Sygn. akt: KIO 121/22

WYROK

z dnia 4 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez

wykonawcę D. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DrewKos D. R.z siedzibą w Tucholi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Kołobrzeg z siedzibą w Kołobrzegu

przy udziale wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjnych i Wodno-Melioracyjnych Z. A. z siedzibą w Kołobrzegu

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego D.R. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.1. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr

(słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 121/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Kołobrzeg - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1

ustawy pzp pn. „Utrzymanie w prawidłowym stanie rowów melioracyjnych oraz stawów w granicach miasta Kołobrzeg", nr postępowania: BZ.271.49.2021.II. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych 23.11.2021 r., nr 2021/BZP 00279516/01.

W dniu 17 stycznia 2022 r. odwołanie wniósł D. R. działający gospodarczą pod firmą DrewKos D. R.- dalej Odwołujący, wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. Z. (przystępującego) i zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 522 ust. 1 ustawy pzp, przez niewykonanie czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w zarzucie nr 1 odwołania wniesionego 27 grudnia 2021 r. przez Odwołującego mimo uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, tj. przez zaniechanie:

- wezwania do wyjaśnienia prawdziwości dokumentów podmiotowych złożonych przez wykonawcę A. Z. (wykaz usług i referencje) oraz wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy A. Z., pomimo, że złożony przez niego pierwotnie wykaz usług oraz referencje — poświadczają nieprawdę — zawierają informacje nieprawdziwe i zgodnie z zarzutem 1 odwołania z 27.12. złożenie ich stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

2. art. 128 ust. 1 w zw. z 226 ust. 1 pkt 7 pzp, przez bezpodstawne wezwanie wykonawcy A. Z do uzupełnienia wykazu usług oraz dowodów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej — doświadczenia wykonawcy

- w dniu 3 stycznia 2022 r. i nieuzasadnione stwierdzenie w treści wezwania, że wykonawca „wykonał" usługę, wskazaną w pierwotnym wykazie i referencjach, podczas gdy informacje zawarte w pierwotnie złożonych przez wykonawcę wykazie usług i referencjach były nieprawdziwe, a ponadto Zamawiający uwzględnił zarzut 1 odwołania z 27 grudnia 2021 r., w którym postawiono zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A. Z w związku ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na przedłożeniu przez wykonawcę niezgodnego z prawdą oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz przedłożeniu dokumentów poświadczających nieprawdę (wykazu osób i referencji);

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 - znku) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. Z. mimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na przedłożeniu przez wykonawcę niezgodnego z prawdą oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz przedłożeniu dokumentów poświadczających nieprawdę (wykazu osób i referencji), podczas gdy miał on świadomość, że na dzień upływu terminu składania ofert nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty ww wykonawcy, mimo iż wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej na dzień składania ofert;

5. art. 239 ust. 1 ustawy pzp, przez wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, mimo iż podlega ona odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, 3) odrzucenie oferty wykonawcy A. Z., 4) wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadniając odwołania wskazał, że Zamawiający postawił warunek w zakresie

zdolności technicznej lub zawodowej: „/.../ wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie co najmniej jedną usługę polegającą na realizacji prac melioracyjnych lub prac konserwacyjnych na rowach

melioracyjnych o min. wartości 100.000,00 zł brutto." Oferty złożył Odwołujący (Drew — Kos D. R.) oraz A. Z.. Wraz z ofertą A. Z. złożył oświadczenie z art. 125 ust. 1 pzp o braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający 13.12. 2021 r. wezwał A.Z. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi A. Z. złożył wykaz usług - jedną pozycję: „Konserwacja cieków naturalnych oraz kanałów stanowiących urządzenia melioracji wodnych podstawowych na terenie województwa zachodniopomorskiego", Zakres i rodzaj zamówienia: Konserwacja rzek i kanałów - 185 134, 03 zł, 26.11.2021 r. Błotnica, Samowo, Karcino, Zamawiający (podmiot): Rad-Chud, Karcino 74, 78-133 Drzonowo. Wykonawca złożył również „Referencje" z 30.11.

2021 - wystawione przez: „RAD-CHUD", R.C.. Co istotne to zamówienie mogło być zlecone przez jednego Zamawiającego — Wody Polskie Nadzór Gryfice, natomiast Rad Chud - firma typowo „budowlana" nie realizująca tego typu zleceń. Prace — nie dotyczą usług na rowach melioracyjnych jak również istnieją wątpliwości czy tego rodzaju usługi mogły być zlecane przez wystawiającego referencje. Zamawiający nie podjął procedury wyjaśniającej ani sprawdzającej dot. przedmiotowych dokumentów w kontekście potwierdzenia warunku udziału ani w kontekście ich prawdziwości oraz rzetelności. 20.12.2021 r. wybrał ofertę A. Z.. 27.12.2021 r. Zamawiający nie przeprowadził czynności wezwania do wyjaśnienia prawdziwości dokumentów i wykluczenia wykonawcy. Nie przeprowadził czynności wyjaśnienia kwestii złożonych dokumentów podmiotowych — wykazu usług i referencji — mimo uwzględnienia zarzutu odwołania dot. czynu nieuczciwej konkurencji związanego z przedstawieniem nieprawdziwych informacji, wprowadzeniem w błąd oraz mimo istnienia istotnych wątpliwości co do rzetelności tych dokumentów. Okoliczności wskazywane przez Odwołującego świadczyły, że wykonawca mógł posłużyć się dokumentami zawierającymi informacje nieprawdziwe. Zamawiający nie wyjaśnił przedmiotowej kwestii i wezwał wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 pzp do uzupełnienia wykazu usług i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z treści wezwania wynika, że podstawą do wezwania nie było stwierdzenie, że wykonawca przedłożył nieprawdziwe oświadczenie i dokumenty dotyczące zamówienia referencyjnego, ale że to zamówienie nie odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi wykonawca złożył wykaz usług, w którym wpisał pozycję: „Naprawa i konserwacja urządzeń melioracyjnych na terenie Nadleśnictwa Gościno" Naprawa i konserwacja rowów melioracyjnych Wartość ogółem: 279024,25 zł, w tym rowy: 197092,42 zł, 28.12.2021r. Leśnictwo Pobłocie i Leśnictwo Bagicz Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gościno. Do zamówienia złożył referencje wystawione 28 grudnia 2021 r. i nie precyzując okresu realizowania przedmiotowego zamówienia. Z dokumentacji postępowania na rzecz Nadleśnictwa Gościno wynika, że oferta została wybrana 2.11.2021 r., okres realizacji umowy to 50 dni. Umowa mogła zostać zawarta najwcześniej 8.11.2021 r. a rozpoczęcie mogło nastąpić dopiero po przekazaniu placu budowy, 7 dni od dnia podpisania. Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu, upływał 10.12.2021 r., co oznacza, że aby skutecznie powoływać się na to doświadczenie, należało legitymować się doświadczeniem na dzień 10 grudnia 2021 r.

11 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze wykonawcy A.Z..

Odwołujący wskazał, że zarzutem odwołania z 27.12.2021 r. był zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 uznk — przez zaniechanie wyjaśnienia treści dokumentów podmiotowych, wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty, pomimo, że złożony wykaz usług oraz referencje nie odpowiadają rzeczywistości (istnieją wątpliwości czy usługi te zostały w ogóle wykonane oraz czy wystawiający referencje był podmiotem mogącym potwierdzić należyte wykonanie). Z zarzutem powiązany był wniosek o odrzucenie oferty w związku z czynem nieuczciwej konkurencji, jakim było przedłożenie dokumentu poświadczającego nieprawdę. Konsekwencją uwzględnienia powinno być wezwanie wykonawcy do wyjaśnień oraz odrzucenie oferty.

Obowiązek wykonania żądań odwołania w przypadku uwzględnienia wynika z art. 522 ust. 1 zd. 2 pzp. Działania Zamawiającego po uwzględnieniu odwołania nie odpowiadają zarzutom i żądaniom odwołania, są z nimi sprzeczne. Zamawiający nie dokonał w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności — zgodnie z zarzutami i żądaniami odwołania wniesionego w dniu 27 grudnia 2021 r. — mimo uwzględnienia tego odwołania w całości, oraz umorzenia w związku z tym postępowania odwoławczego przez Izbę, czym naruszył przepisy pzp.

Odnośnie zarzutu 2 Odwołujący wskazał, że usługi, o których mowa w treści „wykazu usług" oraz „referencji" złożonych przez A. Z. — mogły być wykonane wyłącznie dla Zamawiającego: Wody Polskie Nadzór Wodny Gryfice. Z informacji telefonicznych od Zamawiającego Wody Polskie wynika, że usługi konserwacyjne dot. rzeki Błotnicy, rzeki Strużki oraz Kanału Samowo Karcino — wykonywał wykonawca PAWKARD Firma Produkcyjno - Handlowo-Usługowa Kluszczyński Paweł. Natomiast usługi konserwacyjne dot. Kanału Samowo Dębosznica — wykonywał Drew-Kos D. R. (Odwołujący). Rad Chud tj. podmiot „wystawiający" referencje nie otrzymał zamówienia publicznego dotyczącego usług,

o których mowa w wystawionych referencjach. Zamawiający, u którego R. C. Rad Chud — brał udział w postępowaniu na „wywóz odpadów" — powinien wyjaśnić, czy referencje wystawione przez ten podmiot — mają potwierdzenie w rzeczywistości o co Odwołujący wnioskował w uwzględnionym odwołaniu, a mimo to nie została w tym zakresie przeprowadzona procedura wyjaśnień. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Składając dokumenty nierzetelne i nieprawdziwe — które mają potwierdzić warunki udziału w postępowaniu wykonawca działa na szkodę innych wykonawców oraz Zamawiającego i działa sprzecznie z prawem oraz z dobrymi obyczajami. Działanie wykonawcy należałoby zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Co istotne Odwołujący opisał sposób wyjaśnienia ww. okoliczności przez Zamawiającego w treści odwołania wskazując, iż w niniejszej sytuacji Zamawiający powinien wezwać do wyjaśnienia i ustalenia rzetelności i prawdziwości wystawionych „referencji". Zamawiający uznał, że wykonawca A. Z „wykonał" prace wskazane pierwotnie w wykazie usług i referencjach. Zamawiający nie tylko nie wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami uwzględnionego w całości odwołania, lecz także podjął działania sprzeczne z tym odwołaniem — tj. uznał prawdziwość informacji przekazanych przez wykonawcę w pierwotnie złożonym wykazie usług i referencjach; dał temu wyraz w treści wezwania do uzupełnienia wykazu usług i dokumentów. Powyższe świadczy o tym, że Zamawiający pozostawił kwestię oceny wiarygodności pierwotnego oświadczenia i dokumentów złożonych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu — bez żadnego rozpoznania. Nie jest dopuszczalne w takiej sytuacji „danie wykonawcy kolejnej szansy". Złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji jest bezwzględną przesłanką do odrzucenia oferty oraz jest niemożliwe do konwalidacji. Nie można uznać, za niebyłe — przedłożenie poświadczeń nieprawdy oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Za nieuprawnione należy uznać wezwanie wykonawcy A. Z do złożenia nowych podmiotowych środków dowodowych — wykazu usług i dokumentów potwierdzających wykonanie usług.

W zakresie zarzutu 3 odwołania Odwołujący wskazał, że po wezwaniu z dnia 3 stycznia 2022 r. wykonawca A. Z przedłożył wykaz usług i referencje, które potwierdzają wykonanie zamówienia „Naprawa i konserwacja urządzeń melioracyjnych na terenie Nadleśnictwa Gościno". Jeżeli wykonawca posiadał na moment składania oferty powyższe doświadczenie to zastanawiające jest w jakim celu pierwotnie w wykazie wskazał pracę, której faktycznie nie wykonał, a ponadto pracę, która nie odpowiada treści warunku udziału w niniejszym postępowaniu. W tym stanie rzeczy wykonawca nie mógł wówczas wpisać do wykazu zamówienia, na które obecnie się powołuje — bowiem wtedy jeszcze takiego doświadczenia nie posiadał. Powyższe potwierdzałoby okoliczności związane z wykonywaniem zamówienia na rzecz Nadleśnictwa Gościno. Oferta Wykonawcy została wybrana w dniu 2 listopada 2021 r. Z kolei w umowie wskazano okres realizacji zamówienia na 50 dni od dnia zawarcia umowy. Umowa mogła zostać zawarta najwcześniej w 8 listopada 2021 r. tj. po upływie terminu do wniesienia środka zaskarżenia. Z kolei rozpoczęcie wykonywania umowy mogło nastąpić dopiero po przekazaniu placu budowy przez Zamawiającego — na co ten miał 7 dni od dnia podpisania umowy. W każdym razie wykonawca nie mógł rozpocząć wykonywania umowy przed dniem 8 listopada 2021. W terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu

— 10 grudnia 2021 r. wykonawca albo był na początkowym etapie realizacji zamówienia, albo dopiero przystępował do jego realizacji. W momencie składania oferty w niniejszym postępowaniu, wykonawca nie zrealizował zakresu prac pozwalającego na posłużenie się tym doświadczeniem do wykazania spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Dlatego też wykonawca nie przedstawił doświadczenia związanego z realizacją zamówienia dla Nadleśnictwo Gościno — a posłużył się doświadczeniem nieprawdziwym. W tym stanie rzeczy — wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem posiadane przez niego doświadczenie w terminie składania ofert — było niewystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca składając oświadczenie o nieprawdziwym doświadczeniu, chciał doprowadzić do sytuacji, w której nabędzie odpowiednie doświadczenie pozwalające mu na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Takie działanie jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami — nie jest bowiem dozwolone wprowadzanie w błąd kontrahenta czy Zamawiającego co do właściwości swojego przedsiębiorstwa. Jednocześnie takie działanie narusza interes innych wykonawców

— którzy posiadają odpowiednie doświadczenie potrzebne do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale poprzez działanie wykonawcy — utracili możliwość uzyskania zamówienia.

Odnośnie zarzutu 4 odwołania Odwołujący podniósł, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione w momencie składania oferty - co wynika z treści art. 125 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym do oferty wykonawca dołącza oświadczenie m.in. o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Złożone przez wykonawcę referencje — są aktualne na dzień ich wystawienia tj. 28 grudnia 2021 r. i

na ten dzień potwierdzają wykonanie zamówienia. Treść referencji nie wskazuje terminu w jakim wykonywane było zamówienie. Również w wykazie usług wykonawca nie wskazał na termin realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że stwierdzając iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu — nie mogą istnieć żadne wątpliwości, co tej okoliczności. Tymczasem wątpliwym jest żeby na dzień złożenia oferty — wykonawca zrealizował zamówienie na rzecz Nadleśnictwa Gościno - w zakresie, który umożliwiałby pozytywną ocenę tego doświadczenia w kontekście spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu — 10 grudnia 2021 r. wykonawca albo był na początkowym etapie realizacji zamówienia, albo dopiero przystępował do jego realizacji. Tymczasem w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą, wskazał iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący zwrócił uwagę, że doświadczenie jakie aktualnie wskazuje wykonawca to praca jednorazowa, nie mająca charakteru powtarzającego się lub ciągłego. Oznacza to, że w przypadku, gdy wykonawca w momencie złożenia oferty w niniejszym postępowaniu — był w trakcie wykonywania tej roboty — to i tak powoływanie się na tę usługę byłoby bezskuteczne. Sam Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów podmiotowych wskazał, że na usługę będącą w trakcie realizacji można powoływać się w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu — jedynie w sytuacji, gdy usługa ta dotyczy robót powtarzających się lub ciągłych. Naprawa i konserwacja urządzeń melioracyjnych na terenie Nadleśnictwa Gościno — jest usługą jednorazową na co wskazuje opis przedmiotu zamówienia dotyczący tej usługi (tu przytoczono przedmiotowy opz).

Odwołujący wskazał, że jednorazowa naprawa i przeprowadzenie konserwacji — w maksymalnym okresie 50 dni (zgodnie z umową) jest usługą jednorazową i nie można jej porównać do ciągłego utrzymywania obiektów w należytym stanie. Wobec powyższego - nawet jeżeli w momencie składania oferty — wykonawca wykonałby w ramach zamówienia na rzecz Nadleśnictwa Gościno prace przewyższające wartość 100 000,00 zł brutto — to i tak nie mógłby się na nie skutecznie powoływać w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem Zamawiający w przypadku powoływania się na doświadczenie w usłudze, która nie została jeszcze ukończona — dopuścił tylko usługi ciągłe lub powtarzające się. W niniejszej sprawie istnieją takie wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę A. Z warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, które uniemożliwiają uznanie, ze wykonawca ten spełnia przedmiotowy warunek. W tym stanie rzeczy za nieuprawnioną należy uznać czynność wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Wszelkie podniesione w odwołaniu okoliczności opisujące działania podejmowane przez wykonawcę A. Z w toku postępowania o udzielenie zamówienia — potwierdzają wręcz, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu 5 odwołania Odwołujący podniósł, że zarzut ten ma charakter wynikowy w stosunku do pozostałych zarzutów odwołania. Oferta A. Z w istocie podlega odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania. Zatem wybór oferty tego wykonawcy w przywołanych powyżej okolicznościach — jako oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy pzp.

W dniu 28 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjnych i Wodno-Melioracyjnych Z.A. z siedzibą w Kołobrzegu.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz

możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów podniesionych wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych po uwzględnieniu przez niego poprzedniego odwołania w całości, należy stwierdzić, że uwzględnienie zarzutów odwołania jest czynnością proceduralną skutkującą w postępowaniu odwoławczym umorzeniem postępowania, w następstwie czego zamawiający, stosownie do art. 522 pzp zdanie ostatnie, „powtarza lub unieważnia czynności w postepowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu."

Wykonanie tych czynności skutkuje w razie ponownego ich zaskarżenia, odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 pzp. Natomiast ich niewykonanie uprawnia wykonawcę do wniesienia odwołania podlegającego merytorycznemu rozpatrzeniu przez

Izbę. Należy zauważyć, że działanie zamawiającego mające być zgodne z żądaniem odwołania często nie jest literalnie zgodne z żądaniami odwołującego, które są niejednokrotnie sformułowane jako żądanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Taka jednak czynność w toku ponownej oceny ofert nie jest na etapie uwzględnienia odwołania przesądzona. To oznacza, że zamawiający w toku ponowienia czynności uprzednio zaskarżonych, wykonuje nowe czynności mając na uwadze przepisy ustawy i warunki postępowania ustalone i sformułowane w obowiązującej dokumentacji konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

W sprawie rozpatrywanej zamawiający w toku ponownego badania ofert i dokumentów złożonych przez wykonawcę stwierdził, także w wyniku powzięcia informacji od odwołującego, że złożone pierwotnie podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu mających potwierdzić wymagane doświadczenie w realizacji robót określonego rodzaju (prace melioracyjne) o określonej wartości (min. 100 000 zł). Przystępujący złożył bowiem wykaz usług, w którym wskazał: „Nazwa zadania: Konserwacja cieków naturalnych oraz kanałów stanowiących urządzenia melioracji wodnych podstawowych na terenie województwa zachodniopomorskiego, Zakres, rodzaj i wartość zamówienia: Konserwacja rzek i kanałów, 185 134, 03 zł, Data i miejsce wykonania zamówienia: 26.11.2021 r. Błotnica, Samowo, Karcino, Zamawiający (Podmiot): Rad-Chud, Karcino 74, 78-133 Drzonowo." oraz referencje z dnia 30 listopada 2021 r. wystawione przez RAD CHUD ROBOTY ZIEMNE R. C. z siedzibą w Drzonowo o następującej treści: „Zakład Robót Inżynieryjnych i Wodno - Melioracyjnych Z.A. z siedzibą przy ul. Rubinowej 7 w Kołobrzegu od 02.08.2021 r. do 26.11.2021 r., wykonywał dla firmy RAD-CHUD zadanie p.n. "Konserwacja cieków naturalnych oraz kanałów stanowiących urządzenia melioracji wodnych podstawowych na terenie województwa zachodniopomorskiego" 1. Konserwacja rzeki Błotnicy w km od 0+000 - 7+300. 2. Konserwacja rzeki Strużki w km 0+730 - 3+880. 3. Konserwacja kanału Samowo - Dębosznica w km 0+000 - 4+448. 4. Konserwacja kanału Samowo - Karcino w km 0+000 - 1+700. Zakres prac: koszenie skarp, wygrabienie skarp, odmulenie mechaniczne dna, odmulenie ręczne dna, rozplantowanie urobku, hakowanie dna z porostów gęstych twardych). Wartość zamówienia wyniosła 185 134, 03 zł brutto, słownie (sto osiemdziesiąt pięć tysięcy sto trzydzieści cztery i 03/100 zł). Firmę charakteryzuje fachowość i rzetelność oraz wysoki poziom techniczny wykonywanych robót."
3 stycznia 2022 r. Po unieważnieniu wyboru, stosownie do uwzględnienia zarzutu, Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi Przystępujący uzupełnił wykaz usług, w którym wskazał: „Nazwa zadania: Naprawa i konserwacja urządzeń melioracyjnych na terenie Nadleśnictwa Gościno, Zakres, rodzaj i wartość zamówienia: Naprawa i konserwacja rowów melioracyjnych Wartość ogółem: 279024,25zł, w tym rowy: 197092,42zł, Data i miejsce wykonania zamówienia:

28.12.2021r. /.../ oraz przedstawił referencje z 28 grudnia 2021 r. wystawione przez

Nadleśnictwo Gościno o treści: „Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gościno poświadcza, że firma Zakład Robót Inżynieryjnych i Wodno-Melioracyjnych z siedzibą w Kołobrzegu przy ul.

Rubinowej 7 na podstawie umowy wykonywał usługi dla Nadleśnictwa Gościno związane z „Naprawa i konserwacja urządzeń melioracyjnych na terenie Nadleśnictwa Gościno" w roku

2021. /./ Zakład Robót Inżynieryjnych i Wodno-Melioracyjnych A. Z wykonała zamówienia w 100% siłami własnymi. Firma Pana Z. współpracuje z Nadleśnictwem Gościno od 1999 r, w tym Firmę charakteryzuje fachowość i rzetelność oraz wysoki poziom techniczny wykonanych robót. Zakład ten w pełni zasługuje na polecenie przyszłym Inwestorom jako partner w realizacji usług inżynieryjnych i wodno-melioracyjnych."

W dniu 11 stycznia 2022 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego uznając, że wykonawca potwierdził stawiany wymóg.

Odwołujący zasadnie zauważył, że przedstawiona praca referencyjna nie była zakończona w całości do dnia wyznaczonego jako dzień składania ofert.

Jednakże należy zauważyć, że wykonawca przedstawił jako dokument -protokół częściowy oraz kosztorys powykonawczy - częściowy dot. inwestycji: Naprawa i konserwacja urządzeń melioracyjnych na terenie Nadleśnictwa Gościno, Inwestor: Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gościno, opracowany dnia 28 listopada 2021 r. Wartość robót kosztorysowa z podatkiem VAT: 197 092,42 zł. Ponadto z protokołu częściowego odbioru robót z dnia 29 listopada 2021 r. wynika, że zakres robót wykonany od dnia 10 listopada 2021 r. do dnia 29 listopada 2021 r. został wykonany w sposób właściwy, z odpowiednich materiałów, bez usterek. Dot.: Odbudowa urządzeń melioracyjnych - odmulenie rowów melioracyjnych o długości 3890 m, a wartość prac wykonanych przed terminem składania ofert przekraczała wymagane minimum.

Jednocześnie skład orzekający stwierdza, że nie potwierdził się, jako nieudowodniony zarzut przedstawienia przez przystępującego, w wyniku pierwszego wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, nieprawdziwych informacji, będącego czynem nieuczciwej konkurencji. O ile rzeczywiście niesporne jest, że prace wskazane nie potwierdzają spełnienia warunku udziału, twierdzenie o nieprawdziwości referencji wystawionych przez podmiot trzeci, nie zostało dowiedzione, a w szczególności przypisanie wykonawcy, że przedstawiając otrzymane dokumenty, popełnił czyn nieuczciwej konkurencji, jest wnioskiem zbyt daleko idącym i nie potwierdzonym.

W konsekwencji zamawiający w toku ponownego badania ofert był uprawniony do wezwania o złożenie nowych podmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 128 ustawy pzp. Otrzymane dowody potwierdziły spełnienie wymaganego warunku. Uznać bowiem należy, że wykonawca wykazał wykonanie prac wymaganego rodzaju i wymaganej wartości do dnia wyznaczonego jako dzień składania ofert, jakkolwiek umowa, której prace dotyczyły, była nadal w toku realizacji.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) uznając za uzasadnione zasądzenie kosztów na rzecz zamawiającego w wysokości maksymalnej kwoty wynagrodzenia pełnomocnika przewidzianej przepisem rozporządzenia.

Przewodniczący:.....