

WYROK

Warszawa, 31 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 grudnia 2024 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynieryjno-Budowlana STAWAR P.S., ul. Stefczyka 82, 34-116 Bachowice oraz B.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo - Budowlane B.S. ul. Stefczyka 82, 34-116 Bachowice

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Czysty Region spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu

przy udziale:

1. uczestnika po stronie zamawiającego: Transpol Lider spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łojewie,
2. uczestnika po stronie odwołującego: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Tombet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korytnicy

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu
od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz 526 zł 88 gr (pięćset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika zamawiającego na rozprawę;
- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 126 zł 88 gr (cztery tysiące sto dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt osiem groszy) zwrotu kosztów postępowania.

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.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Czysty Region spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Budowa kwatery nr 3 na działce nr 39/7 na terenie Czysty Region sp. z o.o.” (Numer postępowania: CR.271.27.2024) zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 października 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 005384433.

4 grudnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynieryjno-Budowlana STAWAR P.S., ul. Stefczyka 82, 34-116 Bachowice oraz B.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo - Budowlane B.S. ul. Stefczyka 82, 34-116 Bachowice (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 115 ust. 1 Pzp, art. 125 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp oraz § 8 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, pracy i technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie

podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Transpol Lider spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łojewie (dalej: Przystępujący) do poprawienia podmiotowych środków dowodowych, mimo,

że z przedstawionej przez Przystępującego polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie wynika, aby Przystępujący spełniał warunki udziału w postępowaniu

w zakresie bycia ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (robotami budowlanymi) na sumę gwarancyjną w wysokości co najmniej 15 000 000,00 zł,

2.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 115 ust. 1 Pzp, art. 125 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 Uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że wykonawca ten złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ niezgodnie z prawdą oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

3.art. 223 Pzp w zw. z art. 121 Pzp w zw. z 26.4 SWZ oraz 26.3.1. SWZ przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, mimo, że wynika z niej, że część, która została zastrzeżona przez Zamawiającego

do osobistego wykonania ma zostać powierzona do wykonania podwykonawcy przez Przystępującego.

Jako zarzuty ewentualne Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

4.art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 115 ust.1 Pzp, art. 125 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że nie spełnia on określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej tj. bycia ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (robotami budowlanymi) na sumę gwarancyjną w wysokości co najmniej 15 000 000,00 zł,

5.art. 121 Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z 26.4 SWZ oraz 26.3.1. SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że treść złożonej przez Przystępującego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego,

2.przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert w tym:

a)odrzucenia oferty Przystępującego ponieważ została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku -

o nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie polisy ubezpieczenia

od odpowiedzialności cywilnej, a następnie o odrzucenie oferty Przystępującego,

b)wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,

a następnie ewentualnie o odrzucenie oferty Przystępującego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał:

Zamawiający w pkt 26.3 SWZ określił, że wykonawca spełni warunek „zdolności technicznej lub zawodowej” jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert (zakończył) jedną robotę budowlaną której zakres obejmował budowę kwatery o powierzchni min. 2 ha, w tym również uszczelnienia kwatery polegające na wykonaniu warstwy mineralnej (bariery geologicznej o miąższości min. 0,5 m, uszczelnienia kwatery folią grubości co najmniej 2 mm zgrzewaną).

Jednocześnie w pkt 26.4 SWZ Zamawiający określił, że zastrzega się, że zakres zamówienia, którego wykonanie wymaga określonego w SWZ (26.3.1.) doświadczenia, musi zostać wykonany osobiście przez wykonawcę (wykonawców), który wykazał posiadanie wymaganego doświadczenia.

Zamawiający w warunkach zamówienia zastrzegł, że kluczowa dla niego część zamówienia ma zostać wykonana osobiście przez wykonawcę. Tą częścią są roboty budowlane związane z budową kwatery o powierzchni min. 2 ha, w tym również uszczelnienia kwatery polegające na wykonaniu warstwy mineralnej (bariery geologicznej o miąższości min. 0,5 m, uszczelnienia kwatery folią grubości co najmniej 2 mm zgrzewaną).

W pkt 15.2. Pzp Zamawiający zastrzegł, że „Zamawiający wymaga wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani”.

Przystępujący w oświadczeniu wstępnym oświadczył, że zamierza powierzyć część prac podwykonawcy w następującym zakresie:

- 1) Branża elektryczna – ok. 4,56%
- 2) Roboty konstrukcyjne- ok. 0,57%
- 3) Branża sanitarna – 19.9%
- 4) Geodezyjna- ok. 1%
- 5) Roboty brukarskie- ok. 0,05%.

Przystępujący de facto nie wskazał jaki element zamówienia zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom, a zakres prac określił przez odniesienie się do danej branży. Jednocześnie Przystępujący posługuje się innymi kategoriami niż te, które były wskazane w przedmiarze robót. Zamawiający na podstawie podanych przez Przystępującego informacji nie jest w stanie stwierdzić czy prace, które mają zostać powierzone do wykonania podwykonawcy nie wchodzą w zakres prac, które wykonawca powinien wykonać samodzielnie. Zamawiający na podstawie art. 223 Pzp powinien wezwać Przystępującego do wyjaśnienia jakie elementy zamówienia zamierza on powierzyć do wykonania podwykonawcom, celem ustalenia czy nie pokrywają się one z elementami, które Przystępujący powinien wykonać osobiście.

Zdaniem Odwołującego prace obejmujące branżę sanitarną oraz roboty konstrukcyjne wchodzą w zakres budowy kwatery o powierzchni min. 2 ha, w tym również uszczelnienia kwatery polegające na wykonaniu warstwy mineralnej (bariery geologicznej o miąższości min. 0,5 m, uszczelnienia kwatery folią grubości co najmniej 2 mm zgrzewaną). Branża sanitarna w przedmiarze robót ujęta jest w robotach nazwanych roboty między obiektowe. W pozycji od 105 do 108 są do wykonania drenaże, które wchodzą w zakres budowy kwatery składowiska i znajdują się one na dnie kwatery. Z kolei roboty konstrukcyjne zawierają wykonanie uszczelnienia bez zakupu materiału przez podwykonawcę, czyli samą robocizną. Przy tego typu zamówieniach, roboty konstrukcyjne: to niwelacja terenu (wykopy i nasypy) oraz wykonanie warstwy uszczelniającej takie jak glina, geomembrana oraz geowłóknina.

Dowód - Przedmiar robót

Z powyższego wynika, że Przystępujący zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy prace, które zostały zastrzeżone przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę. Złożona zatem przez Przystępującego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Z treści SWZ wynika, że wykonawca w zakresie warunków udziału w postępowaniu

dot. sytuacji finansowej i ekonomicznej określił, że wykonawca spełni przedmiotowy warunek, o ile wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (robotami budowlanymi) na sumę gwarancyjną w wysokości co najmniej 15 000 000,00 zł.

Z polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej przedłożonej przez Przystępującego wynika, że podmiotem ubezpieczonym jest nie tylko firma Transpol, ale także spółka TARNSPOL-M sp. z o.o., TRANSPOL KOPALNI KRUSZYWA ZENON POLIŃSKI, TRANSPOL PROPERTY sp. z o.o. sp.j. TRANSPOL DEVELOPMENT sp. z o.o. Określona w polisie suma gwarancyjna wynosi 15 000 000,00 zł na jeden i na wszystkie wypadki, jednakże dotyczy wszystkich podmiotów ubezpieczonych, a nie samego wykonawcy Transpol. Nie można uznać, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej skoro nie wykazał aby był

w stanie sam zawrzeć polisę ubezpieczenia na ww. kwotę, a posiada on ją jedynie wraz

z innymi podmiotami. Przedstawiona została polisa OC obejmująca kilka podmiotów. Przystępujący nie wykazał zatem, że jest w stanie samodzielnie zawrzeć i opłacić polisę ubezpieczenia na kwotę 15 000 000,00 zł.

Stosownie do treści § 8 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, pracy i technologii

z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia

ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy, stwierdzić należy,

że z przedstawionej przez Przystępującego polisy ubezpieczenia, nie wynika, aby spełniała ona warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, ponieważ polisa ubezpieczenia którą posiada obejmuje nie tylko jego odpowiedzialność cywilną ale również innych podmiotów. Zwrócić należy uwagę, że w takim przypadku składka ubezpieczenia przypadający na poszczególne podmioty objęte polisą ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej jest mniejsza niż w przypadku ubezpieczenia indywidualnego. Zamawiający miał więc obowiązek wezwania Przystępującego do uzupełnienia środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej

lub ekonomicznej.

Jako zarzut ewentualny Odwołujący podnosi, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona ponieważ nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu tj. nie posiada polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia z sumą gwarancyjną nie niższą niż 15 000 000,00 zł

na dzień składania ofert. Taka okoliczność nie wynika, ze złożonego przez Przystępującego dokumentu.

Przystępujący oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo,

że w rzeczywistości nie posiadał polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej

w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Z samej treści przedstawionego przez Przystępującego dokumentu wynika, że przedstawiona polisa OC nie obejmuje tylko tego podmiotu ale również inne spółki i podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Przystępujący nie wykazał zatem żeby posiadał taką sytuację finansową, aby był w stanie samodzielnie zawrzeć polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 15 000 000,00 zł.

Wskazane powyżej okoliczności dowodzą, że Przystępujący z pełną świadomością złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W odpowiedzi na odwołanie z 15 grudnia 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania

i wskazał m.in.:

Na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, Przystępujący złożył Polisę — Ubezpieczenie odpowiedzialności Cywilnej oraz aneks do tej Polisy. Suma gwarancyjna określona w polisie to 15 000 000 zł na jeden lub wszystkie wypadki ubezpieczeniowe. Złożona Polisa ubezpieczała 5 podmiotów, w tym Przystępującego.

Z treści Polisy wynika, że suma gwarancyjna -15 000 000 zł, to suma na jeden i wszystkie wypadki. Oznacza to, że każdy ubezpieczony (z zastrzeżeniem ewentualnych sublimitów) pozostaje ubezpieczony na całą sumę gwarancyjną. W SWZ nie wskazano, aby w treści polisy zostały sformułowane jakiekolwiek sublimity lub inne ograniczenia sumy gwarancyjnej

w odniesieniu do wykonawcy. Ponadto w treści warunku udziału w postępowaniu nie zawarto ograniczenia, że wykonawca posiadać musi polisę OC na sumę gwarancyjną, o którą nie mógł konkurować z innymi współubezpieczonymi. Zatem fakt objęcia sumą ubezpieczenia dodatkowo innych podmiotów nie stanowi podstawy kwestionowania tej polisy OC.

Zamawiający nie stwierdził, aby Przystępujący w ofercie lub w innym przekazanym Zamawiającemu dokumencie poświadczyl nieprawdę. Zatem nie ma podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 14 (Informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp) Zamawiający nie dokonał zastrzeżenia konieczności osobistego wykonania kluczowych zadań. Nie został wskazany jakikolwiek zakres zamówienia jako kluczowy, podlegający osobistemu wykonaniu przez wykonawcę. Zatem twierdzenie Odwołującego, że roboty związane z budową kwatery, w tym uszczelnienia kwatery zostały określone jako kluczowy zakres podlegający osobistemu wykonaniu jest nieprawdziwy. Nie można zatem uznać, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wobec powyższego nie było podstaw ani jakichkolwiek innych przesłanek, aby wezwania do wyjaśnień Wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Należy również wspomnieć, że punkt 26.4 SWZ nie dotyczy zastrzeżenia zgodnie z art. 121 Pzp (kluczowy zakres do wykonania osobistego). Wskazuje jedynie, że zakres zamówienia, którego wykonanie wymaga określonego w SWZ doświadczenia (26.3.1), musi zostać wykonany osobiście przez wykonawcę (wykonawców), który wykazał posiadanie wymaganego doświadczenia. Zapis ten będzie miał zastosowanie, w przypadku wykonawców występujących wspólnie lub jeżeli wykonawca zamierzałby powierzyć dany zakres podwykonawcy.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego zawarte w odwołaniu oraz pismach procesowych, 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 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie

Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie uznając, że nie zasługuje ono uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, a także ze wszystkich dokumentów pisemnych wnioskowanych przez Strony.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

Stan faktyczny w zakresie tego zarzutu nie był sporny między stronami. Jako istotne dla rozstrzygnięcia wskazać należy treść warunku udziału w postępowaniu:

„Rozdział 26. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

26.1. Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

26.1.1. sytuacji ekonomicznej i finansowej;

26.1.2. zdolności technicznej lub zawodowej.

26.2. Sposób oceny spełnienia warunków udziału: „sytuacja ekonomiczna lub finansowa”.

Wykonawca spełni przedmiotowy warunek, o ile wykaże, że:

26.2.1. posiada zdolność finansową lub kredytową w kwocie nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł;

26.2.2. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (robotami budowlanymi) na sumę gwarancyjną w wysokości co najmniej 15 000 000,00 zł”.

W zakresie wymogu z punktu 26.2.2. Przystępujący złożył polisę nr 913600080073. Jako ubezpieczeni wskazanych zostało pięć podmiotów, w tym Przystępujący. Suma gwarancyjna wynosiła 15 000 000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe. Polisa nie przewidywała jakichkolwiek limitów sumy gwarancyjnej w odniesieniu do poszczególnych ubezpieczonych. Tym samym każdy z nich był ubezpieczony na sumę 15 000 000 zł.

Co za tym idzie Przystępujący w prawidłowy sposób wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga sama istota żądania polisy ubezpieczeniowej na potwierdzenie dysponowania przez wykonawcę określonym potencjałem finansowym. Zamawiający,

w granicach przepisów Pzp oraz Rozporządzenia o dokumentach jest uprawniony

do samodzielnego badania tego potencjału. Zamawiający może też w tym zakresie polegać na oszacowaniu tego potencjału przez zewnętrzny podmiot profesjonalny - to jest ubezpieczyciela. Suma gwarancyjna polisy w zakresie prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej traktowana jest jako ustalony przez ubezpieczyciela potencjał finansowy.

Biorąc pod uwagę treść polisy złożonej przez Przystępującego przyjąć należy,

że ubezpieczyciel uznał, że każdy z ubezpieczonych podmiotów dysponuje potencjałem

w wysokości 15 000 000 zł. Wynika to z braku limitów sumy gwarancyjnej w odniesieniu

do poszczególnych ubezpieczonych. Skoro do dyspozycji każdego z nich była kwota 15 000 000 zł, to Przystępujący, składając polisę Zamawiającemu wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W konsekwencji zarzut nr 1 podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 2

Podstawą zarzutu była konstrukcja logiczna Odwołującego sprowadzająca się do następującego ciągu przyczynowo-skutkowego:

- 1.Przystępujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- 2.Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (fakt ten miał wynikać z argumentacji dotyczącej zarzutu nr 1),

- 3.Negatywna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu skutkuje uznaniem oświadczenia za wprowadzające w błąd, a zatem Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Tym samym według Odwołującego Przystępujący w momencie (ewentualnej) negatywnej oceny spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu miał się również dowiedzieć, że dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

W okolicznościach sprawy konstrukcja logiczna zarzutu jest głęboko wadliwa.

Podstawą faktyczną zarzutu było twierdzenie Odwołującego o niewykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w uzasadnieniu zarzutu nr 1. Zarzut

ten nie dotyczył żadnych rażących nieprawidłowości jakich miałby się dopuścić Przystępujący (takich jak na przykład celowe wprowadzenie w błąd). Gdyby pierwszy zarzut się potwierdził – to zgodnie z żądaniem Odwołującego – Izba

orzekały o nakazaniu Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Co za tym idzie orzeczenie zgodne z żądaniem Odwołującego w żaden sposób nie przesądzało o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Ujawnienie w toku oceny ofert, że w danym postępowaniu wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji prowadzi do zastosowania sankcji określonej w art. 226 ust. 1

pkt 7 Pzp (odrzućenie oferty). Jednak, żeby doszło do prawidłowego zastosowania tej

sankcji niezbędne jest wypełnienie wszystkich przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W takiej sytuacji podstawą odrzucenia oferty jest jednak ten czyn, a nie złożenie oświadczenia

o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Z kolei brak wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu skutkuje odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

Tymczasem Odwołujący w zarzucie nr 2 stworzył konstrukcję nieznaną ustawie – sankcję odrzucenia oferty wykonawcy, który oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy zamawiający uznał, że spełnienie warunków nie zostało przez tego wykonawcę wykazane.

Zarzut nr 2 jako wadliwy logicznie i nie mający realnego oparcia w przepisach ustawy podlegałby więc oddaleniu, nawet gdyby potwierdził się zarzut nr 1, tj. gdyby Izba uznała,

że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 3

Zgodnie z Rozdziałem 14 SWZ:

„Rozdział 14. Informacje o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 ustawy PZP

Nie dotyczy”.

Tym samym podstawa faktyczna na której oparty został zarzut wraz z całą argumentacją okazała się nieprawdziwa.

Informacja dotycząca kwestii ewentualnego obowiązku osobistej realizacji części przedmiotu zamówienia jest jednoznaczna – Zamawiający nie przewidział takiego obowiązku. Fakt ten przesądził o oddaleniu zarzutu nr 3.

Odwołujący w swoim stanowisku powołał się na punkt 26.4 SWZ: „Zastrzega się, że zakres zamówienia, którego wykonanie wymaga określonego w SWZ doświadczenia (26.3.1) musi zostać wykonany osobiście przez wykonawcę (wykonawców), który wykazał posiadanie wymaganego doświadczenia”. Wskazać jednak należy, że ten punkt SWZ wchodzi w skład Rozdziału 26 SWZ, który dotyczy warunków udziału w postępowaniu. Punkt 26.4 SWZ stanowi zatem powiązanie realizacji budowy „kwatery o powierzchni min. 2 ha, w tym również uszczelnienia kwatery polegające na wykonaniu warstwy mineralnej (bariery geologicznej

o miąższości min 0,5m, uszczelnienia kwatery folią grubości co najmniej 2 mm zgrzewaną)”

z wykonawcą, który wykazał się niezbędnym (w rozumieniu Rozdziału 26 SWZ) doświadczeniem. Co za tym idzie – jeśli wykonawca wykazałby spełnienie warunku określonego w punkcie 26.3.1. SWZ przy pomocy doświadczenia podmiotu trzeciego,

to podmiot ten musi osobiście wykonać ww. zakres prac. Obowiązek ten wynika również

z art. 118 ust. 2 Pzp: W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Punkt 26.4 SWZ wbrew twierdzeniu Odwołującego nie zabrania, a dopuszcza realizację budowy „kwatery o powierzchni min. 2 ha, w tym również uszczelnienia ...”) przez podwykonawcę, o ile w tym zakresie wykonawca korzysta z doświadczenia podwykonawcy

w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzuty nr 4 i 5, tj. zarzuty ewentualne podlegały automatycznemu oddaleniu ze względu

na ich konstrukcję. Zarzuty ewentualne były bowiem dalej idące niż zarzuty podstawowe. Skoro nie potwierdziły się zarzuty podstawowe (Izba nie znalazła podstaw prawnych

i faktycznych do nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych oraz do wyjaśnienia treści oferty) to tym bardziej - w oparciu

o te same argumenty - nie mogła uznać, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia i złożone przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Izba nie zaliczyła do niezbędnych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego kosztu dojazdów jednego z dwóch pełnomocników. Faktyczny i aktywny udział w posiedzeniu i rozprawie wziął wyłącznie jeden pełnomocnik. Drugi ograniczył się do fizycznej obecności na rozprawie, nie wziął w niej jednak żadnego udziału. Stanowisko Zamawiającego byłoby zatem takie samo, gdyby jego reprezentacja była ograniczona do jednego pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący