

Sygn. akt: KIO 2570/19

WYROK

z dnia 9 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Kąty Wrocławskie, ul. Rynek Ratusz 1, 55-080 Kąty Wrocławskie**

przy udziale wykonawców:

- A. **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. **„Przedsiębiorstwo Wodno Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o.”, ul. Melioracyjna 3, 57-200 Ząbkowice Śląskie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica** na rzecz **Gminy Kąty Wrocławskie, ul. Rynek Ratusz 1, 55-080 Kąty Wrocławskie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we Wrocławiu.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Gmina Kąty Wrocławskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę kanalizacji sanitarnej Wschód - Etap III - Mokronos Górny. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 października 2019 r. pod pozycją 609914-N-2019.

W dniu 17 grudnia 2019 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wodno Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (dalej: „PWM”), zaniechaniu wykluczenia wykonawcy PWM z postępowania, oraz zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia PWM, z uwagi na wprowadzenie przez tego wykonawcę Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VI punkt 2.3.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”), w zakresie realizacji:

1) jednego zadania polegającego na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 6000 m (w tym min. 5000 m kanalizacji grawitacyjnej),

2) jednego zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie i/lub odbudowie dróg o nawierzchni bitumicznej i powierzchni co najmniej 6000 m²,

- mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w świetle powyższego mogło dojść do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp w zakresie zaniechania

wezwania PWM do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu);

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia PWM z uwagi na niepotwierdzenie przez tego wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI punkt 2.3.1 SIWZ w zakresie wykazania wykonania:

1) jednego zadania polegającego na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 6000 m (w tym min. 5000 m kanalizacji grawitacyjnej),

2) jednego zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie i/lub odbudowie dróg o nawierzchni bitumicznej i powierzchni co najmniej 6000 m²,

(w świetle powyższego mogło dojść do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wezwania PWM do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu);

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp poprzez wybór oferty PWM jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta najkorzystniejsza została wniesiona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 16 lub 17 ustawy Pzp,

4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący stwierdził, że podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w zakresie oceny i dokonania wyboru oferty PWM jako najkorzystniejszej podnosząc jak poniżej.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że wykonawca PWM na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w rozdziale VI punkt 2.3.1. SIWZ przedstawił referencje wystawione przez podmioty, na rzecz których wykonane zostały roboty budowlane wymienione w Wykazie robót stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ, będącym jednocześnie załącznikiem do oferty PWM. Z załączonych do oferty PWM referencji wynikało, że PWM zrealizował roboty budowlane w zakresie następujących zadań:

1) „Przebudowa sieci wodociągowej oraz budowa kanalizacji sanitarnej w Starej

Bystrzycy” realizowane w ramach projektu „Rozwój i modernizacja infrastruktury wodno-ściekowej w Aglomeracji Bystrzyca Kłodzka, 2016-2020” na rzecz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bystrzycy Kłodzkiej (referencje z dnia 28 października 2019 r.; roboty zostały realizowane w ramach konsorcjum PWM z „JATAX” Sp. z o.o.)

2) „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Przedzrowice i Świątniki, gm. Sobótka” na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Sobótka (referencje z dnia 3 lipca 2015 r.).

W ocenie Odwołującego, w powyższym zakresie doszło do złożenia informacji niezgodnych z rzeczywistością. Zdaniem Odwołującego, żadna z ww. referencji w rzeczywistości nie potwierdza spełnienia przez PWM warunków udziału określonych w rozdziale VI punkt 2.3.1. SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca PWM w rzeczywistości nie spełnia również warunku określonego w rozdziale VI punkt 2.3.1. SIWZ w zakresie wykonania jednego zadania polegającego na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 6000 m (w tym min. 5000 m kanalizacji grawitacyjnej). W zakresie referencji z dnia 3 lipca 2015 r. podmiot na rzecz, którego wykonawca PWM realizował inwestycję wskazał, że w ramach ww. inwestycji doszło do wykonania robót instalacyjnych:

- 1) sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej z rur PVC SN8 o średnicy 200mm - 6.227,00 mb
- 2) sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej z rur PVC SN8 o średnicy 160mm (przyłącza) - 1.222,94 mb (162 szt.)

Odwołujący wskazał, że realizacja przyłączy nie jest równoznaczna z realizacją sieci kanalizacji sanitarnej, chodzi o dwa różne rodzaje robót budowlanych. Jak zauważył Odwołujący, w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo Budowlane (Dz.U z 2019 poz.1186) nie zostały zdefiniowane pojęcia „sieci kanalizacji sanitarnej” oraz „przyłącza kanalizacyjnego”, natomiast ich rozróżnienie zostało dokonane na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, w którym pod odrębnymi pozycjami wskazano, iż pozwolenia na budowę nie wymaga budowa: sieci kanalizacyjnej (29 ust. 1 pkt 19a lit. c ustawy Prawo budowlane), jak również przyłączy: elektroenergetycznych, wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, ciepłych i telekomunikacyjnych (29 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo budowlane). W przekonaniu Odwołującego, przy ocenie przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu należało brać pod uwagę wyłącznie wymagane przez niego roboty budowlane polegające na budowie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej o długości nie

mniejszej niż 6000 m, nie doliczając do tego łącznej długości wykonanych przyłączy. W związku z powyższym, jak wskazał Odwołujący, przy ocenie spełnienia warunków nie można było brać pod uwagę budowy sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej z rur PVC SN8 o średnicy 160mm (przyłącza) -1.222,94 mb (162 szt.).

Odwołujący zwrócił też uwagę na okoliczność, że co prawda w referencji z dnia 3 lipca 2015 r. wskazane zostało również doświadczenie w realizacji sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej z rur PVC SN8 o średnicy 200mm - 6.227,00 mb, jednakże nie skonkretyzowano, jaka część ww. zadania obejmowała budowę przyłączy. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, tak podane informacje nie wykazują spełnienia przez PWM wymogu dotyczącego wykonania jednego zadania polegającego na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 6000 m (w tym min. 5000 m kanalizacji grawitacyjnej).

Zdaniem Odwołującego, wątpliwe jest również wykazanie powyższego doświadczenia na podstawie referencji z dnia 28 października 2019 r. Z ww. referencji wynika bowiem, że w ramach inwestycji doszło do wykonania robót instalacyjnych:

- 1) sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej o średnicy 200mm – 4 655,6 mb
- 2) sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej o średnicy 160mm -1 208,5 mb.

Przyjmując analogię do referencji z dnia 3 lipca 2015 r. Odwołujący uznał, że w ramach inwestycji opisanej w referencjach z dnia 28 października 2019 r. przez budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej o średnicy 160 mm (rury o takiej średnicy służą do budowy przyłączy) należało rozumieć budowę samych przyłączy kanalizacyjnych, co nie jest równoznaczne z budową sieci kanalizacji sanitarnej. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazał na Informację z dnia 25 września 2019 r. dla mieszkańców i podmiotów w Starej Bystrzycy o możliwości podłączenia się (a więc wykonania przyłącza) do budowanej w ramach inwestycji kanalizacji sanitarnej ([http://bip.zwikbvstrzyca.pl/wp-content/uploads/2019/09/podl do sieci kan sby.pdf](http://bip.zwikbvstrzyca.pl/wp-content/uploads/2019/09/podl%20do%20sieci%20kan%20sby.pdf)).

Odwołujący stwierdził, że nawet bez rozstrzygnięcia czy w ramach budowy sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej o średnicy 200 mm doszło również do budowy przyłączy (i w jakim zakresie) - samo wskazanie realizacji powyższej części zadania (4 655,6 mb) nie pozwala na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI punkt 2.3.1. SIWZ. W ocenie Odwołującego, wykonawca PWM przedstawiając referencję z dnia 3 lipca 2015 r. oraz referencję z dnia 28 października 2019 r. również w powyższym zakresie dopuścił się podania nieprawdziwych informacji wprowadzających

Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na realizację czynności związanych z prawidłowym badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, przez co powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił również, że wykonawca PWM nie spełnił także wymogu dotyczącego realizacji jednego zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie i/lub odbudowie dróg o nawierzchni bitumicznej i powierzchni co najmniej 6000 m². Odwołujący zwrócił uwagę, że zarówno z referencji z dnia 28 października 2019 r., jak i z referencji z dnia 3 lipca 2015 r. wynika, że w ramach powyższych zadań zrealizowane zostały prace polegające na wykonaniu budowy, przebudowy i remontu dróg innego rodzaju nawierzchni niż wymaganej przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że z przedstawionych przez PWM referencji nie można również wywieść, aby zakres prac polegających na budowie i/lub przebudowie i/lub odbudowie dróg o wymaganej przez Zamawiającego nawierzchni dotyczył powierzchni co najmniej 6000 m². W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, wykonawca PWM dopuścił się podania niezgodnych z rzeczywistością informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd przy realizacji czynności związanych z prawidłowym badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł ponadto, że z referencji z dnia 28 października 2019 r. wynika, że wskazana w nich inwestycja była realizowana przez wykonawcę PWM działającego w ramach konsorcjum z JATAX. Jednocześnie, z treści powyższego dokumentu nie wynika, jaka część inwestycji była realizowana przez PWM, a jaka część przez JATAX. Zdaniem Odwołującego, takie rozróżnienie jest o tyle istotne, że zgodnie z aktualnie obowiązującym orzecznictwem, realizacja inwestycji przez członków konsorcjum pozwala im na uzyskanie doświadczenia przy wykonywaniu umowy w takim zakresie, w jakim realnie dany członek konsorcjum (za pośrednictwem swoich pracowników) wykonuje określone zadania. Tak Krajowa Izba Odwoławcza orzekła m. in. w wyrokach:

1) z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1671/19: „Można polegać na doświadczeniu uzyskanym w ramach umowy wykonanej w ramach konsorcjum, ale tylko w zakresie, w jakim wykonawca prace rzeczywiście wykonywał. W sytuacji, gdy przykładowo przedmiotem zamówienia były roboty instalacyjne sanitarne i elektryczne, a wykonywali je dwaj wykonawcy w ramach konsorcjum - jeden wykonawca prace sanitarne, a drugi elektryczne, to mogą się powoływać na nabyte doświadczenie, ale tylko dla robót, które były wykonywane przez danego wykonawcę: wykonawca prac instalacyjnych sanitarnych nie może się powoływać na doświadczenie, uzyskane w wyniku wspólnej realizacji umowy, w zakresie prac elektrycznych”,

2) z dnia 23 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1577/18: „Co do doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum do jego oceny należy każdorazowo podchodzić indywidualnie i brać pod uwagę specyfikę realizowanych czynności oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadania pomiędzy poszczególnych jego członków”.

W związku z powyższym, w opinii Odwołującego, w celu wykazania spełnienia warunków udziału, nie jest dopuszczalne posługiwanie się referencjami wystawionymi na rzecz konsorcjum bez sprecyzowania, w jakim zakresie każdy z członków realizował przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazał, że wbrew powyższemu zakazowi, PWM przedstawił referencje z dnia 28 października 2019 r., z których nie wynika zakres prac realnie wykonanych wyłącznie przez PWM. Ponadto, nie można również wykluczyć okoliczności, iż w realizacji robót brali udział również podwykonawcy, co również będzie wskazywało na brak rzetelności przedłożonych przez PWM informacji. Odwołujący stwierdził, że w powyższym zakresie również nie można mówić ani o potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w zakresie rozdziału VI punkt 2.3.1. SIWZ, ani o przedstawieniu przez PWM informacji niewprowadzających Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Wobec wystąpienia w przedmiotowej sprawie powyższych okoliczności, należy zdaniem Odwołującego stwierdzić, że PWM przedstawiając referencje z dnia 28 października 2019 r. i referencje z dnia 3 lipca 2015 r., z których wynikają informacje o rzekomym posiadaniu doświadczenia określonego w rozdziale VI punkt 2.3.1. SIWZ, próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd. Jak zauważył Odwołujący, działanie PWM odniosło pożądaną skutek ze względu na niezasadny wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że niedozwolone działanie mające wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi podstawę do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Odwołujący wskazał, że w świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2018 r., sygn. akt KIO 491/18: „Rato legis art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, którzy wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania”. Odwołujący zwrócił też uwagę na pogląd wyrażony w doktrynie (w szczególności P. Granecki w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C.H. Beck, Warszawa 2016 r., wydanie 5, złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje

nie podlega uzupełnieniu i w każdym przypadku skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Odwołujący za istotne dla uznania, że wykonawca jest winny wprowadzenia Zamawiającego w błąd, uznał, iż wystarczająca jest wina najłżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Odwołujący zwrócił uwagę, że nie jest wymagane działanie umyślne, choć takie, jako dalej idące, również spełnia warunki przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 21 marca 2018 r., sygn. akt KIO 421/18). Podobny pogląd Izba wyraziła w wyroku z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 271/19.

Odwołujący stwierdził, że wstrzymując się od wykluczenia z postępowania wykonawcy PWM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp Zamawiający zaniechał podstawowych działań mających na celu zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ponieważ, jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „Zamawiający, stojąc na straży zasady równego i niedyskryminującego traktowania wszystkich wykonawców, winien w takiej sytuacji dołożyć wszelkich starań, aby sprawę wyjaśnić maksymalnie obiektywnie” (wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r., sygn. akt KIO 345/17).

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechawszy czynności wykluczenia PWM dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, niezależnie od intencji, jakimi kierował się wykonawca przy podawaniu nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Odwołujący zauważył, że przy okazji uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania (naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp) potwierdził, iż wykonawca PWM w rzeczywistości nie zrealizował minimum jednego zadania polegającego na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 6000 m (w tym min. 5000 m kanalizacji grawitacyjnej), jak również jednego zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie i/lub odbudowie dróg o nawierzchni bitumicznej i powierzchni co najmniej 6000 m², ponieważ w rzeczywistości nie potwierdzają tego referencje z dnia 28 października 2019 r. i referencje z dnia 3 lipca 2015 r.

Na podstawie powyższych okoliczności Odwołujący podniósł, że wykonawca PWM nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego z rozdziale VI punkt 2.3.1. SIWZ, w związku z czym powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy ustawy Pzp jest postępowaniem bardzo sformalizowanym. Zamawiający jest zatem związany procedurami obowiązującymi w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami, wykonawca ma natomiast obowiązek sprostać wymaganiom Zamawiającego lub nie składać oferty w postępowaniu. Odwołujący zaznaczył, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w postępowaniu są związani treścią SIWZ. Jednocześnie podkreślił, że również Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi w postanowieniach SIWZ zasadami. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2019 r., KIO 621/19, oraz wyrok KIO z dnia 11 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1248/18.

Odwołujący podkreślił, że treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, iż skoro wykonawca PWM nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien zostać z tego postępowania wykluczony. Powyższe, jak zauważył Odwołujący, potwierdzone zostało w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m. in. w wyrokach z dnia 30 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2407/18, z dnia 8 maja 2019 r., sygn. akt KIO 746/19, z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 100/19.

Odwołujący stwierdził, że w okolicznościach sprawy, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PWM, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

3. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 lub 17 ustawy Pzp

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PWM był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy Pzp i w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w niniejszym odwołaniu argumenty przesądzają o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym skutkują koniecznością wykluczenia PWM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył przy tym, że wybór najkorzystniejszej oferty jest związany z koniecznością prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, a tym samym z obowiązkiem dokonania przez Zamawiającego odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców wobec ziszczenia się ustawowych przesłanek do podjęcia takich czynności. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 10 września 2014 r., sygn. akt KIO 1804/14.

Ponadto, jak podał Odwołujący, wybór oferty wykonawcy PWM jako najkorzystniejszej jest równoznaczny z niespełnieniem wymogu opisanego w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. „wyboru oferty najkorzystniejszej” w postępowaniu, za którą to powinna zostać uznana oferta Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, w wyniku zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy PWM jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert;
3. wykluczenia wykonawcy PWM z postępowania ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu oraz ze względu na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca PWM.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W pkt VI podpunkt 2.3.1. SIWZ Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował (zakończył) z należytą starannością jako wykonawca, co najmniej:

jedno zadanie polegające na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 6000 m (w tym min. 5000 m kanalizacji grawitacyjnej);

jedno zadanie polegające na budowie przepompowni ścieków sanitarnych w ilości min. 3 szt.

wraz z wyposażeniem i zagospodarowaniem terenu;

jedno zadanie polegające na budowie i/lub przebudowie i/lub odbudowie dróg o nawierzchni bitumicznej i powierzchni co najmniej 6000 m².”

Na potwierdzenie spełniania ww. warunków wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz robót budowlanych wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, wraz z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, w przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.

Wykonawca PWM złożył Wykaz robót budowlanych, w którym na potwierdzenie spełniania ww. warunków powołał następujące roboty:

- 1) „Przebudowa sieci wodociągowej oraz budowa kanalizacji sanitarnej w Starej Bystrzycy” realizowane w ramach projektu „Rozwój i modernizacja infrastruktury wodno-ściekowej w Aglomeracji Bystrzyca Kłodzka, 2016 - 2020” na rzecz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Bystrzycy Kłodzkiej,
- 2) „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Przedzrowice i Świątniki, gm. Sobótka” na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Sobótka.

Wykonawca PWM załączył także Poświadczenie wykonania robót budowlanych z dnia 29 października 2019 r. wydane przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Bystrzycy Kłodzkiej, oraz Poświadczenie z dnia 3 lipca 2015 r. wydane przez Urząd Miasta i Gminy Sobótka.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

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

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Odwołujący we wniesionym środku ochrony prawnej sformułował zarzuty wobec dwóch robót budowlanych, których realizacją wykazał się wykonawca PWM.

Rozpoznając podniesione przez Odwołującego zarzuty w zakresie wykazanej roboty „Przebudowa sieci wodociągowej oraz budowa kanalizacji sanitarnej w Starej Bystrzycy” Izba miała na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez Zamawiającego, tj. wymóg wykazania się zrealizowaniem zadania polegającego na budowie sieci kanalizacji sanitarnej. Izba uwzględniła także okoliczność, że pojęcia przyłącze kanalizacyjne oraz sieć posiadają swoje legalne definicje. Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawie z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2019 r. poz. 1437), przez przyłącze kanalizacyjne należy rozumieć 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. Zgodnie z pkt 7 art. 2 ww. ustawy sieć stanowią przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego. Izba zważyła, że Zamawiający stawiając warunek udziału w postępowaniu nie zdefiniował pojęcia sieci na użytek przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeciwnie, posłużył się pojęciem zdefiniowanym prawnie. Izba, mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu, a także ww. ustawowe rozróżnienie pojęć sieci i przyłącza kanalizacyjnego stwierdziła, że brak jest podstaw do uwzględnienia przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu budowy przyłączy kanalizacyjnych. Izba pomimo istniejących w doktrynie i orzecznictwie rozbieżności w zakresie interpretacji ww. pojęć, przede wszystkim na tle stosunków własnościowych, stwierdziła, że z uwagi na legalne definicje obu pojęć, oraz na brak odrębnego zdefiniowania przez Zamawiającego w SIWZ na użytek oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu pojęcia sieci, nieuprawnione byłoby rozszerzanie tego pojęcia o przyłącza.

Izba ustaliła, że w Poświadczeniu wykonania robót budowlanych z dnia 28 października 2019 r. nie wyróżniono zakresu robót polegających na budowie przyłączy. Co za tym idzie, w celu ustalenia czy zakres wykonanych robót obejmował przyłącza, niezbędne byłoby wezwanie wykonawcy PWM na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia przedmiotowej kwestii.

Izba miała na uwadze okoliczność, że wykonawca PWM złożył oświadczenie, że projekt dla roboty w Bystrzycy Kłodzkiej nie uwzględniał przyłączy. Jednakże postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter sformalizowany, a co za tym idzie, nie może opierać się na ustnych oświadczeniach wykonawcy. Dodatkowo, Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny czynności bądź zaniechań Zamawiającego, stąd dla rzetelnej oceny spełniania warunku na podstawie powołanej przez wykonawcę PWM roboty „Przebudowa sieci wodociągowej oraz budowa kanalizacji sanitarnej w Starej Bystrzycy” właściwe byłoby pozyskanie przez Zamawiającego wyjaśnień od wykonawcy PWM w przedmiotowym zakresie.

Ta sama robota „Przebudowa sieci wodociągowej oraz budowa kanalizacji sanitarnej w Starej Bystrzycy” została powołana przez wykonawcę PWM dla wykazania spełniania warunku wykonania zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie i/lub odbudowie dróg o nawierzchni bitumicznej i powierzchni co najmniej 6000 m². Odwołujący stwierdził, że z Poświadczenia z dnia 28 października 2019 r. wynika, że w ramach przedmiotowego zadania zrealizowane zostały prace polegające na wykonaniu budowy, przebudowy i remontu dróg innego rodzaju nawierzchni niż wymagana przez Zamawiającego, co podaje w wątpliwość także to, czy zakres prac polegających na budowie i/lub przebudowie i/lub odbudowie dróg o wymaganej przez Zamawiającego nawierzchni dotyczył powierzchni co najmniej 6000 m². Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, że nawierzchnie bitumiczne można podzielić na podtypy w zależności od ilości lepiszcza przeznaczonego do ich wykonania. Zamawiający podał, że należy wyróżnić trzy główne nawierzchnie:

- powierzchniowo bitumiczne, tj. naprawione płynnym lepiszczem drogi tłoczniowe czy też żwirowe,
- uzyskiwane z kruszyw bitumowanych (smołospoinowych) występujących w formie gorącej masy bitumicznej – wykorzystywane zarówno na jezdniach, jak i drogach przeznaczonych dla pieszych,
- wykonane z betonu asfaltowego i smołowego – wielowarstwowe, cechują się bardzo wysoką trwałością.

Zamawiający wskazał, że masa bitumiczna to mieszanka kruszywa, lepiszcza i wypełniacza stosowana w budownictwie drogowym. Mieszanki asfaltowe są stosowane w konstrukcji nawierzchni drogowej od początku XX wieku. Jak wyjaśnił Zamawiający, asfalt to określenie dla nawierzchni bitumicznych. Asfalt to materiał (lepka ciecz lub skała) pochodzenia naturalnego (asfalt naturalny) lub otrzymywany jako jedna z frakcji przerobu ropy naftowej (asfalt ponaftowy), o konsystencji stałej lub półstałej o barwie od ciemnobrązowej do czarnej. Jest on układem koloidalnym o dużej trwałości, składającym się z dwóch faz: rozproszonej (asfalteny) i rozpraszającej (oleje). Jest stosowany do budowy nawierzchni dróg, do produkcji papy oraz jako materiał izolacyjny (lepik asfaltowy). Jest to mieszanina wielocząsteczkowych węglowodorów łańcuchowych, cyklicznych oraz związków heterocyklicznych. O jakości asfaltu decyduje jego temperatura mięknięcia, ciągliwość, stopień penetracji, łamliwość. Należy do tak zwanych bitumów. Zamawiający uznał, że określenie: „nawierzchnie drogowe z mieszanek mineralno-bitumicznych asfaltowych” w pełni wpisuje się w opis warunku udziału w postępowaniu.

Izba miała na uwadze, że Odwołujący, na którym, zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania zasadności stawianych tez, nie złożył dowodu przeciwnego. Wobec możliwości interpretacji pojęcia nawierzchni bitumicznych zaprezentowanego przez Zamawiającego, którego Odwołujący skutecznie nie zakwestionował, Izba stwierdziła, że zawężanie tego pojęcia na użytek oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na niekorzyść wykonawcy byłoby działaniem nieuprawnionym.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca PWM nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VI pkt 2.3.1. SIWZ, a także wprowadził Zamawiającego w błąd przez powołanie się na wykonanie roboty „Przebudowa sieci wodociągowej oraz budowa kanalizacji sanitarnej w Starej Bystrzycy”, mimo że robota ta zrealizowana została w konsorcjum z „JATAX” Sp. z o.o. Przy ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu Izba wzięła pod uwagę oświadczenie wykonawcy PWM, że przy realizacji ww. zamówienia był wykonawcą istotnych części zamówienia, które obejmowały zakres wymagany obecnie przez Zamawiającego. Izba miała jednak na względzie orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, który stwierdził, że wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może polegać na doświadczeniu konsorcjum, którego był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Doświadczenie to należy oceniać w zależności

od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w realizację zamówienia. Trybunał podzielił w tym zakresie stanowisko Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Izba nie wyklucza przy tym możliwości powołania się przez wykonawcę PWM na przedmiotowe zamówienie, jednak w tym celu niezbędne byłoby wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zakresu faktycznie zrealizowanych przez wykonawcę PWM prac. Izba stwierdziła, że za wystarczające w tym względzie nie może zostać uznane oświadczenie złożone na rozprawie przez wykonawcę PWM, jak też dokumenty, które zostały złożone na posiedzeniu dotyczące realizacji ww. zamówienia, co do których brak jest pewności, że dotyczą pełnego zakresu zamówienia. Z uwagi na wspomniany powyżej formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz okoliczność objęcia oceną Izby czynności bądź zaniechania zamawiającego, Izba stwierdziła, że ustalenie zakresu faktycznej realizacji zamówienia przez wykonawcę PWM w ramach inwestycji w Starej Bystrzycy powinno odbyć się na etapie postępowania toczącego się przed Zamawiającym, aby Zamawiający mógł ewentualnie zweryfikować podjęte czynności.

Odwołujący podniósł zarzuty wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę PWM także w odniesieniu do roboty „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Przędzowice i Świątniki, gm. Sobótka”.

Podtrzymując przedstawione powyżej stanowisko dotyczące konieczności rozróżnienia pojęć „przyłącze kanalizacyjne” i „sieć” Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania złożonego przez wykonawcę PWM Poświadczenia z dnia 3 lipca 2015 r. w zakresie warunku dotyczącego wykonania zadania polegającego na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 6000 m (w tym min. 5000 m kanalizacji grawitacyjnej). W dokumencie tym w sposób jednoznaczny został rozróżniony zakres robót związanych z instalacją przyłączy – 1 222,94 mb (162 szt.), oraz osobno zakres robót związanych z budową sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej – 6 227 mb. Wobec tak ukształtowanej treści Poświadczenia, w ocenie Izby, brak jest podstaw do twierdzenia, że w ramach wskazanej w Poświadczeniu długości sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej (6 227 mb) realizowana była także budowa przyłączy. Odwołujący nie przedstawił dowodu na tę okoliczność. W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że wskazany w Poświadczeniu

z dnia 3 lipca 2015 r. oraz w Wykazie robót zakres robót, potwierdza spełnianie przez wykonawcę PWM warunku wykonania zadania polegającego na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 6000 m (w tym min. 5000 m kanalizacji grawitacyjnej).

W zakresie warunku dotyczącego budowy i/lub przebudowy i/lub odbudowy dróg o nawierzchni bitumicznej i powierzchni co najmniej 6000 m² Izba podtrzymuje stwierdzenia przytoczone powyżej dotyczące możliwości uznania, że wskazana w Poświadczeniu nawierzchnia drogowa z mieszanek mineralno-bitumicznych asfaltowych jest zaliczana do nawierzchni bitumicznych. W konsekwencji powyższego, Izba uznała, że powołana przez wykonawcę PWM robota „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Przewodowice i Świątniki, gm. Sobótka” potwierdza spełnianie przez wykonawcę PWM przedmiotowego warunku.

Reasumując, Izba stwierdziła, że wykazana przez wykonawcę PWM robota na rzecz Gminy Sobótka potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego.

Wobec stwierdzenia, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie objętym zarzutami zostały potwierdzone przez inwestycję dla Gminy Sobótka, Izba nie nakazała dokonania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy PWM do wyjaśnień w zakresie realizacji przyłączy kanalizacyjnych w ramach roboty „Przebudowa sieci wodociągowej oraz budowa kanalizacji sanitarnej w Starej Bystrzycy”, jak też faktycznego zakresu prac zrealizowanych przez wykonawcę PWM na tej inwestycji. Stwierdzenie zasadności wezwania wykonawcy PWM do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba nie mogła objąć zakresem rozpoznania zarzutu dotyczącego realizacji przez wykonawcę PWM zamówienia na rzecz Gminy Sobótka nie samodzielnie, a przez konsorcjum z Zakładem Inżynierii Sanitarnej „WINSAN” L. W. Z. W. Spółka jawna, bowiem nie został on podniesiony w odwołaniu. Należy mieć na uwadze, że zarzutu nie można wywodzić jedynie z powołanej przez wykonawcę w odwołaniu podstawy prawnej. Dla skutecznego podniesienia zarzutu Odwołujący zobowiązany był przywołać w odwołaniu także określone okoliczności, z których wywodzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Takich okoliczności dotyczących realizacji inwestycji „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Przewodowice i Świątniki, gm. Sobótka”

przez konsorcjum, nie samodzielnie przez wykonawcę PWM, Odwołujący w odwołaniu nie wskazał. Izba zaś na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mogła rozpoznać zarzutu nie podniesionego w odwołaniu.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :