

WYROK

z dnia 23 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SANTEX K. C.”, ul. Wspólna 13B; 39-120, Sędziszów Małopolski** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Celestynów, ul. Regucka 3, 05-430 Celestynów,**

orzeka:

- 1A. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU HYDROMIX S.P. oraz B. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BKW B. T., z siedzibą w Stara Huta 45, 08-410 Garwolin.**
- 1B. W pozostały zakres zarzuty odwołania oddala.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Celestynów, ul. Regucka 3, 05-430 Celestynów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SANTEX K. C.”, ul. Wspólna 13B; 39-120, Sędziszów Małopolski**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Celestynów, ul. Regucka 3, 05-430 Celestynów** na rzecz **K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą**

„SANTEX K. C.”, ul. Wspólna 13B; 39-120, Sędziszów Małopolski kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Celestynów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-ciśnieniowej, w miejscowości Dąbrówka i Stara Wieś”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 26 lipca 2019 pod nr 2019/S 143-350937.

Dnia 27 listopada 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 9 grudnia 2019 roku wykonawca K. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SANTEX K. C.” (dalej „Odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - PHU HYDROMIX S. P. (dalej jako „HYDROMIX”) i BKW B. T. (dalej jako „BKW”, zaś HYDROMIX i BKW dalej łącznie jako „Konsorcjum”) jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że Konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta powinna zostać odrzucona,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy,
- 3) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, podczas gdy konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych,
- 4) zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu.

Jedynie z ostrożności, odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, że oferta Konsorcjum na obecnym etapie nie podlegała odrzuceniu i zawiera jedynie nieprawidłowości mogące stanowić przedmiot dalszych wyjaśnień, to jako niezgodne z przepisami PZP wskazał ponadto:

- 5) zaniechanie wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień odnośnie rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez podmiot trzeci, tj. WOD-KAN S. B. (dalej jako „WOD-KAN”), przy realizacji zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej w ramach zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Łuków”. W szczególności zaniechano wyjaśnienia udziału prac dotyczących wyłącznie sieci sanitarnej (i tym samym niezwiązanych z projektowaniem przyłączy) w przedmiocie zamówienia, długości wykonanej sieci oraz wykonania zamówienia w

terminie. W konsekwencji zamawiający nie ustalił, czy zakres tych prac potwierdza spełnienie przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych, tj. doświadczenia w realizacji co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej o długości minimum 7 km o wartości minimum 150 000,00 PLN, zgodnie z pkt III.1.3 lit. b) Ogłoszenia o zamówieniu (dalej jako „Ogłoszenie”),

- 6) zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego do Gminy Łuków o dodatkowe informacje odnośnie rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez WOD-KAN objętego zamówieniem na opracowanie dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej w ramach zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Łuków” - w celu ustalenia okoliczności jak w pkt 5) powyżej.

Wobec powyższego odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezzasadny wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, podczas gdy Konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania, a jego ofertę należało uznać za podlegającą odrzuceniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i bezzasadne uznanie przez zamawiającego, że wadium wniesione przez Konsorcjum w formie gwarancji ubezpieczeniowej spełnia wymagania wynikające z s.i.w.z. oraz przepisów ustawy Pzp, podczas gdy gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Konsorcjum wraz z ofertą jest wadliwa, gdyż została wystawiona na rzecz jednego z konsorcjantów - PHU HYDROMIX S. P. i z jej treści nie wynika, aby wystawca gwarancji był zobowiązany do zapłaty na rzecz zamawiającego sumy odpowiadającej kwocie wadium w przypadku zaistnienia przesłanek jego zatrzymania, za których wystąpienie odpowiadałby członek konsorcjum, tj. BKW,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zgodnie z pkt III.1.3 lit. b) Ogłoszenia w sytuacji, gdy z przedstawionego przez Konsorcjum „Protokołu odbioru końcowego” z 14 grudnia 2017 r. nie wynika, czy wartościowy udział prac związanych z zaprojektowaniem sieci przypadający na całość prac podlegających wykonaniu w ramach tego zamówienia (obejmujących również zaprojektowanie przyłączy) odpowiadał wymaganej przez zamawiającego kwocie co najmniej 150 000 zł,
4. art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w zakresie rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez WOD-KAN na rzecz Gminy Łuków w celu ustalenia, czy wskazane w ofercie Konsorcjum doświadczenie podmiotu trzeciego potwierdza spełnienie warunku udziału

w postępowaniu w zakresie doświadczenia w realizacji projektu sieci zgodnie z pkt III.1.3 lit. b) Ogłoszenia,

5. § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako „Rozporządzenie”) poprzez zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego do Gminy Łuków o dodatkowe informacje odnośnie zakresu prac wykonanych przez WOD-KAN w celu ustalenia, czy wskazane w ofercie Konsorcjum doświadczenie podmiotu trzeciego potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu projektu sieci zgodnie z pkt III.1.3 lit. b) Ogłoszenia,
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie rzetelnej weryfikacji doświadczenia Konsorcjum oraz podmiotów, na zasobach których Konsorcjum polega, a w wyniku czego postępowanie zostało przeprowadzone w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia Konsorcjum z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum,
- 3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert z pominięciem oferty złożonej przez Konsorcjum.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, bowiem skutek dokonania przez zamawiającego wymienionych wyżej czynności i dopuszczenia się wskazanych zaniechań, skutkujących naruszeniem przepisów ustawy Pzp oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym może on ponieść szkodę polegającą na niezyskaniu zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż skutek wskazanych wyżej naruszeń przepisów ustawy Pzp zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum, którego członkowie podlegają wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś sama oferta podlega odrzuceniu z uwagi na wniesienie wadium

w nieprawidłowy sposób, podczas gdy za najkorzystniejszą ofertę na tę część powinna być uznana oferta odwołującego - obecnie sklasyfikowana na drugim miejscu.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Wadium wniesione przez Konsorcjum w nieprawidłowy sposób.

Zdaniem odwołującego, z dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Konsorcjum (jak również z aneksu do tej gwarancji złożonego w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą) wynika, że gwarancja wadium została wystawiona wyłącznie na zlecenie wykonawcy PHU HYDROMIX S. P. (zdefiniowanego jako „Wykonawca”) i w dalszej części odwołuje się wyłącznie do działań lub zaniechań „Wykonawcy”, które mogą skutkować uprawnieniem zamawiającego do otrzymania sumy określonej w gwarancji. W treści gwarancji nie znajdują się jakiegokolwiek informacje mogące wskazywać na działanie wykonawcy PHU HYDROMIX S. P. w ramach konsorcjum, tudzież że kwota wadium zostanie wypłacona w przypadku działań lub zaniechań innych podmiotów niż PHU HYDROMIX S. P. . W szczególności w treści gwarancji brak jest jakiegokolwiek wzmianki o tym, że PHU HYDROMIX S. P. ubiega się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi podmiotami, czy też, że przez „Wykonawcę” należy rozumieć również inne podmioty niż jej zleceniodawca - PHU HYDROMIX S. P. . Taka treść gwarancji ubezpieczeniowej nie pozwala uznać, aby jej wystawca odpowiadał za działania lub zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w jej treści - ani poprzez wyraźne wskazanie na nazwy innych wykonawców (BKW), ani poprzez ogólne wskazanie członków konsorcjum, w skład którego wchodzi HYDROMIX. Przeciwnie, postanowienia gwarancji wadium wskazują wyraźnie, że HYDROMIX zamierzał samodzielnie złożyć ofertę w postępowaniu, a gwarant przyjął na siebie odpowiedzialność względem zamawiającego za zaniechania wyłącznie przez tego wykonawcę. Przyjęcie przez zamawiającego gwarancji wystawionej wyłącznie na rzecz jednego z konsorcjantów niewątpliwie wiąże się z ryzykiem odmowy wypłaty kwoty wadium przez gwaranta. Wynika to faktu, że gwarancja zabezpiecza w postępowaniu jedynie obowiązki konkretnego wykonawcy, a nie całego konsorcjum. Istotne jest również, że z treści gwarancji nie wynika, aby HYDROMIX miał złożyć ofertę w ramach konsorcjum, co tym bardziej potwierdza, że gwarant mógłby odmówić wypłaty środków z gwarancji dołączonej do oferty Konsorcjum w sytuacji wystąpienia jednej z okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zamawiający wówczas nie tylko narażony jest na ryzyko, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium będzie utrudnione, ale także, że realizacja tego roszczenia będzie całkowicie niemożliwa. Co więcej, treść dołączonej do oferty gwarancji wskazuje, że zabezpiecza ona ofertę HYDROMIX, który nie złożył oferty w postępowaniu, a zatem nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp. Taki status posiada jedynie Konsorcjum, którego oferta nie została zabezpieczona wadium. Gwarancja wadium zabezpieczająca ofertę Konsorcjum mogłaby być wystawiona na zlecenie HYDROMIX,

jednak z jej treści powinno wynikać, że obejmuje ona ofertę Konsorcjum i dotyczy zaniechać wszystkich jego członków, a nie jedynie ofertę HYDROMIX - wyraźnie zdefiniowanego w gwarancji jako „Wykonawca”. Niedopuszczalne jest zaś wywodzenie z treści gwarancji, iż zamiarem gwaranta było przyjęcie odpowiedzialności za działania innych członków konsorcjum, o których gwarant nie miał wiedzy i nie weryfikował ich wiarygodności.

Odwołujący podniósł, iż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała na obowiązek wskazania wszystkich członków konsorcjum w treści gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej wniesionej w charakterze wadium zarówno w orzeczeniach z lat ubiegłych, jak również niedawno wydanym wyroku z 22 listopada br. w sprawie KIO 2262/19 (dotychczas niepublikowany). Podobne stanowisko zajmują sądy powszechne rozstrzygające skargi na orzeczenia Izby . Przykładowo Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18 - na skutek ponownego rozpoznania sprawy przekazanej mu przez Sąd Najwyższy wyrokiem z 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17 - dokonał oceny wadium zgodnie z powyższymi wytycznymi Sądu Najwyższego i orzekł, że złożone wraz z ofertami konsorcjum gwarancje nie zabezpieczały wadium w prawidłowy sposób, bowiem nie wskazywały, kto wchodzi w skład konsorcjum, czy chociażby, że wykonawca wymieniony w gwarancji zamierza złożyć ofertę wspólnie z innymi podmiotami. W konsekwencji Sąd Okręgowy w Gdańsku uznał oceniane gwarancje (obarczone takimi samymi brakami jak gwarancja wystawiona na zlecenie HYDROMIX) za nieprawidłowe, zaś oferty, których wadium gwarancje te zabezpieczały - za podlegające odrzuceniu. Podobną ocenę prawną przyjęła Izba w wyroku z 22 listopada br., KIO 2262/19, nakazując odrzucenie oferty konsorcjum z tej przyczyny, że treść gwarancji bankowej nie identyfikowała wszystkich członków konsorcjum ani nie wskazywała, że wykonawca w niej wskazany zamierza złożyć ofertę wspólnie z innymi podmiotami. Powyższe argumenty jednoznacznie przemawiają za koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt. III.1.3 lit. b) Ogłoszenia oraz Rozdziałem V pkt 1 ppkt 2 lit. b) s.i.w.z., o udzielenie zamówienia w postępowaniu mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej o długości minimum 7 km o wartości minimum 150 000,00 PLN. Tak sformułowany warunek oznaczał, zdaniem odwołującego, że wykonawca powinien potwierdzić zrealizowanie zamówienia o następujących cechach:

- 1) sporządzenie dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej,

- 2) zaprojektowana sieć miała długość co najmniej 7 km,
- 3) wartość wykonanych prac obejmujących sporządzenie ww. dokumentacji wyniosła co najmniej 150 000 zł.

Jednocześnie treść warunku nie precyzowała, jak należy oceniać zamówienia, które swoim zakresem obejmowały nie tylko sporządzenie dokumentacji dotyczącej budowy sieci sanitarnej, ale również przyłączy. Jeżeli zamierzenie inwestycyjne zamawiającego obejmuje nie tylko wybudowanie samej sieci, ale również przyłączy, wówczas projekt powinien obejmować wszystkie te elementy. Jednakże przedmiot zamówienia udzielanego w postępowaniu obejmuje zaprojektowanie i wybudowanie jedynie sieci sanitarnej - bez przyłączy sieci do nieruchomości. Takie rozróżnienie ma oparcie zarówno w obowiązujących przepisach, jak i w odmiennościach związanych zaprojektowaniem sieci i zaprojektowaniem przyłączy. Zgodnie bowiem z art. 2 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (dalej jako „UZZW”), „użyte w ustawie określenia oznaczają:

- przyłączy kanalizacyjne - odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług z siecią kanalizacyjną, za pierwszą studzienką, licząc od strony budynku, a w przypadku jej braku do granicy nieruchomości gruntowej,
- przyłączy wodociągowe - odcinek przewodu łączącego sieć wodociągową z wewnętrzną instalacją wodociągową w nieruchomości odbiorcy usług wraz z zaworem za wodomierzem głównym,
- sieć - przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego (...)

Tym samym przepisy UZZW wyraźnie rozróżniają pojęcia przyłącza i sieci, przesądzając jednocześnie, że przyłączy nie jest elementem sieci wodociągowej. Rozróżnienie takie ma również znaczenie praktyczne, bowiem zakres prac dotyczących sporządzenia projektów sieci różni się od prac związanych z przygotowaniem projektów przyłączy. Z jednej strony, przygotowanie projektu przyłączy wiąże się z szeregiem dodatkowych zadań wynikających z konieczności indywidualnego podejścia do zaprojektowania każdego przyłącza, w tym z każdorazowymi uzgodnieniami z właścicielami nieruchomości oraz infrastruktury gazowej czy telekomunikacyjnej posadowionej w miejscu zaprojektowania przyłącza. Z drugiej strony, zaprojektowanie przyłączy nie obejmuje zadań związanych z zaprojektowaniem sieci sanitarnej, które wymaga m in. uwzględnienia warunków geologicznych. Podsumowując, zaprojektowanie sieci i zaprojektowanie przyłączy - nawet jeżeli są wykonywane przez projektanta posiadającego te same uprawnienia - to odrębne zadania, o odmiennym specyfice i odmiennym zakresie prac. Z tej przyczyny jeżeli zamówienie obejmuje zaprojektowanie lub

zaprojektowanie i budowę przyłączy, wówczas formułowany przez zamawiających warunek udziału w postępowaniu wskazuje również na doświadczenie w projektowaniu przyłączy. Jeżeli jednak warunek dotyczy wyłącznie zaprojektowania sieci o określonych parametrach (np. wartość prac projektowych - jak w niniejszym postępowaniu), a wykonawca powołuje się na realizację zamówienia obejmującego również projekt przyłączy - to obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie, jaki był wartościowy udział prac dotyczących wyłącznie zaprojektowania sieci. Zdaniem odwołującego, udzielane w ramach przedmiotowego postępowania zamówienie nie obejmuje wykonania przyłączy i wobec tego zamawiający zasadnie nie żądał wykazania się doświadczeniem w zakresie ich zaprojektowania. Konieczne natomiast było wykazanie, że wykonawca zrealizował dokumentację projektową dotyczącą sieci o wartości 150 000 zł. Powyższe oznacza, że wykonawca powołujący się na doświadczenie w pracach obejmujących łącznie zaprojektowanie samej sieci oraz przyłączy powinien wykazać, że wartość prac dotyczących samej sieci odpowiadała co najmniej kwocie określonej przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż na potwierdzenie spełnienia omawianego warunku Konsorcjum powołało się na doświadczenie podmiotu trzeciego, tj. WOD-KAN, który zrealizował na rzecz Gminy Łuków zamówienie na opracowanie dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej w ramach zadania Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Łuków. Zamawiającemu przedłożono następujące dokumenty potwierdzające należyte wykonanie ww. zamówienia:

- 1) Protokół odbioru końcowego z 14 grudnia 2017 r., zgodnie z którym wartość wykonanych „robót” wyniosła 153 750,00 zł, przy czym protokół w żaden sposób nie precyzuje, jaki był ich zakres;
- 2) Referencje z 25 czerwca 2019 r. potwierdzające, że WOD-KAN wykonał „projekt sieci kanalizacji sanitarnej z przyłączami w miejscowościach Wólka Świątkowa, Role, Krynka, Gołaszyn, Ławki, Gręzówka, Gręzówka Kolonia, Nowa Gręzówka”.

Zdaniem odwołującego, powyższe dokumenty powinny wzbudzić wątpliwość zamawiającego odnośnie wartości prac dotyczących samej sieci, skoro wartość wszystkich wykonanych prac (projekt sieci i projekty przyłączy) przekroczyła kwotę określoną w zamówieniu o jedyne 3750 zł, a jednocześnie z dokumentów tych wyraźnie wynika, że prace obejmowały również przyłącza. W konsekwencji na podstawie przedstawionych przez Konsorcjum dokumentów nie można jednoznacznie stwierdzić, czy wartość samych prac projektowych dotyczących sieci wyniosła 150 000 zł, zaś prace dotyczące przyłączy - jedynie 3750 zł.

Odwołujący wskazał, że uzyskał wgląd do umowy na wykonanie prac projektowych przez WOD-KAN, jak również do wykonanej dokumentacji projektowej. O ile z treści samej umowy oraz dokumentacji postępowania poprzedzającego jej zawarcie nie wynika jednoznacznie,

jaki zakres prac dotyczył odpowiednio sieci i przyłączy, to analiza dokumentacji projektowej wykonanej przez WOD-KAN (okazanej odwołującemu w siedzibie Urzędu Gminy Łuków) potwierdza, że wartość prac związanych z zaprojektowaniem przyłączy wyniosła, co najmniej 28% wartości całego zamówienia, a zatem dalece przekroczyła kwotę 3750 zł. Tym samym wartość prac WOD-KAN dotyczących wyłącznie sieci nie przekroczyła kwoty 120 000 zł. Odwołujący zwrócił się do Gminy Łuków w trybie dostępu do informacji publicznej o udzielenie dalszych informacji w tym zakresie. Kwestia ta ma kluczowe znaczenie, bowiem nie jest obiektywnie możliwe - biorąc pod uwagę jak duży jest nakład pracy związany z zaprojektowaniem przyłączy - aby wartość prac dotyczących przyłączy miała aż tak niską wartość, a tym samym wartość prac dotyczących sieci była, co najmniej równa kwocie ustalonej przez zamawiającego, co pozwalało uznać za spełniony warunek w zakresie wykonanych usług projektowych.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że na podstawie zgromadzonych w postępowaniu dokumentów, zamawiający powinien był uznać, że Konsorcjum nie wykazało się doświadczeniem w wykonaniu usługi dotyczącej zaprojektowania sieci o wartości co najmniej 150 000 zł. Niewątpliwie uzyskanie potwierdzenia, jaka była rzeczywista długość zaprojektowanej sieci, miało kluczowe znaczenie dla ustalenia, czy Konsorcjum spełniło omawiany warunek udziału w postępowaniu. Skoro ta informacja nie wynikała ze złożonych referencji oraz protokołu odbioru, to tym samym zamawiający - opierając się na zgromadzonych w postępowaniu dokumentach - powinien był dalej wyjaśnić tę kwestię. Szczególne wątpliwości budzi lakoniczna treść referencji, która nie odnosiła się do kluczowych parametrów projektu, takich jak długość i rodzaj sieci czy liczba przyłączy, podczas gdy tego rodzaju informacje są podawane w listach referencyjnych.

Również uzasadnione wątpliwości zamawiającego powinny wiązać się z kwestią, czy zamówienie na rzecz Gminy Łuków zostało wykonane w terminie. Zgodnie z umową zawartą przez tego zamawiającego z WOD-KAN, projekt powinien być wykonany do 30 listopada 2017 (§3 Umowy), podczas gdy z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, że projekt został oddany w grudniu 2017 r., a następnie podlegał dalszym aktualizacjom.

Odwołujący z ostrożności wniósł o pominięcie przez Krajową Izbę Odwoławczą i niezaliczenie w poczet materiału dowodowego ewentualnie przedstawionych przez zamawiającego lub Konsorcjum w toku postępowania odwoławczego dokumentów dotyczących zakresu prac zrealizowanych przez WOD-KAN, które w chwili dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie znajdowały się w dokumentacji postępowania. Istotą rozstrzygnięcia Izby jest bowiem ocena prawidłowości czynności zamawiającego w momencie ich dokonania, a nie w momencie wyrokowania przez KIO. Tym samym tego rodzaju dokumenty - jeżeli istotnie miałyby potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum - powinny zostać złożone w postępowaniu już po

unieważnieniu przez Izbę czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w ramach nakazanego zamawiającemu ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Zamawiający, na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż w s.i.w.z. do przedmiotowego postępowania nie zawierał żadnych szczególnych wymagań dotyczących wnoszenia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Podkreślił również fakt, iż nie ma przepisów prawa, które nakazywałyby, aby w treści gwarancji wadialnej byli wskazani wszyscy członkowie konsorcjum lub aby zawarta została tam informacja, iż gwarancja dotyczy całego konsorcjum. Wbrew twierdzeniom podnoszonym przez odwołującego i przytaczanym przez niego wyrokom, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt: IV CSK 86/17), gwarancja wadialna wystawiona na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (w przedmiotowej sprawie na lidera konsorcjum), stanowi skuteczne zabezpieczenie złożonej oferty i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu, gdyż zabezpieczenie wadium, ma charakter solidarny, ponieważ przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium są świadczenia niepodzielne. W oparciu o powyższą wykładnię Sądu Najwyższego oraz licznego orzecznictwa KIO należy wskazać, iż wieloletnia praktyka na rynku ubezpieczeniowym, na którym wystawcy gwarancji przyjmują powszechnie, że w przypadku, gdy gwarancja zapłaty wadium zostaje wystawiona na zlecenie jednego członka konsorcjum, a oferta jest złożona przez konsorcjum, którego jest on członkiem, to gwarancja taka zabezpiecza ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców i nie jest znany m.in. zamawiającemu przypadek, by w analogicznej sytuacji, w razie ziszczenia przesłanki wypłaty beneficjentowi kwoty wadium, spotkał się on z odmową zapłaty. Jeżeli jednak wbrew wiedzy zamawiającego oraz ugruntowanej praktyce takie przypadki miały miejsce to należy wskazać, że odwołujący tego faktu w żaden sposób nie udowodnił.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania, zamawiający wskazał, iż zamówienie zrealizowane przez wykonawcę (WOD-KAN) bezsprzecznie spełnia wszystkie postawione w warunku udziału w postępowaniu cechy. Dokumentacja zgodnie z przedstawionymi przez wykonawcę oświadczeniami/załącznikami miała długość co najmniej 7 km i wartość wykonanych prac obejmujących sporządzenie ww. dokumentacji wyniosła co najmniej 150 000 zł. Powyższe wynika ze złożonych przez wykonawcę dokumentów i nie budzi wątpliwości ani zastrzeżeń. Zdaniem zamawiającego, odwołujący dokonuje kilku zabiegów aby uzasadnić swoje tezy tj. dokonuje interpretacji warunku udziału w sposób jaki mu najbardziej pasuje, dokonuje bliżej nie określonych działań matematycznych oraz interpretuje

zakres wykonanych przez wykonawcę prac na podstawie referencji z całkowitym pominięciem wykazu prac przedstawionego przez wykonawcę i po wszystkim stwierdza, że przedstawiona przez wykonawcę praca nie spełnia warunku udziału.

Zgodnie z przedłożonym przez wykonawcę protokołem odbioru końcowego z dnia 14 grudnia 2017 r., wartość robót opracowanej dokumentacji projektowej wynosi 153 750,00 zł brutto. Niczym nieuzasadnione są wyliczenia odwołującego i dzielenie wartości wykazanej roboty na poszczególne elementy wskazując przy tym, co można uznać za zakres zgodny z prowadzonym postępowaniem, a co należy wyłączyć. Pomijając powyższe, odwołujący wycenia wyłącznie wg własnego uznania wartość poszczególnych elementów.

Zamawiający zaznaczył, że zakres dokumentacji projektowej wykazanej w doświadczeniu, jest tożsamy z zakresem dokumentacji, którą należy opracować w ramach przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie określił w s.i.w.z., czy usługa dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej o długości minimum 7 km o wartości 150 000 zł miała uwzględniać przyłącza kanalizacyjne, tak jak nie określił np. czy miała obejmować koncepcję projektową, opracowanie map do celów projektowych, badania geologiczne, kosztorysy, projekty zasilania pompowni, projekty odtworzenia dróg, etc. Odwołujący sam bezpodstawnie doprecyzował, że dokumentacja projektowa budowy sieci kanalizacyjnej nie może obejmować przyłączy, chociaż zgodnie z uszczegółowionym zakresem przedmiotu zamówienia - Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia s.i.w.z., dokumentacja ma właśnie uwzględniać przyłącza kanalizacyjne. Zamawiający stoi na stanowisku, że zapisy s.i.w.z. są jasne i precyzyjne jednak nawet gdyby budziły wątpliwości to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, niejednoznaczność zapisów s.i.w.z. i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami postanowień nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Zamawiający dodatkowo podniósł, że nie ma możliwości właściwego zaprojektowania sieci kanalizacji sanitarnej bez rozpatrywania przyłączy kanalizacyjnych. Podstawowe parametry sieci kanalizacyjnej jak jej usytuowanie, zagłębienie, czy rozmieszczenie studni musi być powiązane z istniejącą i planowaną zabudową, a tym samym przyłączami kanalizacyjnymi. Analiza prac wykonanych przez wykonawcę opierająca się głównie na referencji i w zasadzie z pominięciem wykazu prac jest niewłaściwa bo to wykaz prac jest dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług. Zakres ten został przez wykonawcę w wykazie usług precyzyjnie określony, w tym również w zakresie długości sieci, a fakt, iż referencja nie opisuje w sposób dokładny tego zakresu należy uznać, za nieistotny. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług

lub robót budowlanych. Ponadto, zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to, iż są one wystawiane przez podmiot trzeci.

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący przyjął dziwną konstrukcję myślową polegającą na postawieniu zarzutu zamawiającemu dotyczącego braku wezwania wykonawcy oraz gminy-wystawcy referencji do wyjaśnienia z uwagi na fakt, iż sam przeglądając ofertę wyłonionego w postępowaniu wykonawcy nabrał wątpliwości, tym samym uznał, iż skoro on nabrał wątpliwości to i zamawiający powinien ich nabrać, a w zasadzie nabrał ale nie zwrócił się o ich wyjaśnienie i tym samym dopuścił się do zaniechania. Założenia (konstrukcje myślowe) jakie zbudował sobie odwołujący, są zdaniem zamawiającego, całkowicie bezpodstawne i nielogiczne.

Zamawiający wskazał, iż uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty, którego braku zarzuca odwołujący, przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy, a oferta wykonawcy jest jasna, spójna i jednoznaczna w ocenie.

Zamawiający podkreślił, że nie wzywał wyłonionego wykonawcy do wyjaśnień, ponieważ w toku badania i oceny oferty zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości. Przeciwnie oferta wykonawcy jest jasna, spójna i dla jej rzetelnej oceny i badania nie ma żadnej potrzeby wzywania wykonawcy o wyjaśnienia ani też gminy-wystawcy referencji o dodatkowe informacje.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty konsorcjum Hydromix na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, Izba uznała za zasadne.

W ocenie Izby, wykładnia wyroku SN z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17 poczyniona przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, w wyniku ponownego rozpoznania skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, pozwala na uznanie, iż w każdym przypadku, w którym ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjum), dokument gwarancji wadialnej złożony przez konsorcjum, podlega wykładni w oparciu o przepis art. 65 KC, tzw. wykładnia oświadczenia woli. Skoro zatem za każdym razem, w sytuacji odnoszącej się do konkretnego wykonawcy w danym postępowaniu, konieczne jest odtworzenie oświadczenia woli, jakie zostało złożone w dokumencie gwarancji wadialnej. Jak słusznie wskazał SO w Gdańsku w wyroku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18, iż „Znaczenie takie ma bowiem wyłącznie okoliczność, którą potwierdził także i Sąd Najwyższy, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Charakter, istnienie zakresu samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r. późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie zadania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi natomiast o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Uprawnia to tym samym stwierdzenie, iż ani sposób ukształtowania ani treść stosunku prawnego podstawowego (zamawiający - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta. Odpowiedzialność ta jest bowiem wyznaczona samą treścią gwarancji. Z pewnością zaś rozważania dotyczące gwarancji bankowej należy odnieść także i do gwarancji ubezpieczeniowej, mając na względzie zarówno podobieństwo jak i charakter oraz cel obu dokumentów. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn.

akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W efekcie okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji. Zatem nawet jeśli, jak w niniejszej sprawie, członkowie konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanym sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę/zlecającego należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę.". Natomiast treść gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez konsorcjum Hydromix nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby prowadzić do uznania, iż Gwarant miał wiedzę, iż wykonawca Hydromix będzie składał ofertę w postępowaniu jako jeden z uczestników konsorcjum, czy chociażby działał jako umocowany pełnomocnik tego konsorcjum.

Analogiczna sytuacja była przedmiotem rozstrzygnięcia omawianego wyroku SO w Gdańsku, w którym Sąd wskazał, iż „próżno szukać w treści gwarancji ubezpieczeniowej z (...) takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecającego jako lidera konsorcjum. Przeciwnie, podkreślane jest wielokrotnie przejęcie odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie zleceniobiorcy, i leżące po "jego" stronie (nie "ich", czy "podmiotów powiązanych" czy "współwykonawców"), jako podmiotu w sposób pełny i kompletny zdefiniowanego już w komparcji gwarancji ubezpieczeniowej. Nie zaznaczono w tym miejscu by działał bądź zamierzał działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów, bądź by uzgodniono objęcie działań i zaniechań takich podmiotów definicją "przyczyn leżących po stronie zleceniodawcy". Przeciwnie - z jej treści, ani wprost ani w sposób domniemany, nie wynika by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta także poza wprost wskazane w niej "przyczyny leżące po stronie zleceniodawcy/wykonawcy". Wyłącznie zatem od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby przyjęcie,

iż obejmowała także przyczyny, za które zleceniodawca ogólnie "jest odpowiedzialny". Podkreślić należy, iż ewentualne przyjęcie o objęciu gwarancją także i "przyczyn, za które zleceniodawca odpowiada" istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta. A wzięć pod rozwagę należy, iż z praktyki ubezpieczeniowej wynika, iż zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Gwarant udziela bowiem gwarancji w celu osiągnięcia zysku a zatem przede wszystkim realizacji własnego celu gospodarczego. Weryfikuje zatem szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy, na podstawie czego decyduje o akceptacji gwarancji i kalkuluje opłacalność dokonywanej z nim czynności.". „Tym samym uznać należy, iż w treści tejże gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie jednego członka konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP może być przecież inne niż gdyby jej treścią objęte było więcej podmiotów.”.

Tymczasem z treści przedłożonej przez konsorcjum Hydromix gwarancji ubezpieczeniowej okoliczności takie w żaden sposób nie wynikają i nie sposób ich na żadnej podstawie domniemywać czy uzyskać w drodze wykładni gwarancji.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że złożona przez konsorcjum gwarancja, nie zabezpiecza interesów zamawiającego, a tym samym nie jest prawidłowa. W ocenie Sądu Odwoławczego (wyrok SO w Gdańsku), z czym Izba się zgadza, „koniecznym było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 23 ust. 1 w związku z ust. 3 Ustawy PZP), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku "gwarancyjnego" jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustaleniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Sądu Okręgowego w mniejszej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że zamawiający z uwagi na nieścistości, co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją.”.

Zarzuty dotyczące nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu/zaniechania zamawiającego polegającego na nie wezwaniu wykonawcy i Gminy do złożenia wyjaśnień, Izba oddaliła uznając, iż odwołujący nie udowodnił w sposób przekonywujący, zasadność podniesionych zarzutów, w oparciu o okoliczności sprawy. Po pierwsze opis warunku jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, albowiem w jego zakres wchodzi zaprojektowanie sieci i przyłączy. Po drugie odwołujący nie wykazał, że referencyjna sieć zaprojektowana została na odcinku krótszym niż 7 km, pozostając jedynie na poziomie domysłów i wątpliwości. Podobnie zresztą jak w kwestii dotyczącej wartości całego referencyjnego zamówienia, chociaż w tym przypadku, przyjmując (co wynika z dokumentacji postępowania), że zakres zamówienia odpowiada zakresowi warunku, to usługa referencyjna odpowiada całościowo (sieć i przyłącza) warunkowi doświadczenia równomiernie co do zakresu, wartości i długości.

Również w obszarze domysłów odwołującego pozostawały kwestie związane z terminowym wykonaniem referencyjnego zamówienia, albowiem odwołujący nie wykazał jednoznacznie, że taka okoliczność miała miejsce. Ponadto z Protokołu odbioru końcowego z dnia 14 grudnia 2017 roku, jednoznacznie wynika, że „Roboty rozpoczęto dnia 11 kwietnia 2017 roku oraz zakończono dnia 30 listopada 2017 roku.”

Po trzecie, za niezasadne uznać należy stanowisko odwołującego, iż treść poświadczeń lub referencji musi odzwierciedlać szczegółowo zakres referencyjnego zadania. Taki obowiązek nie wynika z przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu, który wskazuje tylko na uzyskanie informacji o prawidłowym wykonaniu zamówienia. Powyższe stanowisko ugruntowane zostało już w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych, np. „Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powielała wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (...) Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.”.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez odwołującego na rozprawie stwierdzając, iż nie są one niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: