

Sygn. akt KIO 3108/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę R.S.prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASH R.S. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Olszewo - Borki

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASH R. S. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), kwotę 299 zł 00 gr (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez

Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu

- 2.2. zasądza od wykonawcy R. S.prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASH R. S. na rzecz zamawiającego Gminy Olszewo - Borki kwotę 3 899 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3108/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Olszewo - Borki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Olszewo-Borki”, nr referencyjny: RIGKiD.271.13.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lipca 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00410253.

W postępowaniu tym wykonawca R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASH R.S. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 26 sierpnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na: 1. Wyborze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Olszewo-Borki” oferty Virtu Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

2. Zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez: Virtu Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność z warunkami

zamówienia.

3. Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 226 ust. 5 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Virtu Sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania
2. Art. 8 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez naruszenie przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PrZamPubl i poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty Virtu Sp. z o.o
2. Odrzucenia oferty Virtu Sp. z o.o jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
3. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ewentualnie o:

4. Dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał: Ad.1

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wymagał wykazania, że Wykonawcy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę/sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500 000,00 zł. Odwołujący wskazał, że firma VIRTU Sp. z o.o. przedłożyła przerobioną (czyt. sfalszowaną) wersję dokumentu polisy, na której gołym okiem widać ingerencje w oryginał dokumentu. Pierwotnie przesłany dokument nie uwzględniał w zakresie ubezpieczenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Na wezwanie Zamawiającego przedstawiciel VIRTU Sp. z o.o. przedłożył dokument ubezpieczenia OC z takiej samej daty, ale już uwzględniający wymagany kod PKD, tj. 43.22.Z - Wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych. Co istotne, możliwa jest zmiana treści polisy, natomiast nigdy nie następuje to z datą wsteczną. W przypadku bowiem korekty, zakres odpowiedzialności obowiązuje od określonej przez ubezpieczyciela daty. Jeśli chodzi konkretnie o ubezpieczyciela którym jest PZU, to w tabeli nr 4 polisy powinien widnieć nagłówek o treści „Zakres ubezpieczenia obowiązujący od dnia”. Należy przy tym wskazać, że okres ubezpieczenia wskazany w tabeli nr 1 nie ulega wówczas zmianie. W polisie przedłożonej przez Wykonawcę została mechanicznie usunięty faktyczny okres obowiązywania zmienionego zakresu ubezpieczenia, a zatem należy postawić tezę, iż Wykonawca nie wykazał, że na datę składania oferty spełniał warunki udziału w postępowaniu. Ponadto należy rozważyć, czy w niniejszym postępowaniu nie doszło do popełnienia przestępstwa. Ze strony Wykonawcy doszło bowiem do ingerencji w dokument, który de facto stanowi o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego z powyższego ewidentnie wynika, że VIRTU Sp. z o.o. dokonał fizycznej ingerencji w treść dokumentu, usuwając datę obowiązywania polisy w zmienionym kształcie, w związku z tym należy stwierdzić, że nie wykazał warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Ad.2

Odwołujący wskazał, że firma VIRTU Sp. z o.o. powołała się na udostępnienie zasobów osoby trzeciej w zakresie doświadczenia, a ściślej na prace, które ta firma wykonała. Udostępnienie zasobów z kolei ma być realizowane przez Podwykonawstwo. Odwołujący zwrócił uwagę, że jeżeli Wykonawca korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego, to podmiot ten musi zrealizować roboty budowlane, do realizacji których udostępniane doświadczenie jest wymagane. Innymi słowy, jeżeli Wykonawca nie posiada

własnego doświadczenia i chce skorzystać z doświadczenia innego wykonawcy, to jest to dozwolone. Jednakże w takim przypadku, mając na uwadze charakter użyczanego potencjału, ustawodawca wprowadził obostrzenie w postaci wymogu, aby to doświadczony przedsiębiorca wykonywał te roboty. Możliwości polegania na zasobie doświadczenia została więc uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których udostępniany zasób jest potrzebny, co de facto oznacza obowiązek zapewnienia w tej części podwykonawstwa (lub istnienia innego stosunku prawnego) w trakcie wykonywania inwestycji. Natomiast brak powierzenia podmiotowi użyczającemu doświadczenie realizacji części zamówienia, do realizacji której rzeczono zdolności są wymagane, powoduje - w związku z treścią art. 22a ust. 4 ustawy Pzp (aktualnie art. 118 ust. 2 NPzp) - niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z 4.2 pkt. 1 SWZ Podmiotowe środki dowodowe wymagane od Wykonawcy obejmują:

Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami-pełniących funkcje kierownika budowy wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie dysponowania tymi osobami. W przedmiotowym wykazie firma VIRTU Sp. z o.o. wskazała jako kierownika budowy Krzysztofa Smykła – powołując się w tym zakresie na zasoby własne. W ocenie Odwołującego w sytuacji, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby osoby trzeciej w zakresie doświadczenia, przyjmując, że to ona będzie wykonywać całość zadania, to osoba trzecia, na której zasobach polega Wykonawca, powinna dokonać udostępnienia zasobów w zakresie personelu, tj. kierownika budowy. Udzielone przez podwykonawcę doświadczenie obejmuje, oprócz samej budowy, również resztę doświadczenia z tym związanego, tj. kierowanie robotami budowlanymi. Oświadczenie Wykonawcy wskazujące, że kierownik budowy należy do jego zasobów własnych potwierdza, że wykonywanie zadania przez osobę udostępniającą zasoby w postaci doświadczenia byłoby iluzoryczne i przede wszystkim nie realizowane w całości, gdyż podstawowym elementem procesu inwestycyjno-budowlanego jest ustanowienie kierownika budowy, następnie kierowanie tymi pracami i doprowadzenie do prawidłowego zakończenia prac. W obecnej sytuacji Wykonawca wykazał, że nie skorzysta z części doświadczenia podwykonawcy, tj. podwykonawca nie będzie faktycznie realizował pełnego zakresu prac, mimo wcześniejszego zobowiązania się do tego.

Ad. 3

Odwołujący wskazał, że zbiornik oferowany przez VIRTU Sp. z o.o. jest niezgodny z warunkami zamówienia. Na stronie 8 PFU Zamawiający wskazał wymagane parametry techniczne: „zbiornik (...), całkowicie monolityczny (bez połączeń spawanych, zgrzewanych,

śrubowych, klejonych i.t.p.), (...), wytwarzany (...), w jednym procesie technologicznym.” Oferowany przez VIRTU Sp. z o.o. osadnik gnilny o pojemności 5000L, nazwa handlowa OSADNIK GNILNY 5000 z filtrem DELFIN PREMIUM, to zbiornik z elementami konstrukcji łączonymi poprzez połączenia śrubowe, niewytwarzany w jednym procesie technologicznym, niedopuszczany przez PFU. Producentem oferowanych przez firmę VIRTU Sp. z o.o. osadników gnilnych jest przedsiębiorstwo Delfin Sp. z o.o., ul. Chorzowska 22, 25-85 Kielce.

Odwołujący wskazał, że przed złożeniem swojej oferty zwrócił się on do przedmiotowej firmy z zapytaniem o dostępność zbiorników, które odpowiadałyby przedmiotowi zamówienia. W odpowiedzi Odwołujący uzyskał informację, iż producent ten nie jest w stanie dostarczyć zbiorników, które odpowiadałyby warunkom zamówienia. Przede wszystkim wskazać należy na fakt stosowanej przez tego producenta technologii (skręcanie zbiornika), który de facto nie odpowiada warunkowi jednolitości konstrukcji, który został umieszczony przez Zamawiającego w PFU. Tym samym należy uznać, że oferowane urządzenia są niezgodne z warunkami zamówienia, wobec czego oferta powinna ulec odrzuceniu.

Ponadto oferowany przez VIRTU Sp. z o.o. osadnik gnilny o pojemności 4000L, nazwa handlowa WWTH-5000, to zbiornik o realnej pojemności od 3370 L do 3870 L, co potwierdza karta techniczna udostępniona nam przez producenta, tj. przez firmę JFC Polska sp. z o.o.

W złożonej pismem z dnia 14 września 2024 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnienie Zamawiający wskazał m.in.:

Ad. 1- polisa OC

Zamawiający wskazał, że na wezwanie Wykonawca, zgodnie z wymogami określonymi w rozdziale VII ust. 2 pkt 3 i rozdziale IX ust. 4 pkt 4 SWZ, przedłożył dokument polisy OC. Odwołujący pismem z dnia 8 sierpnia b.r. wskazał, że Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy- firmy Virtu sp. z o.o. z uwagi na m.in. niewłaściwą treść polisy. Dnia 12 sierpnia 2024r. Zamawiający zwrócił się do ubezpieczyciela COMPERIA Ubezpieczenia Sp. z o.o. o wyjaśnienie, czy polisa o nr 1096778562 obejmuje działalność przedmiotu zamówienia tj. wykonanie instalacji wodnokanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatycznych — kod PKD 43.22Z. Tego samego dnia Zamawiający uzyskał odpowiedź od Ubezpieczyciela z załączoną polisą która zawiera wymagany kod PKD (w załączeniu polisa OC).

W dniu 13 sierpnia 2024r. Zamawiający zwrócił się do firmy Virtu sp. z o. o o przesłanie polisy zawierającej kod PKD 43.22Z. W dniu 14 sierpnia 2024r. firma Virtu sp. z o.o. przedłożyła dokument polisy OC.

Odwołujący podnosi, że w treści polisy dokonano fizycznej ingerencji w treść dokumentu, usuwając datę obowiązywania polisy w zmienionym kształcie. Ubezpieczyciel w przesłanym piśmie oświadcza, że polisa została rozszerzona o kod PKD„ wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych (43.22.Z.), i przekazuje aktualną polisę w załączniku potwierdzając że jest ona opłacona i ważna.

W ocenie Zamawiającego, przekazane przez ubezpieczyciela oświadczenie wraz z polisą OC, potwierdzają spełnianie warunku udziału Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a zarzut fizycznej ingerencji w treść dokumentu i rozważania, czy w niniejszym postępowaniu nie doszło do popełnienia przestępstwa jest bezpodstawny.

Ad. 2- udostępnienie zasobów osoby trzeciej

Wykonawca, powołując się na zasoby własne, wskazał w swojej ofercie Pana Krzysztofa Smykła jako kierownika budowy. Odwołujący podnosi, że skoro Wykonawca powołał się na osoby trzecie w zakresie doświadczenia to osoba trzecia, na której zasoby powołuje się Wykonawca winna dokonać udostępnienia zasobów również w zakresie personelu

t.j. kierownika budowy. W ocenie Zamawiającego postawiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ łączenie zdolności technicznych podmiotu trzeciego w zakresie robót z osobą kierownika budowy nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający podkreślił, że Wykonawca dysponuje osobą Kierownika budowy jako zasobem własnym, zatem udostępnianie takiej osoby przez podmiot trzeci jest zbędne i nieuzasadnione.

Ad. 3- brak zgodności oferowanych zbiorników z warunkami zamówienia

Dokumenty i oświadczenia, które Wykonawca był zobowiązany przedłożyć w przedmiotowym postępowaniu, są opisane w rozdziale XII ust. 31 SWZ (składane wraz z ofertą) i w rozdziale IX ust. 4, 5 i 6 SWZ (składane na wezwanie Zamawiającego). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał przedłożenia do zatwierdzenia kart materiałowych lub DTR urzędów, zatem Zamawiający nie dokonywał ich analizy, a co za tym idzie nie mogły one wpływać na ocenę oferty. Ocena materiałów, które Wykonawca zamierza wbudować realizując zamówienie nastąpi na etapie opracowania dokumentacji projektowej i będzie weryfikowana przez Inspektora nadzoru inwestorskiego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i

odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. wydruk korespondencji e-mailowej; karta techniczna; deklaracja właściwości użytkowych na fakt: niezgodności zaoferowanego przez wykonawcę VIRTU SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „VIRTU”) zbiornika z wymaganiami Zamawiającego;
2. Zamawiającego na rozprawie, tj. informację techniczną z firmy Delfin Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach na fakt: zgodności zaoferowanego przez VIRTU zbiornika z wymaganiami Zamawiającego.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego na rozprawie, tj. wydruku wiadomości e-mail z Delfin Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach dot. tego, że zbiornik jest jednokomorowy – Odwołujący okoliczności tej nie podniósł w odwołaniu.
2. Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj. pisma wykonawcy VIRTU jako nieistotnego dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Olszewo-Borki.

Zamawiający w Rozdziale VII Warunki udziału w postępowaniu pkt 2 ppkt 3 SWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące: sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Na potwierdzenie spełniania warunku, Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykażą, że są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej

działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę/sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500 000,00 zł.

Z kolei w ppkt 4 zdolności technicznej lub zawodowej:

Na potwierdzenie spełniania warunku, Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykażą, że:

1. Dysponują osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, w szczególności pełniące funkcje:

(...)

Kierownika budowy- jedna osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi branży sanitarnej. (...)

Zamawiający w pkt 1.3.1. Programu funkcjonalno – użytkowego wskazał podstawowe wymagane parametry dotyczące technologii oczyszczania ścieków. W wymaganych parametrach technicznych wskazał:

- zbiornik dwukomorowy, jednobryłowy, całkowicie monolityczny (bez połączeń spawanych, zgrzewanych, śrubowych, klejonych i.t.p.), wykonany z GRP, polietylenu z ożebrowaniem, wytwarzany metodą rotomuldingu lub rozdmuchu, w jednym procesie technologicznym.

- w związku z faktem iż Zamawiający preferuje rozwiązania grawitacyjne poszczególnych elementów oczyszczalni, na Wykonawcy, na etapie projektowania, spoczywa obowiązek doboru zbiorników o parametrach wytrzymałościowych dostosowanych do warunków gruntowo-wodnych w poszczególnych lokalizacjach.

- wymagana gwarancja na trwałość i wytrzymałość konstrukcyjną zbiornika oczyszczalni:

minimum 15 lat.

- częstotliwość usuwania osadu: 1 raz w roku.

Wymaga się aby minimalna pojemność zbiornika wynosiła:

3 m³ – dla oczyszczalni przeznaczonej do 4 RLM

4 m³ – dla oczyszczalni przeznaczonej do 6 RLM

5 m³ – dla oczyszczalni przeznaczonej do 8 RLM

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył m.in. VIRTU. Wraz z ofertą wskazany wykonawca przedłożył m.in. zobowiązanie podmiotu o oddaniu wykonawcy swoich zasobów w zakresie zdolności technicznych/zawodowych. Podmiotem udostępniającym zasoby jest Tomasz Mierzejewski EURO-POL.

Zamawiający pismem z dnia 29 lipca 2024r. wezwał VIRTU do uzupełnienia dokumentów wymaganych w rozdziale IX SWZ. W odpowiedzi na wezwanie VIRTU do pisma przewodniego z dnia 2 sierpnia 2024 r. wykonawca złożył m.in. wykaz osób; dokument potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie

prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę/sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500 000 zł.

W wykazie osób VIRTU wskazał m.in.

2. Krzysztof Smykła Uprawnienia budowlane do Kierownik budowy Zasób własny

kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń

Zamawiający pismem z dnia 12 sierpnia 2024 r., w oparciu o art. 128 pkt 5 ustawy Pzp, zwrócił się do COMPERIA Ubezpieczenia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o wyjaśnienie, czy polisa przedłożona przez VIRTU o nr 1096778562 obejmuje działalność przedmiotu zamówienia, tj. wykonanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych i klimatycznych – kod PKD 43.22Z.

W odpowiedzi na powyższe COMPERIA Ubezpieczenia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wskazał, że polisa została rozszerzona o kod pkd 43.22.Z. i przesłała aktualną polisę.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2024 r. Zamawiające, na podstawie art. 128 pkt 4 ustawy Pzp, zwrócił się do VIRTU z prośbą o wyjaśnienie, czy wskazana w piśmie polisa o nr 1096778562 obejmuje działalność przedmiotu zamówienia, tj. wykonanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych i klimatycznych – kod PKD 43.22Z. Zamawiający zwrócił się z prośbą o przesłanie polisy ubezpieczeniowej aktualnej na dzień składania ofert zawierającej kod „związany z przedmiotem zamówienia”, tj. 43.22.Z.

W odpowiedzi na wezwanie VIRTU przedłożył opłaconą polisę OC, która obejmuje kod PKD 43.22.Z.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Odwolujący podniósł, że oferta złożona przez wykonawcę VIRTU winna być

odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na to, że:

1. wskazany wykonawca, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, złożył sfałszowaną polisę OC, nadto polisa nie zawierała wymaganego przez zamawiającego kodu PKD, tj. 43.22.Z;
2. wskazany wykonawca powołał się na zasoby osoby trzeciej, ale w ofercie nie wskazał zakresu podwykonawstwa
3. Zaoferowany przez wskazanego wykonawcę zbiornik to zbiornik z elementami konstrukcji łączonymi poprzez połączenia śrubowe, niewytwarzany w jednym procesie technologicznym, czyli niezgodny z wymaganiami zamawiającego.

Przy tak postawionych zarzutach, odwołanie należało oddalić.

Ad. 1 Polisa OC

Nie można mówić o niezgodności z warunkami zamówienia w tym zakresie, ponieważ polisa dotyczyła warunku udziału w postępowaniu. W sytuacji uznania przez zamawiającego, że wykonawca nie spełnia warunków udziału obowiązany jest wezwać go w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, wyjaśnienia dokumentów lub oświadczeń. Jeżeli wykonawca w terminie złożył podmiotowy środek dowodowy niekompletny lub z błędami, zamawiający odrzuca ofertę takiego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Już z tego tylko względu zarzut, jako przedwczesny, podlegał oddaleniu.

Odnosząc się dalej do twierdzeń Odwołującego, wskazać należy, że Zamawiający zwrócił się zarówno do ubezpieczyciela o wyjaśnienie treści polisy w zakresie kodu PKD, tj. 43.22.Z, i w odpowiedzi otrzymał polisę ze wskazanym kodem. Następnie Zamawiający zwrócił się do VIRTU o przesłanie polisy z kodem PKD, tj. 43.22.Z, i tak polisę otrzymał. W świetle powyższego zarzuty Odwołującego uznać należało za bezzasadne.

Ad. 2 Kierownik budowy

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazuje, że wykonawca VIRTU wskazał jako kierownika budowy Krzysztofa Smyka – powołując się przy tym na zasoby własne. Dalej, Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie skoro powołuje się na zasoby osoby trzeciej to powinien on wykonać całość zadania. Skoro w tym zakresie wykonawca powołał się na zasoby własne, co sam wskazuje Odwołujący, to jak można mówić, że powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Stanowisko Odwołującego jest niezrozumiałe. Pan Smyka w wykazie osób widnieje jako zasób własny, tak jak i projektant.

Z dokumentów postępowania wynika, że do oferty zostało załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego, ale dotyczące Tomasza Mierzejewskiego i to on jest wskazany jako podwykonawca.

Ad. 3 Zbiornik

Izba pominęła twierdzenia Odwołującego wyrażone na rozprawie dotyczące tego, że zbiornik jest jednokomorowy jako spóźnione. Sam Odwołujący przyznał, że taką informację

powziął już po wniesieniu odwołania. Art. 516 ust. 1 pkt 7) - 10) ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznacza, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

Przechodząc do zarzutu wskazanego w odwołaniu, wbrew twierdzeniom Odwołującego z oświadczeń producenta zbiornika nie wynika, że zaoferowany przez VIRTU jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący przedłożył korespondencję mailową z producentem zbiornika firmą Delfin Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach. Zamawiający również przedłożył informację techniczną zbiornika, otrzymaną również od firmy Delfin Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, według której zaoferowany zbiornik spełnia wymagania Zamawiającego. W obliczu dwóch sprzecznych oświadczeń producenta zbiornika, nie ma możliwości jednoznacznego stwierdzenia niezgodności zaoferowanego zbiornika z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. Tytułem przypomnienia, to Odwołujący, a nie Zamawiający, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w związku z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: