

**WYROK**

z dnia 28 października 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2019 r. przez wykonawcę **A. S.-J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego Drobud A. S.-J., ul. Kępska 10, 45-129 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Specjalistyczny Szpital im. Ks. Biskupa Józefa Nathana w Branicach, ul. Szpitalna 18, 48-140 Branice**

przy udziale wykonawcy **K. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kazex S. K., ul. Oświęcimska 13, 48-100 Głubczyce**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A. S.-J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego Drobud A. S.-J., ul. Kępska 10, 45-129 Opole** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. S.-J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego Drobud A. S.-J., ul. Kępska 10, 45-129 Opole** tytułem wpisu od odwołania,
  
- 2.2. zasądza od wykonawcy **A. S.-J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego Drobud A. S.-J., ul. Kępska 10, 45-129 Opole** na rzecz zamawiającego **Specjalistycznego Szpitala im. Ks. Biskupa Józefa Nathana w Branicach, ul. Szpitalna 18, 48-140 Branice** kwotę **698 zł 73 gr** (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt osiem złotych siedemdziesiąt trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu dojazdu na posiedzenie.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „II przetarg Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej na terenie specjalistycznego szpitala w Branicach wraz z zagospodarowaniem terenu”, prowadzonym przez Specjalistyczny Szpital im. Ks. Biskupa Józefa Nathana w Branicach, ul. Szpitalna 18, 48-140 Branice (dalej „zamawiający”) wykonawca A. S.-J., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego Drobud A. S.-J., ul. Kępska 10, 45-129 Opole (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kazax K. S., ul. Oświęcimska 13, 48-100 Głubczyce (dalej „Kazex”),
2. zaniechania wykluczenia Kazex z postępowania,
3. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Kazex z uwagi na wprowadzenie przez tego wykonawcę zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
3. ewentualnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania Kazex do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Kazex z uwagi na nie potwierdzenie przez tego wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V punkt 4 lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie wykazania wykonania minimum 2 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (tj. budowa kanalizacji sanitarnej) o wartości min. 100 000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) każda,
5. ewentualnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4, poprzez zaniechania wezwania Kazex do

wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,

6. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 lub 17, poprzez wybór oferty Kazex 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,
7. art. 91 ust. 1, poprzez zaniechania 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 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Kazex jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert,
3. wykluczenia wykonawcy Kazex 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 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.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp odwołujący podał, że zgodnie z treścią rozdziału V punkt 4 lit. a i b SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców spełnienia następujących warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej: *„Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli w zał. nr 3 do SIWZ złoży odpowiednie oświadczenie, a następnie na wezwanie Zamawiającego i w wyznaczonym przez niego terminie przedłoży Zamawiającemu:*

*a. wykaz minimum 2 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (tj. budowa kanalizacji sanitarnej) o wartości min. 100 000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) każda, wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres*

*prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotu, na rzecz którego robota ta została wykonana – bazując na zał. nr 4 do SIWZ Wykaz robót;*

*b. dowody określające, czy te roboty budowlane zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, 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 dokument/*

Odwołujący podał także, że na potwierdzenie spełnienia warunku przewidzianego w rozdziale V punkt 4 lit. a SIWZ wykonawca Kazex przedstawił referencje wystawione przez podmioty, na rzecz których wykonane zostały roboty budowlane wymienione w Wykazie robót stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ, będącym jednocześnie załącznikiem do oferty Kazex (dalej: „Wykaz robót”).

Stwierdził, że z załączonych do oferty referencji wynikało, że wykonawca Kazex zrealizował następujące roboty budowlane na rzecz:

1. A. M. Sp. j., ul. Powstańców Śląskich 89, 47-480 Pawłów, realizacja inwestycji pn. „Kompleks magazynów na zboże – drogi i place manewrowe wraz z budynkiem laboratoryjno-sanitarnym”, obejmującej następujące zadania: „*wykonanie wymiany gruntu, wykonanie wodociągu z hydrantami i studnią kanalizacji sanitarnej i deszczowej, wykonanie ogrodzenia oraz nawierzchni z kostki brukowej*”;
2. Danko Hodowla Roślin Sp. z o.o. z siedzibą w Choryni, Zakład Nasiennie-Rolny Modzurów, ul. Słowackiego 9, 47-411 Rudnik, realizacja inwestycji pn. „Remont Generalny Warsztatu w Modzurowie” obejmującej następujące zadania: „*roboty ziemne, wykonanie kanalizacji deszczowej wraz z separatorem oraz instalacji odgromowej, ułożenie nawierzchni z kostki betonowej, wartość robót związanych z budową kanalizacji deszczowej 129.000,00 zł brutto*”;
3. A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AMM Transport A. M., ul. Wyzwolenia 47, 47-480 Krowiarki, realizacja inwestycji pn. „Wykonanie utwardzenia placu manewrowego w Baborowie”, obejmującej następujące zadania: „*wykonanie wymian gruntu, wykonanie kanalizacji deszczowej i sanitarnej oraz wykonanie nawierzchni z kostki brukowej, wartość prac związanych z budową kanalizacji deszczowej wynosiła ok. 118.000, 00 zł brutto*,”

W ocenie odwołującego w powyższym zakresie doszło do złożenia informacji niezgodnych z rzeczywistością i żadna z ww. referencji w rzeczywistości nie potwierdza

spełnienia przez Kazex warunku udziału określonego w rozdziale V punkt 4 lit. a SIWZ.

W odniesieniu do robót wykonanych na rzecz A. M. Sp. j. odwołujący wskazał, iż informacje podane w referencjach z dnia 31 lipca 2019 r. są niezgodne z rzeczywistością, ponieważ A. M. Sp. j. w 2019 r. nie był inwestorem w postępowaniu na realizację inwestycji pn. „Kompleks magazynów na zboże – drogi i place manewrowe wraz z budynkiem laboratoryjno-sanitarnym”, co potwierdza Rejestr zgłoszeń budowy uzyskany ze strony internetowej BIP Starostwa Powiatowego w Głubczycach (dalej „Rejestr”) (<http://bip.powiatgubczvcki.pl/1950/zgloszenia-budowv.htmn>).

Wskazał, że z informacji uzyskanych na podstawie Rejestru w 2019 r. na rzecz A. M. Sp. j. zrealizowana została wyłącznie jedna inwestycja pn. „Budowa przyłącza kablowego 15kV wraz z kontenerową stacją transformatorową do zasilania kompleksu magazynowego na zboże firmy A. M. w Baborowie.” (pozycja nr 45 Rejestru). Odwołujący uznał, że powyższe wskazuje, iż Kazex nie zrealizował na rzecz A. M. Sp. j. robót wskazanych w referencjach z dnia 31 lipca 2019 r., w związku z czym Kazex 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.

Dowód: Wyciąg z Rejestru zgłoszeń budowy uzyskany ze strony internetowej BIP Starostwa Powiatowego w Głubczycach.

W odniesieniu do referencji z dnia 12 kwietnia 2018 r. wystawionych przez Danko Hodowla Roślin Sp. z o.o. z siedzibą w Choryni (dalej „Danko”) odwołujący podniósł, że nie potwierdzają one rzeczywistej realizacji wskazanych w nich robót, ponieważ inwestycja pn. „Remont Generalny Warsztatu w Modzurowie” nie była w ogóle realizowana na rzecz ww. podmiotu. Wskazał, że z informacji uzyskanych ze strony internetowej Danko (<http://danko.pl/przetarqi/lokaiizacia-modzurow/>) nie wynika, aby powyższa inwestycja została wykonana na rzecz Danko, a tym bardziej, aby zrealizował ją Kazex.

Dodatkowo podniósł, że w treści referencji Danko potwierdził, że w ramach zamówienia wykonana została kanalizacja deszczowa, podczas gdy w rozdziale V punkt 4 lit. a SIWZ zamawiający wymagał wykazania się realizacją budowy kanalizacji sanitarnej wobec czego nie sposób uznać, aby zakres referencji potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Stwierdził, że wykonawca Kazex, przedstawiając referencje z dnia 12 kwietnia 2018 r. 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 wykonawca Kazex powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

W odniesieniu do referencji z dnia 2 lipca 2018 r. wystawionych przez A. M.,

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AMM Transport A. M. (dalej „AMM”) odwołujący podniósł, że nie potwierdzają realizacji robót, które pozwalałyby na wykazanie spełnienia przez Kazex warunku udziału w postępowaniu postawionego w rozdziale V punkt 4 lit. a SIWZ, ponieważ na stronie internetowej BIP Starostwa Powiatowego w Głubczycach publikowane są wszystkie decyzje Starosty Głubczyckiego o udzieleniu pozwolenia na budowę oraz zgłoszenia rozpoczęcia budowy nie wymagającej uzyskania pozwolenia (<http://bip.powiatglubczycki.pl/732/740/obwieszczenie-starosty-glubczyckiego.html>), z którego to katalogu wynika, że wobec AMM została wydana tylko jedna decyzja Starosty Głubczyckiego z dnia 12 marca 2018 r. nr 61/2018 w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę dla inwestycji polegającej na budowy podziemnego zbiornika paliwa – niekomercyjnej stacji paliw w miejscowości Baborów przy ulicy Wincentego Witosa.

Wobec braku dokonania na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz.U z 2019 poz.1186) zgłoszenia robót, polegających na budowie kanalizacji sanitarnej w wątpliwość poddał rzetelność informacji wynikających z referencji – bez dokonania zgłoszenia robót mogło dojść co najwyżej do wykonania robót polegających na budowie kanalizacji deszczowej, co nie jest równoznaczne z budową kanalizacji sanitarnej i nie potwierdza spełnienia wymogu.

Uznał, że treść referencji z dnia 2 lipca 2018 r. świadczy o wprowadzeniu przez Kazex zamawiającego w błąd, co miało wpływ na realizację czynności związanych z prawidłowym badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, przez co Kazex powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Dowód: Obwieszczenie Starosty Głubczyckiego z dnia 12 marca 2018 r.

Odwołujący podsumował, że wobec wystąpienia powyższych okoliczności stwierdzić należy, iż Kazex, podając w Wykazie robót informację o rzekomej realizacji budowy kanalizacji sanitarnej w ramach robót, na podstawie których wystawiono ww. referencje próbował wprowadzić zamawiającego w błąd; działanie Kazex odniosło skutek ze względu na niezasadny wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Podkreślił, że dla uznania, że wykonawca jest winny wprowadzenia zamawiającego w błąd wystarczająca jest wina najłżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Powołał się na wyrok Izby z 7 marca 2019 r., sygn. akt: KIO 271/19: „*O ile w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. jednoznacznie wskazano, że może być zastosowany wyłącznie jeśli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa to w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. odpowiedzialność wykonawcy ukształtowana została w sposób odmienny. Przepis ten dopuszcza zatem wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego*



*w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy tj. lekkomyślności lub niedbalstwa".*

Odwołujący stanął na stanowisku, że wstrzymując się od wykluczenia z postępowania wykonawcy Kazex 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. Podkreślił, że nie ma znaczenia, że informacje wskazane w Wykazie robót oraz w Referencjach zostały wystawione przez podmioty, na rzecz których Kazex rzekomo realizował przedmiotowe inwestycje. Kazex jako profesjonalista jest bowiem zobowiązany do dokonywania czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem staranności wynikające z zawodowego charakteru prowadzonej działalności. W związku z powyższym Kazex odpowiedzialny jest za rzetelność informacji podawanych przez podwykonawców czy podmioty wystawiające na jego rzecz referencje.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, iż przy okazji uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp potwierdził, iż Kazex nie zrealizował minimum dwóch robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (tj.. budowa kanalizacji sanitarnej) o wartości min. 100 000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) każda, a referencje wystawione w celu potwierdzenie spełnienia wymogu z rozdziału V punkt 4 lit. a SIWZ albo nie pokrywały się z rzeczywistością, albo dotyczyły innego przedmiotu zamówienia niż wymagano w warunkach udziału w postępowaniu, a w dalszej konsekwencji, że Kazex nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego z rozdziału V punkt 4 lit. a V SIWZ, w związku z czym zgodnie z treścią rozdziału V punkt 5 SIWZ 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 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.

Zaznaczył, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia są związani treścią SIWZ, tak też zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi w postanowieniach SIWZ zasadami.

Stwierdził, że treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, iż skoro Kazex nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

powinien zostać z tego postępowania wykluczony.

Podsumował, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Kazex, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 lub 17 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że wybór jako najkorzystniejszej oferty Kazex był niedopuszczalny, 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 Kazex na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Uzupełnił, 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.

Stwierdził, że 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.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 18 października 2019 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 28 października 2019 r., dowodów złożonych przez przystępującego, przywołanych w dalszej części uzasadnienia, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego – bezpodstawne uznanie jej za najkorzystniejszą w wyniku zaniechania

wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu oznaczałoby, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia – oferta odwołującego została sklasyfikowana bezpośrednio za ofertą przystępującego (złożono jedynie dwie oferty).

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenia pozostałych w związku z art. 7 przepisów, tj.

- art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Kazex z uwagi na wprowadzenie przez tego wykonawcę zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,
- ewentualnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania Kazex do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Kazex z uwagi na nie potwierdzenie przez tego wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V punkt 4 lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) w zakresie wykazania wykonania minimum 2 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (tj. budowa kanalizacji sanitarnej) o wartości min. 100 000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) każda,
- ewentualnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4, poprzez zaniechania wezwania Kazex do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 lub 17, poprzez wybór oferty Kazex 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,
- art. 91 ust. 1, poprzez zaniechania 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

odrzuconiu  
nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale V pkt 4 SIWZ zamawiający podał „Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej jeśli w załączniku nr 3 do SIWZ złoży odpowiednie oświadczenie, a następnie na wezwanie Zamawiającego i w wyznaczonym przez niego terminie przedłoży Zamawiającemu: a. wykaz minimum 2 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (tj. budowa kanalizacji sanitarnej) o wartości min. 100 000,00 zł brutto (...) każda, wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...); b. dowody określające, czy te roboty budowlane zostały wykonane lub są wykonywane należycie (...), przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty (...)”.

W dniu 2 października 2019 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, tj. m.in. Wykazu robót budowlanych (dalej „Wykaz robót”) oraz „dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie”.

W złożonym przez przystępującego Wykazie robót przystępujący ujął trzy następujące pozycje:

1. „Kompleks magazynów na zboże – drogi i place manewrowe wraz z budynkiem laboratoryjno – sanitarnym, Baborów” z zakresem robót: „Wykonanie wymiany gruntu, wykonanie wodociągu z hydrantami i studnią, budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej, wykonanie ogrodzenia oraz nawierzchni z kostki brukowej” dla A. M. sp.j. z Pawłowa, realizacja od 01.07. do 31.07.2019 r. o wartości 1 082 400,00 zł,
2. „Remont generalny warsztatu w Modzurowie, Modzorów” z zakresem robót: „rozebranie nawierzchni z płyt betonowych, roboty ziemne, wykonanie kanalizacji deszczowej wraz z separatorem oraz instalacji odgromowej, ułożenie nawierzchni z kostki betonowej, wywóz i zagospodarowanie gruzu” dla Danko Hodowla Roślin Sp. z o.o. z Choryni Zakład Nasiennie-Rolny, realizacja od 16.06. do 03.08.2017 r. o wartości 228 780,00 zł,
3. „Wykonanie utwardzenia placu manewrowego w Baborowie, Baborów” z zakresem robót: „Wykonanie wymiany gruntu, wykonanie kanalizacji deszczowej i sanitarnej oraz wykonanie nawierzchni z kostki brukowej” dla AMM Transport A. M. z Krowiarek.

W odniesieniu do ww. trzech pozycji przystępujący złożył odpowiednio referencje:

1. z dnia 31 lipca 2019 r., w których zamawiający potwierdził w szczególności wskazany w Wykazie robót zakres robót oraz oświadczył, że *„Zlecone zadania zostały zrealizowane w terminach umownych, prace były wykonane przez wykwalifikowanych pracowników zgodnie z przepisami prawa budowlanego.”*
2. z dnia 12 kwietnia 2018 r., w których zamawiający potwierdził w szczególności wykonanie kanalizacji deszczowej oraz oświadczył, że *„Roboty budowlane zostały wykonane należycie, w uzgodnionym w umowie terminie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego.”*
3. z dnia 2 lipca 2018 r., w których zamawiający roboty potwierdził w szczególności wskazany w Wykazie robót zakres robót oraz oświadczył, że *„Zlecone zadania zostały zrealizowane w terminach umownych, prace były wykonane przez wykwalifikowanych pracowników zgodnie z przepisami prawa budowlanego.”*

Zgodnie z Protokołem posiedzenia komisji przetargowej z dnia 7 października 2019 r. referencje złożone przez przystępującego *„zostały zweryfikowane przez Zamawiającego – uzyskaliśmy informacje, że wszystkie roboty przedstawione w referencjach zawierają prawidłowy zakres prac, zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego wraz w terminie”* (str. 1 Protokołu).

Pismem z dnia 8 października 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego, wskazując że uzyskała łącznie 100 pkt oraz, że *„spełnia warunki określone w SIWZ i jest najkorzystniejsza wg kryterium oceny ofert.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wskazuje, że brzmienie ustanowionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie pozostawia wątpliwości co do tego, że pomimo tego, iż przedmiotem zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej na terenie Specjalistycznego Szpitala w Branicach wraz z zagospodarowaniem terenu (rozdział III SIWZ) to zamawiający zawęził rozumienie robót odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia do budowy kanalizacji sanitarnej.

Zamawiający nie zdefiniował co prawda, jak rozumie „kanalizację sanitarną”, jednak odwołując się do rozumienia wyrazu „sanitarny” na gruncie języka polskiego (sanitarny to dotyczący spraw zdrowia i higieny, mający na celu zapobieganie chorobom zakaźnym i społecznym) oraz „deszczowy” (deszczowy to przymiotnik od deszcz – chmury, opady, deszcz – woda pochodząca z opadów deszczowych) uznać należy, że są to dwa

znaczeniowe różne wyrazy, tym samym rozumienie kanalizacji sanitarnej jako kanalizacji odbierającej opady deszczowe jest całkowicie niezasadne.

Skład orzekający Izby zauważyła, co wielokrotnie podkreślała w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza, że błędne wyrażenie intencji zamawiającego w treści SIWZ (*zamawiający na rozprawie oświadczył, że „przez przeoczenie, w nawiasie, obok kanalizacji sanitarnej, nie wskazał, że chodzi także o kanalizacje deszczową”* – str. 5 Protokołu posiedzenia i rozprawy) nie może prowadzić do tego, aby na etapie badania i oceny ofert zamawiający odstąpił od jednoznacznie wskazanego w SIWZ sposobu oceny zdolności wykonawców na rzecz sposobu, który nie znajduje oparcia w brzmieniu SIWZ, a zgodnego z intencjami zamawiającego.

Postanowienia SIWZ są wiążące dla wykonawców, którzy wedle nich ocenili adekwatność swoich zdolności technicznych do oczekiwań zamawiającego i zdecydowali ubiegać się o zamówienie (poprzez złożenie oferty), a jednocześnie dla zamawiającego, który wedle nich winien dokonać oceny zdolności wykonawców.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że wskazanie przez przystępującego w pozycji 2 Wykazu robót zadania obejmującego wykonanie jedynie kanalizacji deszczowej w sytuacji, gdy warunek mówił o kanalizacji sanitarnej jako rodzajowo odpowiadającej przedmiotowi zamówienia nie może stanowić potwierdzenia zdolności technicznej przystępującego.

Jednocześnie jednak skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał, iż przystępujący przedstawił zamawiającemu jakiejkolwiek informacje nieprawdziwe w odniesieniu do pozycji 2 Wykazu robót. Z całą pewnością nie można uznać, że robót ujętych w tej pozycji nie wykonano na tej podstawie, że brak jest informacji o ich realizacji przez przystępującego na rzecz Danko na stronie internetowej tegoż podmiotu, ponieważ nie sposób przypisać Danko – spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, nie prowadzącej przetargów w oparciu o przepisy o zamówieniach publicznych, obowiązku wskazywania i opisu na swojej stronie internetowej inwestycji realizowanych dla tegoż podmiotu.

W dalszej kolejności skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że przystępujący w sposób przewidziany przez zamawiającego wykazał zdolności techniczne uzyskane przy realizacji dwóch innych robót budowlanych wskazanych w Wykazie robót, tj. w pozycji 1 i 3 – co jest wystarczające w świetle warunku z rozdziału V pkt 4a SIWZ, przewidującego wykazanie zdolności technicznych właśnie dla dwóch robót budowlanych.

Przystępujący złożył bowiem, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego wyartykułowanymi w SIWZ, zarówno Wykaz robót z zakresem obejmującym w pozycji 1 i 3 m.in. kanalizację sanitarną oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie robót z tych

pozycji.

Skoro, pomimo złożenia przez przystępującego wszystkich dokumentów zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego wskazanym w SIWZ, odwołujący twierdził, że złożone przez przystępującego referencje zawierają informacje niezgodne z rzeczywistością i domagał się wykluczenia z tego względu przystępującego to obowiązkiem odwołującego było udowodnienie tegoż twierdzenia (*„Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”* – art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Uwzględniając konsekwencje decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu, tj. pozbawienie wykonawcy szansy na uzyskanie zamówienia, a zatem zniweczenie celu udziału wykonawcy w postępowaniu, wykluczenie to nie może budzić żadnych wątpliwości.

Odwołujący twierdził, że informacje przedstawione przez przystępującego są nieprawdziwe, ponieważ roboty budowlane, których informacje dotyczą nie zostały wskazane w obwieszczeniach o wydaniu decyzji o pozwoleniu na budowę oraz w rejestrze zgłoszeń budowy pozyskanych ze strony internetowej BIP starostwa powiatowego w Głubczycach (pozycje 1 i 3).

Odwołujący utrzymywał, że podmiot z pozycji 1 Wykazu robót nie był inwestorem budowy o nazwie ujętej w kolumnie „Nazwa i lokalizacja budowy”, ponieważ z Rejestru zgłoszeń budowy wynika, że podmiot ten zgłosił inwestycję o innej nazwie. W ocenie składu orzekającego Izby inny sposób określenia inwestycji w zgłoszeniu i na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może dowodzić, że ujęte w Wykazie robót w kolumnie „Opis i zakres wykonywanych robót” roboty nie zostały zgłoszone lub nie zostały wykonane.

Nie może tego także dowodzić złożona przez odwołującego dokumentacja skoro nie sposób ocenić, czy wyczerpywała ona dokumentację zgłaszanej inwestycji (dokumentacja wydaje się raczej szczątkowa).

Odwołujący utrzymywał także, że podmiot z pozycji 3 Wykazu robót nie był inwestorem budowy o nazwie ujętej w kolumnie „Nazwa i lokalizacja budowy”, ponieważ z obwieszczeń Starosty Głubczyckiego o wydanych decyzjach o pozwoleniu na budowę wynika, że podmiot ten uzyskał decyzję o pozwoleniu na budowę – inwestycję o innej nazwie. Ponownie skład orzekający Izby wskazuje, że inny sposób określenia inwestycji w obwieszczeniu i na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może dowodzić, że ujęte w Wykazie robót w kolumnie „Opis i zakres wykonywanych robót” roboty nie zostały wykonane.

Nie może tego także dowodzić złożona przez odwołującego dokumentacja skoro nie sposób ocenić, czy wyczerpywała ona dokumentację, na podstawie której wydano decyzję o pozwoleniu na budowę (dokumentacja wydaje się raczej szczątkowa).

Odwołujący przyjął, że wykonanie kanalizacji sanitarnej wymaga zgłoszenia na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) [dalej „ustawa Pb”].

Zgodnie ze wskazanym przepisem: *„Zgłoszenia organowi administracji architektoniczno-budowlanej wymaga, z zastrzeżeniem art. 29 ust. 3 i 4: 1) budowa, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1 lit. b-d, pkt 1a-2b, 3, 3a, 9, 11, 12, 14, 16, 19, 19a, 20aa oraz 28”*

W art. 29 ust. 1 pkt 19a wskazano pod lit. c) sieci kanalizacyjne, jednocześnie jednak w art. 29 ust. 1 pkt 20 mowa o przyłączach m.in. kanalizacyjnych (*„Pozwolenia na budowę nie wymaga budowa: (...) 20) przyłączy: elektroenergetycznych, wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, ciepłych i telekomunikacyjnych”*), w odniesieniu do których przewidziano tryb alternatywny – *„Budowa przyłączy, o których mowa w art. 29 ust. 1 pkt 20 (...) wymaga sporządzenia planu sytuacyjnego na kopii aktualnej mapy zasadniczej lub mapy jednostkowej przyjętej do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego.”*

Ustawa Pb w art. 3 nie definiuje „przyłącza kanalizacyjnego”, zdefiniowano je w art. 2 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę oraz zbiorowym odprowadzaniu ścieków (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1437) jako *„odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług z siecią kanalizacyjną, za pierwszą studzienką, liczoną od strony budynku, a w przypadku jej braku do granicy nieruchomości”*.

Uwzględniając wskazany powyżej sposób rozumienia „przyłącza kanalizacyjnego”, a jednocześnie brak wskazania w SIWZ sposobu rozumienia „kanalizacji sanitarnej” uprawnionym jest wniosek, że kanalizacja sanitarna, o której mowa w rozdziale V pkt 4 lit. a) SIWZ (kanalizacja w języku polskim rozumiana jest jako zespół urządzeń sanitarnych do odprowadzenia ścieków oraz wód opadowych poza obręb domu, osiedla, zespół urządzeń do oczyszczenia ścieków) to zarówno sieci kanalizacyjne, jak i przyłącza kanalizacyjne.

Biorąc pod uwagę powyższe, o ile skład orzekający Izby uznał, na podstawie przedłożonych przez odwołującego obwieszczeń o wydaniu decyzji o pozwoleniu na budowę i rejestru zgłoszeń budowy starostwa powiatowego w Głubczycach, że odwołujący wykazał, że ujęte w ramach pozycji 1 i 3 wykonanie kanalizacji sanitarnej nie poprzedzono uzyskaniem pozwolenia na budowę albo zgłoszeniem, o tyle skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołujący nie wykazał iżby wykonanie kanalizacji sanitarnej rozumianej na potrzeby oceny spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej także jako przyłącze kanalizacyjne nie nastąpiło „przy okazji” budów z pozycji 1 i 3 Wykazu robót z wykorzystaniem trybu alternatywnego, o którym mowa w art. 29a ust. 1 ustawy Pb.



Wątpliwość ta, wobec przedłożenia przez przystępującego przewidzianych w postanowieniach SIWZ dokumentów w odniesieniu do pozycji 1 i 3, tj. Wykazu robót wraz z referencjami nie dawała podstaw, aby uznać, że informacje przedstawione przez przystępującego były nieprawdziwe.

Skład orzekający Izby zauważył nadto, że założenie złożenia nieprawdziwych oświadczeń przez osoby reprezentujące trzy różne podmioty gospodarcze nie wydaje się prawdopodobne.

Uznając, że przystępujący wykazał, poprzez złożenie na wezwanie zamawiającego wskazanych w SIWZ dokumentów, spełnianie warunku w zakresie zdolności technicznych skład orzekający Izby uznał w konsekwencji, że brak było podstaw do wzywania przystępującego do składania wyjaśnień w tym zakresie, a także, uznając, że odwołujący nie wykazał izby referencje zawierały informacje nieprawdziwe, skład orzekający Izby uznał również, że nie istnieją podstawy do wykluczenia przystępującego z zastosowaniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, a w dalszej kolejności, że zamawiający zasadnie dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty przystępującego (nie zaś odwołującego).

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący** .....S.....