

WYROK
z dnia 13 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SDLF-DREVPOL J. K. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, oznaczonego w odwołaniu numerem II. a).
2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych (oznaczonego w odwołaniu nr I).
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Fumigacja dachu/poddasza budynku Centrum Symulacji Medycznej UMW przy ul. Chałubińskiego 7a we Wrocławiu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 grudnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00338462/01.

I. W dniu 23 maja 2022 r. wykonawca J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SDLF-DREVPOL J. K. (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy R. W. „RADPOL” (dalej jako „wykonawca R. W.”) jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- I. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) — poprzez niezasadne wezwanie wykonawcy R. W. do poprawienia wykazu robót budowlanych, podczas gdy pierwotnie złożony wykaz był kompletny, nie zawierał błędów, ale poświadcział nieprawdę i został złożony umyślnie w taki sposób, że fałszywie wskazywał zamawiającemu na spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez R. W., wobec czego zamawiający zaniechał odrzucenia oferty mimo niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;
- II. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. W., mimo iż ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie:
 - a) wykonania w okresie ostatnich 5 lat co najmniej 1 kontrolnego pomiaru stężenia gazu po zagazowaniu obiektu,
 - b) wykonania w okresie ostatnich 5 lat co najmniej 3 robót budowlanych polegających na fumigacji dachów/poddaszy w obiektach wpisanych do rejestru zabytków o kubaturze min. 1500 m³ i o wartości co najmniej 80 000,00 zł brutto każda;
- III. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. W., mimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wielokrotnym, intencjonalnym przedstawianiu informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd w celu wywołania przeświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, uzyskaniu zamówienia,

a w konsekwencji naruszeniu interesu innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

- IV. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp — poprzez wybór oferty wykonawcy R. W. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż oferta ta podlega odrzuceniu oraz zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy R. W. oraz wyboru oferty odwołującego.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w pismach z dniach 3 oraz 6 czerwca 2022 r.

II. Pismem z dnia 2 czerwca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w części, tj. w zakresie oznaczonego w odwołaniu numerem II a) zarzutu naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku ze złożeniem przez zamawiającego oświadczeniem o uwzględnieniu odwołania w części, tj. w zakresie oznaczonego w odwołaniu numerem II a) zarzutu naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp oraz wobec braku zgłoszenia przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba uznała, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych (oznaczonego w odwołaniu nr I) odwołanie podlega odrzuceniu. Ww. zarzut odnosił się do pierwotnej treści wykazu robót złożonego przez wykonawcę R. W. – w zakresie terminu prac wykonanych na obiekcie kościoła w Bierutowie. Wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w tym zakresie odwołujący powinien był powziąć już na etapie uprzednio podjętej przez zamawiającego

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (18 luty 2022 r.). W odwołaniu na tę czynność zamawiającego wniesionym w dniu 23 lutego 2022 r. ww. zarzut nie został przez odwołującego podniesiony. Mając zatem na uwadze treść przepisów art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp podniesienie ww. zarzutu na obecnym etapie należy uznać za spóźnione. W konsekwencji powyższego odwołanie w zakresie ww. zarzutu podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że konstrukcja ww. zarzutu opiera się na niezasadnym wystosowaniu przez zamawiającego do ww. wykonawcy wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro, jak stwierdził sam odwołujący, przedstawienie przez wykonawcę zamawiającemu nieprawdziwych informacji nie uprawnia do zastosowania tej instytucji prawnej, późniejsze wystosowanie przez zamawiającego wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma znaczenia dla stwierdzenia w takim przypadku podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy i w konsekwencji dla terminu do podniesienia zarzutu.

Izba uznała, że w pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. W., mimo iż ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie: wykonania w okresie ostatnich 5 lat co najmniej 3 robót budowlanych polegających na fumigacji dachów/poddaszy w obiektach wpisanych do rejestru zabytków o kubaturze min. 1500 m³ i o wartości co najmniej 80 000,00 zł brutto każda (zarzut oznaczony w odwołaniu numerem II. b).

Ww. zarzut dotyczył wskazanego przez wykonawcę R. W. w wykazie robót z dnia 20 kwietnia 2022 r. zadania pn. Fumigacja wnętrza domu weselnego „Stary Jawor” wraz z poddaszem. Odwołujący zarzucił, że Dom Weselny „Stary Jawor” nie jest wpisany do rejestru zabytków. Powyższemu twierdzeniu odwołującego przeczy treść wyciągu z rejestru zabytków, dostępnego na stronie internetowej Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków we Wrocławiu pod adresem: <http://wosoz.ibip.wroc.pl/public/?id=92695> (dowód powołany przez zamawiającego). Ponadto odwołujący stwierdził, że referencje dotyczące Domu Weselnego „Stary Jawor” są niewiarygodne, gdyż fumigacja obiektu wiąże się z koniecznością jego wyłączenia z użytkowania przez cały czas trwania zabiegu — gazy używane do zabiegu są silnie trujące. Natomiast w okresie, który R. W. wskazuje jako okres wykonywania fumigacji tj. 12.04.2017 r. - 26.04.2017 r. — w obiekcie tym odbywały się wesela, co potwierdza informacja na stronie Domu Weselnego „Stary Jawor” na portalu Facebook. W odniesieniu do powyższego Izba uznała, że informacja zamieszczona na portalu Facebook nie stanowi w tym przypadku wystarczającego dowodu potwierdzającego, że w terminie wskazanym przez wykonawcę R. W. nie zostało zrealizowane zadanie pn. Fumigacja wnętrza domu weselnego

„Stary Jawor” wraz z poddaszem. W szczególności należy wskazać, że z przedstawionej przez odwołującego informacji z portalu Facebook nie wynika jednoznacznie data, kiedy wesele miało miejsce. Z ww. dowodu wynika jedynie data zamieszczenia informacji o weselu na portalu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że podniesiony w ww. zakresie zarzut nie został przez odwołującego udowodniony i w związku z tym podlegał on oddaleniu.

Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. W., mimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wielokrotnym, intencjonalnym przedstawianiu informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd w celu wywołania przeświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, uzyskaniu zamówienia, a w konsekwencji naruszeniu interesu innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (zarzut oznaczony nr III).

Ww. zarzut odnosił się do okoliczności, które były jednocześnie przedmiotem uprzednio omówionych zarzutów. Mając na uwadze okoliczność, że w tym zakresie Izba uznała, że zachodzi podstawa do umorzenia w części postępowania odwoławczego, częściowego odrzucenia odwołania oraz częściowego oddalenia odwołania, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należało uznać za podlegający oddaleniu. Odwołujący w pierwszej kolejności obowiązany był do zachowania terminu do podniesienia zarzutu odwołania czy też wykazania zasadności swojego stanowiska w zakresie niepotwierdzenia przez wykonawcę R. W. warunków udziału w postępowaniu. W zakresie, w jakim ww. zarzut odnosił się do okoliczności objętych zarzutem, w odniesieniu do którego postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu, należy wskazać, że zamawiający składając oświadczenie o częściowym uwzględnieniu odwołania jednocześnie poinformował o sposobie dalszego prowadzenia czynności badania i oceny ofert, co zostało przez odwołującego wyraźnie zaakceptowane. Rozpatrzenie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w tym zakresie nie jest zatem możliwe przed wykonaniem przez zamawiającego zapowiedzianych czynności.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie trzecim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze, ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 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).

Przewodniczący: