Sygn. akt: KIO 1593/22

WYROK

z dnia 4 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2022 r. przez odwołującego: HAMSTER Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (ul. Pod Hałdą 37B, 44-206 Rybnik) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Administracja Zasobów Komunalnych w Pszczynie (ul. Sznelowiec 12, 43-241 Łąka),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: HAMSTER Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (ul. Pod Hałdą 37B, 44-206 Rybnik) 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;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Administracja Zasobów Komunalnych w Pszczynie (ul. Sznelowiec 12, 43-241 Łąka) kwotę 4.088 zł 32 gr (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt osiem złotych trzydzieści dwa grosze) tytułem wynagrodzenia i kosztów dojazdu pełnomocnika.

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 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.

Sygn. akt: KIO 1593/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 14 czerwca 2022 r. przez odwołującego: HAMSTER Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Administracja Zasobów Komunalnych w Pszczynie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Projekt i budowę budynku toalety samoobsługowej w Pszczynie przy ul. Chrobrego”. Numer referencyjny: AZK.291.4.22. Ogłoszenie zostało opublikowane w BZP pod nr 2022/BZP 00074125/01 w dniu 3 marca 2022 r.

Odwołujący podał, że: (...) cyt.:

„W dniu 10.06.2022 roku powzięliśmy informację o odrzuceniu naszej oferty i unieważnieniu postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu podał, że unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt. 2) uPzp, ponieważ złożono dwie oferty, które zostały przez niego odrzucone (załącznik nr 1). Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż odrzucono naszą ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2a), ponieważ wykonawca HAMSTER Polska Sp. z o.o. podlegał wykluczeniu z postępowania, opierając się na brzmieniu pkt. 7.2.c) SWZ oraz art. 109 ust. 1 pkt.8 uPzp, tj. że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje, lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Zanim do tego doszło, Zamawiający pismem z dnia 19.05.2022 roku poinformował nas o wyborze naszej oferty jako najkorzystniejszej i wezwał nas do podpisania umowy. Na tę czynność drugi uczestnik postępowania - Budotechnika Sp. z o. o. złożył odwołanie zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia naszej oferty i żądając unieważnienia postępowania. Odwołanie to Krajowa Izba odwoławcza postanowieniem z dnia 31.05.2022 roku (sygn. akt KIO 1400/22) odrzuciła jako złożone przez podmiot nieuprawniony. Uprzednio Zamawiający zainspirowany odwołaniem jw. w trakcie trwania procedury odwoławczej wystąpił do Gminy Chrzanów w sprawie wyjaśnienia poświadczenia należytego wykonania robót przez HAMSTER Polska Sp. z o. o. z dnia 10.04.2019 roku. Z wyjaśnienia Gminy wynika, że poświadczenie to nie spełnia wymagań Zamawiającego. Poświadczenie to, jak również inne dokumenty zostały przez nas złożone na wezwanie Zamawiającego. Skoro więc Zamawiający stwierdził, że poświadczenie to, jako jeden z dokumentów podmiotowych nie spełnia jego wymagań, i jest rozbieżne z oświadczeniem złożonym na załączniku nr 6 do oferty, winien wezwać nas do uzupełnienia tych dokumentów, ponieważ w tym postępowaniu w stosunku do naszej firmy jeszcze nie korzystał z procedury określonej w art. 128 ust. 1 uPzp. Tymczasem Zamawiający nie wyczerpawszy tej procedury, do czego był zobowiązany, dokonał odrzucenia naszej oferty i unieważnił postępowanie, co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 uPzp. W tym miejscu pragniemy podkreślić, że poświadczenie z Gminy Chrzanów w swej treści jest ogólne i w naszym przekonaniu, odpowiadało wymaganiom Zamawiającego ponieważ przy jego realizacji pojawiło się zaangażowanie Wojewódzkiego Konserwatora zabytków. Nadinterpretacją w tej sytuacji jest powoływanie się przez Zamawiającego na postanowienia art. 109 ust. 1 pkt. 8 uPzp i zarzucanie nam zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przepis art. 109 ust. 1 pkt. 8 uPzp przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. W omawianym przypadku przedstawienie przedmiotowego poświadczenia i złożenie druku nr 6 (Wykaz wykonanych robot budowlanych) nie może być traktowane jako działanie umyślne w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, ponieważ oprócz złożonego na wezwanie poświadczenia posiadamy również inne dokumenty, które potwierdzają spełnienie warunku wymaganego przez Zamawiającego (dowód - załącznik nr 2 - Protokół końcowego odbioru z dnia 07.05.2018 roku oraz załącznik nr 3 - Pozwolenie nr 1362/17 Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków na prowadzenie robót budowlanych i konserwatorskich na obszarze wpisanym do rejestru zabytków z dnia 24.11.2017 roku). Nie ma wiec żadnych okoliczności wskazujących na to, że złożenie zakwestionowanego dokumentu (poświadczenia Gminy Chrzanów) i złożenie stosownego oświadczenia na druku nr 6 było zamierzonym działaniem, bowiem nie ma żadnej przyczyny dla jakiej mogłoby to być zrobione, jak również, że wynikało z rażącego niedbalstwa. W rzeczywistości złożenie tych dokumentów było efektem omyłki zważywszy, że poświadczenie to ma charakter bardzo ogólny a zapis dotyczący obserwacji archeologicznej, gdzie przy realizacji jest wymagana decyzja Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, pozwalająca na prowadzenie badań archeologicznych, sugerował, że obszar jest wpisany do rejestru zabytków. Z tego też względu miała miejsce nasza omyłka polegająca na złożeniu poświadczenia z Gminy Chrzanów i umieszczeniu tej realizacji w wykazie wykonanych robót budowlanych. W tej sytuacji bezpodstawnym jest powoływanie się przez Zamawiającego na zamierzone działanie, czy też rażące niedbalstwo. W opisanym stanie faktycznym Zamawiający był zobowiązany do wdrożenia procedury określonej w art. 128 ust. 1 uPzp poprzez wezwanie wykonawcy HAMSTER Polska Sp. Z o. o. do uzupełnienia tych dokumentów, tak aby odpowiadały wymaganiom Zamawiającego. Zaniechanie wykonania tej czynności stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 uPzp.

Na skutek tych wadliwych czynności i zaniechań zamawiającego, utraciliśmy możliwość uzyskania zamówienia. Stanowi to naruszenie naszego interesu poprzez nieuzasadnione pozbawienie nas zamówienia, a tym samym utratę korzyści wynikających z jego realizacji. Zamawiającemu zarzucamy:

a) zaniechanie zastosowania procedury określonej w art. 128 ust. 1 uPzp polegającej na wezwaniu nas do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie wymaganych podmiotowych środków dowodowych do wdrożenia której zamawiający był zobowiązany,

b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 a) poprzez bezpodstawne odrzucenie naszej oferty, pomimo że oferta nasza nie podlegała odrzuceniu, a zatem nie wystąpiła okoliczność określona w art. 226 ust. 1, zgodnie z którą zamawiający byłby zwolniony z obowiązku jego zastosowania,

c) naruszenie art. 255 pkt. 2) uPzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania,

d) naruszenie art. 17 ust. 2 uPzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyżej wskazanymi okolicznościami, na podstawie art. 513 oraz art. 516 ust. 1 uPzp, wnosimy o:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia naszej oferty,

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

2) zasądzenie od Zamawiającego na naszą rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków".

W uzasadnieniu wskazał (cyt.):

„Z przytoczonych w pkt. 5 niniejszego odwołania argumentów wynika, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił naszą ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2a) ustawy Prawo zamówień publicznych pomimo, że nie wystąpiły okoliczności uprawniające Zamawiającego do dokonania tej czynności, efektem czego jest bezpodstawne unieważnienie postępowania i pozbawienie nas możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Jak wyżej wykazaliśmy odrzucenie naszej oferty, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2a), a także zaniechanie czynności wezwania nas do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 uPzp, miało istotny wpływ na wynik postępowania. W wyniku tych wadliwych czynności i zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany utraciliśmy możliwość uzyskania zamówienia, a tym samym korzyści wynikających z jego realizacji, co stanowi naruszenie naszego interesu bowiem w wyniku

zgodnego z przepisami prawa przeprowadzenia postępowania zamówienie powinno być

udzielone naszej firmie. Zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 uPzp".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29 czerwca 2022 r.) wniósł o (cyt.):

„1) oddalenie odwołania w całości; 2) zasądzenie kosztów postępowania

odwoławczego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów

poniesionych w związku ze stawiennictwem na rozprawę (wg spisu kosztów

przedstawionego na rozprawie a w razie jego braku wg norm przepisanych); Ponadto

wnoszę o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, stanowiących załączniki do pism

Zamawiającego, skierowanych do KIO z dnia 20.06.2022 r. oraz 21.06.2022 r. oraz dowodu nr I będącego załącznikiem do niniejszego pisma na okoliczność ich treści, w szczególności

za okoliczność zasadności wykluczenia i odrzucenia wykonawcy, prawidłowości

unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienia postępowania".

W uzasadnieniu wskazał (cyt.):

„Dyrektor Administracji Zasobów Komunalnych w Pszczynie, pismem z dnia 10 czerwca 2022 r. unieważnił czynność z dnia 19 maja 2022 r., polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa budynku toalety samoobsługowej w Pszczynie przy ul. Chrobrego". Ponadto Dyrektor Administracji Zasobów Komunalnych w Pszczynie na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia I l września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp, unieważnił postępowania, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa budynku toalety samoobsługowej w Pszczynie przy ul. Chrobrego". Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia albowiem wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu (art. 255 pkt 2) ustawy Pzp). W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty, które zostały odrzucone przez Zamawiającego. Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy HAMSTER POLSKA Sp. z o. o. ul. Pod Hałdą 37B, 44206 Rybnik. Na podstawie Art. 226 ust I pkt 2 lit. a) PZP Zamawiający odrzuca bowiem ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z brzmieniem pkt 7.2 lit. c) SWZ Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania w sytuacji w której Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust I pkt 8 Pzp). Ponadto w treści pkt 8 ust 3 lit a), tiret drugi SWZ, zdefiniowano jeden z warunków udziału dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w brzmieniu: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże minimalny poziom zdolności, tj. wykaże że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w zakresie robót budowlanych - co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, lub dotyczące obiektów użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto każda, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Co najmniej jedna z robót musi dotyczyć obiektu wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na obszarze wpisanym do rejestru zabytków.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, kierowane do Wykonawcy na podstawie art. 274 ust I Pzp, Wykonawca celem wykazania spełnienia wyżej opisanego warunku udziału złożył m.in.

1) Wykaz wykonanych robót budowlanych, w którego treści, pozycji nr 2, wskazał, że na rzecz Gminy Chrzanów, Al. Henryka 20, 32-500 Chrzanów, wykonał zamówienie którego przedmiotem była: „Dostawa i montaż automatycznej toalety samoobsługowej wraz z przyłączami przy Placu 1000-lecia w Chrzanowie" w obszarze wpisanym do rejestru zabytków."

2) Poświadczenie z Gminy Chrzanów, z dnia 10.04.2019 r. , które miało stanowić dowód określający, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie.

W treści wykazu wykonanych robót budowalnych Wykonawca ten jednoznacznie oświadczył, że robota wykonana na rzecz Gminy Chrzanów dotyczyła obiektu znajdującego się na obszarze wpisanym do rejestru zabytków. Wymaga podkreślenia, że oświadczenie to, stanowiło podstawę do uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca ten wykazał spełnienie warunku udziału opisanego w pkt 8 ust. 3 lit a), tiret drugi SWZ.

W efekcie oferta Wykonawcy HAMSTER POLSKA Sp. z o. o. została wybrana jako najkorzystniejsza. Z czynnością wyboru oferty wykonawcy HAMSTER POLSKA Sp. z o. o., jako najkorzystniejszej oferty, nie zgodził się Wykonawca Budotechnika sp. z o.o.(...), który dnia 24 maja 2022 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W treści odwołania, wskazano, że:

Wykonawca HAMSTER POLSKA Sp. z o.o. złożył do oferty dokument w formie załącznika nr 6 wraz z dowodami, jednak nie potwierdzają one spełnienia jednego z warunków SWZ określonego w pkt. 8.3.a) w zakresie robót budowlanych o wartości nie

mniejszej niż 150.000,00 zł brutto, z których co najmniej jedna musi dotyczyć obiektu wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na obszarze wpisanym do rejestru zabytków. Wykonawca przestawił dane nieprawdziwe odnośnie wykazu wykonanych robót budowlanych w obszarze wpisanym do rejestru zabytków powołując zadanie: Dostawa i montaż automatyczne/ toalety samoobsługowej wraz z przyłączeniami przy Placu 1000-lecia w Chrzanowie. Przedmiotowe zadanie realizowane było na działce 1156/48 na podstawie umowy nr ZP.272.46.2018. dla którego Gmina Chrzanów poświadczyła w zakresie prac objętych umową tylko ...zapewnienie nadzoru archeologicznego. Obszar powołanej działki znajduje się w strefie obserwacji archeologicznej, a nie jak zaznaczył Wykonawca w załączniku nr 6 do SWZ:...w obszarze wpisanym do rejestru zabytków". Uchwała Nr XII/127/II Rady Miejskiej w Chrzanowie z dnia 30 sierpnia 2011 r. w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego fragmentu Starego Miasta między ul. Krakowską, ul. Garncarską i ul. Kusocińskiego w Chrzanowie w paragrafie 8 jasno określa zasady ochrony dziedzictwa kulturowego dla przedmiotowej działki: „8. Zasady ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej, ustala się : 1) objęty opracowaniem planu obszar zaliczony został w całości do strefy ochrony konserwatorskiej „ Wo - strefa obserwacji archeologicznej; 2) ustala się: wymóg badań archeologicznych poprzedzających prace ziemne, obowiązuje prowadzenie wszelkich prac ziemnych pod nadzorem archeologicznym zgodnie z przepisami odrębnymi; 3) wyznacza się, tereny mieszkaniowo usługowe do kompleksowej rewaloryzacji zabudowy z uwzględnieniem uwarunkowań konserwatorskich".

Celem weryfikacji ww. zarzutów zawartych w odwołaniu, Zamawiający dnia 26 maja 2022 r. zwrócił się do uprzedniego zamawiającego tj. Gminy Chrzanów, z prośbą o wyjaśnienie i uszczegółowienie poświadczenia należytego wykonania robót z dnia 10 kwietnia 2019 r. tj. o jednoznaczne określenie czy wskazany teren Placu 1000-lecia w Chrzanowie, w zakresie działki 1 156/48 jest obszarem wpisanym do rejestru zabytków. W odpowiedzi na ww. wniosek Gmina Chrzanów wskazała co następuje: „ (...) zgodnie ze 'Studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego Gminy Chrzanów", uchwalonym na Sesji Rady Miejskiej w Chrzanowie Uchwałą Nr XXXVI/374/2021 z dnia 26 października 2021 r., teren działki ozn. nr 1156/48 położony w jednostce ewidencyjnej Chrzanów miasto. obręb Chrzanów. znajduje się w strefie obserwacji archeologicznych. Ponadto informuję, że działka ozn. nr 1156/48 położona w jednostce ewidencyjnej Chrzanów — miasto, obręb Chrzanów, znajduje się na terenie objętym ustaleniami miejscowego plan zagospodarowania przestrzennego fragmentu Starego Miasta między ul. Krakowską, ul.

Garncarską i ul. Kusocińskiego w Chrzanowie (Uchwała Nr XII/127/1 1 z dnia 30 sierpnia 2011 r., ogł. Dz. Urz. Woj. Mai. z dnia 13 września 2011 r., Nr 433, poz. 4086). ' Zgodnie z zasadami ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej, określonymi w S 8 ww. planu miejscowego, obszar objęty opracowaniem planu zaliczony został w całości do strefy ochrony konserwatorskiej „ Wo" — strefa obserwacji archeologicznej. Na terenie objętym planem ustala się wymóg badań archeologicznych poprzedzających prace ziemne, obowiązuje prowadzenie wszelkich prac ziemnych pod nadzorem archeologicznym, zgodnie z przepisami odrębnymi. Zgodnie z ogólnodostępnym wykazem obiektów wpisanych do Rejestru Zabytków Nieruchomych Województwa Małopolskiego (we stanu na luty 2022 r.). teren działki ozn. nr 1156/48 położonej w jednostce ewidencyjnej Chrzanów — miasto. obręb Chrzanów. nie jest obszarem wpisanym do rejestru zabytków. Z uwagi na powyższe należało przyjąć, że składając wykaz wykonanych robót budowlanych, zawierający oświadczenie o treści: „Dostawa i montaż automatycznej toalety samoobsługowej wraz z przyłączami przy Placu 1000-lecia w Chrzanowie w obszarze wpisanym do rejestru zabytków." Wykonawca HAMSTER POLSKA sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co nie tylko mogło ale również miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż stanowiło decyzję w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Pismem z dnia 14 czerwca 2002 r. Wykonawca złożył odwołanie do Prezesa KIO, zarzucając:

1) zaniechanie zastosowania procedury określonej w art. 128 ust. I pzp, czyli wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2a) pzp poprzez odrzucenie oferty;

3) naruszenie art. 255 pkt 2) pzp poprzez unieważnienie postępowania i wreszcie

4) naruszenie art. 17 ust. 2 pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia Wykonawcy.

Zamawiający nie zgadza się z ww. zarzutami i wnosi o oddalenie odwołania w całości. W pierwszej kolejności, Zamawiający podnosi, iż nie ma prawa wzywać Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, który zawierał nieprawdziwe informacje. Instytucja uzupełnienia dokumentu nie służy bowiem do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Taka praktyka jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok KIO 2720/21).

Artykuł 128 ust. I ustawy PZP stanowi bowiem, że uzupełnieniu podlega oświadczenie lub dokument, który nie został złożony, jest niekompletny lub zawiera błędy. Okoliczność, gdy dokument lub oświadczenie zawierają informacje niezgodne ze stanem faktycznym, nie obejmuje żadnej z powyższych sytuacji. W takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. I pkt 10 ustawy Pzp. Nie może zastosować tutaj procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedstawione stanowisko potwierdza orzecznictwo KIO wydane na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy PZP (KIO 905/20, KIO 113/18, KIO 116/18, KIO 1036/19).

Zjawiska wprowadzenia w błąd zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia odnotowywane są dość często. Czasami jedyną szansą na wykrycie

nieprawdziwych informacji jest interwencja konkurentów. Taka sytuacja miała miejsce w okolicznościach przedmiotowej sprawy, jak również w okolicznościach sprawy wskazanej w wyroku KIO 319/21. Zamawiającemu znany jest z urzędu fakt, iż firma Hamser Sp. z o.o. oraz Budotechnika sp. z o.o. to w istocie jedyne dwie firmy na rynku województwa śląskiego i w okolicach konkurujące ze sobą w zakresie robót objętych przedmiotem zamówienia. Z tego też prostego faktu, od Wykonawcy — oprócz faktu, iż pozostaje podmiotem gospodarczym, od którego wymaga się podwyższonego stopnia zawodowej staranności należałoby wymagać szczególnej rzetelności w toku przygotowywania ofert. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy, fakt, iż dysponuje inną robotą budowlaną spełniającą warunek wpisania jej do rejestru zabytków nie ma znaczenia w okolicznościach sprawy. To bowiem Wykonawca odpowiada za prawdziwość i rzetelność sporządzanej oferty na etapie jej sporządzania (a nie po wybraniu konkretnej oferty jako najkorzystniejszej, czy unieważnieniu postępowania) . Z tych samych powodów Wykonawca nie może zasłaniać się rzekomą omyłką. Jak wynika również z ww. pisma Gminy Chrzanów Rejestr Zabytków Nieruchomych Województwa Małopolskiego, jest rejestrem ogólnodostępnym. zatem o rżącym niedbalstwie Wykonawcy świadczy również fakt, iż chociażby nie sprawdził informacji, które wskazywał jako prawdziwe. Gdyby bowiem nie inny Wykonawca, który poinformował Zamawiającego o powyższej sytuacji, doszłoby do udzielenia zamówienia Wykonawcy który nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Nadto, wbrew zarzutom Odwołującego, dotyczącym rzekomego obowiązku wezwania go do uzupełnienia lub poprawienia oferty, podkreślić trzeba niezależnie od tego co wskazano powyżej - iż nie mogło to nastąpić po wyborze oferty jako najkorzystniejszej. Nie był to bowiem etap badania i oceny ofert w zakresie wykazania spełnienia podmiotowych środków dowodowych. Brak było również potrzeby zwracania się o jakiekolwiek wyjaśnienia do Wykonawcy, albowiem sporna kwestia została wyjaśniona bezpośrednio z poprzednim zamawiającym, tj. Gminą Chrzanów. Dowód: I) pismo Gminy Chrzanów z dnia 27 maja 2022 r. wraz z pismem i mailem Zamawiającego z dnia 26 maja 2022 r.

A zatem, podniesione wyżej twierdzenia wraz z dowodami wskazują, iż: po pierwsze - wybrany wykonawca w toku postępowania przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego; po wtóre, informacje te miały lub mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu, wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej); po trzecie - wprowadzenie w błąd nastąpiło na skutek rażącego niedbalstwa (w szczególności podwyższony miernik staranności wymagany od przedsiębiorcy, ogólna dostępność rejestru zabytków, umożliwiająca weryfikacje danych; treść „referencji" poprzedniego zamawiającego z których nie wynika że obiekt należy do rejestry zabytków). Brak jest zatem podstaw, by mówić w tym przypadku o zachowaniu przez wybranego wykonawcę należytej staranności, o której mowa w art. 355 kc. Model ten sprowadza się do zasady uczciwego działania. Działanie uczciwe zakłada rzetelne przedstawienie żądanych informacji i dokumentów, wyklucza posługiwanie się nieprawdziwymi danymi i wprowadzanie zamawiającego w błąd. Skoro w jednym z kluczowych i podstawowych aspektów oferty warunkującym udział w przetargu zawarto informację merytorycznie nieprawdziwą, to oznacza, że wykonawca, postąpił — w okolicznościach niniejszej sprawy — co najmniej rażąco niedbale (KIO 319/21)". Dalej wskazując m.in. na orzecznictwo KIO (wyroki: KIO 98/17, KIO 676/16) i doktrynę podniósł: (cyt.): „Przykładem rażącego niedbalstwa jest uznanie, że np. złożenie oświadczeń o spełnianiu ściśle określonych wymagań lub kryteriów kwalifikacji przez podmiot trzeci bez zweryfikowania, czy rzeczywiście ten podmiot je spełnia" (.). Na podstawie art. 14 ustawy PZP do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z aft. 355 S I 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 (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 0 marca 2004 r., IV CK 151/03, wyrok z dnia I l lutego 2015 r., KIO 1 77/15, wyrok z dnia 1 1 października 2016 r., KIO 1773/16, wyrok z dnia 27 lutego 2015 r., KIO 491/15, wyrok z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 1/16, wyrok z dnia 17 maja 2016 r., KIO 673/16, wyrok z dnia 28 września 2015 r., KIO 2000/15). Zamawiający nie ma ani prawa, ani obowiązku do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (na gruncie„ starego pzp, odpowiednik w obecnym art. 128 pzp) stosowany jest tyko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia. Przepisy Pzp nie przewidują możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuują obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych lub poprawienia informacji złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W doktrynie słusznie przyjmuje się, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za „błąd" podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednolita i zachowująca aktualność w nowym stanie prawnym w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej lzby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona. W konsekwencji Zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty (wyrok KIO 1/16 oraz KIO 526/15, KIO 177/15, KIO1370/15). Przepisy PZP nie przewidują bowiem żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji zawartej w jednolitym dokumencie i nie zawierają obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe również do złożenia informacji niewadliwych." Dalej także wskazując na orzecznictwo (382/17) podkreślił, że: „Na podstawie art. 14 ustawy PZP do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 S I k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 S 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać Odwołującego. 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." Podobnie w wyroku KIO/UZP 1223/09, zachowującym częściowo aktualność w stanie prawnym odnoszącym się do niniejszej sprawy Krajowa lzba Odwoławcza orzekła między innymi, iż „z uwagi na profesjonalny charakter działalności, wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 k.c. dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Natomiast z mocy art. 329 k.c. i art. 430 k.c. w związku z art. 14 ustawy PZP odpowiada również za działania swoich pracowników, czy osób trzecich, którym powierza przygotowanie oferty"

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 20 czerwca 2022 r. (...) kopia odwołania została wysłana do wykonawców pocztą elektroniczną w dniu 15.06.2022 r. Zatem termin na zgłoszenie przystąpienia - w myśl art. 525 ust.1 Pzp - upłynął z dniem 18 czerwca 2022 r.

lzba ustaliła i zważyła co następuje:

Zarzuty podnoszone w odwołaniu są niezasadne i tym samym odwołanie w całości podlega oddaleniu.

Ustalenia podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego są prawidłowe. Zgodnie z pkt 7.2 pod lit. c) i e) SWZ wskazano:

„Dodatkowo zamawiający wykluczy wykonawcę na podstawie art. 109 ustawy pzp":

(...)

c) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

(...)

e) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

Stosownie do postanowień punktu 8 ust 3 lit a), tiret drugi SWZ, zdefiniowano jeden z warunków udziału dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w brzmieniu: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże minimalny poziom zdolności, tj. wykaże że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w zakresie robót budowlanych - co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, lub dotyczące obiektów użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto każda, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Co najmniej jedna z robót musi dotyczyć obiektu wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na obszarze wpisanym do rejestru zabytków."

W odpowiedzi na wezwanie skierowane do wykonawcy HAMSTER POLSKA Sp. z o. o. na podstawie art. 274 ust 1 Pzp, wykonawca celem wykazania spełnienia wyżej opisanego warunku udziału złożył m.in.

1) Wykaz wykonanych robót budowlanych, w którego treści, pozycji nr 2, wskazał, że na rzecz Gminy Chrzanów, Al. Henryka 20, 32-500 Chrzanów, wykonał zamówienie którego przedmiotem była: „Dostawa i montaż automatycznej toalety samoobsługowej wraz z przyłączami przy Placu 1000-lecia w Chrzanowie" w obszarze wpisanym do rejestru zabytków."

2) Poświadczenie z Gminy Chrzanów, z dnia 10.04.2019 r., które miało stanowić dowód określający, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie.

W treści wykazu wykonanych robót budowalnych wykonawca HAMSTER jednoznacznie oświadczył, że robota wykonana na rzecz Gminy Chrzanów dotyczyła obiektu znajdującego

się na obszarze wpisanym do rejestru zabytków. Oświadczenie to, stanowiło podstawę do uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca ten wykazał spełnienie warunku udziału

opisanego w pkt 8 ust. 3 lit a), tiret drugi SWZ.

Czynności wyjaśniające, jakie podjął Zamawiający skutkiem odwołania wniesionego

przez wykonawcę Budotechnika sp. z o.o. z Pilchowic z uwagi na wybór oferty wykonawcy HAMSTER, jako najkorzystniejszej oferty doprowadziły do ustalenia, że w tym postępowaniu

wykonawca złożył oświadczenie niezgodne ze stanem faktycznym, co w konsekwencji

prowadziło do uzasadnionego zastosowania fakultatywnej przesłanki przewidzianej pkt 7.2 lit. c) SWZ. W tym przypadku bowiem wykonawca składając Wykaz wykonanych robót budowlanych, złożył oświadczenie o treści: „Dostawa i montaż automatycznej toalety

samoobsługowej wraz z przyłączami przy Placu 1000-lecia w Chrzanowie w obszarze wpisanym do rejestru zabytków", które to zadanie - jak ustalił i podał Zamawiający w porozumieniu z Gminą Chrzanów - zgodnie z ogólnodostępnym wykazem obiektów wpisanych do Rejestru Zabytków Nieruchomych Województwa Małopolskiego (wg stanu na luty 2022 r.), teren działki ozn. nr 1156/48 położonej w jednostce ewidencyjnej Chrzanów — miasto, obręb Chrzanów, nie jest obszarem - tak jak wymagał warunek - wpisanym do rejestru zabytków.

Tym samym uzasadnione było przyjęcie, że ten wykonawca, co najmniej w wyniku

rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co nie tylko mogło, ale również miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż stanowiło decyzję w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę i, którego oferta w konsekwencji została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym oferta wykonawcy HAMSTER podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Niewątpliwie fakt dysponowania inną robotą budowlaną spełniającą warunek wpisania jej do rejestru zabytków nie ma - jak podnosił Zamawiający - znaczenia w okolicznościach tej sprawy do oceny spornego wymagania. Wykonawca odpowiada bowiem za prawdziwość i rzetelność sporządzanej oferty na etapie jej sporządzania. Z tych samych powodów wykonawca nie może zasłaniać się rzekomą omyłką. Ponadto z pisma Gminy Chrzanów Rejestr Zabytków Nieruchomych Województwa Małopolskiego wynika, że wskazywany rejestr jest rejestrem ogólnodostępnym i nie sprawdzenie informacji wymaganej na potwierdzenie warunku, świadczy na gruncie Pzp o niedbalstwie wykonawcy do którego z kolei nawiązuje również przesłanka opisana w punkcie 7.2. lit. e) SWZ.

Wbrew zarzutom Odwołującego, dotyczącym zaniechania obowiązku wezwania go do uzupełnienia lub poprawienia oferty, uwzględniając postanowienia SWZ i stan faktyczny tej sprawy taki obowiązek nie wystąpił. SWZ przewiduje dodatkowe przesłanki wykluczenia wykonawcy i Zamawiający w stanie faktycznym tej sprawy, skutkiem zarzutów konkurencyjnego wykonawcy i wyjaśnień jakie bezpośrednio uzyskał od Gminy Chrzanów, a których to ustaleń Odwołujący nie kwestionuje, był zobowiązany do zastosowania art. 226 ust 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

W konkluzji Izba stwierdza, że powyższe ustalenia nie potwierdziły tym samym naruszenia art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, albowiem w zakresie zaskarżonym zarzut przeprowadzenia przedmiotowego Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości Postępowania należało uznać za niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.