Sygn. akt: KIO 1606/22

WYROK

z dnia 11 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 6 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 czerwca 2022 roku przez odwołującego J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. S. "Alles Cool" Chłodnictwo Klimatyzacja Wentylacja z siedzibą w Kępnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto i Gmina Kórnik w przy udziale wykonawcy SPOCHACZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Środzie Wielkopolskiej zgłaszającego 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 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (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: .....

Sygn. akt: KIO 1606/22

UZASADNIENIE

Miasto i Gmina Kórnik, (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym na podstawie bez negocjacji ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na

roboty budowlane pn.: „Budowa krytego boiska - lodowiska wraz z zapleczem socjalnym i infrastrukturą na terenie OSIR Kórnik", nr postępowania: B-FP.271.11.2022.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 6 kwietnia 2022 r., nr 2022/BZP 00112285/01.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. S. "Alles

Cool" Chłodnictwo Klimatyzacja Wentylacja z siedzibą w Kępnie (dalej: „Odwołujący") 15 czerwca 2022 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami prawa czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SPOCHACZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Środzie Wielkopolskiej (dalej „Przystępujący"), podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż Przystępujący nie złożył w przewidzianym przez Zamawiającego terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp przez dokonanie dwukrotnego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego, podczas gdy takiego wezwania można dokonać tylko jednokrotnie, a tym samym Przystępujący nie udowodnił spełniania warunków udziału w postępowaniu;

3) art. 109 ust. 1 pkt. 5 Pzp przez fakt, że Przystępujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, poprzez złożenie oświadczenia, że złożył dokumenty na wezwanie Zamawiającego po terminie w związku z awarią serwera, podczas gdy nie złożył tych dokumentów w terminie, gdyż nie zapoznał się z wezwaniem Zamawiającego z dnia 20 maja 2022 r.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez

Przystępującego;

2) odrzucenie oferty Przystępującego,

3) wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp,

4) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że jest uczestnikiem postępowania, a oferta Odwołującego została oceniona na drugim miejscu. W wyniku działań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie zamówienia.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w terminie składania ofert, tj. w dniu 26 kwietnia 2022 r. do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty: oferta Przystępującego oraz oferta Odwołującego. Odwołujący wskazał następnie, że 29 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych. 9 maja 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą. Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając, iż przedłożone przez Przystępującego referencje nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w sekcji 5.4. punkt 4.1. lit. b Ogłoszenia o zamówieniu (sygn. akt KIO 1310/22). Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający częściowo uznał odwołanie i 20 maja 2022 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. W wyniku tej czynności Zamawiający - pismem z 20 maja 2022 r. - ponownie wezwał Przystępującego do przedłożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych. Po uzupełnieniu przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych, które nie zostały złożone w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, Zamawiający uznał, że są one niewystarczające i ponownie wezwał Przystępującego do złożenia uzupełnień w zakresie tych samych podmiotowych środków dowodowych (pismo Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2022 r. wyznaczając Przystępującemu 2 dniowy termin na złożenie uzupełnień. 10 czerwca 2022 r. Zamawiający ponownie wybrał ofertę Przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż Przystępujący nie złożył w przewidzianym przez Zamawiającego terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący wskazał, że 20 maja 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu robót dotyczącego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówień opisanych przez Przystępującego w prawidłowo sporządzonym wykazie. Zamawiający wyznaczył termin na złożenia uzupełnień i wyjaśnień na dzień 25 maja 2022 roku, do godz. 10.00. Odwołujący podał, że w piśmie tym Zamawiający również wskazał, że uzupełnienie dokumentów, o które wnioskuje, ma charakter jednokrotny, a niedopełnienie złożenia dokumentów stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. Odwołujący wskazał, że Przystępujący przedłożył podmiotowe środki dowodowe na wezwanie Zamawiającego 25 maja 2022 r. o godz. 12:32:05, wskazując, że „W załączeniu przesyłam wymagane dokumenty, nieznaczne opóźnienie spowodowane jest zawieszeniem się serwera firmowego”.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z historią korespondencji Zamawiający wysłał do Przystępującego wezwanie 20 maja 2022 r. godz. 15:19:55 (piątek), a Przystępujący odczytał je dopiero w środę 25 maja 2022 r. o godz. 10:27:14, a więc po terminie wskazanym na złożenie uzupełnień i wyjaśnień. Co więcej, wszystkie dokumenty złożone na wezwanie Zamawiającego z 20 maja 2022 r. zostały podpisane przez pełnomocnika Przystępującego po terminie wyznaczonym na złożenie wyjaśnień i uzupełnień: pomiędzy godz. 11:25:25 a 12:24:45.

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien dochować należytej staranności i na bieżąco monitorować stan korespondencji z Zamawiającym. Odwołujący podkreślił, że zakreślony przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień i uzupełnień upłynął 25 maja 2022 r. o godz. 10:00. Tym samym Zamawiający nie powinien brać pod uwagę wyjaśnień i uzupełnień Przystępującego, które wpłynęły po tym terminie i powinien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, tym bardziej, że działanie Przystępującego jest zawinione i wynika z braku należytej staranności tego wykonawcy.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp przez dokonanie dwukrotnego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego, podczas gdy takiego wezwania można dokonać tylko jednokrotnie, a tym samym Przystępującego nie udowodnił spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że uzupełnienie dokumentów ma charakter jednokrotny. Powyższe nie budzi wątpliwości w świetle jednolitego stanowiska doktryny i orzecznictwa w tym zakresie. Tymczasem Zamawiający dokonał następujących wezwań do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych:

1. 29 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych.

2. 20 maja 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu robót dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówień opisanych przez Przystępującego w prawidłowo sporządzonym wykazie.

3. 7 czerwca 2022 roku Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu robót dotyczącego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówień opisanych przez Przystępującego w prawidłowo sporządzonym wykazie. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że wykaz robót złożony przez Przystępującego jest wadliwy, a także, że Przystępujący zobowiązany jest do ponownego złożenia dokumentów potwierdzających, że roboty wykazane w wykazie zostały wykonane należycie. W przedostatnim, akapicie pisma Zamawiający wskazał, że wezwanie jest wezwaniem ostatecznym.

Ad zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt. 5 Pzp przez fakt, że Przystępujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, poprzez złożenie oświadczenia, że złożył dokumenty na wezwanie Zamawiającego po terminie w związku z awarią serwera podczas gdy nie złożył tych dokumentów w terminie, gdyż nie zapoznał się z wezwaniem Zamawiającego z 20 maja 2022 r.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp (fakultatywna przesłanka odwołania mająca zastosowanie w niniejszym postępowaniu) Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją. Zdaniem Odwołującego czynności podejmowane przez Przystępującego mają charakter świadomego działania, świadomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co niewątpliwie podważa uczciwość Przystępującego.

W złożonej pismem z 1 lipca 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący oparł zarzuty odwoławcze na błędnie zrekonstruowanym stanie faktycznym, co czyni koniecznym ukazanie go w sposób oddający realny przebieg postępowania w zakresie mającym relewantne znaczenie dla postępowania odwoławczego.

Jak wskazał Zamawiający, dla postępowania odwoławczego istotne są następujący wydarzenia:

1) wezwanie Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 Pzp z 29 kwietnia 2022 r.,

2) przesłanie przez Przystępującego, Zamawiającemu następujących podmiotowych środków dowodowych, 6 maja 2022 r.:

- Zaświadczenie bankowe
- Oświadczenie Wykonawcy - Załącznik nr 3 do SWZ

- Wykaz osób - Załącznik nr 5 do SWZ

- Wykaz robót - Załącznik nr 4 do SWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

3) wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, 9 maja 2022 r.

4) odwołanie Odwołującego zarzucające, iż „przedłożone przez Przystępującego referencje nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w sekcji 5.4. punkt 4.1. lit. b Ogłoszenia o zamówieniu" (sygn. akt KIO 1310/22).

Dla sprawy rozpatrywanej w tym postępowaniu odwoławczym, zdaniem Zamawiającego kluczowe znaczenia ma:

1) charakter wezwania Przystępującego z 20 maja 2022 r. oraz

2) charakter wezwania Przystępującego z 7 czerwca 2022 r. przy zastrzeżeniu, że przesądzenie charakteru wezwania z 20 maja 2022 r., wprost i samoistnie przesądza o charakterze wezwania z 7 czerwca 2022 r. (ze względu na treść zarzutów odwoławczych).

Przesądzenie ww. kwestii pozwala na rozstrzygnięcie zarzutów:

1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego,

2) dokonania dwukrotnego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego.

Zamawiający wskazał, że ww. kwestie mają również znaczenie dla ostatniego z zarzutów, dot. zaniechania wykluczenia Przystępującego, niemniej jednak stanowczość stanowiska Zamawiającego jest wprost proporcjonalna do klarowności i szczegółowości quasi-zarzutu Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Przystępujący 15 czerwca 2022 r. skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści SWZ Izba ustaliła, że w rozdziale VIII „Podstawy wykluczenia z postępowania", Zamawiający wskazał na okoliczności wynikające m.in. z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z 26 kwietnia Izba ustaliła, że w postępowaniu złożone zostały dwie oferty, przez Przystępującego z ceną 8 910 120,00 zł oraz przez Odwołującego z ceną 9 588 735,60 zł.

29 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 275 ust. 1

ustawy Pzp do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych wymienionych w treści tego pisma w pkt od 1 do 4, w tym wykazu robót.

6 maja 2022 r., Przystępujący w odpowiedzi na to wezwanie złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym złożył wykaz robót. Wykaz ten został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby reprezentującej Przystępującego, podpis ten został złożony 6 maja 2022 r., godz. 11:42:11. Wykaz ten zawiera dwie pozycje ze zrealizowanymi robotami budowlanymi tj. 1. Rozbudowa infrastruktury magazynowo - konserwatorsko - wystawienniczej w Dziekanowicach > roboty wielobranżowe, w tym instalacja klimatyzacyjna o mocy chłodniczej łącznej 326 kW, w tym układ K1=124 kW, na rzecz Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy z siedzibą w Lednogórze oraz 2. Sala sportowa o kubaturze 11205 m^3 przy Szkole Podstawowej im. Ewarysta Estkowskiego wraz z zagospodarowaniem terenu, na rzecz Gminy Kostrzyn z siedzibą w Kostrzynie.

Następnie ustalono, że w wyniku uwzględnienia zarzutu pierwszego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1310/22, Zamawiający skierował do Przystępującego sporne wezwanie z 20 maja 2022 r. Jako podstawę prawną tego wezwania Zamawiający wskazał art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał również, że „wzywa do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących treści złożonych na wezwanie podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu robót dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia)". W treści tego wezwania Zamawiający przytoczył brzmienie warunku. Dalsza część wezwania miała następującą treść: „W złożonym wykazie robót (Załącznik nr 4 do SWZ) dotyczącym spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca wykazał, że wykonał sale sportową o kubaturze 11205 m^3 przy Szkole Podstawowej im. Ewarysta Estkowskiego wraz z zagospodarowaniem terenu — Gmina Kostrzyn. Załączone przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają w sposób jednoznaczny kubatury wymaganej przez Zamawiającego i zawartej w wykazie robót. Ponadto wzywamy do udokumentowania, iż robota ta została oddana do użytkowania np. poprzez przedłożenie stosownego pozwolenia lub potwierdzenia przez Użytkownika oddania do użytku obiektu. Kolejnym warunkiem do spełnienia przez Wykonawcę było wykazanie, że wykonał co najmniej jedną prawidłowo ukończoną i oddaną do użytku robotę budowlaną, polegającą na wykonaniu, remoncie, modernizacji lub rozbudowie instalacji chłodniczej o mocy chłodniczej nie mniejszej niż 100kW. Jako spełnienie tego wymogu Wykonawca wskazał rozbudowę infrastruktury magazynowo-konserwatorsko-wystawienniczej w Dziekanowicach. Zgodnie z SWZ wymóg, o którym mowa należało spełniać na dzień złożenia ofert tj. 26 kwietnia 2022 r. Ze złożonych przez Wykonawcę dokumentów oraz informacji zatartych w tabeli — wykazie robót nie wynika jednoznacznie spełnienie tego wymogu.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz dowodów, które w sposób jednoznaczny nie budzący wątpliwości będą potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Dokumenty powinny zostać złożone zgodnie z przepisami prawa oraz zapisami SWZ, w formie elektronicznej (z podpisem kwalifikowanym) lub w postaci elektronicznej opatrzonej

podpisem zaufanym lub osobistym w terminie do dnia 25 maja 2022 roku godz. 10.00 za pośrednictwem platformy zakupowej pod adresem: .
Zamawiający informuje, że uzupełnienie ww. dokumentów ma charakter jednokrotny, a niedopełnienie ww. wymogu stanowi podstawę odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. I pkt 2 lit c) ustawy Pzp."

Każda ze stron sporu wywodzi z treści powyższego wezwania odmienne skutki prawne.

Odpowiedź na powyższe wezwanie została przez Przystępującego złożona 25 maja

2022 r. jednak z przekroczeniem terminu oznaczonego godziną, tj. o godz. 12:32:05 (vide raport wygenerowany z platformazakupowa.pl 2022-06-07 11:26:48, jest to okoliczność między Stronami bezsporna. Przystępujący oprócz złożonych wyjaśnień, przedstawił również Zamawiającemu inne dokumenty, w tym wykaz robót. Wykaz ten różni się treścią od pierwotnie złożonego wykazu robót. Odmienności sprowadzają się do tego, że wykaz ten został opatrzony datą 25 maja 2022 r., został podpisany przez osobę reprezentującą Przystępującego 25 maja 2022 r., godz. 11:50:29. Ponadto wykaz ten oprócz dwóch pierwotnie wskazanych robót zawiera również trzecią pozycję, w której powołano się na robotę pn. „Instalacja chłodnicza o mocy 340 kW" wykonaną dla INOCHŁOD Serwis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Janikowie. Ponadto w drugiej pozycji została zmieniona kubatura z 11205 m^3 na 18971,46 m^3.

Następnie nie jest między Stronami sporne, że 7 czerwca 2022 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego kolejne wezwanie o następującej treści:

„Zamawiający uwzględniając następujące okoliczności:

1) złożenie przez Wykonawcę, na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2022r., podmiotowych środków dowodowych w tym Wykazu robót (Załącznik nr 4 do SWZ),

2) treść złożonego przez Wykonawcę Wykazu robót (Załącznik nr 4 do SWZ), poddaną przez Zamawiającego pełnej analizie,

3) wątpliwości jakie powstały po stronie Zamawiającego wyrażone pismem z dnia 20

maja

2022 r.,

4) wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 20 maja 2022 r.), które zostało do Wykonawcy skierowane w trybie art. 128 ust. 4 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. (w piśmie omyłkowo wskazano art. 128 ust. I P.z.p. w zw. art. 266 P.z.p.),

5) złożenie przez Wykonawcę wyjaśnień, w odpowiedzi na pismo o którym mowa w pkt

4) powyżej, z zastrzeżeniem, że odpowiedź na wniosek została złożona po wyznaczonym terminie. Zamawiający wyznaczył Wykonawcy termin 25 maja 2022 r. godz. 10:00, a Wykonawca złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dnia 25 maja 2022 r. o godz. 12:32,

6) okoliczności powołane przez Wykonawcę na uzasadnienie przyczyn złożenia pisma o którym mowa w pkt 5) powyżej, po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie,

7) złożenie przez Wykonawcę, oprócz wyjaśnień o których mowa w pkt 5) powyżej, również nowego, poprawionego i uzupełnionego Wykazu robót, który to nie może zostać przez Wykonawcę złożony bez uprzedniego wezwania do złożenia tego oświadczenia (takiego wezwania Zamawiający dotychczas nie skierował), a w konsekwencji uwzględniony na niniejszym etapie Postępowania, działając w trybie art. 128 ust. 1 P.z.p. wzywa Wykonawcę, do:

1) poprawienia uzupełnienia pierwotnie złożonego Wykazu robót (Załącznik nr 4 do SWZ), co może nastąpić poprzez złożenie nowego Wykazu robót, wraz z przedłożeniem dowodów określających czy roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wykonane należycie, na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunku ustanowionego w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia minimalnego, oraz ewentualnie innych, dodatkowych dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w Wykazie robót (potwierdzające okoliczności istotne dla wykazania doświadczenia, oświadczone w Wykazie robót), albo

2) wobec posiadania przez Zamawiającego Wykazu złożonego przez Wykonawcę Wykazu — o którym mowa powyżej w pkt 7 wraz z załączonymi do niego dokumentami, wyraźnego oświadczenia prawidłowości i aktualności Wykazu robót oraz dokumentów złożonych przez Wykonawcę dnia 25 maja 2022 r., w celu skorzystania przez Zamawiającego z nich na potrzeby weryfikacji posiadania przez Wykonawcę niezbędnego doświadczenia minimalnego (art. 127 ust. 2 w zw. z art. 266 P.z.p.).

Skierowanie niniejszego wezwania okazało się niezbędne, albowiem pierwotnie złożony przez Wykonawcę Wykaz robót (Załącznik nr 4 do SWZ), samodzielnie nie umożliwia prawidłowego zweryfikowania, posiadania przez Wykonawcę minimalnego doświadczenia (ze względu na okoliczności wskazane w piśmie z dnia 20 maja 2022 r.). Wobec powyżej wskazanych okoliczności, zaktualizowała się podstawa do uznania, że pierwotnie złożony Wykaz robót jest obarczony uchybieniami o których mowa w art. 128 ust. 1 P.z.p., a których usunięcie jest możliwe przez Wykonawcę poprzez poprawienie / uzupełnienie pierwotnie złożonego Wykazu.

Zamawiający wskazuje, że Wykonawca, oprócz poprawienia / uzupełnienia pierwotnie złożonego Wykazu:

1) zobowiązany jest dołączyć do niego dokumenty potwierdzające czy roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wykonane należycie,

2) może przekazać dodatkowe dokumenty potwierdzające okoliczności wskazane w Wykazie robót (potwierdzające okoliczności istotne dla wykazania doświadczenia, oświadczone w Wykazie robót),

jak również może wskazać, że Zamawiający jest w ich posiadaniu i działając w trybie art. 127 ust. 2 zw z. art. 266 P.z.p. ma z nich skorzystać w celu weryfikacji podmiotowej Wykonawcy. Zamawiający informuje, że niniejsze wezwanie jest wezwaniem ostatecznym albowiem skorzystanie z procedury o której mowa w art. 128 ust. 1 P.z.p., ma charakter jednokrotny.

Zamawiający wyznacza Wykonawcy, na podjęcie ww. czynności, termin do dnia 9 czerwca 2022r. Dokumenty muszą zostać złożone zgodnie z przepisami prawa oraz postanowieniami SWZ."

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący uzupełnił m.in. wykaz robót wraz, który jest tym samym dokumentem, co wykaz robót złożony w odpowiedzi na wezwanie z 20 maja 2022 r.

10 czerwca 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(...)

5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

art. 128 ustawy Pzp

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

3. Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

6. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy Pzp
1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

(...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) 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;

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Kluczową dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania była kwestia przesądzenia

charakteru i celu wezwania z 20 maja 2022 r., bowiem z tej samej treści pisma Strony wywodziły odmienne wnioski i konsekwencje prawne dla czynności podjętych przez Zamawiającego po tym wezwaniu. Zatem ustalenie, czy pismo z 20 maja 2022 było wezwaniem w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, jak twierdzi Odwołujący, czy jednak w trybie art. 128 ust 4 ustawy Pzp, jak argumentuje Zamawiający, pozwoliło rozstrzygnąć zaistniały między stronami spór.

W ocenie Izby, mając na uwadze treść wezwania z 20 maja 2022 r. poddaną wnikliwej analizie stwierdzić należy, że celem tego pisma było wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia treści złożonego wykazu robót, w tym potwierdzenia okoliczności, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego za pomocą dodatkowych dokumentów (z wezwania wprost wynika oczekiwanie co do potwierdzenia podanej w wykazie robót kubatury oraz udokumentowania, że robota została oddania do użytkowania, a także że robota została ukończona i oddana do użytku na dzień składania ofert). Mimo wyrażenia w treści tego wezwania, że wątpliwości powstały wobec informacji zawartych w pierwotnie złożonym wykazie robót, nie sposób doszukać się wyartykułowanego wprost wezwania do ponownego złożenia, czy też uzupełnienia wykazu robót oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, jak twierdzi Odwołujący. Okoliczności tej nie można również wywodzić z błędnie podanej w treści pisma podstawy prawnej a nawet błędnego pouczenia o konsekwencji w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp. Decydująca bowiem jest treść pisma i wyartykułowane wprost żądania Zamawiającego.

Kolejną do rozstrzygnięcia kwestią było złożenie przez Przystępującego odpowiedzi na wezwanie z 20 maja 2022 r. po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Okoliczność ta była bezsporna między stronami lecz Odwołujący, przy założeniu że wezwanie to było wezwaniem w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wywodził, że wezwanie skierowane 7 czerwca 2022 r. do Przystępującego było drugim i tym samym nieuprawnionym wezwaniem. Jak wskazano wyżej, Izba ustaliła, że wezwanie z 20 maja 2022 r. nie było wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, tj. podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, lecz było wezwaniem do złożenia wyjaśnień wobec wątpliwości jakie powziął Zamawiający na tle informacji podanych w wykazie robót. Kwestia udzielenia odpowiedzi na to wezwanie po terminie pozostaje bez znaczenia i nie może przesądzić o odrzuceniu oferty Przystępującego, bowiem skierowanie do wykonawcy wezwania z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp jest uprawnieniem Zamawiającego i tym samym okoliczność niezłożenia w ogóle wyjaśnień przez wykonawcę, czy też złożenie ich po wyznaczonym terminie albo złożenie wyjaśnień niewystarczających dla rozstrzygnięcia wątpliwości Zamawiającego nie powoduje, iż obowiązek wynikający z treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp się dezaktualizuje. Zamawiający jest zobowiązany wezwać w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę do uzupełnienia dokumentu bądź oświadczenia, zawsze jeśli stwierdzi ich niekompletność lub stwierdzi, że zawierają błędy. Innymi słowy zaniechanie przez wykonawcę udzielenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, złożenie wyjaśnień niewystarczających dla rozwiania wątpliwości zamawiającego albo złożenie wyjaśnień po wyznaczonym terminie wywołuje jedynie skutek w postaci skierowania do wykonawcy wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub podmiotowych środków dowodach lub innych dokumentów. Dopiero nie złożenie w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 lub podmiotowego środka dowodowego,

potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń skutkować będzie odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Jak bowiem wynika z treści tego przepisu tylko niezłożenie w terminie oświadczeń, środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń skutkować może zastosowaniem wobec wykonawcy sankcji odrzucenia jego oferty, a contrario zaniechanie złożenia wyjaśnień nie powoduje takiego skutku.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zarówno zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że Przystępujący nie złożył w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak i zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie dwukrotnego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy takiego wezwania można dokonać jednokrotnie nie potwierdziły się, co skutkowało oddaleniem odwołania w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez poważne naruszenie przez Przystępującego w sposób zawiniony obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość, przez złożenie oświadczenia, że złożył dokumenty na wezwanie Zamawiającego po terminie w związku z awarią serwera, podczas gdy nie złożył tych dokumentów w terminie, gdyż nie zapoznał się z wezwaniem Zamawiającego z 20 maja 2022 r., stwierdzić należy, że zarzut jest chybiony i z tego powodu podlegał oddaleniu. W pierwszej kolejności wyjaśnić należy, że przesłankę wykluczenia stanowiącą podstawę zarzutu w zakresie w jakim mowa jest o naruszeniu obowiązków zawodowych rozumie się w ten sposób, że chodzi zarówno o (...) naruszenie ustawy, norm deontologicznych

obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę (np. Kodeks Etyki Lekarskiej, Kodeks Etyki Radcy Prawnego), jak i umowy. Naruszenie obowiązków zawodowych musi

być zawinione i poważne. Zwykle naruszenie obowiązków zawodowych jest zawinione i poważne, jeżeli zachowanie danego wykonawcy wykazuje zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do postawy danego wykonawcy, jak i obiektywnych skutków naruszenia oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy. Można założyć istnienie tego rodzaju wpływu, gdy naruszenie dotyczy dóbr prawnych znajdujących się pod ochroną karną lub powoduje albo może spowodować znaczne szkody. Zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych wchodzi w grę przede wszystkim w przypadku skazania, nawet nieprawomocnego, za czyn zabroniony związany z działalnością zawodową wykonawcy. Jako naruszenie obowiązków zawodowych należy również zakwalifikować naruszenia zobowiązań środowiskowych lub społecznych, naruszenia reguł konkurencji albo praw własności intelektualnej lub przemysłowej. Ponadto jako zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych można zakwalifikować naruszenie przepisów Pzp gwarantujących przestrzeganie zasad udzielania zamówień publicznych. Również niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Polski ustawodawca doprecyzował w tym zakresie uregulowanie dyrektywy klasycznej w duchu orzecznictwa TSUE, wskazując jako przykład zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych niewykonanie lub nienależycie wykonanie zamówienia wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Tym samym jakiekolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazywać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Stąd stwierdzenie istnienia zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny wcześniejszego zamówienia publicznego. Ze względu na ogólny i generalny charakter normy zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp obejmuje ona swoją hipotezą nie tylko niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego (na co wskazuje wyraźnie jej treść), ale także jakiejkolwiek umowy obligacyjnej.” (vide: „Prawo Zamówień Publicznych Komentarz”, pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 r.).

Zatem ww. norma prawna nie ma zastosowania do opisanego przez Odwołującego stanu faktycznego. Nienależnie od powyższego wskazać należy, że rozpoznawany zarzut był sformułowany w konsekwencji dwóch pierwszych zarzutów. Skoro zostały one oddalone, oddaleniu podlega również zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wobec ustalenia, że złożenie odpowiedzi na wezwanie z 20 maja 2022 r. nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp i to bez względu na przyczynę, analogiczne uznać należy, że nie może ta okoliczność obciążać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami wynikającymi z innych podstaw prawnych zawartych w Pzp, ponieważ pozostaje ona bez znaczenia dla prawidłowości dalszego przebiegu postępowania.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) związku z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z §5 pkt 1) i 2) lit. b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....