

WYROK

z dnia 21 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 20 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 30 maja 2022 r. przez wykonawcę K.Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PHU ZAK K.Ł., 06-461 Pniewo-Czeruchy 1, w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje zamawiającemu w zakresie części 4, 5, 6, 15 postępowania:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od zamawiającego Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie na rzecz odwołującego K.Ł. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PHU ZAK K.Ł., 06-461 Pniewo-Czeruchy 1 kwotę 13 600 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający - Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na naprawę ubytków na drogach wojewódzkich na terenie województwa mazowieckiego masą na gorąco wraz z odtworzeniem oznakowania poziomego, z podziałem na 26 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 marca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00090958/01.

W dniu 30 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy K.Ł. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PHU ZAK K.Ł. w zakresie części 4, 5, 6 oraz 15 postępowania, w którym zarzuciła ona Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP poprzez jego zastosowanie, pomimo że Odwołujący przedłożył wymagane środki dowodowe, a także spełniał warunki udziału w postępowaniu,
- 2) art. 253 ust. 1 ustawy PZP poprzez lakoniczne uzasadnienie faktyczne jak i brak uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co uniemożliwia Odwołującemu ustosunkowanie się do podjętej czynności.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz konsekwencji dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazywał m. in., że zastosowana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia jego oferty jest błędna, gdyż art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP nie referuje do oceny przedkładanych dokumentów, a samego faktu ich przedłożenia. Skoro zatem do przedłożenia dokumentów doszło, to nie może być mowy o zastosowaniu ww. przepisu.

Zdaniem Odwołującego nieprawidłowo wskazana podstawa prawna, lakoniczne uzasadnienie faktyczne jak i brak jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego są już wystarczającymi podstawami do skutecznego zaskarżenia czynności odrzucenia oferty.

Odwołujący został bowiem doprowadzony do sytuacji, w której musi domyślać się co legło u podstaw odrzucenia jego oferty, jakie i kiedy popełnił błędy w trakcie postępowania. Z treści uzasadnienia można jedynie wywnioskować, że podmiotowe środki dowodowe przedstawione przez Odwołującego nie potwierdziły spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże Odwołujący nie znajduje informacji jaki element przedstawionego przez niego wykazu nie czynił zadość warunkom wskazanym przez Zamawiającego. Odwołujący nie wie czy Zamawiający kwestionuje zakres prac, wskazane kwoty czy też należyte wykonanie przedstawionych prac.

Uwzględniając brzmienie postanowień SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, zdaniem Odwołującego wskazane przez niego w wykazie robót prace spełniają wszystkie wymagania sformułowane przez Zamawiającego, w tym dotyczące wartości prac. Z literalnej treści SWZ nie można bowiem wysnuć wniosku, że każda z robót referencyjnych musiała opiewać na minimalne wartości wskazane przez Zamawiającego. Dodatkowo, wszelkie niejednoznaczności dotyczące postanowień SWZ powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Odwołujący wskazywał na inne prowadzone przez tego samego Zamawiającego postępowania, w których Zamawiający wprost wymagał, aby każda z referencyjnych inwestycji była wykonana za określoną kwotę, co jednak nie miało miejsca w niniejszym

postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, bazując na literalnej wykładni warunków określonych w SWZ, nie było podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający wymagał, aby każde z zamówień referencyjnych było wykonane za określoną kwotę. Powyższe prowadzi do wniosku, że roboty wskazane przez Odwołującego spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego, a jego oferta została w sposób sprzeczny z prawem odrzucona.

Wobec powyższego stanowiska, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Stanowisko procesowe zostało również wyrażone przez Zamawiającego w trakcie rozprawy. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przedłożone przez Odwołującego: wyciągi ze SWZ dotyczące postępowań prowadzonych przez Zamawiającego o numerach postępowania: 010/22, 008/22, 004/22, 002/22, 178/20 i 050/19.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na naprawę ubytków na drogach wojewódzkich na terenie województwa mazowieckiego masą na gorąco wraz z odtworzeniem oznakowania poziomego, z podziałem na 26 części.

Zgodnie z sekcją VIII SWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU”, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że:

a) wykonał w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi publicznej o wartości robót nie mniejszej niż: : dla części 4: 180 000,00 zł, dla części 5: 305 000,00 zł, dla części 6: 185 000, 00 zł, dla części 15: 210 000,00 zł.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył dokumenty, które były niekompletne - Odwołujący nie przekazał wykazu robót wraz z referencjami. Wobec powyższego Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2022 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia ww. podmiotowych środków dowodowych w terminie do 12 maja 2022 r. W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przedłożył stosowne dokumenty.

Pismem z dnia 25 maja 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w części 4, 5, 6, 15 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP. W treści uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 c) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) odrzucił ofertę złożoną przez PHU ZAK K.Ł., Pniewo-Czeruchy 1, 06-461 Regimin. Zamawiający pismem z dnia 27-

04-2022 r. wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych

potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w terminie do dnia 02-05-2022 r. Wykonawca w dniu 02-05-2022 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej, przekazał Zamawiającemu niekompletne dokumenty. Zamawiający w dniu 09-05-2022 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w terminie do dnia 12-05-2022 r. Wykonawca w dniu 12-05-2022 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej, przekazał Zamawiającemu dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w SWZ wymagał 2 robót budowlanych polegających na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi publicznej o wartości robót nie mniejszej niż: dla części 4: 180 000,00 zł, dla części 5: 305 000,00 zł, dla części 6: 185 000, 00 zł, dla części 15: 210 000,00 zł. Wykonawca przedstawił 2 referencje o wartości:

1. 467 400,00 zł - „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie wraz ze wszystkimi jej elementami, w podziale na 14 zadań (Rejonów) - zadanie nr 11 - Rejon w Przasnyszu”,
2. 51 111,42 zł - Remont nawierzchni DK60 przy kontrakcie „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, Rejon w Mławie”

Wobec powyższego Zamawiający postanawia jak na wstępie”.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności należy przyznać rację Odwołującemu, że zastosowana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia jego oferty jest częściowo błędna. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Ustalenie przez Zamawiającego, że doszło do sytuacji, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c skutkuje również uznaniem, że dany wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu lub nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W treści ww. przepisu jest bowiem mowa o niezłożeniu podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zatem obejmuje on również sytuację, w której podmiotowy środek zostanie złożony, ale jego treść nie potwierdza spełniania warunków lub

braku istnienia podstaw do wykluczenia. W takiej sytuacji, po ewentualnym przeprowadzeniu procedur uzupełniania dokumentów, oferta takiego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z lit. a lub b, bowiem dyspozycja obu przepisów zostanie wypełniona. Zatem w rozpatrywanej sytuacji, skoro Zamawiający uznał de facto, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jako podstawę odrzucenia jego oferty powinien był wskazać art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, c.

Przechodząc do kolejnej kwestii, zdaniem Izby, uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego było błędne. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jak przyjmuje się w orzecznictwie, przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych i prawnych, co zabezpiecza prawo wykonawcy do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez zamawiającego. To na podstawie takiej kompletnej informacji wykonawca, który nie zgadza się z wynikiem oceny, może podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż pozwala ona wykonawcy sformułować zarzuty w odwołaniu i polemizować ze stanowiskiem zamawiającego co do zgodności z ustawą czynności zamawiającego. (tak: wyrok KIO z 13 lipca 2021 r., KIO 1848/21).

Z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie sposób wywnioskować w czym Zamawiający upatrywał wadliwości przedłożonych przez niego dokumentów. Zastosowanie pogrubionej czcionki do wyrażen „2 robót budowlanych” oraz wartości odpowiadającej

poszczególnym częściom zamówienia może sugerować, że chodzi o przedstawienie robót referencyjnych, których wartość nie odpowiada warunkowi postawionemu przez Zamawiającego, co jednak nie może zostać uznane za spełnienie wymogu przedstawienia uzasadnienia, z którego jednoznacznie wynikać będzie, co zdaniem Zamawiającego przesądziło o odrzuceniu oferty wykonawcy. Izba przychyliła się do argumentacji Odwołującego, że został on doprowadzony do sytuacji, w której musi domyślać się, co legło u podstaw odrzucenia jego oferty. Z treści uzasadnienia można jedynie wywnioskować, że podmiotowe środki dowodowe przedstawione przez Odwołującego nie potwierdziły spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie można jednak stwierdzić, jaki element przedstawionego wykazu nie czynił zadość warunkom wskazanym przez Zamawiającego. Odwołujący nie mógł z całą pewnością stwierdzić czy chodzi o zakres prac, wskazane kwoty czy też należyte wykonanie przedstawionych prac.

Dopiero w trakcie rozprawy, przedstawiając swoje stanowisko procesowe, Zamawiający potwierdził, że chodzi o wartość wykazywanych robót, co jednak jest działaniem spóźnionym.

Argumentacja ta powinna znaleźć się w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co prowadzi do wniosku, że postawiony zarzut należało uznać za zasadny.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 1 należy zauważyć, że kluczową kwestią jest interpretacja postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z jego treścią, Zamawiający wymagał by wykonawca składający ofertę, przed terminem

składania ofert wykonał: „co najmniej 2 roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi publicznej o wartości robót nie mniejszej niż: : dla części 4: 180 000,00 zł, dla części 5: 305 000,00 zł, dla części 6: 185 000, 00 zł, dla części 15: 210 000,00 zł”.

Z uwag natury ogólnej należy podkreślić, że postanowienia SIWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretację i domysły. Tak więc wymagania, które określa zamawiający, wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny (tak: wyrok KIO z dnia 30 września 2020 r., KIO 1927/20).

Zdaniem Izby warunek postawiony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu został sformułowany w sposób, który nie wyklucza podejścia prezentowanego przez Odwołującego. Nie został on określony w sposób wyraźnie wskazujący, że nie ma możliwości sumowania wartości robót referencyjnych. Uwzględniając zatem zasadę przejrzystości postępowania, jak też uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie może być interpretowany w sposób, który z niego bezpośrednio nie wynika. Zdaniem składu orzekającego, jeżeli zamawiający nie wskazał, że minimalny poziom wartości odnosi się do każdej z wykazywanych robót, to taki kontekst wypowiedzi oznacza, że zamawiający nie wyłączył sumowania, zatem jest ono dopuszczalne.

Zamawiający interpretuje postawiony przez siebie warunek w sposób nieuprawiony, który nie wynika bezpośrednio z jego treści, a jedynie z intencji Zamawiającego. Skoro Zamawiający twierdzi, że gdyby przewidywał możliwość sumowania wartości robót referencyjnych, to dałby temu wyraz, to tak samo należało postąpić w sytuacji, gdy jego intencją było wyłączenie sumowania. Z treści postawionego warunku powyższe nie wynika, a zatem uznać należy, że wykazane przez Odwołującego roboty referencyjne spełniają warunek dotyczący ich wartości, a czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty z tego powodu była nieprawidłowa. Pamiętać bowiem należy, że jakiegokolwiek niejasności czy brak precyzji w sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu nie mogą być - na etapie badania spełniania tych warunków - interpretowane w taki sposób, że nadaje im się bardziej restrykcyjne znaczenie, niż to wynika z ich literalnego brzmienia (tak: wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2020 r., KIO 1515/20).

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 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).

Przewodniczący: