

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „Wapnopol” Sp. z o.o.** z siedzibą w Płońsku przy ul. Młodzieżowej 3 lok. 32 (09-100 Płońsk) – Lider konsorcjum oraz **A. N.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe „Wapnopol” z siedzibą w Gliniojecku przy ul. Nadrzecznej 12 (06-450 Gliniojeck) – Partner konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie** z siedzibą w Ciechanowie przy ul. Gostkowskiej 83 (06-400 Ciechanów)

przy udziale wykonawcy – **Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Łojewie pod numerem 70 (88-101 Inowrocław) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania wezwania wykonawcy – Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łojewie o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny [zarzut zawarty w pkt 1 ppkt 5) odwołania] oraz w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego [zarzuty zawarte w pkt 2 ppkt od 1) do 6) odwołania], z powodu uwzględnienia odwołania w tej części oraz wobec niewniesienia sprzeciwu wobec tej czynności przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.
2. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutów wskazanych w pkt 1 ppkt 1) odwołania tj. w związku z uznaniem przez zamawiającego, że wykonawca – Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łojewie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz w pkt 1 ppkt 2) odwołania tj. w związku z niewykluczeniem wykonawcy – Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łojewie z udziału w postępowaniu mimo tego, że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, wykluczenie wykonawcy – Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łojewie z udziału w postępowaniu oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w postępowaniu.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie** i:
 - 4.1. 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: **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „Wapnopol” Sp. z o.o.** z siedzibą w Płońsku oraz **A. N.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe „Wapnopol” z siedzibą w Gliniojecku tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego **Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów „Wapnopol” Sp. z o.o.** z siedzibą w Płońsku oraz **A. N.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe „Wapnopol” z siedzibą w Gliniojecku, kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Płocku**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. „Budowa kwatery składowania odpadów innych niż obojętne i niebezpieczne - kwatery B wraz z infrastrukturą techniczną i obiektami towarzyszącymi w miejscowości Wola Pawłowska gmina Ciechanów” (nr referencyjny postępowania: 1/ZRB/2019), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 marca 2019 r., pod numerem 520881-N-2019.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „Wapnopol” Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku – Lider konsorcjum oraz A. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe „Wapnopol” z siedzibą w Gliniojecku zwani dalej: „odwołującym” w dniu 2 kwietnia 2019 r. wnieśli odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego:

1) z dnia 28 marca 2019 r. w postaci wyboru oferty wykonawcy Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łojewie zwanego dalej: „przystępującym” jako oferty najkorzystniejszej, w tym zaniechania wykluczenia tego wykonawcy w postępowaniu;

2) z dnia 29 marca 2019 r. w postaci odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. W zakresie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, w tym zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 25a ust. 1 pkt. 1, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) oraz art. 26 ust.

2 Pzp poprzez błędne uznanie, iż przedłożone przez przystępującego referencje potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mimo tego, że w rzeczywistości przedmiotowe referencje w swojej treści poświadczają nieprawdę, a przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a co za tym idzie podlega on wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza;

2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 25a ust. 1 pkt 1, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 26 ust. 2 Pzp poprzez niewykluczenie przystępującego z udziału w postępowaniu, mimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu przedkładając referencje poświadczające nieprawdę;

3) art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 21 ust. 1 pkt 2, art. 21 ust. 1b pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do przedłożenia dokumentu jednoznacznie potwierdzającego, że przystępujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w wysokości co najmniej 9.000.000,00 zł, mimo że dokumenty załączone przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącej sytuacji ekonomicznej i finansowej nie potwierdzają, iż przystępujący posiada aktualną polisę, w ramach której jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 9.000.000,00 zł;

4) art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 21 ust. 1 pkt 2, art. 21 ust. 1b pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, iż przedkładając informację Banku Spółdzielczego w Inowrocławiu z dnia 15 marca 2019 roku - przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej dotyczącej zdolności kredytowej, mimo tego, iż z przedłożonej przez wykonawcę informacji nie wynika, iż posiada on bezwarunkową zdolność kredytową co do kwoty 3.000.000,00 zł;

5) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do jednoznacznego, wyczerpującego i przekonującego wykazania braku rażąco niskiej ceny w jego ofercie, mimo tego, iż cena zaoferowana przez przystępującego jest o 36,65% niższa od wartości niniejszego zamówienia powiększonego o podatek VAT.

2. W zakresie odrzucenia oferty odwołującego:

1) art. 20 ust. 1, art. 21 ust. 3, art. 24a ust. 1, art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez wskazywanie przez zamawiającego, iż nie otrzymał on od odwołującego dokumentu w postaci oświadczenia dotyczącego miejsca składowania wywożonego gruntu - oświadczenia o miejscu składowania gruntu, mimo tego, iż odwołujący złożył te oświadczenie wraz z ofertą;

2) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 Pzp, art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez błędne niewezwanie odwołującego do złożenia (uzupełnienia) oświadczenia dotyczącego miejsca składowania wywożonego gruntu - oświadczenia o miejscu składowania gruntu, skoro zamawiający uznał, że oświadczenie to nie zostało złożone wraz z ofertą;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez błędne uznanie przez zamawiającego, iż oświadczenie o miejscu składowania gruntu stanowi treść oferty w rozumieniu przepisów Pzp;

4) art. 36 ust. 1 pkt. 5 i 5a Pzp, art. 29 ust. 1, art. 22 ust. 1a i 1b poprzez nienależyte i sprzeczne określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w jakim celu ma zostać złożone oświadczenie o miejscu składowania gruntu, co wpływa na ocenę, iż odwołujący nie powinien z tego tytułu ponosić negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty;

5) art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 Pzp poprzez dokonanie przez zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego w sposób wewnętrznie sprzeczny, wskazujący, iż sam zamawiający nie zna natury i charakteru wymaganego oświadczenia o miejscu składowania gruntu, wskazując, iż stanowi ono z jednej strony potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z drugiej strony potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia - co w całości nie powinno rodzić negatywnych konsekwencji w stosunku do odwołującego w postaci odrzucenia z tego powodu jego oferty;

6) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez odrzucenie oferty odwołującego z błahej, nieistotnej przyczyny, od której powstania w istotny sposób przyczynił się zamawiający przygotowując SIWZ, który zawiera sprzeczne informacje w zakresie charakteru przedmiotowego oświadczenia, przy czym za odrzuceniem oferty odwołującego nie przemawiają żadne uzasadnione racje z perspektywy zasad i celów zamówień publicznych, co w konsekwencji takie zachowanie zamawiającego należy potraktować jako nadużycie prawa podmiotowego.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 Pzp odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

- wykluczenie przystępującego z udziału w postępowaniu;

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem faktu, że oferta odwołującego jest prawidłowa i jako taka nie powinna podlegać odrzuceniu;

- wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, posiada takowy, gdyż w wyniku działań zamawiającego jego interes może doznać uszczerbku oraz może ponieść realną szkodę. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że w przypadku prawidłowego działania zamawiającego polegającego na wykluczeniu przystępującego i nieodrżuceniu jego oferty, to właśnie jego oferta zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Powyższe okoliczności, zdaniem odwołującego, niezbicie dowodzą naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowią wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 Pzp.

Jego zdaniem w sytuacji udowodnienia, że zamawiający dokonał czy też zaniechał dokonania czynności wbrew Pzp,

normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie (wyrok KIO z dnia 17 maja 2013 r. o sygn. akt KIO 1002/13, wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2011 r. o sygn. akt KIO 662/11). Następnie odwołujący wskazał, że podzielić należy pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż dla wykazania interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp wystarczy wykazanie zagrożenia, potencjalnej możliwości prowadzącej do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że wynik danego postępowania wpłynie na sytuację podmiotu odwołującego (wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2863/12). Ponadto według twierdzenia odwołującego nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie jego oferty, która realnie - przy istnieniu wiarygodnych przesłanek obligujących zamawiającego do wykluczenia przystępującego wskazanych w odwołaniu - mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów Pzp pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2018 r. o sygn. akt KIO 1194/18), co powoduje, że odwołujący ma wyraźny interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

W zakresie zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd odwołujący na wstępie wskazał, że podążając za stanowiskiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 23 maja 2018 r., sygn. akt: IV CSK 448/17, iż zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny złożonych ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego w SIWZ, nie znajduje oparcia w wykładni funkcjonalnej i systemowej Pzp. Odwołujący się od wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6) może kwestionować tę czynność zamawiającego zarówno dlatego, że wybrana oferta nie jest najkorzystniejsza w świetle art. 91 i art. 2 pkt 5 Pzp, jak i dlatego, że oferta powinna była podlegać odrzuceniu lub składający ją podmiot - wykluczeniu z postępowania. W związku z tym w zakresie podważanej przez odwołującego czynności zamawiającego w postaci wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej odwołujący miał prawo podnosić zarzuty dotyczące zaniechania przez zamawiającego wykluczenia tegoż wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do najistotniejszej kwestii w kontekście czynności wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący wskazał, że przystępujący w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału dotyczących zdolności zawodowej lub technicznej posłużył się i przedstawił zamawiającemu referencje, których treść nie odzwierciedla rzeczywistości. Odwołujący z całą stanowczością podkreślił, iż przystępujący nie uczestniczył w budowie kwatery składowiska w ramach dokonanej w latach 2014-2015 modernizacji i rozbudowy składowiska odpadów w Bładowie. Zdaniem odwołującego jedyną prawdziwą okolicznością wynikającą z referencji przedłożonych przez przystępującego jest fakt, iż spółka Limba Sp. z o.o. była w przywołanej inwestycji generalnym wykonawcą. Jednakże przystępujący nie był w przedmiotowej inwestycji podwykonawcą. Zaznaczył przy tym, że w zakresie budowy kwatery można wyróżnić trzy podstawowe zakresy robót: roboty ziemne i odwodnienia, uszczelnienie oraz odgazowanie. Podwykonawcami realizującymi w ramach wykonywanych robót budowlanych kwatery składowiska byli:

- w zakresie robót ziemnych i odwodnienia: Zakład Usług Transportowych i Robót Ziemnych B. L., Banino Rębiechowo;
- w zakresie uszczelnienia: Elikopol BK sp. z o.o. Bielsko-Biała;
- w zakresie instalacji odgazowania: P.U.H. Trans-Kop-Pióro J. C. Jaworzno.

W związku z tym – w ocenie odwołującego – nie ma obiektywnej możliwości, aby przystępujący wykonał w przywołanej inwestycji roboty budowlane w postaci kwatery składowiska. Niniejszy fakt potwierdza dowód w postaci oświadczenia Przedsiębiorstwa Komunalnego w Tucholi sp. z o.o. z siedzibą w Tucholi, który to podmiot był zamawiającym we wskazanej w referencjach inwestycji. Poza tym kolejnym dowodem, iż przystępujący nie realizował budowy kwatery składowiska na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego w Tucholi sp. z o.o. są załączone do odwołania referencje z dnia 28 stycznia 2016 r. wystawione przez Limba sp. z o.o. i potwierdzające, że w zakresie istotnej części robót przy kwaterze składowania prace wykonywał podwykonawca P.U.H. Trans-Kop-Pióro J. C. Jaworzno, a co za tym idzie nie przystępujący.

Poza tym odwołujący podniósł, że fakt, iż przystępujący nie wykonał robót budowlanych na które powołuje się w referencjach przedłożonych zamawiającemu wynika również z okoliczności, iż tuż przed złożeniem oferty przystępujący poszukiwał podmiotów, które udostępnią mu zasoby, w tym referencje w zakresie budowy kwatery składowiska, gdyż sam takiego doświadczenia nie posiadał.

Zważając na powyższe odwołujący jednoznacznie wskazał, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd posługując się i świadomie przedkładając referencje poświadczające nieprawdę. Wobec tego, w tym przypadku bezsprzecznie została wyczerpana dyspozycja wynikająca z normy objętej art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp, z której wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

W tym kontekście odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2018 r. o sygn. akt KIO 456/18, w którym zostało podkreślone, że wspólną przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Tym samym odwołujący stanął na stanowisku, że w niniejszym kontekście przystępujący nie może powoływać się na kwestię lekkomyślności, czy też nie świadomości tego, iż przedłożony dokument nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości. Według odwołującego z całą pewnością przystępujący, a konkretniej jego przedstawiciele musieli być świadomi faktu, iż wykonawca ten nie realizował budowy składowiska odpadów o wartości przekraczającej 3.000.000,00 zł. W związku z tym działania przystępującego były świadome i miały na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd. Potwierdza to również okoliczność, iż do ostatniej chwili wykonawca ten poszukiwał możliwości uzyskania referencji od innych podmiotów w branży. Wobec tego w ocenie odwołującego w tym wypadku zastosowanie powinien mieć art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp. Jednak w przypadku odmiennego zdania Izby, odwołujący z daleko posuniętej ostrożności procesowej podnosi również zarzut ewentualny wypełnienia przez przystępującego dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp.

W konkluzji tego zarzutu odwołujący stwierdził, iż przystępujący - po pierwsze nie wykazał warunków udziału w postępowaniu, a po drugie podlega wykluczeniu z postępowania z powodu świadomego wprowadzenia zamawiającego w istotny błąd, wynikający z przedłożenia dokumentu poświadczającego nieprawdę. Wobec zaistniałych okoliczności

czynność zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty nie ma prawa się ostać. Stąd koniecznym jest unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Co do zarzutu dotyczącego niepotwierdzenia przez przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku ze złożoną polisą ubezpieczeniową odwołujący wyjaśnił, że w ramach warunków udziału dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, iż posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dalej zamawiający wskazał w SIWZ, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy posiadający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę ubezpieczeniową nie niższą niż 9.000.000,00 zł. Natomiast przystępujący przedłożył zamawiającemu polisę ubezpieczenia OC, w której na łączną sumę ubezpieczenia 10.000.000,00 zł ubezpieczonych jest łącznie 4 podmiotów, w tym przystępujący. Odwołujący podniósł, że zgodnie z wyrokami KIO z 28 października 2011 r. o sygn. akt: KIO 2222/11; KIO 2223/11 oraz z 10 maja 2013 r. o sygn. akt: KIO 896/13 w przypadku posłużenia się w zamówieniach publicznych polisą grupową, obejmującą kilka podmiotów, z których tylko jeden składa ofertę, z dokumentu tego winno wynikać jednoznacznie i bezspornie, iż dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez zamawiającego minimalną sumę gwarancyjną. „Równocześnie za niezgodne z istotą celu polisy jako potwierdzenia zdolności ekonomicznej Wykonawcy byłoby przyjęcie, iż prawidłowym jest ubezpieczenie, w którym kilka czy kilkanaście podmiotów objętych jest jedną łączną sumą gwarancyjną spełniającą wymóg SIWZ, konkurując między sobą w zakresie ochrony ubezpieczeniowej, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby to Wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na określoną przez Zamawiającego kwotę” (KIO 2154/11). W ocenie odwołującego zbiorowy charakter polisy przedstawionej przez przystępującego nie pozwala zatem jednoznacznie ustalić sposobu objęcia go ochroną ubezpieczeniową. Tymczasem zamawiający powinien mieć pewność, że wykonawca posiada ubezpieczenie z sumą gwarancyjną na wymaganą przez niego kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem odwołującego, przystępujący nie wykazał, że posiada wymaganą polisę. Zamawiający nie wezwał przystępującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony na kwotę 9.000.000,00 zł. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ zamawiający jest zobowiązany zapewnić, że wszystkie wymagania SIWZ są egzekwowane w sposób jednakowy od wszystkich wykonawców. Zważywszy, że przystępujący nie wykazał spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu, powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polisa OC ma na celu potwierdzenie sytuacji ekonomicznej wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, a wspólna polisa z innym podmiotem tego warunku nie potwierdza, gdyż nie dotyczy indywidualnej sytuacji wykonawcy. Przyjęte stanowisko oznacza, iż przystępujący nie mógł przedstawić wspólnej polisy OC z innym podmiotem niebiorącym udziału w postępowaniu.

Jeśli chodzi o zarzut niewykazania przez przystępującego zdolności kredytowej odwołujący podniósł, że zamawiający w zakresie warunków udziału w postępowaniu w postaci sytuacji ekonomicznej lub finansowej wymagał również wykazania przez wykonawcę, iż posiada on środki własne lub dostęp do kredytu w wysokości minimum 3.000.000,00 zł. Przy czym zamawiający wymagał, aby do oferty dołączyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składnia ofert. Natomiast przystępujący przedstawił zamawiającemu informację z Banku Spółdzielczego w Inowrocławiu z dnia 15 marca 2019 roku, z której wynika, iż wykonawca posiada zdolność kredytową do kwoty 3.000.000,00 zł. Jednakże jak dalej zostało wskazane w przedmiotowej informacji - ewentualne udzielenie kredytu bądź gwarancji może nastąpić pod warunkiem dokonania prawnego zabezpieczenia spłaty kredytu oraz spełnienia innych warunków określonych przez bank. W tym wypadku odwołujący wskazał, iż przedmiotowa informacja przedłożona przez przystępującego zawiera dodatkowe warunki, od których spełnienia bank uzależnia ostateczną decyzję kredytową. Zauważył, iż za „zdolność kredytową” - w nauce prawa i orzecznictwie - uznaje się „rzeczywistą możliwość zwrotu kredytu na tle art. 70 ustawy Prawo bankowe, przesądzającego, że przedmiotem kredytowania mogą być wyłącznie środki pieniężne, to trwała dyspozycja do zapłaty (spłaty kredytu zgodnie z umową). Klient banku ma zdolność kredytową wówczas, gdy istniejąca w dniu jej weryfikacji okoliczności uzasadniają graniczącą z pewnością realizację prognozę, że kredytobiorca w całym okresie, na jaki umowa kredytu została zawarta, będzie w stanie sprostać obowiązkowi dokonywania spłat, a z upływem tego okresu będzie mógł zwrócić kredyt i uregulować należności uboczne (por. B. Zetlweger, Kreditwürdigkeitsprüfung..., s. 12). W podobny sposób wypowiedział się SN przyjmując, że zdolność kredytową ma każdy podmiot, którego stan majątkowy oraz bieżąca i przewidywana w przyszłości efektywność gospodarowania zapewnia wypłacalność, gwarantującą zwrot kredytu wraz z należnymi odsetkami w ustalonym w umowie terminie (wyrok SN z dnia 18 czerwca 1997 r., 11 CKN 207/97, Pr.Bank. 1998, nr 1, s. 57)”. (vide: Komentarz do art. 70 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U.02.72.665), [w:] F. Zoll (red.), A. Adamek, K. Bitner-Przybylska, M. Brożyna, M. Chudzik, A. Frań, 1. Karasek, K. Kohutek, K. Korus, R. Kwaśnicki, J. Lachner, J. Molis, M. Olczyk, K. Płończyk, P. Podlasko, M. Porzycki, A. Rataj, D. Rogoń, M. Rusinek, M. Spyra, T. Spyra, S. Szuster, P. Tereszkiwicz, A. Waclawik, F. Wejman, M. Wyrwiński. Prawo bankowe. Komentarz, Tom I i II, Zakamycze, 2005.). W świetle powyższego odwołujący uznał, iż z przedłożonej przez przystępującego opinii banku nie wynika, iż bank ten zweryfikował już możliwości spłaty kredytu przez wykonawcę i jest gotowy uznać jego zdolność kredytową na sumę, co najmniej 3.000.000,00 zł jak wymagał tego w SIWZ zamawiający. Bank wprost wskazał, iż „ewentualne udzielenie kredytu bądź gwarancji może, nastąpić pod warunkiem dokonania prawnego zabezpieczenia spłaty kredytu oraz spełnienia innych warunków określonych przez bank”. Bank nie wskazał w swej opinii, iż w przypadku niez zaakceptowania przedłożonego przez przystępującego zabezpieczenia spłaty - jeśli takie zabezpieczenie zostałyby w ogóle przedłożone - udzieli wykonawcy kredytu na kwotę co najmniej 3.000.000,00 zł. W sytuacji, w której zabezpieczenie wykonawcy nie zostałyby zaakceptowane - czego wykluczyć nie można - nie otrzymałby on kredytu w wymaganej wysokości. Na podstawie przedłożonej przez przystępującego opinii bankowej, innego wniosku - zdaniem odwołującego - wysnuć nie sposób. Ponadto odwołujący nadmieniał, że niniejsze stanowisko ma swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 2007-10-16, X Ga 158/07/za).

Zważając na powyższe odwołujący doszedł do wniosku, iż przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu także w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W konsekwencji również z tego powodu powinien on podlegać wykluczeniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łojewie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 12 kwietnia 2019 r., zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której częściowo uwzględnił odwołanie tj. w zakresie pkt 1 ppkt 5) oraz pkt 2 ppkt 1)-6), natomiast w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia w części odwołania natomiast w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Złożył także oryginał swojego pisma procesowego, w którym w zakresie zarzutów nieuwzględnionych wniósł o oddalenie odwołania oraz podał uzasadnienie faktyczne i prawne dla swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika wykonawcę Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łojewie, zwanego nadal: „przystępującym”.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji nadesłanej w dniu 8 kwietnia 2019 r. przez zamawiającego do akt sprawy w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ;
 - oferty przystępującego;
 - dokumentu o nazwie referencje z dnia 19 sierpnia 2015 r. wystawionego przez Limba Sp. z o.o. i złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;
 - polisy nr 912700152379 złożonej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
 - informacji z Banku Spółdzielczego w Inowrocławiu z dnia 15 marca 2019 r. także złożonej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
 - pisma z dnia 28 marca 2019 r. stanowiącego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
- 2) dokumentów załączonych do odwołania w tym w szczególności: pisma z dnia 29 marca 2019 r. Przedsiębiorstwa Komunalnego w Tucholi sp. z o.o. z siedzibą w Tucholi oraz referencji z dnia 28 stycznia 2016 r. udzielonych przez Limba Sp. z o.o. na rzecz PUH „Trans-Kop-Pióro” J. C.;
- 3) złożonych przez odwołującego na posiedzeniu:
 - dokumentu w postaci oświadczenia z dnia 8 kwietnia 2019 r. złożonego przez pana Z. N.;
 - dokumentu w postaci „Zestawienia faktur zapłaconych przez Wykonawcę Podwykonawcom (dalszym podwykonawcom) wg. Stanu na dzień 29-05-2015 w PLN”;
 - dokumentu w postaci wiadomości mailowej z dnia 9 kwietnia 2019 r. od Pani M. J.;
 - dokumentu pt. „Protokół z kontroli zgrzewów z kanałem centralnym metodą ciśnieniową”;
 - dokumentu w postaci wiadomości mailowej Grilltex Polska Sp. z o.o. z dnia 11 kwietnia 2019 r. wraz z treścią dokumentu pn. „Plan i Warunki Realizacji Wykonania Kwatery Folia, PEHD Załącznik do Dziennika Budowy”;
- 4) złożonych przez przystępującego na rozprawie:
 - dokumentu w postaci oświadczenia z dnia 4 kwietnia 2019 r. złożonego przez pana A. S.;
 - dokumentu w postaci oświadczenia z dnia 4 kwietnia 2019 r. złożonego przez panią K. K.;
 - dokumentu w postaci informacji z dnia 9 kwietnia 2019 r. udzielonej przez przedstawiciela Adler Brokers Group Sp. z o.o. dotyczącej złożonej przez przystępującego polisy OC;
 - dokumentu w postaci informacji z dnia 10 kwietnia 2019 r. udzielonej przez przedstawicieli Banku Spółdzielczego w Inowrocławiu dotyczącej złożonej przez przystępującego informacji w zakresie zdolności kredytowej.

W związku z uwzględnieniem odwołania w części dotyczącej zarzutów wskazanych w pkt 1 ppkt 5) [zarzut dotyczący zaniechania wezwania przystępującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny] i pkt 2 ppkt 1)-6) [zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego] odwołania oraz wobec niewniesienia sprzeciwu wobec tej czynności przez przystępującego Izba umorzyła odwołanie w zakresie ww. zarzutów i skierowała na rozprawę odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów tj. w zakresie zarzutów wskazanych w pkt. 1 ppkt 1)-4) odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w rozdziale V ust. 1 pkt. 2 lit. c1) SIWZ, zamawiający wymagał wykazaniem się przez wykonawców wykonaniem min. jednej roboty budowlanej podobnej, której przedmiotem było co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu robót budowlanych obejmujących wykonanie kwatery składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne i obojętne wraz z infrastrukturą techniczną, o pojemności kwatery minimum 100.000 m³ i wartości robót minimum 3.000.000,00 zł brutto. Na dowód spełnienia tego warunku wykonawcy mieli obowiązek przedstawić zamawiającemu wykaz zrealizowanych robót budowlanych wraz z załączeniem dowodów, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Przy czym dowodami o których mowa, miały być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonane.

Następnie po otwarciu ofert w postępowaniu, okazało się, że przystępujący wskazał w oświadczeniach wstępnych, iż samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jego oferta zawierała najkorzystniejszy bilans w zakresie ustanowionych kryteriów oceny ofert. Wobec tego zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp wezwał przystępującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczających wykonawcę z postępowania. W wyniku tego wezwania przystępujący w celu potwierdzenia

spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedłożył m. in. wykaz robót oraz referencje wystawione przez Limba Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Z przedłożonych przez wykonawcę ww. dokumentów wynikało, że przystępujący wykonał w okresie od 1 września 2014 r. do 31 marca 2015 r. w ramach zadania „Rozbudowa i modernizacja składowiska odpadów w Bładowie, Gmina Tuchola” budowę nowej kwatery wraz z odgazowaniem. Ponadto w referencjach zostało stwierdzone, iż w ramach przedmiotowych prac wykonano:

- 1) kwaterę składowania odpadów o powierzchni ok 2 ha i pojemności 252 500 m³,
- 2) system odgazowania,
- 3) system drenażu nad foliowego.

Wartość wykonanych przez przystępującego prac miała według referencji wynosić 3.147.250 zł netto.

Jeśli chodzi o warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawców to zamawiający:

- w rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. b1) SIWZ podał wymóg posiadania ubezpieczenia OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę 9.000.000,00 zł;
- w rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. b2) SIWZ podał wymóg posiadania środków własnych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 3.000.000,00 zł.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunków przystępujący złożył:

- polisę nr 912700152379;
- informację z Banku Spółdzielczego w Inowrocławiu z dnia 15 marca 2019 r.

Przechodząc do meritum uzasadnienia Izba w pierwszej kolejności odniosła się zbiorczo do zarzutów wskazanych w pkt 1 ppkt 1) i 2) odwołania, a następnie oddzielnie do zarzutów wskazanych w pkt 1 ppkt 3) oraz ppkt 4) odwołania.

W ocenie Izby zamawiający w tak ustalonym stanie sprawy powinien wykluczyć przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę:

- który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) oraz

- który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

Celem powyższych przepisów jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymują od osób trzecich.

Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca miał wprowadzić zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem.

Z kolei ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki: po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd; po drugie działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy; po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Wykazanie wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny wskazać należy, iż spełnione zostały przesłanki

wynikające zarówno z art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i 17 Pzp. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę następujące okoliczności. Odwołujący załączył do odwołania oraz przedłożył na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania szereg dokumentów z różnych źródeł, które podważały zgodność ze stanem faktycznym dokumentów złożonych przez przystępującego na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Nie wszystkie z nich w ocenie Izby zasługiwały na oparcie się na nich, stąd też Izba nie wszystkie z nich uznała za wystarczające jednak wskazuje to, że odwołujący nie pozostawał bierny przy popieraniu dwóch pierwszych zarzutów i starał się – co z pewnością nie było proste – rzetelnie przedstawić swoje stanowisko. Szczególnie Izba wzięła tu pod uwagę dołączone do odwołania pismo z dnia 29 marca 2019 r. pochodzące od zamawiającego na inwestycji w Bładowie tj. Przedsiębiorstwa Komunalnego w Tucholi Sp. z o.o., na którą powoływał się przystępujący przy spełnianiu ww. warunku, a w której zawarte zostało stwierdzenie, że „Firma Transpol Kopalnia Kruszywa Z. P. z siedzibą w Łojewie 70, 88-101 Inowrocław nie brała udziału w modernizacji naszego składowiska”. Wskazany w tej informacji przedsiębiorca tj. Transpol Kopalnia Kruszywa Z. P. z siedzibą w Łojewie jak ustaliła Izba był poprzednikiem prawnym przystępującego. Cytowana powyżej informacja pochodząca od Przedsiębiorstwa Komunalnego w Tucholi Sp. z o.o. jest jednoznaczna i nie pozostawia żadnych wątpliwości. Nie można założyć, że stanowi ona przypuszczenie lub zawiera stwierdzenia warunkowe. Poślikowo poparta została także innym dokumentem przedstawionym przez odwołującego na posiedzeniu tj. oświadczeniem z dnia 8 kwietnia 2019 r. kierownika Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Bładowie pana Z. N., z którego także w sposób jednoznaczny wynika, że poprzedniczka prawna przystępującego nie brała udziału na tej inwestycji.

Natomiast przystępujący swoją argumentację oparł właściwie wyłącznie na złożonych w postępowaniu referencjach z dnia 19 sierpnia 2015 r. wystawionych przez Limba Sp. z o.o., które zostały podpisane przez pana ówczesnego zastępcę Dyrektora ds. Realizacji tego podmiotu oraz na złożonym na rozprawie oświadczeniu z dnia 4 kwietnia 2019 r. złożonego przez pana A. S., który podpisał się na przedmiotowym oświadczeniu jako były Dyrektor ds. Realizacji w firmie Limba. Okoliczność wykonania przez firmę Limba Sp. z o.o. inwestycji w Bładowie była bezsporna między stronami niemniej dowody przystępującego sprowadzały się *de facto* do stanowiska jednej osoby i mimo tego, że – jak podał na rozprawie zarówno odwołujący i przystępujący – Limba Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest obecnie w stanie upadłości przez co uzyskanie od niej informacji może być utrudnione to jednak Izba stanęła na stanowisku, że przystępujący powinien dysponować innymi dokumentami potwierdzającymi jego udział na inwestycji w Bładowie w zakresie wymaganym w warunku tj. np. umową lub protokołami ze współpracy. Przystępujący takich dokumentów nie przedstawił opierając się wyłącznie na ww. oświadczeniach.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że przystępujący przedstawił zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje, które zostały podważone w oparciu o dowody przedstawione przez odwołującego, i które to informacje poskutkowały podjęciem przez zamawiającego czynności w postaci uznania spełnienia przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu i uznaniem jego oferty za najkorzystniejszą. W ocenie Izby, choć odwołujący miał trudności z dotarciem do dowodów potwierdzających rzeczywisty stan rzeczy i tym samym pełnym sformułowaniem zarzutów, podniósł wszystkie elementy konieczne dla jego uwzględnienia.

W konkluzji dla tej części argumentacji podniesionej przez odwołującego Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie odwołujący wykazał, że przystępujący co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W związku z tym poprzez niewykluczenie przystępującego z postępowania zamawiający naruszył dyspozycję zawartą w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W konsekwencji stwierdzonych naruszeń na uwzględnienie zasługiwał także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponieważ w związku z potwierdzeniem naruszenia ww. przepisów, przystępujący nie spełnił także warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Tym samym Izba nakazała: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, wykluczenie przystępującego z udziału w postępowaniu oraz dokonanie powtórznego badania i oceny ofert w postępowaniu.

Jeśli chodzi o zarzut podniesiony w pkt 1 ppkt 3) odwołania Izba uznała, że przedmiotowy zarzut należy oddalić.

Izba ustaliła, że przystępujący przedstawił w toku postępowania w zakresie ubezpieczenia OC polisę nr 912700152379, z której wynika, że suma ubezpieczenia z tytułu przedmiotowej polisy wynosi 10 000 000 zł „na jeden i wszystkie przypadki”.

Mając na uwadze argumentację zawartą w odwołaniu oraz stanowisko przystępującego zawarte w jego piśmie procesowym oraz dowód złożony przez przystępującego na rozprawie Izba uznała, że stanowisko przystępującego zasługuje na aprobatę.

Izba przyjęła za własną argumentację przystępującego zawartą w jego piśmie procesowym, że suma ubezpieczenia w wysokości 10.000.000 zł „na jeden i wszystkie przypadki” oznacza, że każdy z ubezpieczonych, w tym również przystępujący, posiada ochronę ubezpieczeniową na ww. wartość. Innymi słowy, każdemu ze współubezpieczonych podmiotów niepodzielnie przysługuje ubezpieczenie OC na kwotę 10.000.000 zł. Natomiast stanowisko odwołującego jakoby przystępujący nie posiadał wymaganego w SIWZ ubezpieczenia nie znajduje potwierdzenia w treści złożonej polisy. Gdyby bowiem rzeczywiście suma ubezpieczenia dla poszczególnych podmiotów (ubezpieczonych) była ograniczona kwotowo lub procentowo to nie ulega wątpliwości, że informacja o takiej klauzuli w zakresie podlimitów sumy gwarancyjnej byłaby zawarta wprost w dokumencie ubezpieczenia. Z takim przypadkiem nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie. W treści SIWZ nie było natomiast wyłączenia możliwości posługiwania się przez wykonawców polisą grupową w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej.

Na aprobatę zasługiwało także przytoczone przez przystępującego twierdzenie zawarte w wyroku Izby z dnia 1 marca 2018 r. o sygn. akt KIO 171/18, w którym Izba uznała, że *W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że z ww. polisy OC wynika objęcie ubezpieczeniem kilku podmiotów, z których tylko jeden bierze udział w postępowaniu. Wywiódł, że z dokumentu nie wynika wyraźnie, iż wykonawca jest objęty ochroną ubezpieczeniową na kwotę zgodną z SIWZ i nie konkuruje on z podmiotami objętymi wspólnym ubezpieczeniem w zakresie tej ochrony ubezpieczeniowej na wymaganą SIWZ kwotę. Zarzut okazał się chybiony. Rzeczywiście z polisy OC wynikało że współubezpieczonymi są Polski Rejestr Statków S.A., PRS Shanghai Vessel Inspection Company Ltd., UAB „POLSKI REJESTR STATKÓW KLAIPEDA” których jedynie P.R.S. S.A. był członkiem konsorcjum przystępującego. Powyższe nie oznaczało jednak, że z dokumentu nie wynika, iż przystępujący jest ubezpieczony na kwotę wymaganą w SIWZ. W polisie wskazano bowiem, że suma gwarancyjna wynosi 10.500.000 USD na jeden i wszystkie przypadki ubezpieczeniowe. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że każdy z ubezpieczonych, a więc i Polski Rejestr Statków pozostawał ubezpieczony na całą sumę gwarancyjną 10.500.000 USD, przekraczającą wymaganą wysokość. Dostrzec należało, że w treści polisy nie*

sformułowano żadnych podlimitów sumy gwarancyjnej stanowiącej jej ograniczenie względem poszczególnych współubezpieczonych. Wbrew zaś stanowisku odwołującego, z treści warunku nie wynikało ograniczenie, zgodnie z którym wykonawca musiał posiadać ubezpieczenie OC na sumę gwarancyjną, o którą nie mógł konkurować z innymi współubezpieczonymi. Wobec powyższego zarzut okazał się chybiony. Analogiczne stanowisko zostało wyrażone w wyrokach Izby z 19.11.2013 r. sygn. akt KIO 2592/13, a także w przywoływanym przez samego odwołującego wyroku KIO z 12.02.2015 r. sygn. akt KIO 179/15.

Powyższą argumentację potwierdza także dowód złożony przez przystępującego na rozprawie w postaci informacji z dnia 9 kwietnia 2019 r. udzielonej przez przedstawiciela Adler Brokers Group Sp. z o.o. Z informacji tej jednoznacznie wynika, że suma gwarancyjna w wysokości 10 mln zł i podlimity dla poszczególnych klauzul nie są ograniczone kwotowo ani procentowo w odniesieniu do ubezpieczonego – w tym wypadku przystępującego – i w przypadku zaistnienia wypadku objętego ochroną w ramach ww. polisy odszkodowanie może zostać wypłacone do wysokości ustalonej sumy gwarancyjnej.

Podobnie Izba uznała, że oddaleniu podlega zarzut wskazany w pkt 1 ppkt 4) odwołania.

Izba ustaliła, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. b2) SIWZ, przystępujący przedłożył informację z Banku Spółdzielczego w Inowrocławiu z dnia 15 marca 2019 r., w której ww. bank potwierdził posiadanie przez przystępującego zdolności kredytowej w kwocie wskazanej przez zamawiającego w treści SIWZ.

W ocenie Izby z treści złożonego przez przystępującego dokumentu wynika bezpośrednio, że Bank Spółdzielczy w Inowrocławiu dokonał oceny zdolności kredytowej przystępującego na kwotę 3.000.000,00 zł. Natomiast sformułowanie zawarte w drugim akapicie informacji z dnia 15 marca 2019 r., zgodnie z którym „ewentualne udzielenie kredytu bądź gwarancji może nastąpić pod warunkiem dokonania prawnego zabezpieczenia spłaty kredytu oraz spełnienia innych warunków określonych przez Bank” w żaden sposób nie podważa oceny zdolności kredytowej dokonanej przez bank w tym samym dokumencie. Treść przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia nie wymaga, aby wykonawcy uzyskali od banku promesę udzielenia konkretnego kredytu. Informacja o zdolności kredytowej nie jest równoznaczna z przyrzeczeniem udzielenia kredytu, a dotyczy wyłącznie oceny, że dany podmiot jest zdolny do spłaty kredytu w określonej wysokości.

Izba w całej rozciągłości przyjęła tezę z orzeczeń wskazanych w piśmie procesowym przystępującego tj. z wyroku z dnia 2 sierpnia 2012 r. o sygn. akt KIO 1542/12, z wyroku z dnia 21 września 2017 r. o sygn. akt KIO 1185/17 oraz wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2841/12. W ostatnim ze wskazanych powyżej wyroków Izba stwierdziła, że *Niezasadny jest także zarzut niewykazania przez drugiego wykonawcę wymaganej zdolności kredytowej z uwagi na sformułowanie użyte w oświadczeniu banku o możliwości udzielenia kredytu pod warunkiem ustanowienia prawnego zabezpieczenia tego kredytu. Warunek zabezpieczenia kredytu nie niweczy poświadczenia o posiadaniu zdolności kredytowej i jest, jak wynika z doświadczenia, rutynowo wpisywany przez banki.*

Powyższą argumentację potwierdza także dowód złożony przez przystępującego na rozprawie w postaci informacji z dnia 10 kwietnia 2019 r. udzielonej przez przedstawicieli Banku Spółdzielczego w Inowrocławiu. Z informacji tej jednoznacznie wynika, że informacja z dnia 15 marca 2019 r. stanowi potwierdzenie zdolności kredytowej przystępującego w rozumieniu art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2018 r., poz. 2187 ze zm.) zgodnie z którym przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie ziszczenia się zarzutu postawionego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego przez odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:.....