Sygn. akt: KIO 2531/20

WYROK
z dnia 23 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05 października 2020 r. przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej ENERGAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (ul. Warszawska 2, 07-410 Ostrołęka)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Myszyniec (Plac Wolności 60, 07-430 Myszyniec)**

orzeka:

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej ENERGAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (ul. Warszawska 2, 07-410 Ostrołęka)** i

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej ENERGAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (ul. Warszawska 2, 07-410 Ostrołęka)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego **Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej ENERGAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (ul. Warszawska 2, 07-410 Ostrołęka)** na rzecz Zamawiającego **Gmina Myszyniec (ul. Plac Wolności 60, 07-430 Myszyniec)**kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 2531/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Myszyniec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej poza aglomeracją Myszyniec" oraz zadania „Poprawa gospodarki wodno - ściekowej w aglomeracji Myszyniec" z podziałem na części I, II"- część II.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazał o się w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 sierpnia 2020 roku pod numerem 574294-N-2020.

Odwołujący Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej ENERGAS Spółka z ograniczonąodpowiedzialnością spółka komandytowa wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2; art. 22 ust. 1 pkt 2; art. 22 ust. 1b pkt 3; art. 24 ust. 1 pkt 12; art. art. 89 ust. 1 pkt 5; art. 92 ust. 1 i ust. 2 oraz zamierza naruszyć art. 46 ust. 4a.

Zamawiający wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert i nieodrzucanie oferty Odwołującego oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, zwrot wniesionego wpisu od odwołania.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postepowania. W treści uzasadnienia Zamawiający wskazał, że wyklucza wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej ENERGAS, Spółka z o.o. spółka komandytowa na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, gdyż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego ofertę na podstawie art. 24 ust.4 w/w ustawy uznaje się za odrzuconą.

Dalej Zamawiający wskazał co następuje: „Zamawiający w dniu 17.09.2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Wykonawcę do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1., tj. na spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wśród których żądał min: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (załącznik nr 5), z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny O obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 21 września 2020 roku złożył m.in. wykaz robót, w którym poz. 1 wskazał: Kontrakt Nr 3 „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w Słupnie - Czerwony FIDIC"- Umowa nr FS/18/2017 - w ramach projektu „Budowa kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w gminie Radzymin Etap U". Do wykazu robót załączone było Świadectwo Przejęcia Robót - Końcowe dla Kontraktu nr 3 z dnia 10.10.2019 roku. Ze złożonych dokumentów wynikało, że w ramach przedmiotowego zadania wykonywana była sieć kanalizacyjna oraz wodociągowa, natomiast zakres robót nie obejmował budowy przyłączy kanalizacyjnych. W z tym wykonawca nie wykazał, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem upływu terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 robotę budowlaną obejmującej budowę sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej z przyłączeniami) o wartości minimalnej wynoszącej 1 000 000,00 zł brutto.

W związku z powyższym w dniu 24 września zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia poprawionego wykazu robót lub złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu rzeczowego zadania wskazanego w poz. 1 złożonego w dniu 21.09.2020 roku wykazu robót.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył poprawiony wykaz robót, w którym w poz. 1 wpisano zadanie pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjno- ciśnieniowej w msc. Długosiodło, Kornaciska, Stare Bosewo, gm. Długosiodło (w tym przyłącza kanalizacyjne — 128 szt.), natomiast w poz. 2 zadanie pn. „Budowa Sieci Wodociągowej wraz z przyłączami wzdłuż drogi wojewódzkiej nr 631 (ul. Nowodworska) w msc. Olszewica Nowa, Kałuszyn, Skrzeszew gm. Wieliszew (w tym przyłącza wodociągowe - 61 szt.). Do wykazu robót dołączono dokumenty potwierdzające, że roboty zostały należycie wykonane i prawidłowo ukończone.

Żadna z wykazanych przez wykonawcę robót nie obejmowała budowy sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej (z przyłączami) o wartości minimalnej wynoszącej 1.000.000,00 zł brutto w ramach jednego zadania.
W związku z powyższym uznać należy, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, dlatego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) podlega wykluczeniu z postępowania, a jego ofertę na podstawie art. 24 ust.4 w/w ustawy uznaje się za odrzuconą".
Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. Wniósł odwołanie, w którym wskazał, że 01 października 2020 roku otrzymał e-mailem informację o wykluczeniu oraz w efekcie o odrzuceniu jego oferty. Informacja ta została przesłana bez podania podstawy prawnej. Zatem jest to informacja niezgodna z obowiązującymi przepisami, w tym z treścią art. 92 ust. 1 Pzp.
Dalej Odwołujący przytoczył treść SIWZ - Zgodnie z zapisem SIWZ Zamawiający wymagał:
IV. Warunki udziału w postępowaniu, w tym podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5. Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada zdolności techniczne i zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeśli wykaże że: w zakresie części II zamówienia:
wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem upływu terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 robotę budowlaną obejmującą budowę sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej (z przyłączami) o wartości minimalnej wynoszącej 1.000 000.00 zł brutto.
Zamawiający **przed udzieleniem zamówienia** wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 tj. **3.1 na spełnianie warunków udziału w postępowaniu: a)** wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (załącznik nr 5), z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.
W ocenie Odwołującego z treści powyższego postanowienia w żaden sposób nie wynika aby zdobyte doświadczenie wymagane było w ramach jednego zadania.
Odwołujący podkreślił, że jako Wykonawca posiada wieloletnie doświadczenie i jest znanym podmiotem w regionie. Dalej Odwołujący wskazał, że: „Wykonaliśmy z należytą starannością dziesiątki podobnych oraz znacznie większych i bardziej złożonych zadań i robót sanitarnych. Zatem wykluczenie Nas z przedmiotowej procedury jest wielkim nieporozumieniem. Trzeba mieć dużo złej woli, żeby tego dokonać. Nie wiemy dlaczego Zamawiający ma wątpliwości co do Naszego doświadczenia. Na jakiej podstawie sądzi, że tylko można nabyć doświadczenie realizując jedno zadanie obejmujące jednocześnie budowę sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej. Jeśli sobie znakomicie poradziliśmy z realizacją wykazanych robót za kwoty odpowiednio 4 222 898, 64 złotych oraz 1121 619,25 złotych to nie ulega najmniejszej wątpliwości, że poradzimy sobie z realizacją robót o wartości 828 325,90 złotych." „Zaproponowaliśmy najniższą cenę pracy, sposób wykorzystania zasobów materiałowych i ludzkich jest na najwyższym poziomie, umożliwiającym nam wygenerowanie zysku. Zdobyte doświadczenie jest również niezwykle przydatne".
Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jest zobowiązany jest do przestrzegania prawa obowiązującego, w tym ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, zgodnie z którą „Wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań". Odwołujący wskazał, że oferta kolejnego wykonawcy jest droższa o 46769,31 złotych, co ma również niebagatelne znaczenie.
Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego mogą również stanowić naruszenie ustawyz dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks kamy art. 231 § 1. Funkcjonariusz publiczny, który przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.
Izba ustaliła i zważyła co następuje:
W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się bezzasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.
W analizowanym stanie faktycznym kluczowe znaczenie miał art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z artykułem 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, zgodnie z artykułem 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.
W zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:
Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada zdolności techniczne i zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeśli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem upływu terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną obejmującą budowę sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej (z przyłączami) o wartości minimalnej wynoszącej 1.000.000,00 zł brutto.
W ocenie Izby, treść warunku jest jasna i jednoznaczna. Wynika z niej, że wykonawcy byli zobowiązani wykazać, że zrealizowali co najmniej jedną robotę, która obejmowała zarówno budowę sieci wodociągowej, jak i budowę sieci kanalizacyjnej (z przyłączami). Okoliczność, że w ramach jednej roboty miały znaleźć się budowa zarówno sieci wodociągowej jak i kanalizacyjnej, wynika z zastosowania przez Zamawiającego przy opisie warunku spójnika „i" („sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej"), oznaczającego koniunkcję. Skutkiem zastosowania przez Zamawiającego takiej konstrukcji warunku, warunek może zostać uznany za spełniony wyłącznie w sytuacji, gdy w ramach jednej roboty budowalnej realizowana była budowa zarówno sieci wodociągowej, jak i sieci kanalizacyjnej.
Ocena Zamawiającego, zgodnie z którą Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, jest prawidłowa. Nie oznacza jednak, jak odczytywał to Odwołujący, że nie posiada on w ogóle doświadczenia czy też, że ocena Zamawiającego godzi w dobre imię jego firmy. Nie mogło stanowić przedmiotu oceny Zamawiającego, czy Odwołujący posiada jakiekolwiek doświadczenie przy realizacji prac budowlanych w zakresie sieci wodociągowych, kanalizacyjnych.
Sprawdzeniu i ocenie Zamawiającego mogła podlegać okoliczność, czy Odwołujący spełnia postawiony w treści SIWZ warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z brzmieniem tego warunku, a zatem, czy Odwołujący zrealizował robotę

budowlaną, która obejmowała budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej (wraz z przyłączami).
Odwołujący nie wykazał spełnienia wymagań tak sformułowanego warunku. Odwołujący, jak wskazał, posiada doświadczenie w zakresie budowy sieci kanalizacyjnej i niezależnie w zakresie budowy sieci wodociągowej. Jednakże Odwołujący nie wykazał, że posiada doświadczenie przy realizacji jednej roboty budowlanej, w ramach której zrealizowano zarówno budowę sieci wodociągowej, jak i kanalizacyjnej wraz z przyłączami. Okoliczność braku wykazania zrealizowania przez Odwołującego w ramach jednej roboty budowalnej budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami nie była sporna pomiędzy stronami. Kwestia sporną był sposób rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu, który jak wskazano powyżej nie był niejasny, a nadto Zamawiający w sposób prawidłowy interpretował jego treść. Tym samym Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym artykułu 24 ust. 1 pkt 12 tej ustawy, dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji dokonując czynności odrzucenia jego oferty.
Na obecnym etapie (badania i oceny ofert) Zamawiający nie ma możliwości zmiany treści SIWZ i dokonania oceny oferty Odwołującego w taki sposób, jak tego Odwołujący oczekuje – Zamawiający nie może uznać, iż możliwe jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w ramach realizacji dwóch różnych robót, z których jedna dotyczyłaby budowy sieci wodociągowej, a druga sieci kanalizacyjnej. Treść SIWZ i warunki w niej postawione nie mogą zostać zmienione po terminie składania ofert. Godziłoby to w zasadę równego traktowania wykonawców.
Bez znaczenia pozostaje podniesiona przez Odwołującego argumentacja wskazująca na okoliczność, że oferta konkurencyjna jest droższa o 46.769,31 złotych. Przede wszystkim Zamawiający jest zobowiązany dokonać sprawdzenia spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ. Dopiero oferty spełniające wymagania SIWZ mogą zostać ocenione pod względem kryteriów wskazanych w SIWZ. Oferty Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, nie podlegają ocenie w zakresie kryteriów oceny ofert. Z uwagi zatem na okoliczność, że Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu (a w konsekwencji jego oferta podlegała odrzuceniu), jego oferta nie mogła stanowić przedmiotu badania pod kątem kryterium ceny, nie była zatem porównywalna z ofertą konkurencyjną. Tym samym Zamawiający był uprawniony do wyboru oferty tego Wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu z postępowania. Bez znaczenia pozostawała okoliczność, że jego oferta była droższa od oferty Odwołującego.
Niezasadne jest także twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Zamawiający w treści informacji z 01 października 2020 roku przedstawił bardzo szczegółowo uzasadnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. W treści informacji wskazał poszczególne artykuły ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiące podstawę poszczególnych czynności Zamawiającego. Zamawiający szczegółowo uzasadnił, dlaczego uznał, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu oraz wskazał, że: „(…) uznać należy, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, dlatego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) podlega wykluczeniu z postępowania, a jego ofertę na podstawie art, 24 ust.4 w/w ustawy uznaje się za odrzuconą.”
Nie można zatem uznać, że Zamawiający nie dopełnił obowiązku wskazania podstawy prawnej dokonanej czynności w postępowaniu.
W odniesieniu do stwierdzenia Odwołującego w treści odwołania, że Zamawiający „zamierza naruszyć art. 46 ust. 4a (to jest w sposób bezpodstawny a więc nie mający oparcia w obowiązujących przepisach chce zatrzymać moje wadium, pomimo, że udzieliłem wyczerpujących odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w oparciu o art. 26 ust. 3) o czym Zamawiający informuje w korespondencji (…)” należy zauważyć, że Odwołujący powołał się na tryb przyszły – Zamawiający chce zatrzymać wadium. Odwołujący nie wykazał zaistnienia czynności Zamawiającego, a dopiero czynność Zamawiającego w postępowaniu wobec Odwołującego może stanowić podstawę zaskarżenia, nie zaś ewentualny zamiar Zamawiającego. Podstawę wniesionego odwołania stanowi natomiast czynność Zamawiającego dotycząca badania i oceny oferty Odwołującego. Należy wskazać, że na chwilę wniesienia odwołania czynność oceny oferty Odwołującego nie stała się prawomocna (przed wydaniem niniejszego wyroku). Kwestia ewentualnego zatrzymania wadium na tym etapie nie powinna stanowić zatem podstawy działania Zamawiającego.
W przypadku ewentualnego zatrzymania wadium przez Zamawiającego, Zamawiający powinien o takiej czynności poinformować Odwołującego (zgodnie z zasadą pisemności) wraz z podaniem podstawy faktycznej i prawnej takiej czynności. W takiej sytuacji, gdyby doszło do naruszenia ustawy przez Zamawiającego i ewentualnego zatrzymania wadium w sposób niezgodny z przepisami ustawy, Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia środków ochrony prawnej na taką czynność Zamawiającego. Dopiero bowiem po przedstawieniu argumentacji Zamawiającego Wykonawca będzie miał możliwość postawienia zarzutów i pełnego podniesienia argumentacji.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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).

Przewodniczący:……..