Sygn. akt: KIO 1742/22

WYROK

z dnia 22 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Aleksandra Patyk
Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2022 r. przez wykonawcę K. C. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą SANTEX K. .
z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jodłową

przy udziale wykonawcy Multikop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bieczu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę K. C. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą SANTEX K. C. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K. C. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą SANTEX K. . z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy K. C. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą SANTEX K. C. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim na rzecz zamawiającego Gminy Jodłowa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1742/22

U z a s a d n i e n i e

Gmina Jodłowa, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w gminie Jodłowa. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11

września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2021 r. pod numerem 2022/S 031-078459.

W dniu 1 lipca 2022 r. wykonawca K. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SANTEX K. C. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Multikop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bieczu, dalej „Multikop", jako złożonej przez wykonawcę, który:

a. podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a co doprowadziło do wyboru jego oferty (względnie przedstawił ww. informacje w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa);

b. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem złożone w postępowaniu dokumenty, kopie dokumentacji projektowej przygotowanej w ramach zadania oraz umowa podwykonawcza na realizację części zadania zawarta z firmą Przedsiębiorstwo

Usług Geodezyjno - Projektowych „AZYMUT" A. Ć. wskazują na brak opracowania przez Multikop w całości dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacyjnej o długości nie mniejszej niż 7 km, podczas gdy opracowanie takiej dokumentacji stanowiło warunek udziału w postępowaniu.

2. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Multikop ze

względu na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, bowiem z dokumentu gwarancji wynika, że:

a. będzie ona płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego z zastrzeżeniem braku protestu gwaranta, podczas gdy gwarancja zapłaty wadium powinna być bezwarunkowa, nieodwołalna oraz płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego, bez względu na stanowisko

gwaranta;

b. żądanie zapłaty wadium należy zgłosić przed datą ważności wadium, która pokrywa się z upływem terminu związania ofertą Multikop (zgodnie z aneksem z 13.06.2022 r. jest to 12 sierpnia br.), podczas gdy gwarancja zabezpieczająca wypłatę wadium powinna umożliwić Zamawiającemu zgłoszenie żądania również w rezultacie zdarzeń, które nastąpiły ostatniego dnia okresu związania ofertą i obowiązywania gwarancji wadialnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Multikop oraz dokonania ponownego wyboru ofert z pominięciem oferty Multikop.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Multikop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bieczu, dalej również „Przystępujący".

Zamawiający pismem z dnia 19 lipca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, złożonych ofert, składanych przez Przystępującego wyjaśnień, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej w gminie Jodłowa. Zgodnie z rozdziałem 9.1.4.1. lit. a) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", w zakresie zdolności technicznej Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku, gdy wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej 2 zamówienia - każde polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej, w tym minimum jedno o długości nie mniejszej niż 7 km. W celu potwierdzenia spełnienia warunku Zamawiający zgodnie z Rozdziałem 11.2.10.1. SWZ zastrzegł obowiązek złożenia wykazu zrealizowanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Dokumentami tymi są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez pomiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane.

Przystępujący przedłożył wykaz usług projektowych, gdzie wskazał 2 zadania:

a) Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej na budowę sieci kanalizacji sanitarnej i wodociągowej wraz z przyłączami w Rzepienniku Suchym o wartości 123 000 zł,

b) Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej na budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami w Woli Lubeckiej o wartości 343 170 zł.

Dokumentami potwierdzającymi prawidłową realizację powyższych prac były referencje wystawione przez MULTIKOP sp. z o.o. sp. k. z dnia 14 stycznia 2021 r. (dla zadania opisanego w lit. a) oraz z dnia 23 lutego 2022 r. (dla zadania opisanego w lit. b). Zgodnie z załączonymi do oferty Multikop referencjami z 23 lutego 2022 r. w ramach zadania Multikop zaprojektował dla MULTIKOP sp. z o.o. sp.k. sieć kanalizacyjną o łącznej długości 8,5 km. Przystępujący załączył także referencje wystawione przez Spółkę Komunalną Dorzecze Białej sp. z o.o., dalej „Dorzecze Białej", dla MULTIKOP sp. z o.o. sp.k., z których wynika, że dokumentacja projektowa dla zadania została w całości przygotowana przez MULTIKOP sp. z o.o. sp.k.

Zamawiający w dniu 12 kwietnia 2022 r. powziął wątpliwości odnośnie wykazu usług i dowodów należytego wykonania zadania wykazanego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wezwał Multikop do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów na potwierdzenie zdolności technicznej w zakresie opracowania dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z 19 kwietnia 2022 r., Multikop przedstawił wyjaśnienia, w których potwierdził, że to MULTIKOP sp. z o.o. sp.k. był generalnym wykonawcą zadania. W wyjaśnieniach zaznaczono, że Multikop zrealizował część prac projektowych jako podwykonawca. Na dowód realizacji części prac projektowych przez Multikop przedstawiono pismo MULTIKOP sp. z o.o. sp.k. z 5 października 2020 r. do Dorzecza Białej. W piśmie tym MULTIKOP sp. z o.o. sp.k. informuje o zawarciu umowy podwykonawczej na wykonanie dokumentacji projektowej z firmą AZYMUT. Jednocześnie poinformowano, że jedynie część prac projektowych w zakresie części sieci kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej zostanie wykonana przez Multikop. Koszt prac zleconych Multikop miał wynosić mniej niż 50 000 zł.

20 kwietnia 2022 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp zwrócił się do Dorzecza Białej, wystawcy referencji, z pytaniem, czy Multikop Sp. z o. o. sp. k. (główny wykonawca inwestycji,) zgłosił udział Przystępującego w realizacji prac projektowych w ramach inwestycji pod nazwą „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: «Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej wraz z przyłączami w gminie Ryglice» - Część I - Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: «Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami w msc. Lubcza, Wola Lubecka, gm. Ryglice»".

21 kwietnia 2022 r. Dorzecze Białej potwierdziło, że Multikop Sp. z o. o. sp. k. zgłosiła Multikop Sp. z o. o. do realizacji prac projektowych w ramach ww. zadania.

W dniu 22 kwietnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert. Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 28 kwietnia 2022 r. Odwołujący poinformował go o swoich zastrzeżeniach do oferty Przystępującego oraz o konieczności poddania jej ponownej analizie z uwzględnieniem wskazanych zastrzeżeń. Tym samym Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 22.04.2022 r. oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 6 maja 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty po dokonaniu ponownej oceny ofert. Za najkorzystniejszą została ponownie uznana oferta Przystępującego.

W dniu 16 maja 2022 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezasadne zaniechanie odrzucenia i wykluczenia Przystępującego, przy czym podstawy faktyczne odwołania były podobne jak w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący postawił dodatkowo zarzut ewentualny dotyczący niezasadnego zaniechania wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień odnośnie „należytego opracowania dokumentacji projektowej oznaczonej w wykazie usług jako „Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej na budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami w msc. Wola Lubecka, gm. Ryglice".

Postępowanie odwoławcze toczyło się pod sygnaturą KIO 1316/22 i zostało umorzone 31 maja 2022 r. na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

30 maja 2022 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru ofert i w wyniku uwzględnienia zarzutu ewentualnego Odwołującego, wezwał Multikop do udzielenia dalszych wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych na potwierdzenie zdolności technicznej w zakresie opracowania dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej, o których mowa w pkt 9.1.4.1 lit. a) SWZ tj. dokumentów potwierdzających należyte opracowanie dokumentacji projektowej oznaczonej w wykazie usług jako „Wykonanie dokumentacji projektowej na budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, wraz z przyłączami w msc. Wola Lubecka, gm. Ryglice". W tym, w szczególności, Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień potwierdzających długość projektowanej kanalizacji

sanitarnej.

W dniu 1 czerwca 2022 r. Przystępujący udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, wyjaśniając zakres wykonanych przez Przystępującego prac i przedstawiając oświadczenie Dorzecza Białej, oświadczenie firmy AZYMUT oraz protokoły odbioru dokumentacji projektowej.

15 czerwca 2022 r. Zamawiający otrzymał pisma od Odwołującego i Multikop w sprawie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz aneksy do gwarancji. Tego samego dnia, Zamawiający wystosował pismo do Multikop o złożenie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego i Rozporządzenia 833/2014 . Dnia 21 czerwca 2022 r. Przystępujący złożył ww. oświadczenie.

W dniu 21 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty po dokonaniu ponownej oceny ofert i wybrał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w

niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, ponieważ Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również miał wprowadzić Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący twierdził, że na podstawie złożonych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów składanych w postępowaniu nie sposób uznać, że Multikop opracował dokumentację projektową budowy sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 7 km.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) 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; 10) 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 art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub 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.

Skład orzekający ocenił dokumenty złożone w toku postępowania przez Przystępującego i stwierdził, że potwierdzają one nabycie doświadczenia przez wykonawcę pozwalające na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. doświadczenia w zakresie prawidłowego wykonania dwóch zamówień polegających na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej, w tym minimum jednego o długości nie mniejszej niż 7 km.

Przystępujący, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazał dwie usługi realizowane na rzecz Spółki Komunalnej „Dorzecze Białej" sp. z o.o. Pierwsza z usług dotyczyła wykonania dokumentacji projektowej na budowę sieci kanalizacji sanitarnej i wodociągowej wraz z przyłączami w msc. Rzepiennik Suchy, gm. Rzepiennik Strzyżewski, a druga dotyczyła wykonania dokumentacji projektowej na budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami w msc. Wola Lubecka, gm. Ryglice. Do wykazu robót budowlanych i usług projektowych załączono dwie referencje wystawione przez Multikop sp. z o.o. sp. k., gdzie wskazano, że Przystępujący opracował projekt budowlany i wykonawczy.

Ponadto, w referencjach wskazano: Długość zaprojektowanej sieci kanalizacyjnej: 3034,79 mb sieć kanalizacyjna grawitacyjna oraz sieć tłoczna 22,24 mb (dla pierwszej usługi) oraz Długość zaprojektowanej sieci kanalizacyjnej: 6,1 km sieć kanalizacyjna grawitacyjna oraz sieć tłoczna 2,4 km. Łączna długość zaprojektowanej sieci kanalizacyjnej wyniosła: 8,5 km. (dla drugiej usługi).

Przystępujący załączył również referencje dla zadania „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami w msc. Lubcza Wola Lubecka gm. Ryglice" wystawione przez Spółkę Komunalną Dorzecze Białej Sp. z o.o., z których wynika że dokumentacja projektowa została w całości przygotowana przez firmę MULTIKOP Sp. z o.o. Sp. k. Podobnie wynikało z referencji wystawionych przez tego samego Inwestora dla zadania pn.: „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej wraz z przyłączami w msc. Rzepiennik Such gm. Rzepiennik Strzyżewski".

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, pismem z dnia 19 kwietnia 2022 r. wskazał, że Jako środki dowodowe Wykonawca w w/w postępowaniu dołączył Listy Referencyjne od Inwestora spełniające wymagania SWZ dotyczące wykonania całości prac przez Firmę Multikop sp. z o.o. sp. k. - dotyczy opracowania dokumentacji projektowej.

Dodatkowo przedłożył Listy Referencyjne dotyczące wykonania części prac projektowych przez Firmę Multikop sp. z o.o. Stan rzeczy jak powyżej dokładnie opisuje analogię wykonania poszczególnych części prac projektowych na zadaniach. Listy referencyjne sporządzone przez Firmę MULTIKOP sp. z o.o. sp. k. dla Firmy Multikop sp. z o.o. odzwierciedlają faktyczny zakres prac projektowych wykonanych w części przez Firmę MULTIKOP sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę ww. dokumenty należy uznać, że Przystępujący zrealizował część prac projektowych wykonywanych na rzecz Multikop sp. z o.o. sp. k. , będącego generalnym wykonawcą inwestycji realizowanej na rzecz Spółki Komunalnej „Dorzecze Białej" sp. z o.o. Część prac wykonanych przez Przystępującego dotyczyła odcinka sieci kanalizacyjnej o długości 6,1 km oraz sieci tłocznej o długości 2,4 km.

Powyższe potwierdzają także dowody, załączone do wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2022 r., tj. oświadczenie drugiego podwykonawcy realizującego usługi projektowe na rzecz Dorzecza Białej - Przedsiębiorstwa Usług Geodezyjno - Projektowych „AZYMUT", gdzie wskazano, że Przystępujący wykonał dokumentację projektową dotyczącą odcinka sieci kanalizacyjnej o długości 6,1 km oraz sieci tłocznej o długości 2,4 km. Przystępujący złożył również oświadczenie inwestora - Spółki Komunalnej „Dorzecze Białej" sp. z o.o. z dnia 24 maja 2022 r. informujące, że Przystępujący, będąc podwykonawcą Multikop Sp. z o.o. Sp. k. przygotował dokumentację projektową sieci kanalizacji grawitacyjnej o długości 6,1 km oraz sieci tłocznej o długości 2,4 km, równocześnie inwestor oświadczył, że drugi podwykonawca (Azymut) zrealizował dokumentację sieci wodociągowej. Na uwagę zasługuje także fakt, że Przystępujący przedłożył protokoły odbioru dokumentacji projektowej w ramach inwestycji realizowanej na rzecz Dorzecza Białej. Z protokołów wynika, że inwestor odebrał dokumentację od Azymutu oraz Multikopu sp. z o.o. i stwierdził, że została ona wykonana należycie.

Dlatego też na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego skład orzekający uznał, że Przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego opracowania dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 7 km.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego jakoby Przystępujący nie brał udziału we wszystkich etapach projektowania, należy wskazać, co następuje. Izba dostrzega, że z postanowienia umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy Multikop sp. z o.o. sp.k. a AZYMUT (nr umowy: 1/10/2020/PB) może wynikać, że to AZYMUT obowiązany był do sporządzenia map do celów projektowych oraz do uzyskania uzgodnień z właścicielami nieruchomości. Zgodnie z §1 ust. 2 ww. umowy Na w/w kontrakcie firma Multikop sp. z o.o. będzie opracowywała dokumentację projektową w zakresie sieci kanalizacyjnej i tłocznej. W zakresie Wykonawcy jest sporządzenie map do celów projektowych jak i poczynienie wszelkich uzgodnień terenowych z właścicielami nieruchomości oraz przekazanie Zamawiającemu Firmie Multikop Sp. z o.o. Niemniej z dokumentacji przekazanej przez Przystępującego wynika, że to Przystępujący pozyskiwał mapy do celów projektowych i przeprowadzał uzgodnienia terenowe z właścicielami nieruchomości. Przystępujący dołączył do pisma procesowego dokumenty potwierdzające przeprowadzenie uzgodnień z właścicielami nieruchomości - listy właścicieli nieruchomości oraz ich oświadczenia o zapoznaniu i akceptacji projektu trasy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej. Dokumenty są podpisane przez właścicieli nieruchomości oraz przez wiceprezesa zarządu Przystępującego.

Izba uznała również za wiarygodne twierdzenia Przystępującego o jego czynnym udziale w pozostałych pracach projektowych zmierzających do opracowania zarówno projektu budowlanego, jak i projektu wykonawczego (Odwołujący nie kwestionował, że Przystępujący jest wykonawcą projektu wykonawczego). Przystępujący przedłożył do pisma procesowego umowę o dzieło z dnia 30 września 2020 r. z Panią B. K., tj. jedną z osób wchodzących w skład zespołu wykonującego dokumentację projektową na rzecz Dorzecza Białej. Pani B. K. została wymieniona w projektach budowlanych dołączonych do odwołania, a obok jej nazwiska widnieją pieczęci nagłówkowe Przystępującego. Izba uznała, że nabycie doświadczenia przez wykonawcę, mimo że osobiście nie wykonywał on pewnych prac, zlecając je osobie trzeciej, nie budzi wątpliwości.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego, że nie jest możliwe, aby Multikop za kwotę mniejszą niż 50 000 zł zrealizował prace projektowe dla sieci kanalizacyjnej o długości 8,5 km, skład orzekający podziela stanowisko Przystępującego, że po pierwsze powoływanie tabeli porównawczej projektów wykonanych przez Odwołującego jest bezprzedmiotowe, gdyż każdy wykonawca może odmiennie wycenić usługi. Po drugie, bezcelowe jest odnoszenie wartości prac projektowych wykonanych przez Przystępującego na rzecz

Dorzecza Białej do wartości prac projektowych, które Przystępujący planuje wykonać w ramach niniejszego zamówienia, ponieważ zakres przedmiotowy usług może być inny. Po trzecie, Zamawiający nie postawił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wartości wykonanych usług projektowania.

Reasumując, Izba uznała, że Przystępujący wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu sformułowany przez Zamawiającego w Rozdziale 9 pkt 9.1.4.1 SWZ.

Izba oddaliła także zarzut zaniechania odrzucenia oferty Multikop jako złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a co doprowadziło do wyboru jego oferty (względnie przedstawił ww. informacje w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa). Odwołujący podnosił, że wskazanie przez Multikop w wykazie usług, że wartość prac projektowych zrealizowanych na Zadaniu wynosiła 343 170 zł, miało na celu jedynie mylne przekonanie Zamawiającego, że podana usługa spełnia warunek. Ponadto, Odwołujący stwierdzał, że wysokość wynagrodzenia, jakie miał otrzymać Multikop, sugeruje jedynie częściowy udział w pracach projektowych.

Aby wypełnić hipotezę art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, wszystkie przesłanki zawarte w tych przepisach muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzania, że zamawiający nie wykluczając wykonawcy z postępowania nie naruszył ww. przepisów. Zatem, dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu; przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wymaga łącznego zaistnienia przesłanek: przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; informacja mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zawarta w obu przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp (abstrahując już od okoliczności, że w niniejszym postępowaniu Przystępujący spełnia warunek doświadczenia). W opinii Izby za informacje wprowadzające w błąd należy uznać informacje nieprawdziwe lub błędne. Wobec tego w takim przypadku znaczenie ma różnica pomiędzy stanem faktycznym, a informacjami przedstawionymi przez wykonawcę.

W ocenie składu orzekającego, Przystępujący nie podał informacji, które wprowadzałyby Zamawiającego w błąd, a wartość usługi na wykonanie dokumentacji projektowej wskazanej przez Przystępującego w wykazie usług pozostaje irrelewantna z punktu widzenia decyzji Zamawiającego, bowiem Zamawiający nie wymagał doświadczenia w przygotowaniu dokumentacji projektowej o określonej wartości, lecz w przygotowaniu dokumentacji projektowej obejmującej sieć kanalizacyjną o określonej długości. Ponadto, Przystępujący podał rzeczywiste informacje co do uzyskanego doświadczenia. Nie sposób też uznać, że Przystępujący zamierzał wprowadzić Zamawiającego w błąd, w sytuacji, w której nabyte przez niego doświadczenie jest potwierdzone przez inwestora (Dorzecze Białej) jak i drugiego podwykonawcę (Azymut).

Izba oddaliła również zarzut jakoby Przystępujący nie wniósł skutecznie wadium zgodnie z wymaganiami SWZ oraz przepisami ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że wadium w formie gwarancji bankowej wniesionej przez Przystępującego ma charakter warunkowy, ze względu na zwrot bez protestu gwaranta zamieszczony w treści gwarancji. Ponadto, w ocenie Odwołującego wadium Przystępującego nie zostało wniesione na pełny okres związania ofertą, o czym ma świadczyć zwrot gwarancja jest ważna od dnia 18.03.2022 r. do

dnia 15.06.2022 r. i wygasa automatycznie i całkowicie, jeżeli żądanie zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji nie dotrze do Banku przed w/w datami.

Kwestia wnoszenia wadium w tym zakresie została uregulowana w art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Jak wynika z art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp, regulują one zwrot wadium przez zamawiającego, nie są to więc sytuacje mające zastosowanie w niniejszym stanie faktycznym.

Z kolei, zgodnie z rozdziałem 19 pkt 2 SWZ wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do rozdziału 19 pkt 9 SWZ z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie Gwaranta/Poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu, na jego pierwsze żądanie, pełnej kwoty wadium we wszystkich okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że otwarcie ofert odbyło się 18 marca 2022 r., a zgodnie z rozdziałem 21 pkt 1 SWZ (po modyfikacji SWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 8 marca 2022 r.), wykonawcy byli związani ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 15 czerwca 2022 r.

Dalej, Izba ustaliła, że Przystępujący złożył wraz z ofertą gwarancję bankową, gdzie wskazano, że Gwarancja niniejsza jest bezwarunkowa, nieodwołalna, i płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego, bez protestu Gwaranta (...) zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz Gminy Jodłowa, 39-225 Jodłowa 1A zwanego dalej „Beneficjentem", każdej kwoty do wysokości: 150 000 zł. (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100),po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania Beneficjenta wraz z oświadczeniem, że została spełniona co najmniej jedna z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 98 ust.6 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) Gwarancja jest ważna od dnia 18.03.2022 r. do dnia 15.06.2022 r. i wygasa automatycznie i całkowicie, jeżeli żądanie zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji nie dotrze do Banku przed w/w datami.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia gwarancji bankowej Przystępującego, skład orzekający uznał, iż jest ona prawidłowa. Rację należy przyznać Przystępującemu, że Odwołujący pomija w odwołaniu, że zwrot bez protestu Gwaranta jest poprzedzony przecinkiem. Ww. zwrot to nic innego jak dodatkowa cecha gwarancji bankowej, która oznacza, że gwarant nie ma możliwości wniesienia protestu, co potwierdza tezę o bezwarunkowości gwarancji.

Odnosząc się zaś do drugiej części zarzutu dotyczącej terminu ważności wadium Przystępującego, należy wskazać, że jak wynika wprost z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp oraz z rozdziału 19 SWZ, w szczególności punktu 2, ani ustawodawca, ani Zamawiający nie zawarli żadnych innych regulacji dotyczących terminu obowiązywania gwarancji wadialnej niż jedynie wskazanie, że ma on obejmować cały okres związania ofertą. Obowiązkiem wykonawców było wniesienie wadium, które byłoby ważne od dnia 18 marca 2022 r. do dnia 15 czerwca 2022 r. W gwarancji złożonej przez Przystępującego wymóg ten został spełniony (jest ważna od dnia 18 marca 2022 r. do dnia 15 czerwca 2022 r.)

Aby zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, musiałaby zajść sytuacja, w której wykonawca wniósłby wadium w sposób nieprawidłowy. Aby zaś stwierdzić ową nieprawidłowość, należy wpierw ustalić, z czego owa nieprawidłowość wynika. W tym przypadku musiałaby wynikać z przepisów prawa lub specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający wskazał wykonawcom w specyfikacji warunków zamówienia jednoznacznie, że wystarczający jest dla niego termin obowiązywania gwarancji równy terminowi związania ofertą, zatem gwarancja określająca taki termin zgłaszania roszczeń nie jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, czy wymaganiami ustawowymi, a więc nie może zostać uznana za nieprawidłową.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby żądanie zapłaty - w świetle treści gwarancji bankowej Przystępującego - winno zostać zgłoszone gwarantowi najpóźniej w dniu 14 czerwca 2022 r. Jak stanowi bowiem art. 111 § 1 Kodeksu cywilnego termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Zatem kwestionowany przez Odwołującego zwrot, że gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie, jeżeli żądanie zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji nie dotrze do Banku przed w/w datami oznacza obowiązek zgłoszenia żądania do końca dnia (tj. do północy 15 czerwca 2022 r.).

Izba zwraca także uwagę, że ustawodawca wprowadzonym przepisem (art. 97 ust. 5 ustawy Pzp) jednoznacznie rozstrzygnął, iż wnoszone przez wykonawców wadium winno utrzymywać swoją ważność do dnia upływu terminu związania ofertą, a nie - jak wydaje się oczekiwałby tego Odwołujący - ponad ten termin. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 13/22, powołany przepis prawa zamówień publicznych ma charakter iuris cogenns, a więc nie można zgodzić się z argumentacją skarżącego, iż ustawodawca pozostawił swobodę w kreowaniu wnoszenia wadium. (...) W ocenie składu orzekającego art. 97 ust. 5 ustawy Pzp określa cezurę czasową dla utrzymania wadium, co w praktyce oznacza, że gwarancja wadialna powinna zachować ważność do końca terminu związania ofertą.

Dlatego też zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp Izba uznała za bezpodstawny, ponieważ treść gwarancji Przystępującego była prawidłowa oraz odpowiadała wymogom ustawy Pzp, a także była zgodna z SWZ

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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: .....