

WYROK

z dnia 29 czerwca 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o. z siedzibą w Oleśnicy w postępowaniu prowadzonym przez Wodociągi Kępińskie Sp. z o.o. z siedzibą w Kępnie

przy udziale wykonawcy ELEKTROMEX Sp. z o. o. z siedzibą w Kępnie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Kaliszu.

Przewodniczący :.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Wodociągi Kępińskie sp. z o.o. z siedzibą w Kępnie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przykanalikami i przepompowniami w m. Szklarka Mielęcka i Borek Mielęcki gm. Kępno”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 grudnia 2019r. pod numerem 2019/S 234-574489.

W dniu 8 maja 2020r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy (dalej: „Odwołujący”) od czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z

ustawą Pzp wykluczenie Odwołującego (oraz uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp) ze względu na niewykazanie przez niego spełnienia warunku udziału określonego w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, w sytuacji, gdy wskazane w Wykazie wykonanych robót z dnia 10 lutego 2020 r. zamówienie zrealizowane na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Międzybórz (dalej również: „UMG Międzybórz”) potwierdza spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu,

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp

wykluczenie Odwołującego z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy nie było ku temu podstaw, ponieważ informacje podane przez Odwołującego w Wykazie robót z dnia 10 lutego 2020 r. przedstawiają rzeczywistą wartość zrealizowanych na rzecz UMG Międzybórz robót, nie wprowadzają Zamawiającego w błąd i nie zostały podane w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, a tym samym wymagane elementy przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie ziszczyły się kumulatywnie,

4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowania podczas gdy oferta ta powinna zostać najwyższej oceniona, a Odwołujący nie powinien podlegać wykluczeniu z postępowania,

Odwołujący w oparciu o tak przedstawione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania

oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty;

2. nakazanie powtórzenia czynności w zakresie prawidłowego badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu oferty Odwołującego;

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali minimum 2 roboty budowlane, zakończone i oddane do eksploatacji, polegające na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - ciśnieniowej o łącznej długości minimum 3 km każda, w tym co najmniej jedna z robót budowlanych musi obejmować wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego o łącznej długości przewiertu min. 1000 m.

Na wykazanie spełnienia ww. warunku udziału, na podstawie rozdziału XI pkt 7 ppkt 1

lit. b SIWZ, wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona był zobowiązany przedstawić na wezwanie Zamawiającego Wykaz robót budowlanych, którego wzór stanowił Załącznik nr 3 do SIWZ (dalej zwanego: „Wykazem robót”).

Odwołujący wyjaśnił, że ponieważ jego oferta została najwyżej oceniona w postępowaniu, został on wezwany do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Jego zdaniem, ze złożonego przez niego w dniu 10 lutego 2020 r. Wykazu robót wynika, że spełnił warunek udziału określony rozdziale IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ ze względu na realizację zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz - etap IIC” na rzecz UMG Międzybórz, ale również ze względu na realizację zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w Gminie Grodków - etap II” na rzecz Gminy Grodków, której Zamawiający nie podważył z punktu widzenia wykorzystania technologii bezwykopowej przewiertu sterowanego o łącznej długości przewiertu min. 1000m.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w trakcie badania przekazanych mu dokumentów uznał, że Referencje z dnia 29.10.2018 r. wydane przez UMG Międzybórz złożone wraz z Wykazem robót nie zawierają informacji na temat metody wykonania sieci

kanalizacyjnej grawitacyjnej. Dodatkowo - jak wskazał Odwołujący - Zamawiający podnosił, że przekazana wraz z pozostałymi dokumentami Notatka służbowa z dnia 13.08.2018 r., podpisana przez Kierownika Budowy i Inspektora Nadzoru, nie zawiera danych dotyczących podmiotu, na rzecz którego zrealizowano roboty budowlane, danych dotyczących nazwy zadania, miejsca i okresu wykonania robót budowlanych, danych dotyczących numerów/nazw dróg przy których wykonywano roboty. W związku z powyższym Zamawiający bezpodstawnie uznał, że treść złożonej notatki nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, jakiego zadania dotyczy, a co za tym idzie nie pozwala na potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na kolejne wezwanie z dnia 14.02.2020 r. Odwołujący złożył referencje z dnia 17.02.2020 r. wystawione przez UMG Międzybórz, które potwierdzają wykonanie „ok. 1120 mb kanalizacji grawitacyjnej metodą bezwykopową, przejścia poprzecze pod drogą odcinki wykonane wzdłuż drogi krajowej”. Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 14.02.2020 r. nie sprecyzował, czy brakujące informacje dotyczą potwierdzenia bezwykopowego wykonania kanalizacji, czy też dokonania powyższej czynności konkretną metodą tj. przewiertu sterowanego.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający na podstawie art. 26 ust 4 Pzp wezwał go do złożenia jednoznacznych wyjaśnień oraz potwierdzenia czy kanalizacja sanitarna grawitacyjna, o której mowa w referencjach z dnia 17.02.2020 r. została wykonana metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 25.02.2020 r. potwierdził, że wykonał ok. 1120 mb kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego. W związku z powyższym Zamawiający powinien uznać, że Odwołujący uczynił zadość w celu potwierdzenia spełnienia warunku określonego w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niezasadnie kontynuował badanie, zwracając się do UMG Międzybórz z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej, w którym poprosił o udostępnienie umowy zawartej z Odwołującym, dotyczącej realizacji zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz - Etap IIC” oraz wszystkich aneksów do tej umowy, a także protokołów konieczności i protokołów odbioru, a także o udostępnienie informacji czy w trakcie realizacji ww. zadania nastąpiła zmiana umowy związana ze zmianą technologii wykonania kanalizacji sanitarnej na metodę przewiertu sterowanego w zakresie kanalizacji grawitacyjnej przewidzianej w projekcie budowlanym do wykonania wykopowo oraz o podanie długości odcinków sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wykonanej metodą przewiertu sterowanego. Zdaniem Zamawiającego, wbrew wyjaśnieniom

Odwolującego, z informacji udzielonej przez UMG w Międzybórz w dniu 10.03.2020r. wynika, że długość odcinków sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej dla etapu ITC wykonana metodą przewiertu sterowanego wynosi jedynie ok. 482 mb. W związku z powyższym Zamawiający, zaniechawszy dalszego badania wątpliwości, niezasadnie uznał, że Odwołujący nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwolujący podkreślił, że Zamawiający w sposób błędny dokonał badania doświadczenia wykazanego w ramach warunku rozdziału IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, opierając się wyłącznie na treści oświadczenia UMG Międzybórz z dnia 5 marca 2020 r. (otrzymanego przez Zamawiającego dnia 10.03.2020 r.), umowy dotyczącej realizacji zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz - Etap IIC” oraz aneksów do tej umowy, a także protokołów konieczności i protokołów odbioru. Odwołujący wskazał, że z treści ww. dokumentów nie wynika pełna i rzeczowywista informacja, jaką dokładnie długość

sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z podziałem na poszczególne technologie Odwołujący wykonał w ramach ww. zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający niezasadnie uznał, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału opierając się wyłącznie na dokumentach, które nie zawierały dokładnych i pełnych informacji w powyższym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że ustalenie w jakiej konkretnej technologii metody bezwykopowej będzie wykonywana sieć kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej odbywało się na terenie budowy między osobami bezpośrednio uczestniczącymi w realizacji zadania tj. Kierownikiem budowy i Inspektorem nadzoru i było każdorazowo uzależnione od warunków gruntowych. Decyzja o wykonaniu części kanalizacji metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego została podjęta na etapie realizacji, co zostało zaakceptowane przez Inspektora nadzoru i osoby umocowane do działania po stronie Zamawiającego. Powyższe wskazuje, że sam Zamawiający nie miał dokładnej wiedzy o dokładnej ilości metrów bieżących kanalizacji zrealizowanej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający pominął i nie wziął pod uwagę realizacji zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w Gminie Grodków - etap III” na rzecz Gminy Grodków, w ramach której Odwołujący zrealizował roboty w ramach sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-ciśnieniowej, w ramach której wykonane roboty obejmowały wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i wykorzystano technologię przewiertu sterowanego o łącznej długości przewiertu min. 1000m, przy czym był to przewiert horyzontalny. Zamawiający jednak, co należy wyraźnie podkreślić, w treści warunku nie ograniczył w ramach wymogu przewiertu sterowanego horyzontalnego, albowiem podkreślił jedynie wymóg zastosowania przewiertu sterowanego o minimalnej długości 1000m. Tak postawiony wymóg została spełniony wskazaną przez Odwołującego realizacją z pkt 4 Wykazu wykonanych robót.

Według Odwołującego w sprawie doszło do nieprawidłowej i niezasadnej oceny przedłożonych przez niego oświadczeń i dokumentów, co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem go z Postępowania

Ponadto w opinii Odwołującego, Zamawiający niezasadnie uznał, że 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 - sposób udzielania wyjaśnień i wskazania odcinków kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wykonanej z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego wprowadzał Zamawiającego w błąd, który mógł skutkować dokonaniem wyboru wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Według Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie zaistniały łącznie wszystkie przesłanki warunkujące konieczność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że aby zaistniała możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, musi dojść do kumulatywnego spełnienia trzech wymagań wynikających z przesłanki, a mianowicie:

- 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd,
- 2) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do spełnienia wymagań określonych w pkt 1 i 3 powyżej, co powoduje, że Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Wyjaśnił, że podane przez niego informacje nie wprowadzały Zamawiającego w błąd, bowiem wbrew twierdzeniom Zamawiającego spełnia on warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ w związku z realizacją zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz - etap IIC” na rzecz UMG Międzybórz, ale również ze względu na realizację zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w Gminie Grodków - etap III” na rzecz Gminy Grodków. Odwołujący wskazał, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji na tyle szczegółowego prowadzenia przez Zamawiającego dodatkowych samodzielnych wyjaśnień w kontekście treści warunku postawionego przez Zamawiającego, że jego potwierdzenie nie będzie wynikało wprost z

treści umowy zawartej między Odwołującym, a podmiotem na rzecz którego Odwołujący wykonywał zadania objęte treścią warunku udziału w postępowaniu. Według Odwołującego, Zamawiający działał w sposób na tyle nieobiektywny, że ostatecznie uzyskał od UMG Międzybórz niepełne informacje dotyczące realizacji czynności, które miały potwierdzić spełnienie warunku udziału. W związku z powyższym Odwołujący przedsięwziął dodatkowe działania w zakresie uzyskania dowodów w celu wykazania, że informacje wynikające z pisma UMG Międzybórz z dnia 05.03.2020 r. są niekompletne, a Odwołujący w rzeczywistości spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału. Zatem niezasadne również było uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący próbował wprowadzić go w błąd podając informacje o spełnieniu warunku określonego w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, pomijając aspekt referencji z UMG Międzybórz również z uwagi na wykazane doświadczenie zrealizowane w Gminie Grodków. Dodatkowo wskazał, że w niniejszej sprawie przedstawienie przez Odwołującego informacji dotyczących doświadczenia nie nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, a ponadto nie można również przypisać mu niedochowania należytej staranności przy przedstawieniu informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. Jego zdaniem, w niniejszej sprawie, zachowanie Odwołującego nie nosi znamion lekkomyślności, czy niedbalstwa, ponieważ Odwołujący przedsięwziął wszelkie niezbędne i możliwe na etapie postępowania kroki i środki w celu prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i wykazania doświadczenia, a zatem nie można przypisać takiemu działaniu wykonawcy winy. Nie można również uznawać ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp tylko na tej podstawie, że rzekomo wystąpiła przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 czerwca 2020r. wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu powyższego stanowiska wskazał, że Odwołujący nie sprostął wymaganiom określonym w SIWZ przedkładając w wykazie robót realizację Zadań: pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz — etap IIC oraz pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w Gminie Grodków — etap II”. Żadne z wykonanych przez odwołującego zadań nie potwierdziło spełnienia warunku dla jego drugiej części, tj. wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego o łącznej długości przewiertu min. 1000 m. Dokumenty przedłożone dla zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz — etap IIC”, a w szczególności notatka dołączona do referencji wzbudziły wątpliwości Zamawiającego uzasadniając skierowanie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień. Natomiast zadanie pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w Gminie Grodków — etap II” dotyczyło realizacji kanalizacji sanitarnej tłocznej z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego (co wynika z poświadczenia wystawionego przez Urząd Miejski w Grodkowie). Mimo, iż Odwołujący wskazuje na realizację zadania na rzecz Gminy Grodków, jako dowód potwierdzający spełnienie drugiej części warunku udziału w postępowaniu, argumentacja jego jest bezzasadna co do realizacji kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego o łącznej długości przewiertu min. 1000 m. Zamawiający nie kwestionował wykorzystania technologii bezwykopowej w tej inwestycji, ponieważ dotyczy ona sieci kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej, a sporny warunek udziału w postępowaniu dotyczy sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej. Zamawiający uznał, że ta inwestycja jest jedną z dwóch wymaganych w warunku robót, potwierdzającą wykonanie budowy i/lub przebudowy i/lub rozbudowy sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno — ciśnieniowej o łącznej długości min. 3 km każda, podobnie jak wskazane w wykazie robót zadanie realizowane na rzecz Gminy Oława, którego również Zamawiający nie kwestionował. Podkreślił, że rurociąg ciśnieniowy nie jest rurociągiem grawitacyjnym.

Zamawiający wyjaśnił, że wobec powzięcia uzasadnionych wątpliwości, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu po zbadaniu referencji Gminy Międzybórz z dnia 29.10.2018r. kontynuował badanie złożonych przez Odwołującego dokumentów z uwagi na to, że - referencje te nie określały długości kanalizacji grawitacyjnej wykonanej przy użyciu metody przewiertu sterowanego, a z notatki służbowej z dnia 13.08.2018r. nie wynikało jaka technologia bezwykopowa została zastosowana oraz przy jakim zadaniu i na czym rzecz. Wobec zaistniałych wątpliwości Zamawiający kontynuował postępowanie wyjaśniające. W konsekwencji Zamawiający działając zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, wystosował wezwanie z dnia 14.02.2020 r. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył referencje z dnia 17.02.2020 r. wystawione przez UMG Międzybórz, które w dalszym ciągu nie potwierdziły spełnienia przez Odwołującego wykonania kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego o łącznej długości przewiertu min. 1000 m, a jedynie wskazywały na wykonanie ok. 1120 mb kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową. Podkreślić należy, że z referencji z dnia 17.02.2020r. nie wynikało jaka konkretnie metoda bezwykopowa została

zastosowana. Wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego konieczne było dalsze badanie spełnienia przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonania kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego o łącznej długości przewiertu min. 1000 m. Zamawiający działając zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, wystosował do Odwołującego kolejne wezwanie w dniu 24.02.2020r. o wyjaśnienie oraz potwierdzenie czy kanalizacja sanitarna grawitacyjna dł. ok. 1120 mb, o której mowa w w/w referencjach (z dnia 17.02.2020r.) została wykonana metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 25.02.2020r. nadal, mimo ciężącego na nim obowiązku, nie potwierdził w sposób jednoznaczny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazując na odcinki wykonanych robót, z których nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu (Odwołujący wskazał na wykonanie kanalizacji w technologii przewiertu sterowanego na rurociągach tłocznych o długości 440 mb).

W związku z dalszymi wątpliwościami badanie warunku udziału w postępowaniu musiało być zatem kontynuowane poprzez uruchomienie przepisu § 2 ust. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016r. poz. 1126 z późn. zm.; dalej „rozporządzenie”) przez wystąpienie do Urzędu Miasta i Gminy Międzybórz (Gminy Międzybórz), pismem z dnia 14.02.2020r. z zapytaniem czy Odwołujący wykonał łącznie ok. 1120 mb kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego wraz z podaniem lokalizacji robót i długości poszczególnych wykonanych bezwykopowo odcinków. Zamawiający poprosił o udostępnienie umowy zawartej z Odwołującym, dotyczącej realizacji zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz - Etap IIC” oraz wszystkich aneksów do tej umowy, a także protokołów konieczności i protokołów odbioru, a także o udostępnienie informacji czy w trakcie realizacji ww. zadania nastąpiła zmiana umowy związana ze zmianą technologii wykonania kanalizacji sanitarnej na metodę przewiertu sterowanego w zakresie kanalizacji grawitacyjnej przewidzianej w projekcie budowlanym do wykonania wykopowo oraz o podanie długości odcinków sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wykonanej metodą przewiertu sterowanego. W odpowiedzi, pismem z dnia 19.02.2020r. Burmistrz Międzybórza przesłał wątpliwą dowodowo notatkę z dnia 13.08.2018 r., co pociągnęło za sobą skutek w postaci wystąpienia przez Zamawiającego do Burmistrza Międzybórza z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w dniu 24.02.2020r. W odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji publicznej Burmistrz Międzybórza pismem z dnia 5.03.2020r. poinformował Zamawiającego w punkcie ad. 2 zdanie drugie, że: zgodnie z posiadaną dokumentacją dla zadania pn.: Budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej dla miasta Międzybórz - etap IIC długość odcinków kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej dla etapu IIC wykonana metodą przewiertu sterowanego wynosi ok. 482 mb.”

W ocenie Zamawiającego uzyskanie powyższej informacji w trybie informacji publicznej z dnia 5.03.2020r. przesądziło kwestię możliwości jednoznacznej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego, nieprawdziwy jest także zarzut odwołującego jakoby po uzyskaniu informacji publicznej z UMG Międzybórz w dalszym ciągu istniały wątpliwości co do spełnienia warunku udziału przez Odwołującego i Zamawiający zobowiązany był w dalszym ciągu prowadzić postępowanie wyjaśniające. Należy podkreślić, że Zamawiający wykorzystał wszelkie przewidziane w Pzp narzędzia służące zbadaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego. Odwołujący miał bowiem szansę samodzielnie udowodnić, że spełnia warunek posiadania doświadczenia w zakresie wykonania sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą przewiertu sterowanego, czego nie uczynił. Wezwania kierowane do niego były precyzyjne i proste. Jednak wyjaśnienia oraz dokumenty składane w odpowiedzi na nie uniemożliwiły Zamawiającemu potwierdzenie spełnienia przez Odwołującego warunku postawionego w postępowaniu. Zamawiający zakwestionował zasadność argumentacji Odwołującego odnoszącej się do sposobu ustalania zmian w

technologii realizacji dla zadania pn.: Budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej dla miasta Międzybórz - etap IIC. Bez znaczenia są twierdzenia dotyczące sposobu ustalania zmian w technologii oraz osób, które zmianę technologii ustalały skoro informacja publiczna została udzielona przez Burmistrza Międzybórza już po zakończeniu realizacji inwestycji i sporządzeniu inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, co czyni także bezskuteczną argumentację jakoby Gmina Międzybórz nie miała wiedzy o dokładnej ilości metrów bieżących kanalizacji sanitarnej zrealizowanej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego. Podkreślił, że informacja publiczna została udzielona przez Burmistrza czyli osobę będącą funkcjonariuszem publicznym zobowiązanym do działania na podstawie i w granicach prawa. Burmistrz Miasta i Gminy Międzybórz wskazał w sposób jednoznaczny nie tylko na długość wykonania kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą przewiertu sterowanego czyli dokładnie 482 mb oraz wskazał, że źródłem informacji są posiadane dokumenty, co więcej wskazał na odcinki od studni S235 do S243.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że nieuzasadniony ale i oczywiście nieuzasadniony jest zarzut Odwołującego sprowadzający się do twierdzenia, że Zamawiający szczegółowo prowadził samodzielnie i nieobiektywnie wyjaśnienia w zakresie spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu, co miało prowadzić do uzyskania od UMG Międzybórz - Burmistrza Miasta i Gminy Międzybórz niepełnych informacji dotyczących realizacji czynności, które miały potwierdzić spełnienie warunku udziału. Twierdzenia Odwołującego o niekompletności informacji wynikających z pisma UMG Międzybórz - Burmistrza Miasta i Gminy Międzybórz z dnia 5.03.2020 r. są oczywiście bezzasadne albowiem nie mają podstaw w zgromadzonej dokumentacji i w istocie zmierzają do podważenia udzielonej informacji publicznej. Argumentacja Odwołującego podniesiona w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest zatem bezzasadna, gdyż wyciągane przez Odwołującego wnioski są oczywiście sprzeczne z dokumentami, na które się powołuje.

Zamawiający wniósł również o oddalenie wniesionego odwołania zakresie zarzutów nr 2 oraz nr 3 jako nieuzasadnionych i niezaskądnych na uwzględnienie.

Wskazał, że po pierwsze, informacje podawane w postępowaniu przez Odwołującego były dalece nieprecyzyjne i oczywiście interpretowane na swoją korzyść przez Odwołującego, co oczywiście wprowadzało w błąd Zamawiającego co do okoliczności spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Po drugie, oczywiście błędna informacja co do spełnienia lub niespełnienia warunku udziału w postępowaniu ma oczywisty wpływ na decyzje Zamawiającego, gdyż Zamawiający mógłby dokonać wyboru oferty podmiotu niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Po trzecie, lekkomyślność lub niedbalstwo Odwołującego przejawia się w zaniechaniu rzetelnego zbadania dokumentacji zadania, na które się powołuje dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i usiłowaniu wykazania za pomocą niemiarodajnych dokumentów spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego należy wskazać, iż w okolicznościach sprawy ziszczyły się przesłanki wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy, a zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Ustawy należy uznać za nieuzasadnione i niezaskądne na uwzględnienie.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 23 czerwca 2020r. wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty była zgodna z przepisami Pzp. Wyjaśnił, że Odwołujący złożył dokumenty niekompletne oraz nie potwierdzające spełnianie warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia zgodnie z rozdziałem IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ. Podkreślił, że to po stronie Odwołującego, zgodnie z art. 6 k.c. leży dowód potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego, czego nie uczynił w stosownym wymaganym czasie i nie może już tego wykonać, zwłaszcza podczas procesu odwoławczego.

Przystępujący wyjaśnił, że również druga przedstawiona przez Odwołującego referencja równie nie spełnia wymaganego warunku wiedzy i doświadczenia postawionego w SIWZ ponieważ zadanie dotyczy kanalizacji tłocznej realizowanej w Gminie Grodków a nie grawitacyjnej, jak wymagał Zamawiający.

Tym samym wykluczenie Odwołującej z postępowania stało się uzasadnione prawnie i zgodne ze stanem faktycznym sprawy.

Zdaniem Przystępującego w niniejszym postępowaniu również przesłanki wykluczenia zawarte w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zaistniały kumulatywnie:

- 1) odwołujący od pierwszego wezwania poprzez brak precyzji w referencji w zakresie długości odcinka wykonanego przewiertem sterowanym wprowadzał Zamawiającego celowo w błąd,
- 2) informacje podawane przez Odwołującego mogły mieć decydujący o wyniku postępowania wpływ na Zamawiającego,
- 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść

ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

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 nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ELEKTROMEX Sp. z o. o. z siedzibą w Kępnie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ ustalił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w którym wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali minimum 2 roboty budowlane, zakończone i oddane do eksploatacji, polegające na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - ciśnieniowej o łącznej długości minimum 3 km każda, w tym co najmniej jedna z robót budowlanych musi obejmować wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego o łącznej długości przewiertu min. 1000 m.

W złożonym w dniu 10 lutego 2020 r. wykazie robót budowlanych Odwołujący na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wskazał m. in. zadania:

- 1) w pozycji nr 1 tabeli „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz - etap IIC”, w kolumnie 4 podano: m. in. długość sieci kanalizacyjnej: 5.552,8 mb oraz długość sieci kanalizacyjnej grawitacyjnej wykonanej bezwykopowo: 1120 mb,
- 2) w pozycji nr 4 tabeli „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w Gminie Grodków - etap II”; w kolumnie 4 podano m.in.: długość sieci kanalizacyjnej: 7.708,5 mb oraz długość sieci kanalizacyjnej ciśnieniowej wykonanej bezwykopowo: 1560 mb.

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, pismem z dnia 14 lutego 2020r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub dokumentów potwierdzających wykonanie bezwykopowe sieci kanalizacyjnej grawitacyjnej. Zgodnie z § 2 ust 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), referencje bądź inne dokumenty powinny być wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane. Złożona notatka służbowa z dnia 13.08.2018 r. została podpisana przez Kierownika budowy i Inspektora Nadzoru. Notatka nie zawiera danych dotyczących podmiotu, na rzecz którego zrealizowano roboty budowlane, danych dotyczących nazwy zadania, miejsca i okresu wykonania robót budowlanych, danych dotyczących numerów/nazw dróg przy których wykonywano roboty. W związku z powyższym treść złożonej notatki nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, jakiego zadania dotyczy, a co za tym idzie nie pozwala na potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Proszę o złożenie stosownych wyjaśnień — informacji brakujących w w/w notatce lub złożenie innych dokumentów potwierdzających wykonanie bezwykopowe kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej.”.

Odpowiadając na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył referencje wystawione przez Burmistrza Miasta i Gminy Międzybórz z dnia 17 lutego 2020r., w których zostało wskazane, że „długość Kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej PVC SN12 fi 160 mm (przyłącza)

— 743,5 mb w tym: ok. 1120 mb kanalizacji grawitacyjnej metoda bezwykopową tj. przejścia poprzeczne pod drogą, odcinki wykonywane wzdłuż drogi krajowej”.

Zamawiający kolejnym wezwaniem z dnia 24 lutego 2020r., działając zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Referencji z dnia 17.02.2020 r. wydanych przez Urząd Miasta i Gminy Międzybórz poprzez wyjaśnienie, czy kanalizacja sanitarna grawitacyjna dł. ok. 1120 mb, o której mowa w w/w referencjach została wykonana metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 26 lutego 2020r. potwierdził fakt wykonania technologii przewiertu sterowanego przy budowie kanalizacji sanitarnej w Międzybórz - etap IIC, na odcinkach wzdłuż drogi krajowej (została dopuszczona technologia przewiertu sterowanego) oraz przejścia pod drogami metodą przewiertu sterowanego na kanalizacji. Odwołujący wskazał ponadto, że ilości zostały wskazane w notatce z inspektorem nadzoru oraz, że w ramach zadania wykonywano również kanalizację w technologii przewiertu sterowanego na rurociągach tłocznych o dł. 440 mb .

Kolejno Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 24.02.2020r. zwrócił się do Burmistrza Międzybórz z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej. W odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji publicznej Burmistrz Międzybórz pismem z dnia 5.03.2020r. poinformował Zamawiającego w punkcie ad. 2 zdanie drugie, że: zgodnie z posiadaną dokumentacją dla zadania pn.: Budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej dla miasta Międzybórz - etap IIC długość odcinków kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej dla etapu IIC wykonana metodą przewiertu sterowanego wynosi ok. 482 mb.”

Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 28 kwietnia 2020r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie z art. 24 ust 1 pkt 12 oraz art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp stwierdzając, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ponadto 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. Przywołując treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia Zamawiający wskazał, że ze złożonego przez Odwołującego w dniu 10 lutego 2020 r. wykazu robót wynika, że zrealizował on zadanie pn: Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz — etap IIC, w ramach którego wykonał 1120 mb sieci kanalizacyjnej grawitacyjnej wykonanej bezwykopowo. Jednocześnie wskazał, że referencje z dnia 29.10.2018 r. wydane przez Urząd Miasta i Gminy Międzybórz złożone wraz z wykazem robót nie zawierają informacji na

temat metody wykonania sieci kanalizacyjnej grawitacyjnej. Dodatkowo wraz z referencjami

Wykonawca złożył notatkę służbową z dnia 13.08.2018 r. podpisaną przez Kierownika budowy i Inspektora Nadzoru (a nie przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane). Notatka nie zawiera danych dotyczących podmiotu, na rzecz którego zrealizowano roboty budowlane, danych dotyczących nazwy zadania, miejsca i okresu wykonania robót budowlanych, danych dotyczących numerów/nazw dróg przy których wykonywano roboty. W związku z powyższym treść złożonej notatki nie pozwala na

jednoznaczne stwierdzenie, jakiego zadania dotyczy, a co za tym idzie nie pozwala na

potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W związku rozbieżnymi informacjami zawartymi w w/w dokumentach, Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w dniu 14.02.2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień — informacji brakujących w w/w notatce lub złożenie innych dokumentów potwierdzających wykonanie bezwykopowe kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą przewiertu sterowanego. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się do Urzędu Miasta i Gminy Międzybórz o udzielenie informacji, czy w ramach w/w zadania Odwołujący wykonał łącznie ok. 1120 mb kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego oraz o podanie lokalizacji robót i długości poszczególnych wykonanych bezwykopowo odcinków.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył referencje z dnia 17.02.2020 roku wystawione przez Urząd Miasta i Gminy Międzybórz, które potwierdzają "konanie „ok. 1120 mb kanalizacji grawitacyjnej metodą bezwykopową (..)”. Urząd Miasta i Gminy Międzybórz w odpowiedzi na pismo Zamawiającego przesłał referencje z dnia 17.02.2020 r. (które przesłał Wykonawca) oraz Notatkę służbową z dnia 13.08.2018 r., którą wcześniej złożył Wykonawca.

W związku z tym, że złożone przez Wykonawcę oraz przesłane przez Urząd Miasta i Gminy Międzybórz dokumenty nie potwierdziły jednoznacznie, czy kanalizacja sanitarna

grawitacyjna wykonana metoda bezwykopową została wykonana przewierciem sterowanym (przewiert sterowany to jedna z wielu metod bezwykopowych), Zamawiający na podstawie art. 26 ust 4 ustawy prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę do złożenia jednoznacznych wyjaśnień oraz potwierdzenia czy kanalizacja sanitarna grawitacyjna dł. ok. 1120 mb, o której mowa w w/w referencjach została wykonana metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego. Jednocześnie równolegle Zamawiający zwrócił się do Urzędu Miasta i Gminy Międzybórz z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej, w których poprosił o udostępnienie umowy zawartej z Przedsiębiorstwem Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. z/s. w Oleśnicy przy ul. Południowej 1, dotyczącej zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz — Etap IIC” oraz wszystkich aneksów do tej umowy, a także protokołów konieczności i protokołów odbioru, a także o udostępnienie informacji czy w trakcie realizacji zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz — Etap II C” nastąpiła zmiana umowy związana ze zmianą technologii wykonania kanalizacji sanitarnej na metodę przewiertu sterowanego w zakresie kanalizacji grawitacyjnej przewidzianej w projekcie budowlanym do wykonania wykopowo oraz o podanie długości odcinków sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wykonanej metodą przewiertu sterowanego.

Wykonawca w złożonych w dniu 25.02.2020 r. wyjaśnieniach potwierdził, że wykonał ok. 1120 mb kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą przewiertu sterowanego. Natomiast z informacji udzielonej przez Urząd Miasta i Gminy w Międzybórz w dniu 10.03.2020 r. wynika, że długość odcinków sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej dla etapu IIC wykonana metodą przewiertu sterowanego wynosi ok. 482 mb. Zamawiający dodatkowo podjął próbę weryfikacji długości odcinków wskazanych przez wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach przy użyciu map załączonych do dokumentacji przetargowej, dostępnych na stronie internetowej Urzędu Miasta i Gminy w Międzybórz. Weryfikacja nie potwierdziła długości wskazanej przez Wykonawcę, długość wyliczona przez Zamawiającego na podstawie wyjaśnień Wykonawcy jest zbliżona do długości odcinków wskazanych przez Urząd Miasta i Gminy w Międzybórz w udzielonej informacji publicznej.

W związku z powyższym należy uznać, że Wykonawca nie potwierdził wykonania co najmniej jednej z robót budowlanych, która obejmuje wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego o łącznej długości przewiertu min. 1000 m i nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowo należy uznać, że Wykonawca 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 sposób udzielania wyjaśnień i wskazania odcinków kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wykonanej z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego wprowadzał Zamawiającego w błąd, który mógł skutkować dokonaniem wyboru wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowując — wyklucza się Wykonawcę na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 oraz art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na podstawie art. 24 ust. 4 ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”.

Izba zważyła:

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczając Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie przez niego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, a tym samym zarzut odwołania okazał się niezasadny.

Odnosząc się na w pierwszej kolejności do wskazanej w wykazie zadań z dnia 10 lutego 2020 r. realizacji zadania wykonanego na rzecz Gminy Grodków to wskazać należy, że realizacja powyższego zadania nie spełniała wymogu Zamawiającego określonego ww. postanowieniu SIWZ, tj. aby przewiert sterowany zrealizowany był przy budowie kanalizacji sanitarnej metodą grawitacyjną. Jak bowiem wprost wskazał Odwołujący w Wykazie robót kanalizacja wykonywana była metodą ciśnieniową, a nie grawitacyjną której dotyczył powyższy warunek udziału w postępowaniu.

Odnosząc się w tym miejscu do stanowiska Odwołującego podnoszonego na rozprawie odnośnie interpretacji warunku to pomimo, iż Izba powyższe twierdzenia uznała za spóźnione, bowiem poruszone dopiero w trakcie rozprawy przed Izbą, to nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że przy wyraźnym rozgraniczeniu przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu na dwie części składowe, którego pierwsza część dotycząca minimalnej długości wykonanej kanalizacji odnosiła się zarówno do tej budowanej metodą grawitacyjną jak też metodą ciśnieniową, to już wymóg wykonania przewiertu

sterowanego dotyczył tylko i wyłącznie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej. Dlatego też ewentualne wykonanie przewiertu sterowanego o łącznej długości 1000 m, ale wykonanego zarówno przy budowie kanalizacji sanitarnej metodą grawitacyjną i ciśnieniową nie podlegało zsumowaniu. Zsumowaniu długości podlegały bowiem tylko odcinki przewiertu sterowanego wykonanego przy budowie kanalizacji sanitarnej metodą grawitacyjną.

Przechodząc kolejno do wskazanej w wykazie realizacji zadania wykonanego na rzecz Gminy Międzybórz, to Izba uznała, że w wyniku podjętych przez Zamawiającego czynności wyjaśniających ustalił on w sposób niebudzący wątpliwości, że również ta inwestycja nie spełniała warunku dotyczącego długości wykonanego przewiertu sterowanego. Wskazać należy, że Odwołujący odpowiadając w dniu 25 lutego 2020r. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, o wyjaśnienie oraz potwierdzenie czy kanalizacja sanitarna grawitacyjna dł. ok. 1120 mb, o której mowa w w/w referencjach z dnia 17.02.2020r. została wykonana metodą bezwykopową z wykorzystaniem technologii przewiertu sterowanego pomimo ciążącego na nim obowiązku, nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał w piśmie tym jedynie odcinki wykonanych robót, z których nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie podał także żadnych informacji odnośnie długości wykonanych odcinków, a już w ogóle nie wykazał że łącznie spełniały wymóg 1000 m (Odwołujący wskazał na wykonanie kanalizacji w technologii przewiertu sterowanego na rurociągach tłocznych o długości 440 mb).

W ocenie Izby ustalenie więc przez Zamawiającego na podstawie informacji uzyskanych w trybie dostępu do informacji od Burmistrza Gminy i Miasta Międzybórz, że przekop sterowany na tym zadaniu wynosił 482 m - co wynika wprost z dokumentacji poprojektowej - potwierdza, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a tym samym Zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Odwołujący w postępowaniu nie przedłożył dowodu, który podważałby informacje zawarte w posiadanej dokumentacji poprojektowej, w tym w protokołach konieczności i aneksach do umowy. Izba nie dała wiary złożonemu przez Odwołującego na rozprawie dowodu z oświadczenia Inspektora Nadzoru, bowiem oświadczenie w nim zawarte stoi w sprzeczności z dokumentacją sporządzoną już po realizacji inwestycji, której należy przyznać prymat prawdziwości odnośnie tego co w niej zawarte.

Izba w składzie orzekającym za niezasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, stwierdzając, że rozpoznawanym stanie faktycznym wypełniona została przesłanka wprowadzenia w błąd ujęta w treści powyższego przepisu. Wskazać należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, 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. Podkreślić należy, że powyższy przepis zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego tego przepisu. Po pierwsze wprowadzenie Zamawiającego w błąd winno być wynikiem, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Skutkiem powyższego działania powinno być zaś pozostawanie Zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie, skutkiem tego błędnego przekonania, choćby potencjalnie, powinno być jego przełożenie na przebieg postępowania. W związku z powyższym, aby mogło dojść do podważenia ujętych i przedstawionych przez Odwołującego, w wykazie robót, oświadczeń winny zostać przedstawione dowody spoza dokumentacji postępowania. Wówczas na skutek swego rodzaju „wyjścia” poza informacje dostępne w ramach postępowania dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy podważającego stan wiedzy dostępny w postępowaniu.

Jak zostało wyżej wskazane, skład orzekający stwierdził, że Zamawiający wykazał odmienność rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w wykazie robót przez Odwołującego. W ocenie Izby, poczynione przez Zamawiającego w trakcie postępowania ustalenia pozwalały na przypisanie Odwołującemu choćby niedbalstwa lub braku należytej staranności w wypełnieniu wykazu robót. Wskazać należy, że na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (k.c.), a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. 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 wygzeknować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Ponadto w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art.

355 § 2 k.c. 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. Zatem jeżeli Odwołujący przedstawił w złożonym przez siebie w wykazie robót informacje pozostające w sprzeczności z faktami i Zamawiający zdołał to wykazać uznać należy, że Odwołujący co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W ocenie składu Odwołującemu można przypisać również niedbalstwo, bowiem skoro - jak wynika z argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie - istniały u niego wątpliwości co do rozumienia warunku udziału w postępowaniu, w tym przede wszystkim zawartego w nim słowa „łącznie” winien był zwrócić się w tym zakresie do Zamawiającego o wyjaśnienie użytego w warunku sformułowania. Ponadto podkreślić należy, że Zamawiający pozyskał dowody, tj. informację udzieloną w trybie dostępu do informacji publicznej wskazującą na rzeczywistą długość przewiertu sterowanego wykonanego przy budowie kanalizacji sanitarnej metodą grawitacyjną. Z ustaleń Zamawiającego wynika, że istniejący na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stan rzeczy jest odmienny od tego, jaki wynikał z wykazu robót Odwołującego. Zauważyć należy, że ustaleń dokonano na podstawie dokumentacji poprojektowej będącej w posiadaniu Burmistrza Miasta i Gminy Międzybórz, w tym przede wszystkim protokołów odbioru i protokołów konieczności. Skoro z powyższych dokumentów wynikało, że faktyczna długość przewiertu wynosiła 482 m, to nie sposób dać wiary twierdzeniom Odwołującego, w tym przedłożonemu jako dowód oświadczeniu Inspektora Nadzoru, iż przewiert ten obejmował łącznie 1000 m. Tym samym Izba uznała, że zadanie wykonane na rzecz Miasta i Gminy Międzybórz nie spełniało wbrew oświadczeniu Odwołującego wymaganej przez Zamawiającego minimalnej długości 1000m, a powyższe oświadczenie wprowadzało Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 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).

Przewodniczący:.....