

Sygn. akt: KIO 961/21

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miejską Kraków – Urząd Miasta Krakowa

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 364 zł 01 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt cztery złote jeden grosz) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, 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 - Gmina Miejska Kraków – Urząd Miasta Krakowa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Wielowariantowa koncepcja budowy linii tramwajowej wraz z pętlą tramwajową oraz parkingiem P+R i rozbudowy ulicy Domagały w obszarze Rybitw – powtórzenie (nr referencyjny: OR-10.271.114.2020). Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 245-607879. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 26 marca 2021 r. wykonawca Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu i odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymagania zamawiającego określonego w pkt 5.1.1.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), dla którego wymagano dokumentów wymienionych w pkt 6.2.2. SIWZ - a w tym: a) nieprawidłowego zastosowania instytucji wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, tj. bez zakreślenia w ww. wezwaniu, która z instytucji ma zastosowanie do konkretnego elementu wezwania; b) zaniechania prawidłowego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dla ewentualnie budzącego wątpliwości zamawiającego elementu naliczenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu części czynności usługi opisanej w Poświadczeniu GDDKiA z dnia 7 lutego 2019 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a. art. 24 ust. 12 ustawy Pzp i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe zastosowanie ww. przepisów dla stanu faktycznego, w którym odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem jego oferta nie podlega także odrzuceniu;
- b. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez nadmiarowe wezwanie do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami dla wymagania zawartego w pkt 5.1.1.3 SIWZ i pkt. 6.2.2 SIWZ;
- c. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ewentualnie budzącego wątpliwości zamawiającego elementu dot. naliczenia kar umownych opisanych w dokumencie - Poświadczeniu GDDKIA z dnia 7 lutego 2019 r.
- d. ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez niezgodne z treścią przepisów jednoczesne zastosowanie wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów dla tej samej okoliczności, tego samego dokumentu w powiązaniu z art. 7 ustawy Pzp i wyrażoną w nim zasadą przejrzystości w prowadzeniu postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 18 marca 2021 r. wykluczającej odwołującego z postępowania i odrzucającej jego ofertę.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 kwietnia 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania. Zamawiający wskazał, że informację o odmowie uznania przez zamawiającego opracowania dla mostu w Kurowie za usługę wykonaną należycie odwołujący powziął w dniu 8 marca 2021 r., kiedy to zamawiający wystosował do zamawiającego wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W ocenie zamawiającego odwołujący winien był wnieść odwołanie w terminie liczonym od dnia doręczenia odwołującemu ww. wezwania. Odwołanie wniesione w dniu 26 marca 2021 r. jest zdaniem zamawiającego odwołaniem wniesionym z uchybieniem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

W przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania zamawiający wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego.

III. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp z 2019 r.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania. Odwołujący podniósł zarzuty wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Ponadto w odwołaniu zostały również podniesione zarzuty wobec czynności zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, pozostającej w ścisłym związku z pierwszą z wymienionych czynności. Jest to czynność składająca się na procedurę badania i oceny oferty wykonawcy, zakończonej w niniejszej sprawie uznaniem przez zamawiającego, że wykonawca (odwołujący) nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym podlega wykluczeniu z postępowania, a złożoną przez niego ofertę należy uznać za odrzuconą. Mając to na uwadze Izba uznała za dopuszczalne podniesienie zarzutów wobec czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na etapie odwołania wobec czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania i w konsekwencji uznała, że odwołanie nie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp z 2019 r. (informacja o czynności wykluczenia z postępowania została doręczona odwołującemu w dniu 18 marca 2021 r.)

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie przez odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.1.3 SIWZ dotyczącego wykonania opracowania (KT – Koncepcja Techniczna lub PB – Projekt budowlany) w zakresie projektowania mostów o długości co najmniej 50m. Zamawiający uznał, że żadna z usług przedstawiona przez odwołującego nie potwierdza spełniania ww. warunku, tj. zarówno pierwotnie przedstawiona usługa (Wykonanie dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia pn. Budowa mostu przez rzekę Dunajec w miejscowości Kurów, w ciągu drogi krajowej nr 75 wraz z dojazdami oraz rozbiórką istniejącego mostu), jak i usługa przedstawiona w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 marca 2021 r. Okoliczność, że usługa przedstawiona w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 marca 2021 r. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu nie jest pomiędzy stronami sporna. Odwołujący nie zgodził się natomiast ze stanowiskiem zamawiającego, że także pierwotnie przedstawiona usługa

spełnienia tego warunku nie potwierdza, czemu dał wyraz udzielając odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 marca 2021 r. (pismo z dnia 10 marca 2021 r.). W odniesieniu do tej usługi zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał, że: „Z dołączonego poświadczenia dla tego opracowania wynika, iż usługa „została wykonana należycie” oraz, że „z tytułu zwłoki w przekazaniu części opracowań geologicznych naliczone zostały kary umowne w łącznej wysokości 38 074,56 zł”. Kwota ta stanowi ok. 7% całości wynagrodzenia. Z powodu zwłoki (tj. okoliczności zawinionej przez Wykonawcę) i naliczonej z jej powodu kary, usługi tej nie można uznać za należycie wykonaną. Integralnym elementem usługi polegającej na wykonaniu koncepcji technicznej lub projektu budowlanego jest bowiem wykonanie odpowiednich opracowań geologiczno-inżynierskich, a nienależyte (nieterminowe) wykonanie tej części oznacza, iż nie całe zamówienie zostało wykonane zgodnie z umową, nawet jeśli ostatecznie wykonano zakres rzeczowy poprawnie merytorycznie.”

Odnosząc się do powyższego, jak i stanowisk stron przedstawionych w toku postępowania odwoławczego, należy stwierdzić, że należyte wykonania usługi niewątpliwie należy oceniać nie tylko pod względem merytorycznym, ale także pod względem dochowania terminu jej realizacji. Jednakże naliczenie kar umownych nie zawsze będzie oznaczało, że mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem usługi na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba podziela pogląd, że oceny w tym zakresie należy dokonywać w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy. Przyjęcie poglądu, że obciążenie wykonawcy karami umownymi automatycznie oznacza nienależyte wykonanie usługi na gruncie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie odpowiadałoby realiom wykonywania kontraktów i prowadziło do niekorzystnej dla zamawiających sytuacji, w których wykonawcy w znaczącej ilości przypadków obciążenia ich karami umownymi przez zamawiającego, bez względu na okoliczności naliczenia tych kar jak i ich wysokość, występowałyby na drogę postępowania sądowego lub pozasądowego.

W niniejszej sprawie odwołujący przedstawił poświadczenie (Poświadczeniu GDDKiA z dnia 7 lutego 2019 r.), w którym podmiot, na rzecz którego usługa referencyjna została zrealizowana, potwierdził fakt jej należytego wykonania. W poświadczeniu tym została również zawarta informacja, że z tytułu zwłoki w przekazaniu części opracowań geologicznych naliczone zostały kary umownych w łącznej wysokości 38 074,56 zł. Z powyższego wynika, że pomimo naliczenia kar umownych ww. podmiot uznał usługę za należycie wykonaną. Ocena wyrażona przez podmiot, na rzecz którego usługa została zrealizowana, nie odbiera zamawiającemu prawa do dokonania samodzielnej oceny.

Jednakże mając na uwadze treść ww. poświadczenia, tj. potwierdzenie należytego wykonania usługi, w przypadku gdy zamawiający wyraża odmienną ocenę od oceny należytego wykonania umowy przez podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana, powinien umożliwić wykonawcy przedstawienie wyjaśnień poprzez wystosowanie do niego wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Po przedstawieniu wyjaśnień przez wykonawcę zamawiający powinien zbadać spełnianie warunku udziału w postępowaniu uwzględniając konkretne okoliczności sprawy. Mając na uwadze powyższe Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ewentualnie budzącego wątpliwości zamawiającego elementu dot. naliczenia kar umownych opisanych w dokumencie - Poświadczeniu GDDKIA z dnia 7 lutego 2019 r, jak i zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez nadmiarowe wezwanie do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami dla wymagania zawartego w pkt. 5.1.1.3 SIWZ i pkt. 6.2.2. SIWZ, przyjmując, że poprzez „nadmiarowe” wezwanie należy rozumieć wezwanie przedwczesne, bez uprzedniego zwrócenia się do odwołującego o złożenie wyjaśnień.

Jak wynika z uzasadnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający oparł swą decyzję o stwierdzenie faktu obciążenia wykonawcy karami umownymi z tytułu zwłoki oraz wysokość procentową tych kar w stosunku do całkowitej wartości zamówienia. W odniesieniu do pierwszej okoliczności należy w ocenie Izby wziąć pod uwagę konkretne przyczyny obciążenia wykonawcy karami umownymi. Nawet w przypadku naliczenia kar za zwłokę, a nie za opóźnienie, mogą występować okoliczności, które powodują, że okoliczność naliczenia kar umownych nie stoi naprzeciwko możliwości uznania usługi za należyte wykonaną, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zaś chodzi o wysokość kar umownych w stosunku do całkowitej wartości wynagrodzenia, to należy zauważyć, że kary te są określane w umowach na bardzo różnym poziomie. Wysokość kar umownych ustalają zamawiający, a wpływ wykonawców jest tu bardzo ograniczony. Przyjmowanie do oceny w tym zakresie jakiegokolwiek automatyzmu jest zatem nieuzasadnione.

W ocenie Izby wyjaśnienia i dowody przedstawione przez odwołującego w ramach odwołania przemawiają za uznaniem, że pomimo okoliczności naliczenia kar umownych przedstawiona przez niego usługa „Wykonanie dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia pn. Budowa mostu przez rzekę Dunajec w miejscowości Kurów, w ciągu drogi krajowej nr 75 wraz z dojazdami oraz rozbiórką istniejącego mostu” może zostać uznana za potwierdzającą spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący przedstawił okoliczności mające wpływ na przekroczenie terminu wykonania opracowania geologiczno-inżynierskiego (zalanie terenu zbiornika tak, że nie było możliwe wjechanie sprzętem

niezbędnym dla wykonania odwiertów, które są potrzebne do opracowania dokumentacji geologiczno- inżynierskiej), na co przedstawił dowody w postaci pisma Sweco z dnia 12 października 2016 r. - Załącznik A; pisma GDDKiA z dnia 24 października 2016 r. dot. wysokiego stanu wody w Jez. Rożnowskim i braku możliwości wykonania badań geologicznych - Załącznik B; polecenia zmiany z dnia 15 listopada 2016 r. dot. wyłączenia opracowań geologicznych z Etapu I do Etapu II - Załącznik C. Dowody na okoliczności przeciwnie nie zostały przedstawione. W ocenie Izby istotna jest podnoszona przez odwołującego okoliczność, że przekroczenie terminu w przekazaniu opracowania geologiczno-inżynierskiego nie wpłynęło na zakłócenie pozostałych terminów realizacji usługi - wszystkie terminy zostały dotrzymane, a w konsekwencji przekroczenie terminu w przekazaniu opracowania geologiczno-inżynierskiego nie spowodowało negatywnych skutków dla całości zamówienia, czy szkody po stronie GDDKiA. Podmiot ten ponownie potwierdził należyte wykonanie usługi referencyjnej w piśmie z dnia 26 marca 2021 r. (dowód złożony przez odwołującego na rozprawie).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie zostało przez zamawiającego wykazane zaistnienie postawy do wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą i w konsekwencji tego powzięta w tym przedmiocie decyzja zamawiającego winna zostać unieważniona. W związku z tym zarzut naruszenia art. 24 ust. 12 ustawy Pzp i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny.

Wobec tego, że dotychczas nie było w tym zakresie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, należy wskazać, że zamawiający jest uprawniony do przeprowadzenia takiego postępowania po unieważnieniu ww. decyzji. Ocena Izby wyrażana jest bowiem w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania odwoławczego. Wymaga również podkreślenia, że ocena dokonywana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego, nie stanowi o zasadności bądź nie naliczenia kar umownych, a jedynie stanowi ocenę należytego wykonania usługi w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu na gruncie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia „ewentualnie” art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez niezgodne z treścią przepisów jednoczesne zastosowanie wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów dla tej samej okoliczności, tego samego dokumentu w powiązaniu z art. 7 ustawy Pzp i wyrażoną w nim zasadą przejrzystości w prowadzeniu postępowania, albowiem zarzuty odwołania winny być podnoszone w sposób konkretny i jednoznaczny, tak aby nie było wątpliwości co do zakresu sprawy poddanego pod rozpoznanie Izby. Wprawdzie dopuszcza się stawianie zarzutów ewentualnych, jednakże ze

wskazaniem w przypadku uznania braku zasadności których zarzutów, zarzuty ewentualne podlegają rozpoznaniu, co w tym przypadku nie miało miejsca. Izba nie może podejmować za odwołującego decyzji co do tego czy dany zarzut ma czy nie zostać rozpoznany w postępowaniu odwoławczym.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553, art. 554 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 3 pkt 1) lit. b) ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: