Sygn. akt: KIO 1454/19

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2019 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2019 r. przez wykonawcę R. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy R. P. w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą we Wrocławiu przy udziale wykonawcy R. U., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. z siedzibą w Wieluniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1454/19 pod stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury z siedzibą we Wrocławiu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2 wykluczenie z postępowania R. U., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych,

1.3 powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża R. U., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. z siedzibą w Wieluniu i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od R. U., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. z siedzibą w Wieluniu na rzecz Odwołującego kwotę 7 500

zł stanowiącą wartość wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego.

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 we Wrocławiu.

Sygn. akt KIO 1454/19

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą we Wrocławiu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Remont sprzętu polowego", nr sprawy 22/VI/WGSI/19/U, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 marca 2019 r. pod numerem 524767-N-2019. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 26 lipca 2019 r. wykonawca R. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy R. P. w Bydgoszczy (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez nieuzasadnione niezastosowanie tego przepisu i zaniechanie wykluczenia z postępowania R. U., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. z siedzibą w Wieluniu (dalej: Przystępujący) oraz dokonanie wyboru jego oferty, mimo, że nie wykazał on należycie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym dokonanie wyboru oferty wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia;

2. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i udzielenie zamówienia Przystępującemu, mimo, że wybór jego oferty był niezgodny z przepisami Pzp,

w szczególności z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp; tym samym Zamawiający złamał nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez nieuzasadnione przyjęcie, że Przystępujący mógł dokonać samooczyszczenia w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również naruszenie art. 24 ust. 8 Pzp przez uznanie, że Przystępujący spełnił warunki samooczyszczenia przewidziane wymienioną regulacją;

4. art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust 1 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie podjęcia czynności związanych z wezwaniem R. U. do złożenia dokumentów opisanych w wymienionych przepisach,

5. art. 365 § 1 kodeksu postępowania cywilnego przez niewłaściwą wykładnię

przytoczonego przepisu polegającą na nieuprawnionym przyjęciu, że Zamawiający związany jest stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie ustaleń i oceny stanu faktycznego sprawy zawartego w uzasadnieniu wyroku obejmującego rozstrzygnięcie odwołania złożonego w zupełnie innym postępowaniu przetargowym prowadzonym w ubiegłym roku przez Zamawiającego z udziałem tych samym wykonawców (tj. R. U. i R. P. - wyrok z 1 czerwca 2018 r.,

sygn. akt. KIO 953/18);

6. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie zastosowania wymienionych przepisów i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że jego oferta nie odpowiadała treści i wymogom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w szczególności w zakresie obowiązku złożenia atestów określonych w treści SIWZ;

7. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie wykluczenia

Przystępującego z postępowania, mimo, że Przystępujący wprowadzał

Zamawiającego w błąd (na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu - w tym również przez przemilczenie istotnych okoliczności związanych z wykonaniem przez Przystępującego umów na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie (dalej jako SZI w Warszawie) oraz 16. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim (dalej: 16 WOG),

ewentualnie

8. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo jego działań uzasadniających wykluczenie, tj. mimo wprowadzania w błąd Zamawiającego na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa Wykonawcy, co do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3. wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na to, że Przystępujący

nie wykazał należycie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp), a ponadto informacje - oświadczenia - przedstawione przez Przystępującego w toku postępowania, na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (ewentualnie niedbalstwa lub lekkomyślności) wprowadzały w błąd Zamawiającego; ewentualnie informacje przekazane przez Przystępującego mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa i wprowadzały w błąd Zamawiającego, co do spełnienia przesłanek wiedzy i doświadczenia warunkujących udział

w postępowaniu,

4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z SIWZ oraz na wystąpienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 4 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Przystępujący został już raz wykluczony z postępowania, ale na mocy wyroku KIO 1151/19 Zamawiający zobligowany był do unieważnienia czynności wykluczenia.

Zamawiający 24 lipca 2019 r. przesłał do Odwołującego pismo, w którym wskazał, że w jego ocenie:

1. fakt opóźnienia wynoszącego 48 dni w realizacji zamówienia przez Przystępującego na rzecz 16 WOG nie powoduje, że wykonawca powinien zostać automatycznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 12 Pzp,

2. referencje wystawione przez 16 WOG na rzecz Przystępującego były przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie prowadzonej pod sygn. KIO 953/18, gdzie Izba w uzasadnieniu cytowanego wyroku miała stwierdzić, że wskazane referencje potwierdzają fakt należytego wykonania umowy,

3. powołując się na brzmienie art. 365 § 1 kodeksu postępowania cywilnego (dalej: Kpc) Zamawiający stwierdził, że nie może dokonać odmiennych ustaleń niż Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym wyroku wydanym w sprawie KIO 953/18,

4. pogląd prawny w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanej w sprawie KIO 116/16 pozwalał wg Zamawiającego na stwierdzenie, że naliczenie wykonawcy kar umownych nie uprawnia do wniosku, że realizacji całego zamówienia nie można uznać za należytą.

Przystępujący w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołał się na realizację dwóch zamówień publicznych:

1. na rzecz SZI w Warszawie - na kwotę 218 488,00 zł,

2. na rzecz 16 WOG na kwotę 506 000,00 zł.

Usługa zrealizowana na rzecz SZI w Warszawie nie polegała jednak na wymianie laminatów, co Przystępujący potwierdził w toku postępowania KIO 1151/19: „zamówienie wykonane na rzecz SZI Warszawa oczywiście nie mogło obejmować wymiany laminatów, ponieważ remont ten nie obejmował stołów, lecz dotyczył jedynie taboretów i łóżek polowych gdzie laminaty nie występują". Podanie w formularzu nr 2 błędnej informacji było wynikiem omyłki Przystępującego. Powyższe potwierdziło, że przedmiotowa usługa nie mogła być podstawą do uznania, że Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący kwestionował również inne aspekty techniczne wykonanego przez Przystępującego na rzecz SZI w Warszawie zadania, w szczególności czy obejmowało ono wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty).

Z kolei usługa na rzecz 16 WOG została przez Przystępującego zrealizowana z opóźnieniem, co jest bezsporne w obliczu treści referencji złożonych przez Przystępującego. Na okoliczność wykazania należytego wykonania zamówienia na rzecz 16 WOG Przystępujący złożył pismo z lipca 2016 roku zatytułowane „Referencje" podpisane przez ppłk P., oraz oświadczenie własne z dnia 4 kwietnia 2019 roku, w którym - jak stwierdził - dokonał „samooczyszczenia" w trybie art. 24 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z SIWZ przesłanką wykazania wymogów „zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenia" przez wykonawcę było należyte wykonanie usług potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W treści „samooczyszczającego" oświadczenia R. U. z 4 kwietnia 2019 roku nie pojawiły się jednak informacje, że:

a. opóźnienie w realizacji zamówienia na rzecz 16 WOG wynosiło 48 dni;

b. umowa na rzecz 16 WOG miała zostać wykonana w terminie 40 dni;

Brak również informacji o konkretnych przyczynach uchybień w zakresie wykonania umowy - wyjaśnienia Przystępującego były w tym zakresie ogólnikowe.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób było uznać, by usługa na rzecz 16 WOG została wykonana należycie. Wykonanie usługi przy opóźnieniu wynoszącym 120% założonego czasu realizacji zamówienia (łącznie 88 dni z założonych 40) nie był należytą realizacją zamówienia.

Wywód Przystępującego dotyczący samooczyszczenia, zawarty w jego piśmie z 4 kwietnia 2019 roku miał uzasadniać dokonanie przez tego wykonawcę samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 Pzp. Pzp nie przewiduje jednak możliwości samooczyszczenia w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp. Przyjmując nawet, że art. 24 ust. 8 Pzp miałby w tej sprawie zastosowanie, samo zapłacenie kar umownych oraz ogólnikowe oświadczenie Przystępującego o wprowadzeniu zmian polegających na:

- zwiększeniu stanu zatrudnionych w firmie;

- przeprowadzenie remontu maszyn i dokupienie nowych;

- wprowadzeniu dwuzmianowego systemu pracy,

bez poparcia stosownymi dokumentami, nie spełnia wymogów samooczyszczenia przewidzianego przepisami Pzp.

W toku postępowania nr 16/2016 prowadzonego przez 16 WOG Przystępujący złożył ofertę wykonania usługi w terminie 40 dni. Okoliczność tę potwierdza oświadczenie Przystępującego na Formularzu nr 2, gdzie niezgodnie z prawdą wskazano, że usługa na rzecz 16 WOG realizowana była w dniach 31 marca 2016 r. - 10 maja 2016 r. Faktycznie jednak ww. okres liczący łącznie 40 dni był wyłącznie założonym, a nie rzeczywistym czasem wykonania umowy przez Przystępującego. Tym samym deklarując datę rozpoczęcia i zakończenia usługi - odpowiednio na dzień 31 marca 2016 roku i 10 maja 2016 roku Przystępujący wprowadzał w błąd Zamawiającego, skoro usługa została wykonana z opóźnieniem i sfinalizowana została dopiero w lipcu, 88 dni od terminu jej zawarcia i 48 dni po założonym terminie wykonania. Informacja o długości opóźnienia wynikała z korespondencji prowadzonej między Zamawiającym, a Komendantem 16 WOG, w sprawie wykonania przedmiotowej usługi przez Przystępującego. Odwołujący powziął wiedzę o opisanej wyżej korespondencji prowadzonej między Zamawiającym, a 16 WOG z pisma Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2016 roku, które zawierało rozstrzygnięcie przetargu prowadzonego z udziałem Odwołującego i Przystępującego w 2016 roku. Przystępujący w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 roku skierowanym do Zamawiającego przyznał, że poniósł konsekwencje z tytułu opóźnienia w realizacji przedmiotowej usługi na rzecz 16 WOG w postaci zapłaty naliczonego odszkodowania na rzecz Zamawiającego (przy czym jednak nie podał kwoty odszkodowania, ani czasu trwania opóźnienia). Przystępujący w przedmiotowym piśmie wskazał przy tym na powody opóźnienia takie, jak: „zwolnienie się pracownika" oraz „awaria sprzętu". Trudno uznać jednak, aby były to usprawiedliwione powody tak znacznego opóźnienia w realizacji usługi. Tym bardziej nie sposób uznać, aby przedmiotowa usługa została wykonana należycie.

Zamawiający powołując się na brzmienie art. 365 § 1 Kpc stwierdził, że w zakresie referencji dot. realizacji ww. usługi przez Przystępującego nie może dokonać odmiennych ustaleń niż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie KIO 953/18. Izba w tym wyroku wskazała, że „Złożone w tym zakresie przez wykonawcę wyjaśnienia (pismo z dnia 16 kwietnia 2018 r.) potwierdzają, że termin wykonania prac na rzecz 16. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim nie został dotrzymany, ale wykonawca zrekompensował straty zamawiającego w postaci odszkodowania finansowego".
Co najważniejsze jednak - Izba stwierdziła dalej, że „Z punktu widzenia treści omawianego w tym miejscu warunku udziału w postępowaniu, powyższa usługa nie ma istotnego znaczenia dla wykazania spełnienia warunku udziału, gdyż usługa wskazana przez wykonawcę w pkt 2 wykazu w pełni potwierdza wymagania Zamawiającego, ze względu na wartość przekraczającą 200 000,00 zł".

Odwołującemu nie jest znany przepis, który pozwalałby na stosowanie w trakcie postępowania przetargowego przed złożeniem odwołania do KIO przepisów Kpc.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego, jako nieodpowiadającej treści SIWZ Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązał wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, do złożenia w określonym terminie atestów potwierdzających, że oferowane materiały (produkty) odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Przedmiotowe dokumenty winny obejmować:

atest producenta na tkaninę użytą do wykonania leżyska oraz na materiał użyty do płyty blatu stołu polowego, z datą ważności co najmniej rok licząc od dnia realizacji przedmiotu zamówienia;

- atest Państwowego Zakładu Higieny lub Świadectwo Jakości Zdrowotnej dopuszczające na płyty blatu stołu do kontaktu z żywnością;

- atest producenta na taśmę polipropylenową TP 508 czarną o szer. 60mm na wytrzymałość min. 340 daN (+/- 5 daN) oraz na TP 204 czarną o szer. 30mm na wytrzymałość min. 230 daN (+/- 5 daN).

- atest Państwowego Zakładu Higieny na leżyska łóżek oraz płyty blatu stołu polowego z dokładnym określeniem, że mogą być stosowane w koszarach wojskowych i kontenerach wojskowych. Atest ma określać że tkanina brezentowa jest impregnowana przeciwgnilnie, jest wodoodporna i posiadać wytrzymałość osnowy na zrywanie 230daN (+/- 10 daN),

- atest wytrzymałości i bezpieczeństwa użytkowania leżyska brezentowego w badaniach na rozłożonym łóżku polowym WP 5-2 (atest wytrzymałości i bezpieczeństwa użytkowania rozłożonego łóżka polowego WP 5-2 z zamontowanym leżyskiem brezentowym - traktowany jako tożsamy) winien być wystawiony przez niezależny od Wykonawcy podmiot zajmujący się badaniem jakościowym wyrobów - z tym, że podmiot ten nie musi posiadać akredytacji PCA, Zamawiający dopuszcza również Atesty wystawione przez system kontroli jakości Wykonawcy jeżeli Wykonawca przedstawi aktualny certyfikat ISO 9000/9001 potwierdzający rzetelność przeprowadzonych badań jakościowych."

Przystępujący złożył następujące dokumenty:

a) Karta wyrobu - atest - wystawiony przez Holtex - Energoserwis M.J. D. Sp. j. z siedzibą w Starej Gadce, wydany dnia 10 marca 2018 roku, obejmujący tkaninę „agro"; Atest nie wypełniał cech atestu wymaganego zgodnie z SIWZ, wystawionego przez producenta „na tkaninę użytą do wykonania leżyska" (SIWZ pkt III.6 ppkt 2 tiret pierwsze), bowiem firma Holtex - Energoserwis M.J. D. sp. j. nie jest producentem tkaniny agro. Jak wynika z wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym dla spółki Holtex - Energoserwis M.J. D. Sp. J. z siedzibą w Starej Gadce (Numer KRS: 0000303920) wymieniona spółka nie prowadzi działalności polegającej na produkcji tkanin. W KRS w dziale 3, rubryce 1 wymienionej spółki jako jej przedmiot działalności wymienia się wyłącznie:

- naprawa, konserwacja i instalowanie maszyn i urządzeń,

- roboty budowlane specjalistyczne,

- handel hurtowy, z wyłączeniem handlu pojazdami samochodowymi,

- handel detaliczny, z wyłączeniem handlu detalicznego pojazdami samochodowymi

- transport drogowy towarów.

Tym samym Przystępujący nie złożył atestu producenta na oferowaną tkaninę, ale atest wystawiony przez hurtownię sprzedającą tą tkaninę. Nadto Przystępujący w ogóle nie złożył atestu producenta na materiał użyty do płyty blatu stołu polowego.

b) Atesty wystawione przez Państwowy Zakład Higieny, w tym:

- świadectwo jakości zdrowotnej B-BŻ-6071-0021/18/C z 6 lutego 2018 roku na wysokociśnieniowe laminaty dekoracyjne HPL-CGS wystawione dla IZO-ERG S.A. z siedzibą w Gliwicach (z tego, co jest wiadome Odwołującemu Przystępujący nie był uprawniony do posługiwania się tym atestem - został on wystawiony na rzecz podmiotu trzeciego),

- świadectwo jakości zdrowotnej B-BŻ-6071-0186/18/C z 27 września 2018 roku na blat stołu, taboret z płyty HPL-CGS ze stelażami (stoły i siedziska taboretów, połowę, koszarowe i kontenerowe) - atest potwierdzał, że produkty w nim wyszczególnione nie stanowią zagrożenia dla zdrowia człowieka; w treści dokumentu widnieje informacja, że atest został wystawiony dla Przystępującego;

W omawianym powyżej zakresie Przystępujący złożył wraz z ofertą atesty nie spełniające wymogów określonych na str. 7 SIWZ, co uzasadniało zastosowanie wobec jego oferty art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, albowiem treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ, a nie wystąpił wyjątek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt postępowania, w tym:

1. dokumentów składanych przez Przystępującego w toku postępowania;

2. korespondencji prowadzonej między Odwołującym i Zamawiającym;

3. dokumentów przywołanych w uzasadnieniu odwołania, w szczególności na okoliczność:

3.1 zaistnienia przesłanek obligatoryjnego wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;

3.2 nie wykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tak w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej w tym doświadczenia wykonawcy, jak i w zakresie przedłożenia dokumentów - atestów określonych w SIWZ;

3.3 nie wykazania przez Przystępującego samooczyszczenia w trybie przewidzianym przepisami Pzp;

3.4 odrzucenia oferty Przystępującego jako sprzecznej z ustawą oraz nie odpowiadającej treści SIWZ.

Zamawiający 2 sierpnia 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Przystępujący 8 sierpnia 2019 r. złożył pisemny sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, wskazując ponadto:

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

Decyzja Zamawiającego w zakresie uwzględnienia była sprzeczna z dotychczasowymi oświadczeniami Zamawiającego oraz rozstrzygnięciami Izby zapadłymi w sprawie o sygn. akt: KIO 953/18 oraz o sygn. akt: KIO 1151/19. Powyższy zarzut był chybiony i był już przedmiotem prawomocnego rozstrzygnięcia KIO w sprawie o sygn. KIO 953/18, w której przedmiotem rozstrzygnięcia była ta sama referencja 16 WOG. Zaistnienie powagi rzeczy osądzonej na skutek istnienia w obrocie prawnym orzeczenia KIO 953/18, obligowało Izbę do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.
W przedmiotowej sprawie obowiązuje res iudicata, bowiem w niniejszym stanie faktycznym zaistniała tożsamość przedmiotowa rozstrzygnięć. Wyrok KIO 953/18 obejmował zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w oparciu o przedmiotową referencję 16 WOG. Zatem rozstrzygnięcie Izby z 1 czerwca 2018 r. dotyczyło tego samego zarzutu, który jest przedmiotem niniejszego postępowania.

Dalej, Izba ustaliła w wyroku z 1 czerwca 2018 r., że „Wykonawca Truck-Camper złożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2018 r. Formularz nr 2 Informacja o doświadczeniu wykonawcy, w którym zawarł dwie zrealizowane usługi oraz odpowiednio - referencje z lipca 2016 r. wystawione przez 16 Wojskowego Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim oraz protokoły odbioru usług przez Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie wraz z fakturami". Były to dokładnie te same referencje, które są przedmiotem niniejszego postępowania. Wyrok KIO 953/18 dotyczył zatem tego samego, co w przedmiotowej sprawie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i oparty był na identycznych okolicznościach faktycznych, tj. referencjach wystawione przez 16 WOG oraz protokołach odbioru usług przez Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie. Przystępujący działa w zaufaniu do prawomocnych rozstrzygnięć Izby. Skoro Izba przesądziła już określone kwestie prawne w oparciu o tożsamy stan faktyczny, w tym tożsame dokumenty - niesłuszna i sprzeczna z pewnością obrotu prawnego byłaby sytuacja, gdzie KIO dokonałby odmiennej oceny dokumentów i oświadczeń, którymi Przystępujący posługuje się w bieżącym postępowaniu.

2. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp

Zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp były już przedmiotem rozstrzygnięcia KIO w ramach przedmiotowego postępowania - wyrok KIO z dnia 5 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 1151/19. Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenia przepisów wskazanych powyżej, które Zakład Wielobranżowy R. P., zgłosił w tym postępowaniu jako Przystępujący po stronie Zamawiającego, a Zamawiający w oparciu o te przepisy wykluczył Przystępującego i odrzucił jego ofertę. Stąd, powielanie zarzutów przez Odwołującego w kolejnym odwołaniu, mimo iż zostały one już rozstrzygnięte wyroku KIO 1151/19, uznać należało za chybione i na podstawie art. 365 § 1 k.p.c. podlegające oddaleniu. Ponadto, stosownie do treści art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp odwołujący nie może powoływać się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę

w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Co do pozostałych zarzutów odwołania Przystępujący wskazał, że Odwołujący w żaden sposób ich nie udowodnił (np. teza o braku uprawnienia Przystępującego do posługiwania się atestem IZO-ERG SA w Gliwicach, czy bezzasadne kwestionowanie atestu firmy HOLTEX — Energoserwis M. J. D. Sp. j.). W pozostałym zakresie powielił tę samą argumentację i zarzuty, które były przedmiotem jego pism (jako Przystępującego) w postępowaniu o sygn. akt: KIO 1151/19. Stąd mając na względzie przepis art. art. 189 ust. 2 pkt 4 PZP oraz art. 365 § 1 k.p.c. ww. zarzuty powinny zostać oddalone, z uwagi na to, iż były już przedmiotem dwóch postępowań przed Izbą - KIO 879/19 oraz KIO 1151/19, co powinno skutkować umorzeniem postępowania w tym zakresie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy", przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

Izba uwzględniła wszystkie wnioski dowodowe Stron i przeprowadziła dowód z wskazanych przez nie dokumentów znajdujących się w aktach postępowania.

Zarzuty nr 1 - 3

Izba ustaliła, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający ustanowił (cz. III.1.3 SIWZ) warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawców w brzmieniu: „Warunek ten zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej dwie usługi na kwotę min. 75 000,00 zł brutto - każda z nich lub co najmniej jedną usługę na kwotę min. 150 000,00 zł brutto - polegające na remoncie sprzętu kwaterunkowego którego zakres obejmował piaskowanie elementów metalowych, malowanie proszkowe elementów metalowych, wymianę elementów z laminatów oraz wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty) wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu na rzecz którego została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy powyższa usługa została wykonana należycie".

W celu wstępnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani „dołączyć do oferty, aktualne na dzień składania ofert, oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu" (cz. III. 3 SIWZ). Zgodnie z Cz. III. 4 SIWZ - Wykaz dokumentów i oświadczeń, które Wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu
„Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, Zamawiający wezwie do złożenia w terminie 5 dni aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj.:

> 1) wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały wykonane - Formularz nr 2 (oryginał podpisany przez Wykonawcę) , z załączeniem dowodów określających czy usługi te zostały wykonane należycie (oryginał lub kopia

dokumentu poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę) . Dowodami o którym mowa wyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługa została wykonywana. Jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, do oferty należy załączyć oświadczenie Wykonawcy wraz z uzasadnieniem przyczyn, o których mowa wyżej".

Na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp Zamawiający, 1 kwietnia 2019 r. wezwał Przystępującego do złożenia wykazu usług, o którym mowa powyżej. W dokumencie tym Przystępujący wskazał wykonanie następujących zadań:

1. Naprawa sprzętu kwaterunkowego polowego wraz z ich odbiorem i dostawą do magazynu Zamawiającego, zrealizowana na rzecz SZI w Warszawie. Zakres usługi wg treści Formularza nr 2 złożonego przez Przystępującego obejmować miał piaskowanie elementów metalowych, malowanie proszkowe elementów metalowych, wymianę elementów z laminatów oraz wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu.

2. Remont sprzętu kwaterunkowego polowego i koszarowego na rzecz 16 WOG. Zakres zadania obejmował piaskowanie elementów metalowych, malowanie proszkowe elementów metalowych, wymianę elementów z laminatów oraz wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu.

W toku postępowania odwoławczego o sygn. akt 1151/19 Przystępujący przyznał, że pierwsze z dwu zadań, tj. zadanie zrealizowane na rzecz SZI w Warszawie nie obejmowało wymiany elementów z laminatów. W tej sytuacji Izba uznała za bezsporne, że przedmiotowe zadanie nie odpowiadało wymogom Zamawiającego określonym w przytoczonych wyżej cz. III.1.3 i III.4 SIWZ, co za tym idzie nie może stanowić podstawy do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Wątpliwości nie budzi także fakt, że druga z wskazanych w Formularzu nr 2 Przystępującego usług została zrealizowana nieterminowo. Jednak wbrew twierdzeniu Przystępującego wyrok

Izby o sygn. akt. KIO 953/18 nie zawierał pozytywnej oceny referencji dotyczących tego zadania. Fragment uzasadnienia przedmiotowego wyroku dotyczący spornych referencji brzmi: „W odniesieniu do referencji wystawionych na rzecz Przystępującego przez 16 Wojskowego Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim z lipca 2016 r., Izba zważyła, że pomimo, iż zawierają informację o niedotrzymaniu terminu realizacji umowy, jednocześnie jednak potwierdzają fakt należytego wykonania umowy. Złożone w tym zakresie przez wykonawcę wyjaśnienia (pismo z dnia 16 kwietnia 2018 r.) potwierdzają, że termin wykonania prac na rzecz 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim nie został dotrzymany, ale wykonawca zrekompensował straty zamawiającego w postaci odszkodowania finansowego. Z punktu widzenia treści omawianego w tym miejscu warunku udziału w postępowaniu, powyższa usługa nie ma istotnego znaczenia dla wykazania spełnienia warunku udziału, gdyż usługa wskazana przez wykonawcę w pkt 2 wykazu w pełni potwierdza wymagania Zamawiającego, ze względu na wartość przekraczającą 200 000,00 zł". Izba w wyroku KIO 953/18 poczyniła zatem ustalenie dotyczące terminowości realizacji usługi w pełni zgodne z treścią referencji wystawionych przez 16 WOG na rzecz Przystępującego, ale nie rozstrzygnęła, czy przedmiotowa usługa może zostać uznana za wykonaną należycie na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu („powyższa usługa nie ma istotnego znaczenia dla wykazania spełnienia warunku udziału"). W ocenie Izby referencje wystawione przez 16 WOG ponad wszelką wątpliwość potwierdzają należytą realizację umowy, ale tylko co do jakości. Nie mogą jednak zostać uznane za świadectwo należytej realizacji umowy. Trudna za taką bowiem uznać realizację z ponad dwukrotnym przekroczeniem zakładanego terminu. Celem ustanowienia obowiązku spełniania przez wykonawców warunku doświadczenia jest wybór wykonawcy, który nie tylko dysponuje fachową wiedzą techniczną na temat sposobu właściwej realizacji powierzonego mu zadania, ale również posiada niezbędne zdolności logistyczne i organizacyjne, których przejawem jest między innymi umiejętność terminowej realizacji zamówienia. Z tego względu referencje wystawione przez 16 WOG nie mogą zostać uznane za potwierdzenie należytej realizacji umowy. Przystępujący nie wykazał tym samym, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Wobec wypełnienia się przesłanek zawartym w tym przepisie Izba uznała, że zarzut nr 1 odwołania jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie da się ustalić, czy Zamawiający potraktował wyjaśnienie złożone przez Przystępującego na okoliczność nieterminowej realizacji usługi na rzecz 16 WOG jako dokonanie przez wykonawcę samooczyszczenia. Zamawiający dokonując wyboru jako

najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego niewątpliwie uznał, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. W dokumentacji tego postępowania brak jednak jakichkolwiek dokumentów pozwalających na odtworzenie procesu prowadzącego do tego wyboru, w szczególności do ustalenia powodów, jakimi kierował się Zamawiający uznając przywołane przez Przystępującego w Formularzu nr 2 usługi, za prawidłowe dla wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków. Z tego względu Izba nie była w stanie ocenić słuszności zarzutu nr 3 - pisemna dokumentacja z postępowania nie zawiera podstaw do uznania, że Zamawiający treść wyjaśnienia Przystępującego potraktował jako skuteczne samooczyszczenie wykonawcy w trybie art. 24 ust. 8 Pzp.

Potwierdził się natomiast zarzut nr 2 jako wynikowy wobec zarzutu nr 1. Zamawiający na skutek zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ w efekcie udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Zarzuty nr 4-8

Biorąc pod uwagę fakt, że na zarzuty powyższe składały się twierdzenia Odwołującego, które w żaden sposób nie zostały przez niego udowodnione Izba uznała, że nie sprostał on w tym zakresie ciężarowi dowodu określonemu w art. 190 ust. 1 Pzp („Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy"). Ponadto, wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp oddaliła zarzuty nr 4-8 uznając, że nie mają one istotnego wpływu na wynik postępowania.

W zakresie zarzutów nr 7 i 8 Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd. Okoliczności związane z usługami wskazanymi w formularzu nr 2 Przystępującego zostały wyjaśnione na etapie postępowania odwoławczego o sygn. akt 1151/19 (usługa nr 1) oraz w treści referencji i załączonego do nich wyjaśnienia Przystępującego (usługa nr 2). Wobec powyższego brak jest podstaw faktycznych do uznania, że zostały wypełnione przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).