

WYROK

z dnia 9 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D.K. DWK oraz INSTLABUD s.c. Ł.K., S.K. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Trzcianie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Igołomia – Wawrzeńczyce z siedzibą w Warzeńcicach**

przy udziale **wykonawcy INKO 2001 S.J. K. Ł., K. K., J. M. z siedzibą w Nowym Sączu** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Odwołanie oddala;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D. K. DWK oraz INSTLABUD s.c. Ł. K., S. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Trzcianie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D. K. DWK oraz INSTLABUD s.c. Ł. K., S. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Trzcianie tytułem wpisu od odwołania;**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Igołomia – Wawrzeńczyce z siedzibą w Wawrzeńczycach prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Rozbudowa sieci wodociągowej Gminy Igołomia – Wawrzeńczyce dla miejscowości: Rudno Górne, Dobranowice”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: D. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D. K. DWK oraz INSTLABUD s.c. Ł. K., S. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Trzcianie (zwani dalej: *„Odwołującym”*) w dniu 26 sierpnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.H.U. „INKO2001” sp. J. z siedzibą w Nowym Sączu oraz wyboru ww. wykonawcy w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy P.H.U. „INKO2001” sp. j. z postępowania pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie zrealizowania co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia tj. zbiorczej sieci wodociągowej o długości min. 10 km - w tym minimum 3 km w technologii bezrozkopowej (przewiertem sterowanym) w zakresie średnic 040-225 mm, w tym min. 2 km w zakresie średnic minimum 0160 mm, art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że w wyniku wezwania z dnia 31 lipca 2019 r. P.H.U. „INKO2001” sp. j. było uprawnione do zmiany treści złożonego załącznika Nr 11 do SIWZ - Wykazu wykonanych robót budowlanych - doświadczenie wykonawcy poprzez przedłożenie nowego wykazu wykonanych robót budowlanych - doświadczenie wykonawcy, co w efekcie doprowadziło do niedopuszczalnego konwalidowania przedstawionych przez tego wykonawcę informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, oraz naruszenia zasady

jednokrotnej możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.H.U. „INKO2001” sp. j, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie zrealizowania co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia tj. zbiorczej sieci wodociągowej o długości min. 10 km - w tym minimum 3 km w technologii bezrozkopowej (przewierciem sterowanym) w zakresie średnic 040-225 mm, w tym min. 2 km w zakresie średnic minimum 0160 mm. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia P.U.H. „INKO2001” Sp. J. z postępowania, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ oraz ofertę firmy INKO2001 Sp. J. K. Ł., K. K., J. M., jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 26 sierpnia 2019 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp zgłosił przystąpienie wykonawca „INKO2001 Sp. J. K.

Ł., K. K., J. M. z siedzibą w Nowym Sączu. Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy „INKO2001 Sp. J. K. Ł., K. K., J. M. z siedzibą w Nowym Sączu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Gmina Igołomia – Wawrzeńczyce z siedzibą w Wawrzeńczycach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: *„Koncentrat rekombinowanego czynnika krzepnięcia IX minimum II generacji wraz z dostawą do Centrów Leczenia Hemofilii oraz RCKiK”. Rozbudowa sieci wodociągowej Gminy Igołomia – Wawrzeńczyce dla miejscowości: Rudno Górne, Dobranowice*”.

Odnosząc się do zarzutu postawionego przez Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym – twierdzącym, że w niniejszym postępowaniu zostały złożone nieprawdziwe informacje. Zgodzić należało się z Przystępującym, że Odwołujący błędnie utożsamia pojęcie zamówienia z pojęciem zadania. Zgodzić należało się z Przystępującym, że Odwołujący w sposób błędny utożsamia „zamówienie” z pojęciem „zadania”. Zgodzić należało się z Przystępującym, że aby można było mówić o jednym zamówieniu muszą być spełnione kryteria funkcjonalności (czasowe, podobieństwa przedmiotu zamówienia oraz tożsamości podmiotowej). Zgodzić należało się z Przystępującym, że w niniejszym stanie faktycznym ww. kryteria funkcjonalności zostały spełnione aby można było mówić o jednym zamówieniu. Jak wskazał Przystępujący Zamawiający może prowadzić dwa różne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla dwóch zadań tożsamych przedmiotowo. Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego, to że Zamawiający może prowadzić dwa postępowania nie oznacza, że automatycznie mamy do czynienia z dwoma zamówieniami. W niniejszym stanie faktycznym Izba zgodziła się z Przystępującym, że wobec spełnienia przesłanek tożsamości dwa odrębne zadania mogły zostać zakwalifikowane przez Zamawiającego jako jedno zamówienie. Powyższe potwierdzały złożone dowody w postaci umów oraz ogłoszeń o zamówieniu. W konsekwencji nie można zgodzić się z Odwołującym, że w niniejszym postępowaniu zostały złożone nieprawdziwe informacje, skoro wskazane przez Przystępującego zadania dla części I i II dla rozbudowy sieci rozdzielczej na terenie Gminy Łososina Dolna można było kwalifikować jako jedno zamówienie. Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że oświadczenie Przystępującego złożone w dniu 2 sierpnia

2019 r. potwierdza złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę. Niniejsze oświadczenie wskazuje tylko na omyłkowe złożenie dokumentów wobec wymagań SIWZ, w żaden sposób z oświadczenia tego nie można wnioskować aby wykonawca potwierdził Zamawiającemu, że w niniejszym postępowaniu zostały złożone nieprawdziwe informacje. Zgodzić należało się z Przystępującym, że powyższe oświadczenie świadczyło o tym, że Przystępujący inaczej rozumiał postanowienia specyfikacji i w konsekwencji, na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył nowy wykaz.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zauważa, że pierwsze wezwanie Zamawiającego było wezwaniem w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, drugie zaś stanowiło wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że dopiero wezwanie z dnia 31 lipca 2019 r., było wezwaniem w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, zaś wezwanie z dn. 23 lipca 2019 r. było wezwaniem do złożenia dokumentów w terminie 5 dni i było to wezwanie w trybie art. 26 ust 1. Zatem według Zamawiającego wobec przywołanej argumentacji, w niniejszym postępowaniu nie doszło do podwójnego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym że w tym stanie faktycznym doszło do niedopuszczalnego konwalidowania przedstawionych przez tego wykonawcę informacji oraz naruszenia zasady jednokrotnej możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec przedstawionej przez Zamawiającego oraz Przystępującego argumentacji nie można zgodzić się z Odwołującym, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Przystępujący wobec wezwania Zamawiającego złożył stosowny wykaz robót budowlanych oraz poświadczenia z dnia 8 lipca 2019 r. oraz z dnia 31 marca 2016 r. potwierdzające wymagania Zamawiającego. Wobec przedstawionej argumentacji odnoszącej się do kryterium funkcjonalności (tożsamości zadań) uznać należało, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie potwierdził się. Ponadto – jak słusznie zauważył Przystępujący – z treści postawionego przez Zamawiającego warunku nie wynikało, aby zamówienie, którym wykonawca wykaże się, musiało być zamówieniem uzyskanym w ramach jednego postępowania. Wykonawca nie musiał powołać się na roboty budowlane w ramach jednego postępowania. Tym bardziej nie można przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp a wszelkie niejasności należy interpretować na korzyść wykonawcy.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Przewodniczący:

.....