

WYROK

Warszawa, dnia 2 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez odwołującego Zakład Usług Budowlanych i Instalacyjnych „Admar” A. Orzech, A. Orzech Sp. J. w Kolbuszowej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego G.N. przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego Treebud Sp. z o.o. w Jaworniku

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. oferty wykonawcy Treebud Sp. z o.o. w Jaworniku, jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego G.N. i:

2.1. zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę 13 600,00 zł (trzyście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądzić od zamawiającego Gminy Nowa Dęba na rzecz odwołującego Zakładu Usług Budowlanych i Instalacyjnych „Admar” A. Orzech, A. Orzech Sp. J. w Kolbuszowej kwotę 13 600,00 zł (trzyście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Zamawiający – Gmina Nowa Dęba ul. Rzeszowska, 39-560 Nowa Dęba, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa magistralnych przepompowni ścieków na terenie Gminy Nowa Dęba”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00021460, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 11 marca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca Zakład Usług Budowlanych i Instalacyjnych „Admar” A. Orzech, A. Orzech Sp. J. ul. Zbożowa 8, 36-100 Kolbuszowa, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TREEBUD jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o TREEBUD jako przedsiębiorcy w zakresie posiadanego doświadczenia;

ewentualnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt. 1), zarzucam również naruszenie:

2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 PZP poprzez zaniechanie wezwania TREEBUD do uzupełnienia Wykazu robót poprzez wskazanie zamówienia potwierdzającego spełnianie Warunku wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających należyte wykonanie takiego zamówienia w sytuacji, gdy:

a) treść Wykazu robót i referencji dotyczących zamówienia dotychczas wskazanego przez TREEBUD, tj. budowy

przepompowni na rzecz F.H.U. „Eko-Różanka” K.K. (dalej odpowiednio jako „Referencje” i „EkoRóżanka”) nie potwierdza spełnienia Warunku, w tym nie wskazuje miejsca wykonania prac oraz wartości prac związanych z budową lub przebudową przepompowni;

- b) zachodzą istotne wątpliwości co do tego, czy zakres prac wskazanych Referencjach w ogóle został wykonany;
- w rezultacie czego Zamawiający dokonał przedwczesnego wyboru oferty TREEBUD, podczas gdy może ona podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP jako oferta złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wykonawcy Treebud Sp. z o.o. w Jaworniku (dalej także jako „TREEBUD”); ewentualnie – jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę ww. żądania, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: wezwania TREEBUD do uzupełnienia wykazu robót poprzez wskazanie zamówienia potwierdzającego spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z rozdziału VIII pkt 2 ppkt 4 SWZ oraz do złożenia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie tego zamówienia. Ponadto wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie powołania się na te okoliczności w postępowaniu przed Izbą, a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Przedmiotem zamówienia udzielanego w ramach postępowania jest przebudowa magistralnych przepompowni ścieków na terenie Gminy Nowa Dęba. Zamawiający w rozdziale VIII pkt 2 ppkt 4) sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym „Wykonawca udowodni iż w okresie pięciu lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie wykonał jedno zamówienie polegające na budowie, przebudowie, renowacji jednej przepompowni ścieków o wartości minimum 100 000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) oraz przedstawi dokumenty że zamówienie to zostało wykonane należyście. Zamawiający również jako spełnienie warunku zdolności technicznej uznaje wykonanie przepompowni ścieków na zadaniach sieci kanalizacji sanitarnej pod warunkiem że wartość robót budowlanych jednej przepompowni wyniesie min. 100 000,00 zł brutto.” (zdefiniowany już wyżej jako „warunek”).

Przed dokonaniem wyboru oferty TREEBUD, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca złożył wykaz robót, w którym wskazał na realizację w prac na rzecz Eko-Różanka w okresie 26 maja – 30 września 2023 r. W opisie wykonanych prac stwierdzono, że obejmowały one: „Remont stalowej konstrukcji przepompowni poprzez montaż nowego zbiornika pompowni z PEHD; Wymiana pomp (po modernizacji 2 szt.), orurowania, armatury; montaż nowych podestów i drabin; Wymiana lub uzupełnienie pozostałego wyposażenia w istniejącym zbiorniku; Wymiana szafki zasilająco sterującej z wyposażeniem”, zaś ich łączna wartość wyniosła 118.978,67 zł brutto. Wykaz robót nie wskazywał jednocześnie – wbrew treści ww. wezwania Zamawiającego – miejsca wykonania tych prac. Wykonawca przedstawił także referencje wystawione przez Eko-Różanka, w których potwierdzono ten sam zakres prac, termin realizacji i wynagrodzenie. Jednocześnie referencje także nie wskazywały miejsca ich wykonania.

Zamawiający zasadnie powziął wątpliwość co do prac wskazanych przez TREEBUD w wykazie robót i w dniu 26 lutego br. na podstawie art. 128 ust. 4 p.z.p. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów potwierdzających dokładne miejsce realizacji prac na rzecz Eko-Różanka. TREEBUD w dniu 4 marca br. udzielił wyjaśnień, zgodnie z którymi przedmiotowe prace zostały wykonane na działce o nr ew. 687 w obrębie geodezyjnym Różanka, gmina Włodawa (dalej odpowiednio jako „wyjaśnienia” i „nieruchomość”). Ponadto załączono protokół zdawczo-odbiorczy (nieskutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa), który miał potwierdzać odbiór prac w zakresie opisanym referencjami. Na podstawie tych dokumentów zamawiający uznał, że TREEBUD spełnia warunek i w dniu 6 marca br. dokonał wyboru jego oferty. Jednakże, jak zostanie wykazane w dalszej części niniejszego odwołania, ocena zamawiającego była błędna, bowiem dokumenty przedstawione przez tego wykonawcę były niewystarczające do uznania, że potwierdzają spełnianie warunku. Co więcej, ustalenia odwołującego jednoznacznie potwierdzają, że prace te w rzeczywistości nie zostały wykonane, wobec czego treść referencji nie odpowiada prawdzie, zaś TREEBUD wprowadził zamawiającego w błąd w omawianej kwestii.

Odwołujący dokonał weryfikacji, czy TREEBUD rzeczywiście wykonał ww. prace na rzecz Eko-Różanka w lokalizacji wskazanej w wyjaśnieniach. Co istotne, obiekty takie jak przepompownie ścieków muszą zostać zgłoszone do eksploatacji właściwemu organowi i w rezultacie są ujęte w odpowiednich zbiorach informacji, tj. ewidencja gruntów i budynków czy uzbrojenia terenu. Ponadto wymagają pozwoleń środowiskowych, pozwoleń budowlanych czy zgłoszeń. Informacje te są następnie publicznie dostępne w Geoportalu. Jednakże pomimo zakończenia prac we wrześniu 2023 r.

(czyli ponad 5 miesięcy temu) przepompownia rzekomo na ww. działce wciąż nie jest ujawniona w tym systemie. (tak wydruk z Geoportalu).

W rezultacie tych wątpliwości odwołujący zdecydował się w dniu 7 marca br. dokonać inspekcji nieruchomości. Wykonane oględziny potwierdziły, że na terenie działki ani w jej sąsiedztwie nie znajduje się żaden obiekt, który mógłby być uznany za przepompownię ścieków. Przepompownia ścieków to charakterystyczny obiekt, który składa się m.in. ze zbiornika pionowego (z możliwością wejścia w celu naprawy elementów wyposażenia), pompy i kolan sprzęgających, kompletu armatury (zasuwy odcinające, zawory zwrotne), pionów tłocznych, przewodnic pomp czy układu sterowania, co obrazują poglądowe zdjęcia i schemat wskazany w odwołaniu.

Według odwołującego na nieruchomości wskazanej dla spełnienia warunku nie znajduje się jakiegokolwiek obiekt, który mógłby pełnić funkcję przepompowni ścieków. W toku oględzin ujawniono jedynie zbiornik deszczowy, który nie posiada cech opisanych w referencjach i w żadnym wypadku nie jest przepompownią, co obrazuje dokumentacja fotograficzna załączona do odwołania. Wybudowany na nieruchomości zbiornik deszczowy jest poziomy, podczas gdy przepompownie wyposażone są w zbiornik pionowy, i ma objętość ok. 1,5 m³. Bezsprzecznie w zbiorniku tym nie mogło zmieścić się opisane wyżej wyposażenie przepompowni. W szczególności, w zbiorniku nie znajduje się armatura opisana w referencjach. Brakuje m.in. pomp, orurowania, drabin i podestów, kominów wentylacyjnych i innego osprzętu. Zbiornik nie jest podłączony do sieci rurociągiem tłocznym ani rurociągiem grawitacyjnym, lecz jest zamknięty. Obiekt nie zawiera skrzynki zasilającej ani sterującej. Jedyne element to zawieszona na płocie (bez jakichkolwiek zabezpieczeń przed porażeniem) rozdzielnica budowlana, która zresztą nie została podłączona do systemu zasilania. W rezultacie brak jest też możliwości sterowania i monitoringu przepompowni. W istocie jest to zabudowany zbiornik na wodę deszczową. Ponadto w toku oględzin potwierdzono, że głębokość zbiornika wynosi ok. 1,5 m, podczas gdy najmniejsze przepompownie mają głębokość 3,5 m, zaś w praktyce wykonuje się obiekty o głębokości 5 – 6 m. Na terenie nieruchomości nie znajduje się także żaden inny obiekt, który mógłby pełnić funkcję przepompowni ścieków. Dodać należy, że są to dość charakterystycznymi obiekty, a w tym przypadku należało wykluczyć obiekt w całości ukryty pod powierzchnią gruntu, skoro z referencji wynikało, że w ramach budowy przepompowni wykonano również ogrodzenie, furtkę i bramę wjazdową. Na marginesie, świeże ślady budowy zdają się wskazywać, że ww. zbiornik został wybudowany w ciągu ostatnich kilku – kilkunastu dni, a nie ponad 5 miesięcy temu.

Odwołujący uzyskał również stanowisko Urzędu Gminy Włodawa (właściwego miejscowo dla nieruchomości), które potwierdza, że według wiedzy urzędu na nieruchomości nie znajduje się przepompownia ścieków, jak i nie podjęto żadnych działań związanych z jej budową i eksploatacją. (tak wiadomość e-mail z 08.03.2024 r. od Urzędu Gminy Włodawa).

Odwołujący okazał powyższą dokumentację fotograficzną przedstawicielowi firmy HYDRO-PARTNER sp. z o.o., która jest czołowym polskim producentem urządzeń i osprzętu infrastruktury wodnokanalizacyjnej, a także wykonawcą instalacji wodnokanalizacyjnych, jak i podmiotem świadczącym profesjonalne doradztwo w tym zakresie. Autorytet HYDRO-PARTNER jest niekwestionowany w branży wod-kan. W przedstawionym stanowisku przedstawiciel HYDRO PARTNER potwierdził, że ten obiekt nie spełnia kryteriów pompowni ścieków, w tym nie posiada podstawowych elementów wyposażenia pompowni, a przede wszystkim układu pompowego, jak i nie posiada szafy sterowniczej czy króćca kanalizacji tłocznej i grawitacyjnej, co uniemożliwia doprowadzenie i odprowadzenie ścieków. Dodatkowo kubatura zastosowanego zbiornika uniemożliwia zachowanie jakiegokolwiek retencji ścieków – tak pismo HYDRO-PARTNER z 08.03.2024 r.

W tych okolicznościach i w świetle przedstawionych dowodów za bezsporne należy uznać, że TREEBUD nie wykonał zamówienia wskazanego w wykazie robót. Obiekt, który znajduje się na nieruchomości, jest jedynie zbiornikiem na wodę deszczową, nie jest podłączony do sieci wodnokanalizacyjnej, jak i nie jest podłączony do zasilania.

Dalej odwołujący wskazał, że przepompownia nie jest również uwzględniona w zasobach Geoportalu. Zgodnie z danymi ujawnionymi w tym systemie, jedyne media doprowadzone do nieruchomości to woda i energia elektryczna (wydruk z Geoportalu). Wątpliwości budzi również związek Eko-Różanka z nieruchomością, na której wybudowano rzekomą przepompownię. W księdze wieczystej prowadzonej dla nieruchomości (o nr LU1W/00032317/8) jako jedyny właściciel figuruje pan Ł.K., a jednocześnie brak jest wzmianek mogących wskazywać, że w ostatnim czasie doszło do zmiany właściciela. Jednocześnie z żadnego dokumentu nie wynika, aby prace wykonane przez TREEBUD były prowadzone na nieruchomości za zgodą tej osoby lub też aby Eko-Różanka miała jakiegokolwiek tytuł do niej. Natomiast za osobliwą należałoby uznać sytuację, w której Eko-Różanka (jako zamawiający) finansuje prace budowlane na nieruchomości osoby trzeciej, z którą sama nie ma jakiegokolwiek związku (tak wydruk księgi wieczystej z portalu EKW).

Co więcej, już nawet niezależnie od opisanych wyżej faktów, przedstawione przez TREEBUD dokumenty również nie były wystarczające do formalnego uznania warunku za spełniony. Zamawiający wymagał doświadczenia w „budowie, przebudowie, renowacji jednej przepompowni ścieków o wartości minimum 100 000,00 zł brutto”, tymczasem referencje obejmują również inne prace, takie jak ogrodzenie, brama czy żuraw z wyciągarką, które nie są stanowią elementu samej

przepompowni, w tym przede wszystkim nie są niezbędne dla jej prawidłowego funkcjonowania. W rezultacie zamawiający nie mógł uznać, że wykonawca wykazał doświadczenie w realizacji prac o wskazanej wyżej wartości, zaś kwestia ta wymagała dodatkowych wyjaśnień wykonawcy, który powinien zostać wezwany do potwierdzenia, jaka była wartość prac składających się na samą budowę przepompowni, i do złożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających powyższe.

Na koniec należy podkreślić, że podniesione w odwołaniu wątpliwości co do doświadczenia TREEBUD wynikają także z faktu, że według wiedzy odwołującego, wykonawca ten w ogóle nie posiada doświadczenia w budowie infrastruktury wodnokanalizacyjnej. Potwierdzają to również informacje dostępne w Rejestrze Przedsiębiorców KRS dotyczące przedmiotem działalności tego przedsiębiorcy.

Odwołujący dodał, że TREEBUD nie był wzywany na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. do uzupełnienia wykazu robót i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień w nim wskazanych, zatem odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p.) byłoby przedwczesne. Dlatego w każdym innym przypadku uzasadniony byłby wniosek odwołania o nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku. Jednak w tej sprawie nadużycie, jakiego zdaje się dopuścić się TREEBUD, ma charakter szczególny. Niewątpliwie bowiem zamawiający został w wyniku zamierzonego działania wprowadzony w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca spełnia warunek. Jakkolwiek w SWZ nie zastrzeżono wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p., to tak rażący przypadek przedstawienia ewidentnie nieprawdziwych informacji stanowi czynu nieuczciwej konkurencji polegający na rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody (art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ((t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) dalej zwanej „z.n.k.”). Odwołujący podkreśla bowiem, że zupełnie inną wagę i charakter mają działania polegające na nieścisłym lub mylnym prezentowaniu informacji przez wykonawcę w postępowaniu przetargowym, a inną – przedstawianie tak ewidentnie nieprawdziwych informacji. Takie działanie powinno być oceniane nie tylko przez pryzmat naruszenia przepisów p.z.p., ale też jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i obowiązującymi przepisami (w tym przypadku – z.n.k.). W konsekwencji zatem oferta TREEBUD powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jako oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o nieuwzględnienie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 marca 2024 r., a na wypadek uwzględnienia odwołania w jakiegokolwiek części, wniesiono o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcy TREEBUD, stosownie do art. 557 p.z.p.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Treebud Sp. z o.o. Jawornik 337, 32-400 Myślenice (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 22 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiocie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 z.n.k.

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o przystępującemu jako przedsiębiorcy w zakresie posiadanego doświadczenia, Izba stwierdziła co następuje.

W dokumentacji postępowania, w rozdziale VIII pkt 2 ppkt 4 SWZ, zamawiający postawił wykonawcom warunek udziału w postępowaniu, który zostanie uznany za spełniony, jeżeli: „Wykonawca udowodni, iż w okresie pięciu lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie wykonał jedno zamówienie polegające na budowie, przebudowie, renowacji jednej przepompowni ścieków o wartości minimum 100 000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) oraz przedstawi dokumenty że zamówienie to zostało wykonane należycie. Zamawiający również jako spełnienie warunku zdolności technicznej uznaje wykonanie przepompowni ścieków na zadaniach sieci kanalizacji sanitarnej pod warunkiem że wartość robót budowlanych jednej przepompowni wyniesie min. 100 000,00 zł brutto.”. Zatem wymagano doświadczenia referencyjnego w robotach budowlanych o wskazanej, minimalnej wartości (100.000,00 zł brutto) polegających na budowie, przebudowie lub renowacji przepompowni ścieków, bądź wykonaniu przepompowni ścieków na zadaniach sieci kanalizacji sanitarnej, także o wskazanej w warunku wartości robót przepompowni (100.000,00 zł brutto).

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że przystępujący na wezwanie zamawiającego dotyczące złożenia podmiotowych środków dowodowych przedłożył wykaz robót, gdzie w poz. 1 wskazano realizację robót na rzecz zleceniodawcy F.H.U. „Eko-Różanka” w Okunince, o przedmiocie „- remont stalowej konstrukcji przepompowni poprzez montaż nowego zbiornika pompowni z PEHD; - Wymiana pomp (po modernizacji 2 szt.), orurowania, armatury; montaż nowych podestów i drabin; - Wymiana lub uzupełnienie pozostałego wyposażenia w istniejącym zbiorniku; - Wymiana szafki zasilająco sterującej z wyposażeniem”, o wskazanej wartości robót budowlanych związanych z wykonaniem przepompowni 118.978,67 zł brutto. Do wykazu załączono poświadczenie z dnia 15 grudnia 2023 r., wystawione przez F.H.U. Eko-Różanka K.K. w Okunince.

W dniu 26 lutego 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 p.z.p., wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów potwierdzających dokładne miejsce realizacji robót wskazanych w wykazie. W dniu 4 marca 2024 r. przystępujący udzielił wyjaśnień, zgodnie z którymi przedmiotowe prace zostały wykonane na działce o nr ew. 687 w obrębie geodezyjnym Różanka, gmina Włodawa, do wyjaśnień załączono protokół zdawczo-odbiorczy. Natomiast dnia 6 marca 2024 r. zamawiający uznał, że przystępujący jest wykonawcą, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i wybrał jego ofertę, jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, z czym nie zgodził się odwołujący.

Izba stwierdziła, że ze zgromadzonego materiału procesowego wynika, że działanie zamawiającego było nieprawidłowe, zaś oferta przystępującego powinna zostać odrzucona. Przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd, co polegało na przedstawieniu nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunku udziału w przetargu, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią podmiotowych środków dowodowych, które miały potwierdzać zdolność wymaganą w rozdziale VIII pkt 2 ppkt 4 SWZ a rzeczywistością. Mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy, tu w szczególności dokumentację fotograficzną z dnia 7 marca 2024 r. dotyczącą oględzin wskazanej przez przystępującego nieruchomości (działka nr ew. 687 w obr. geo. Różanka, gm. Włodawa) – czego zamawiający nie podważał, skład orzekający też nie znalazł podstaw, aby odmówić wiarygodności tym dowodom – odwołujący udowodnił, iż znajdujący się tam obiekt nie jest przepompownią ścieków; na nieruchomości znajduje się jedynie zbiornik deszczowy. Nie ma tam żadnego obiektu, który mógłby pełnić funkcję przepompowni ścieków, ani armatury wskazanej w wykazie i poświadczeniu (brak m.in. pomp, orurowania, drabin, podestów, kominów wentylacyjnych i innego osprzętu). Zbiornik deszczowy nie jest podłączony do sieci rurociągiem tłocznym czy grawitacyjnym, jest to obiekt zamknięty. Obiekt nie posiada skrzynki zasilającej ani sterującej, jedyny element to zawieszona na płocie rozdzielnica budowlana, która nie jest podłączona do systemu zasilania. W istocie jest to jedynie zbiornik na wodę deszczową, który nie jest obiektem spełniającym wymagania warunku udziału w postępowaniu. Z dokumentacji fotograficznej jednoznacznie wynika, że nie wykonano na tej nieruchomości prac polegających na budowie, przebudowie lub renowacji przepompowni ścieków, bądź wykonaniu przepompowni ścieków na zadaniach sieci kanalizacji sanitarnej. Powyższe jest spójne z wydrukami z Geoportalu (system informacji przestrzennej z rejestrów urzędowych) z których wynika, że w jego zasobach na tej nieruchomości nie ma przepompowni, jak również z korespondencją elektroniczną z Urzędem Gminy Włodawa. Dodatkowo okoliczności te potwierdza pismo z dnia 8 marca 2024 r. przedsiębiorstwa działającego w branży wodno-kanalizacyjnej Hydro-Partner Sp. z o.o. w Lesznie.

Wygląd zewnętrzny i wewnętrzny oraz cechy techniczne przepompowni ścieków wynikają z poglądowych schematów i zdjęć zawartych na str. 6-7 odwołania, co zostało poparte artykułem naukowym pt. „Przepompownie ścieków – konstrukcje i charakterystyki” autorstwa dr. hab. inż. A. Korczaka (prof. nadzw. Politechniki Śląskiej) i dr. inż. G. Peczkisa (Instytut Maszyn i Urządzeń Energetycznych Politechniki Śląskiej) oraz dokumentem pt. „Warunki techniczne wykonania i odbioru sieci kanalizacyjnych zalecanych do stosowania przez Ministerstwo Infrastruktury”, który zawiera wymagania i normy dla przepompowni ścieków. Zgromadzony materiał dowodowy jednoznacznie zatem

wskazuje, że infrastruktura na podanej przez przystępującego działce nie jest obiektem, o którym mowa w warunku udziału w postępowaniu, nie ma tam żadnego obiektu, który mógłby pełnić funkcję przepompowni ścieków. Ergo żadne wymagane przez zamawiającego prace związane z przepompownią ścieków nie zostały na przedmiotowej nieruchomości wykonane.

Skład orzekający stwierdził, że zakres prac wynikający z dokumentów złożonych przez przystępującego zamawiającemu w toku postępowania (wykaz robót, poświadczenie i protokół zdawczo-odbiorczy) nie jest wiarygodny i nie może – w świetle wyżej omówionych dowodów złożonych przez odwołującego, które Izba oceniła jako spójne, kompletne i wiarygodne – stanowić podstawy do przyjęcia, że warunek został spełniony. Przeciwnie, dokumenty z postępowania, będące oświadczeniami wiedzy, które posiadają charakter deklaracyjny, skonfrontowane z bardziej wiarygodnymi dowodami bezpośrednio dokumentującymi to, co zostało na nieruchomości wykonane, poparte dodatkowymi dowodami z dokumentów, uwzględniając zasady wiedzy i doświadczenia życiowego, doprowadziły Izbę do przekonania, że wykonane prace nie miały wymaganego przez zamawiającego charakteru i nie dotyczyły obiektu pełniącego funkcję przepompowni ścieków, czego wymagano w warunku. Ani zamawiający, ani przystępujący nie zaoferowali Izbie żadnego dowodu potwierdzającego wiarygodność prac referencyjnych wskazanych w wykazie robót złożonym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego.

Zamawiający szeroko odnosił się do swoich czynności prowadzonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które w jego ocenie były kompletne i wystarczające do zweryfikowania doświadczenia przystępującego. O ile skład orzekający zgadza się z zamawiającym, że winien działać w ramach procedury ustanowionej przez ustawodawcę, to nie można pominąć materiału dowodowego z którego wynika, że zamawiający został wprowadzony w błąd, ponieważ złożone w toku badania i oceny ofert przez przystępującego dokumenty w postaci wykazu, poświadczenia i protokołu są pozbawione przymiotu wiarygodności. Okoliczność, że w swojej ocenie zamawiający wykonał wszystkie czynności w sposób właściwy, nie spowoduje, że wybór został dokonany prawidłowo. Skutkiem działania nierzetelnego wykonawcy jest to, że zamawiający wybierając jego ofertę nie zdaje sobie sprawy, że jego świadomość o sytuacji podmiotowej przystępującego została ukształtowana w oparciu o nieprawdziwe twierdzenia. Wprowadzenie zamawiającego w błąd, czyli przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością, niejednokrotnie wynika z materiału przedstawionego w postępowaniu odwoławczym. Niemniej, zamawiający po zapoznaniu się z odwołaniem nadal popierał swoją ocenę dotyczącą prawidłowości wykazania spełnienia warunku przez przystępującego i nie zdecydował się na uwzględnienie środka zaskarżenia, zaś na rozprawie nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu potwierdzającego, że prawidłowo rozstrzygnął postępowanie.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego Izba wskazuje, że nie podzieliła argumentacji, iż rozumienie treści warunku dotyczącego przepompowni ścieków może być niejednoznaczne czy niejasne. Czym innym jest obiektywnie wieloznaczna treść SWZ, którą należycie działający wykonawca mógłby rozumieć na więcej niż jeden sposób, a czym innym hasłowe podniesienie, że nie ma definicji legalnej przepompowni ścieków, więc przepompownia w zasadach działania opiera się na pojemniku i pompie (a autorytatywne określenie parametrów przepompowni jest niemożliwe). Taka niejasna czy niejednoznaczna treść SWZ powinna zostać odpowiednio wykazana. Przystępujący powinien udowodnić, że profesjonalnie działający wykonawca, w sposób obiektywnie uzasadniony, mógłby rozumieć wymagania dokumentacji postępowania na co najmniej dwa sposoby, a nie blankietowo zarzucać, że teraz, kiedy wprowadził zamawiającego w błąd, jest to wina dokumentacji postępowania. Dodatkowo, co do podnoszonego braku legalnej definicji przepompowni, koniecznym wydaje się przypomnienie, że dokumentacja postępowania skierowana jest do podmiotów zawodowo działających na rynku zamówień publicznych, do profesjonalistów wykonujących roboty budowlane w branży wodno-kanalizacyjnej i nie wymaga się uregulowania, ani nawet szczegółowego zdefiniowania, każdego detalu z wymogów SWZ. Jeżeli jakieś wyrażenie faktycznie było niejasne, należało zapytać zamawiającego o sposób rozumienia wymagania z warunku na etapie przed złożeniem oferty, a nie następnie zarzucać zamawiającemu zaniechanie dotyczące zdefiniowania pojęcia, o które nikt nie pytał. Zamawiający w sposób całkowicie uzasadniony mógł założyć, że powyższe jest dla profesjonalisty jasne i jednoznaczne, inaczej należycie działający wykonawca poprosiłby o wyjaśnienie treści SWZ.

Przechodząc do rekonstrukcji oświadczenia woli zamawiającego w postaci warunku udziału w postępowaniu polegającego na budowie, przebudowie, renowacji przepompowni ścieków (albo wykonaniu przepompowni ścieków na zadaniach sieci kanalizacji sanitarnej) skład orzekający stwierdził, że użyte w treści warunku sformułowanie przepompownia ścieków oznacza – zgodnie z jego językowym znaczeniem – urządzenie składające się z pomp przepompowujących tu ścieki, co nie oznacza, że każde takie urządzenie będzie spełniało warunek, co sugerował przystępujący posiadający doświadczenie w budowie zbiornika deszczowego. Rozumienie wymogu z warunku przez profesjonalistę, a takim jest co do zasady przedsiębiorca działający na rynku zamówień publicznych (k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.), powinno uwzględniać normy i wymogi techniczne zawarte w przedłożonych przez odwołującego ww. warunkach technicznych wykonania i odbioru robót sieci kanalizacyjnych (m.in. pkt 2.6, pkt 5.6.2.3), wymagania

bezpieczeństwa i higieny pracy w przepompowni ścieków (rozdział 4 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 1 października 1993 r. ws. BHP w oczyszczalniach ścieków (Dz. U. nr 96, poz. 438)) oraz zostać rekonstruowane przez wymagania przedmiotu zamówienia (w szczególności pkt 2.3 PFU). Ponadto powinny być to prace o określonej w warunku wartości, kiedy już na pierwszy rzut oka, zgodnie z doświadczeniem życiowym i logiką widać, że urządzenia widniejące na dokumentacji fotograficznej dotyczącej nieruchomości wskazanej przez przystępującego nie spełniają wymogu realizacji robót za 100.000,00 zł. Jak podnosił odwołujący mogą one mieć wartość najwyżej kilkunastu tysięcy, zaś przystępujący i zamawiający nie wykazali wymaganej wartości robót, całkowicie pomijając ten element warunku.

W szczególności, że problemem nie jest wadliwe rozumienie warunku, ponieważ to, jak przystępujący rozumiał warunek ujawnił składając poświadczenie, które nie dotyczy jakiegokolwiek pojemnika i pompy, a jest to zasadniczo skopiowane wymaganie z pkt 2.3 PFU (tak zestawienie PFU i treści poświadczenia przedstawione przez odwołującego), a także przedkładając wykaz robót, który zdecydowanie nie odnosi się wyłącznie do pojemnika i pompy. Zatem z przedmiotowych środków dowodowych wynika, w jaki sposób przystępujący na etapie składania ofert rozumiał warunek udziału w postępowaniu i żadnej, następnie podnoszonej niejasności/niejednoznaczności/wątpliwości co do jego brzmienia nie wykazano. Argumentacja dotycząca budowania sporu w zakresie rozumienia przedmiotowego warunku jest na obecnym etapie spóźniona, pozbawiona przymiotu wiarygodności i ukierunkowana wyłącznie na poprawę sytuacji procesowej przystępującego.

Konkludując, informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, więc ich przekazywanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności (k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności i rzetelności przy składaniu przez wykonawców oświadczeń na potrzeby przetargów, zwłaszcza w zakresie weryfikacji faktycznego zakresu inwestycji referencyjnych powoływanych na potwierdzanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ustalonym stanie rzeczy trudno przypuszczać, aby nieprawdziwe oświadczenia przystępującego zostały złożone z innych względów niż próba celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd lub z powodu rażącego niedopełnienia ciążących na nim obowiązków, związanych z profesjonalnym charakterem prowadzonej działalności. Nie było bowiem podstaw, żeby sądzić, iż przystępujący błędnie interpretuje treść warunku, czy że nieprawdziwe informacje zostały podane w wyniku omyłki. Za takim potraktowaniem zachowania przystępującego przemawia również zawodowy charakter prowadzenia działalności.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że przekazanie przez przystępującego nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu z rozdziału VIII pkt 2 ppkt 4 SWŻ w celu uzyskania zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zatem zarzut nr 1 z *petitum* odwołania został przez Izbę uwzględniony.

Ponadto w ocenie Izby doszło również do naruszenia art. 3 ust. 1 z.n.k., którego nie wskazał odwołujący. Jednocześnie skład orzekający zaznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest zobowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w rozważanym przypadku (np. wyroki SN: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt: II CSK 524/07, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane w danej sprawie. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy, związanego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających

wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7-10 p.z.p.). Natomiast art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i ustalone okoliczności faktyczne – które mogą być kwalifikowane według różnych norm prawnych, uzasadniają rozważenie ich przez Izbę, nawet jeżeli są to odmienne normy niż te, które zostały wskazane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej, zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie to stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wypada podkreślić, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 9 czerwca 2009 r. sygn. akt: II CSK 44/09, norma ta może stanowić samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.10.2010 r., sygn. akt: II CSK 191/10). Omawiany przepis oddziela zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji, od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Zatem wytycza granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej – w szczególności, jeżeli wykonawca uzyskuje przewagę nad konkurentami, w następstwie czego zaczyna zagrażać ich interesom. Natomiast zakaz naruszania dobrych obyczajów chroni przede wszystkim uczciwość we współzawodnictwie na rynku towarów i usług, czyli rzetelność w konkurencji (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31.03.2015 r., sygn. akt: III APa 28/14). Istotnym jest również, aby działanie wykonawcy, stojące w sprzeczności z prawem lub z dobrymi obyczajami, powodowało powstanie stanu zagrożenia, albo naruszenia interesu prawnego osób trzecich – innego przedsiębiorcy, czy zamawiającego, a także winien istnieć związek pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia), a zasługującym na ochronę interesem uczestnika rynku zamówień publicznych.

Wykonawca, który oświadcza nieprawdę celem potwierdzenia spełniania wymagań postępowania dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które wymagają kierowania się prawdą. Działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie posiada odpowiednich zdolności i kompetencji do jego zrealizowania. Zatem w ocenie Izby ustalony stan rzeczy należy także kwalifikować jako delikt wskazany w art. 3 ust. 1 z.n.k., co powoduje, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 z.n.k.

Skład orzekający dodaje także, iż podziela stanowisko odwołującego, że nie ma podstaw do wezwania przystępującego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. Nierzetelnego wykonawcę, który wprowadził zamawiającego w błąd, należy wyeliminować z postępowania. Wykonawca „złapany za rękę” nie może dostać szansy podjęcia działań naprawczych, co byłoby sprzeczne z zasadami generalnymi p.z.p. – zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej się pogodzić z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd, licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiada wiedzę, że został okłamany, to i tak będzie zobligowany do wezwania do uzupełnienia doświadczenia. Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych, oznaczałaby ona wręcz przyzwolenie na podawanie przez wykonawców nieprawdziwych informacji.

W związku z uwzględnieniem zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania i nakazaniem zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, Izba – zgodnie z wnioskiem odwołującego – nie rozpoznawała zarzutu nr 2, będącego zarzutem ewentualnym w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia w postaci nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, kiedy oferta ta powinna zostać odrzucona z postępowania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu (10 000,00 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT (3 600,00 zł

brutto).

W zakresie wniosku zamawiającego o obciążenie przystępującego kosztami postępowania odwoławczego, skład orzekający wskazuje, że racjonalny ustawodawca posiada wiedzę o zasadzie wskazanej w art. 575 p.z.p. i uwzględnił ją w ramach wprowadzenia przepisów ww. rozporządzenia, wydanego na podstawie art. 576 p.z.p. W zakresie kosztów Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z którymi jedyną sytuacją, kiedy należy obciążyć przystępującego kosztami postępowania odwoławczego jest stan, gdy zamawiający uwzględni odwołanie, a przystępujący wniesie sprzeciw od tej czynności, co nie miało miejsca w rozpoznawanym sporze. Sytuacja, kiedy zamawiający został wprowadzony przez przystępującego w błąd i wadliwie zaniechano odrzucenia takiej oferty, nie powoduje zdaniem ustawodawcy odstępstwa od klasycznego rozkładu dotyczącego ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego. Nic takiego nie wynika z omawianego rozporządzenia. Dlatego w takich sytuacjach zamawiający często przyjmują taktykę procesową uwzględnienia odwołania, aby to przystępujący „bronił” swojej oferty i prawdziwości składanych zamawiającemu oświadczeń, a w wypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, żeby to przystępujący ponosił koszty procesu. Warto także dodać, że ustawodawca nie wprowadził do norm p.z.p. dotyczących kosztów postępowania odwoławczego odpowiednika art. 102 k.p.c.

Przewodniczący:

.....