, że oświadczenie uzupełnione w dniu 1 sierpnia 2022 r. zostało złożone w formie skanu, co skutkuje zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy pzp nieważnością oświadczenia, a więc nie może ono wywołać skutków prawnych, w tym w zakresie wykluczenia na jego podstawie Wykonawcy. Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego co do przekreślenia art. 108 ust. 1 ustawy pzp w uzupełnionym oświadczeniu. Niewątpliwie, analiza tego dokumentu prowadzi do oczywistych wniosków, że rozmazanie tekstu w tym miejscu najprawdopodobniej powstało w trakcie skanowania, a nie było intencją i wolą Wykonawcy.

Osią sporu co do zarzutu trzeciego odwołania było ustalenie czy Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Odwołujący podnosił, że posiada wiedzę, że Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. potwierdził fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego, co spowodowało zawarcie ugody pomiędzy nim a zamawiającym. Odwołujący podnosił, że w ugodzie tej Pan K. najprawdopodobniej zobowiązał się do naprawienia powstałej szkody lub też do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Odwołujący nie wskazał konkretnych okoliczności

faktycznych uzasadniających zarzut, jak również nie przedstawił dowodów, dlatego też Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie wskazania wymaga, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp stanowi jedną z fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, w przypadku niewykonania lub nie należytego wykonania w znacznym stopniu lub zakresie lub długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Wykluczenie może nastąpić w sytuacji, gdy ziszczą się łącznie następujące przesłanki:

- 1) wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,
- 2) okoliczności powyższe nastąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- 3) okoliczności te doprowadziły do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zaznaczyć należy, że Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Tym samym, dla skutecznego podważenia złożonego oświadczenia Odwołujący, na którą ciążył obowiązek dowodzenia, powinien wskazać okoliczności faktyczne poparte dowodami, wyczerpujące wszystkie przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Odwołujący temu ciężarowi nie podołał. Odwołujący nie tylko nie przedstawił dowodów, ale nie wskazał ani w odwołaniu, ani na rozprawie konkretnych okoliczności faktycznych uzasadniających podniesiony zarzut. Odwołujący nie podał szczegółów umowy, której dotyczy niewykonanie czy też nienależyte wykonanie. Nie wykazał na czym polegały uchybienia Wykonawcy P.P.H.U. K. D. K. w wykonaniu umowy, czy były to istotne zobowiązania, czy uchybienia nastąpiły z winy Wykonawcy i jakie konkretnie były skutki uchybień. Nie można uznać za wykazanie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp lakonicznego wskazania, że uchybienia dotyczyły Gminy Dłutów oraz że doprowadziły być może, czego Odwołujący nie jest pewny, do naprawienia szkody czy też realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Jednocześnie Odwołujący podnosił, że została zawarta ugoda pomiędzy Gminą Dłutów a Wykonawcą P.P.H.U. K. D. K. Nie jest zatem wiadome, czy uchybienia (jeśli wystąpiły) były skutkiem zawinionego działania Wykonawcy. Podstaw do badania tej przesłanki względem Wykonawcy P.P.H.U. K. D. K. nie dał również Odwołujący Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawiając tożsamą argumentację w piśmie z dnia 5 sierpnia 2022 r. jak w odwołaniu.

Izba uznała także za niezasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy P.P.H.U. K. D. K., jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący upatrywał utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w złożeniu przez ww. Wykonawcę oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. takiego doświadczenia nie posiada. Odwołujący bazuje w tym zakresie na posiadanych informacjach, że ww. Wykonawca nie wykonał nigdy samodzielnie robót budowlanych o wartości wymaganej przez Zamawiającego. Odwołujący przywołał również umowę pomiędzy Gminą Żelów a P.P.H.U. K. na wykonanie robót budowlanych, której przedmiotem był remont drogi gminnej Kolonia Łobudzice, (znak sprawy ZPI.271.12.2019, data przetargu: 31.05.2019 r.), którą Wykonawca wykonał z wykorzystaniem podwykonawców tj. niesamodzielnie, co oznacza, że nie posiada odpowiedniego doświadczenia jak i potencjału kadrowego do rzetelnego wykonania niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do powyższego wskazania wymaga, że zarzut nie został uzasadniony konkretnymi okolicznościami faktycznymi oraz dowodami, dlatego też nie zasługiwał na uwzględnienie. Podobnie jak względem zarzutu trzeciego, Odwołujący nie podolał ciężarowi dowodu.

Zauważyć należy, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał wyłącznie oświadczenia, które jak wskazano wcześniej, zostało prawidłowo złożone przez Wykonawcę P.P.H.U. K. D. K. Brak było zatem podstaw do uznania, że oświadczenie to jest nieprawdziwe i ma na celu wyłącznie utrudnienie Odwołującemu uzyskania zamówienia. Nie zmienia tej oceny, przywołana przez Odwołującego umowa z Zamawiającym. Izba zwraca uwagę, że po pierwsze jest to umowa z 2019 r. a więc do terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. mógł zrealizować szereg zamówień spełniających warunek, zarówno na rzecz podmiotów publicznych jak i prywatnych. Po drugie, nie jest wiadome w jakim zakresie ww. Wykonawca korzystał przy przywołanej realizacji z pomocy podwykonawców. Po trzecie, realizacja zamówienia z udziałem podwykonawców, jako decyzja biznesowa Wykonawcy, nie musiała oznaczać, że Wykonawca P.P.H.U. K. D. K. nie posiadał samodzielnie odpowiedniego doświadczenia.

Zamawiający żądał wyłącznie oświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które ww. Wykonawca złożył. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut czynu nieuczciwej konkurencji nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie złożonej przez Zamawiającego faktury.

Przewodniczący: