

Sygn. akt: KIO 2117/23
KIO 2120/23

WYROK
z 7 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Irmina Pawlik

Maksym Smorczewski

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 2 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 lipca 2023 r. przez wykonawców:

1. Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (sygn. akt KIO 2117/23),
2. Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy (sygn. akt KIO 2120/23),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Stalowa Wola z siedzibą w Stalowej Woli w imieniu i na rzecz której działa Stalowowskie Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Stalowej Woli, przy udziale:

1. wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2117/23 po stronie odwołującego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu, Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2117/23 i KIO 2120/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2117/23.
2. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2120/23 w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu:
 - 2.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
 - 2.2 wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu, Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie i odrzucenie ich oferty,
 - 2.3 powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2117/23 obciąża odwołującego: Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.
 - 4.2 Zasądza od odwołującego Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt postępowania poniesiony przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2120/23 obciąża zamawiającego: Gminę Stalowa Wola z siedzibą w Stalowej Woli w imieniu i na rzecz której działa Stalowowskie Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Stalowej Woli i:
 - 5.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.
 - 5.2 Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego S.A. z siedzibą w Dębicy kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....
.....
Sygn. akt: KIO 2117/23
KIO 2120/23

Uzasadnienie

Gmina Stalowa Wola z siedzibą w Stalowej Woli, w imieniu i na rzecz której działa Stalowowolskie Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Stalowej Woli, (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i budowa układu dróg gminnych komunikujących istniejącą strefę przemysłową z terenami Strategicznego Parku Inwestycyjnego w Stalowej Woli”, numer: ZP-II.271.40.2023, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 048-141962.

KIO 2117/23

20 lipca 2023 r. odwołujący Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Odwołujący Strabag) wniósł odwołanie wobec czynności podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego i zarzucił mu naruszenie:

- 1.art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 oraz 117 ust. 3 i 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu, Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Konsorcjum PBI) w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego w zakresie realizacji usług projektowych określonego w rozdziale VII pkt 1 ppkt 4 lit. a) tiret 2) SWZ z uwagi na to, że podane na potwierdzenie spełniania warunku usługi projektowe wykonane w ramach realizacji zadania pn. Zaprojektowanie i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa” i „Świderska - Faza I (nitka B) oraz Zadanie IV.2. - Budowa kolektora Wiślanego - Etap I” nie spełniały wymagań postawionych we wskazanym warunku.
- 2.art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp, przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum PBI, która to oferta nie była ofertą najkorzystniejszą i podlegała odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1:
- 3.art. 112 ust. 2 pkt 3, art. 115 ust. 1 pkt 4, art. 118 ust. 1, 3 i 4, art. 119 w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 5 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia i uzupełnienia treści podmiotowych środków dowodowych, co do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VII pkt 1 ppkt 4 lit. a) tiret 2) SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, dokonanie powtórnej oceny ofert, odrzucenie oferty Konsorcjum PBI, ewentualnie w przypadku nie uwzględnienia zarzutu nr 1:
- 2.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i wezwanie Konsorcjum PBI do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w zakresie usług projektowych rozdziale VII pkt 1 ppkt 4 lit. a) tiret 2) SWZ
- 3.dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem czynności wskazanych w pkt 2 i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał m. in.:

W Rozdziale VII pkt 1 ppkt 4 lit. a) tiret 2 SWZ Zamawiający zapisał, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy potwierdzający spełnienie następujących warunków dotyczących (...) Wykonawca winien wykonać zadania odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. minimum: 1 zadanie odpowiadające swoim rodzajem tj. wykonanie projektu obejmującego zaprojektowanie budowy lub przebudowy lub rozbudowy kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min. DNI 100 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto (wartość usługi projektowej).

Wykładni treści tak opisanego warunku dokonał Zamawiający w piśmie z 8 maja 2023 r. (znak: ZP-II.271.40.2023) udzielając odpowiedzi na pytanie 14:

„Zamawiający wymaga aby wykonawca wykazał się m.in. doświadczeniem w zakresie wykonania: - zadania odpowiadającego swoim rodzajem tj. zadania odpowiadającego swoim rodzajem tj. wykonanie projektu obejmującego zaprojektowanie budowy lub przebudowy lub rozbudowy kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto (wartość usługi projektowej dla stricto obiektu kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto)”.

Konsorcjum PBI na potwierdzenie spełnienia tak postawionego warunku wskazał doświadczenie swojego konsorcjanta - Inżynierii Rzeszów S.A. (dalej: Inżynieria Rzeszów). Inżynieria Rzeszów w złożonym wraz z ofertą formularzu JEDZ w odpowiedzi na pytanie Sekcji C dotyczące wykonanych robót budowlanych wskazała 3 zadania opisane w JEDZ jako Roboty budowlane

1. „Zadanie IV.2 - Budowa kolektora Wiślanego - Etap I”

–wykonanie projektu obejmującego zaprojektowanie budowy kanalizacji ogólnospławnej o średnicy DN1200,

–wartość robót: 3 486 268,95 zł brutto,

–zamawiający: MPWiK w m.st. Warszawie S.A. - termin realizacji: 18.06.2021 r. - 27.10.2022 r.

2. „Zaprojektowanie i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa: i „Świderska” - Faza I (Nitka A)” - budowa kanalizacji sanitarnej DNI 200

–wartość robót: 43 205 429,52 zł brutto,

–zamawiający: MPWiK w m.st. Warszawie S.A. - termin realizacji: 21.09.2020 r. - 18.06.2021 r.

3. „Zaprojektowanie i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa: i „Świderska” - Faza I (Nitka B)” - budowa kanalizacji sanitarnej DNI 200

–wartość robót: 37 388 310,00 zł brutto,

–zamawiający: MPWiK w m.st. Warszawie S.A.,

–termin realizacji: 09.02.2021 r. - 30.06.2021 r.

Wykonawca nie podał zaś żadnej wykonanej usługi projektowej w części formularza dot. podania doświadczenia w zakresie wykonanych wcześniej usług.

Pismem z 26 maja 2023 r. Zamawiający wystąpił w trybie art. 128 Pzp do Konsorcjum PBI

z pytaniem czy realizacja zadania dot. Kolektora wiślanego obejmowała wykonanie zadania

w formule zaprojektuj i wybuduj, ewentualnie czy była to tylko robota budowlana czy tylko usługa? Na wypadek gdyby w ramach powyższego zadania wykonywana była również usługa projektowa, Zamawiający zadał też pytanie o wartość samej usługi dla wykonania projektu obejmującego zaprojektowanie budowy kanalizacji ogólnospławnej o średnicy min. DN800

w ramach zadania. W odpowiedzi Konsorcjum PBI wyjaśniło, że ww. zadanie realizowane było w formule projektuj i buduj, a wartość wykonanych prac projektowych wyniosła 3 486 268, 95 zł brutto.

Następnie, 16 czerwca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do konsorcjum z pytaniem: „Czy

w ramach zadania - Dokumentacja projektowa dla zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa”

i „Świderska” - Faza I (Nitka B)” na rzecz MPWiK w m.st. Warszawie S.A obejmowała prace projektowe kanalizacji sanitarnej o średnicy DN 800 czy prace projektowe kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min DN 800 i wartości min 1 000 000 zł brutto?”.

Wykonawca, 22 czerwca odpowiedział, że: „w ramach zadania (...) dokumentacja projektowa obejmowała prace projektowe kanalizacji ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości min. 1 000 000 zł brutto”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią referencji wystawionych dla przedmiotowego zadania przez Miejskie Przedsiębiorstwo Rurociągów i Kanalizacji w M.st.Warszawa S.A. zadanie polegało na zaprojektowaniu kanalizacji sanitarnej, podczas gdy treść warunku dotyczyła kanalizacji ogólnospławnej lub deszczowej. Również informacje powszechnie dostępne na stronie inwestora wykluczały możliwość uznania że ww. zadanie polegało

na budowie kanalizacji ogólnospławnej lub deszczowej. I tak zgodnie z informacją dostępną

na stronie : „9 lutego 2021 r. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów

i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. zawarło z inżynierią Rzeszów S.A. umowę na wykonanie drugiego przewiertu (nitki B) do transportu ścieków pod dnem Wisły. Nowy rurociąg, który ma powstać do końca I półrocza 2021 r., zwiększy możliwości przesyłu ścieków z lewobrzeżnej części Warszawy do oczyszczalni „Czajka” Rurociąg nitki B, analogicznie do nitki A działającej od 13 grudnia 2020 r., zostanie wybudowany metodą bezwykopową pod dnem Wisły,

a następnie połączony z infrastrukturą kanalizacyjną zakładów „Świderska” i „Farysa”,

w pierwszej, tymczasowej fazie, z przewodami tłocznymi tymczasowej pompowni obsługującej aktualnie prowadzony transfer ścieków do oczyszczalni „Czajka”. Nowy przewód pod Wisłą pozwoli na łączną pracę wszystkich dostępnych pomp w obiekcie, co zwiększy maksymalną wydajność przesyłu, oraz przyczyni się do polepszenia dynamiki pracy

układu i ograniczenia ilości wód opadowych zmieszanych ze ściekami, odprowadzanych do Wisły w czasie deszczu".

Przedmiotowe zadanie wykonał członek konsorcjum, który zgodnie

z oświadczeniem z art. 117 Pzp nie będzie wykonywał prac projektowych. Z oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w trybie art. 117 ust. 4 Pzp tj. oświadczenia Konsorcjum

z 17 maja 2023 r. wynikało, że opracowanie dokumentacji projektowej wielobranżowej wraz

z decyzjami wykona wykonawca PBI Infrastruktura S.A., podczas gdy Konsorcjum w zakresie wymaganego doświadczenia w zakresie usług projektowych zdobytych w ramach zadania „Zaprojektowanie i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa” i „Świderska - Faza I (nitka B)” polega na doświadczeniu innego członka konsorcjum tj. Inżynierii Rzeszów S.A.

Warunku udziału w postępowaniu dot. wykonania projektu obejmującego zaprojektowanie budowy lub przebudowy lub rozbudowy kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto (wartość usługi projektowej dla stricto obiektu kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto) nie spełniało również drugie z zadań wskazanych w wykazie zawartym w załączniku nr 5a) tj. zadanie pod nazwą „Zadanie IV.2 - Budowa kolektora Wiślanego - Etap P, jako że:

a)W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło konsorcjum PBI Infrastruktura S.A., PBI WMB Sp. z o.o. oraz Inżyniera Rzeszów S.A., zastosowanie miał więc art. 117

ust. 3 Pzp. Z oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w trybie art. 117 ust. 4 wynikało, że opracowanie dokumentacji projektowej wielobranżowej wraz z decyzjami wykona PBI Infrastruktura S.A., podczas gdy Konsorcjum w zakresie wymaganego doświadczenia w zakresie usług projektowych polegało na doświadczeniu Inżynierii Rzeszów S.A. Zgodnie z treścią oświadczenia z 17 maja 2023 r. Inżyniera Rzeszów S.A. wykonać ma w ramach przedmiotu zamówienia: branżę konstrukcyjną (żelbetowy zbiornik retencyjny z komorą przelotową), zabezpieczenie i przebudowę gazociągu

DN 100, przebudowę gazociągu sr/c PE DNI 10, branża sanitarna (kanalizacja deszczowa), branża sanitarna. Konsorcjum w ramach wymaganego doświadczenia

w zakresie usług projektowych polegało więc na doświadczeniu innego członka konsorcjum niż ten, który wykonywać ma usługi objęte warunkiem, co wyklucza możliwość uznania spełnienia warunku.

b)W ramach zadania pod nazwą „Budowa kolektora Wiślanego” inżynieria Rzeszów S.A. wykonała jedynie projekty wykonawcze, podczas gdy już tylko dla budowy referencyjnego zadania konieczne było opracowanie zarówno projektu budowlanego jak i wykonawczego.

c)Całość prac projektowych w ramach Budowy kolektora Wiślanego zostało powierzonych do wykonania wykonawcy AQUA S.A. na podstawie umowy podwykonawczej z 2 września 2021 r. zawartej pomiędzy Inżynierią Rzeszów a AQUA S.A., co w zestawieniu z faktem, że Inżynieria Rzeszów S.A. nie wykonywała projektu budowlanego oznaczało, że tym bardziej Inżynieria Rzeszów S.A., a w konsekwencji Konsorcjum PBI, nie posiadało wymaganego doświadczenia obejmującego zaprojektowanie budowy lub przebudowy lub rozbudowy kanalizacji deszczowej

lub ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto.

Porównanie treści oświadczenia złożonego przez konsorcjum w trybie art. 117 z Załącznikiem 5A, zawierającym wykaz usług na potwierdzenie spełnienia warunku wskazywało,

że Konsorcjum PBI nie spełniało warunku udziału w postępowaniu (Dowód: umowa z 2 września 2021 r. zawarta pomiędzy Inżynierią Rzeszów S.A. a AQUA S.A.).

W ocenie Odwołującego jeżeli wykonawca nie uczestniczył w wykonaniu projektów wykonawczych, zlecając pełen zakres ich opracowania podwykonawcy trudno mówić

o nabyciu przez wykonawcę jakiegokolwiek doświadczenia w zakresie projektowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 31 lipca 2023 wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowisku wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Odwołujący na potwierdzenie swoich zarzutów zacytował w zasadzie jedynie treść artykułu prasowego.

Ocena spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu poprzedzona była konsultacją z zespołem pracowników Zamawiającego posiadającym uprawnienia budowlane do projektowania oraz kierowania robotami budowlanymi m.in. w specjalności sanitarnej,

co pozwoliło na ustalenie, że zadanie dotyczące „Nitki B” obejmuje prace projektowe nie tylko kanalizacji sanitarnej. Z przytoczonego przez Odwołującego artykułu również wynikało,

że „nowy przewód pod Wisłą pozwoli na łączną pracę wszystkich dostępnych pomp

w obiekcie, co zwiększy maksymalną wydajność przesyłu, oraz przyczyni się do polepszenia dynamiki pracy układu i ograniczenia ilości wód opadowych zmieszanych ze ściekami, odprowadzanych do Wisły w czasie deszczu”. Tym

samym projektowanym i budowanym przewodem będą płynąć ścieki oraz wody opadowe - prace projektowe dotyczyły kanalizacji ogólnospławnej.

Zamawiający w toku oceny ofert wezwał konsorcjum PBI do złożenia wyjaśnień, a mianowicie czy w ramach realizacji dokumentacji projektowej dla zadania „Nitka B” wykonał prace projektowe w zakresie kanalizacji satelitarnej o średnicy DN 800, czy też prace projektowe

w zakresie kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min DN 800 i wartości min. 1 000 000 zł brutto.

Wykonawca oświadczył, że dokumentacja projektowa obejmowała prace projektowe kanalizacji ogólnospławnej. Tym samym konsorcjum PBI pod odpowiedzialnością karną za składanie fałszywych oświadczeń, potwierdziło, że wskazane zadanie jest tożsame z warunkiem postawionym przez Zamawiającego.

Błędne było twierdzenie odwołującego, że z oświadczenia Konsorcjum PBI zgodnie art. 117 ust. 4 Pzp wynikało, że opracowanie dokumentacji projektowej wielobranżowej wraz

z decyzjami wykonał wykonawca PBI Infrastruktura S.A., podczas gdy Konsorcjum w zakresie wymaganego doświadczenia w zakresie usług projektowych polegało na doświadczeniu innego członka konsorcjum tj. Inżynierii Rzeszów S.A. Zgodnie z treścią oświadczenia

z 17 maja 2023 r. Konsorcjum PBI, załączył do oferty oświadczenie stosownie z dyspozycją art. 117 ust. 4 Pzp z którego wynikało, że Inżynieria Rzeszów S.A. wykona m. in. branżę sanitarną (kanalizacja deszczowa).

Treść oświadczenia należy rozpatrywać łącznie i nierozdzielnie z pozostałymi dokumentami składającymi się na ofertę tj.m.in.:

1. Formularzem ofertowym
2. JEDZ złożonym przez PBI Infrastruktura S.A. Lidera konsorcjum
3. JEDZ złożonym przez PBI WMB Sp. z o.o. partnera konsorcjum
4. JEDZ złożonym przez Inżynieria Rzeszów S.A. partnera 2 konsorcjum
5. Zobowiązaniem do oddania zasobów podmiotu TRASAL Sp. z o.o.
6. Zobowiązaniem do oddania zasobów podmiotu ENVIESA Sp. z o.o. Sp.K.
7. JEDZ złożonym TRASAL Sp. z o.o.
8. JEDZ złożonym ENVIESA Sp. z o.o. Sp.K.

Całościowa ocena, w tym z uwzględnieniem dokumentów dotyczących zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zdolności technicznych lub zawodowych na rzecz Wykonawcy wynikało, że dokumentację projektową wykona ten podmiot, który wykazał odpowiednie doświadczenie zawodowe. Inżynieria Rzeszów S.A. w oświadczeniu wskazał wykonanie m.in. „Branży sanitarnej” co było tożsame do przedmiotu zamówienia, a mianowicie wykonanie zarówno prac projektowych jak i robót budowlanych, a nie wykonanie

w dorozumieniu Odwołującego tylko robót budowlanych w branży sanitarnej. Odwołujący przywołuje zawężającą interpretację stwierdzenia „wykonanie branży sanitarnej” ograniczoną tylko do samych prac budowlanych. Tym czasem Inżynieria Rzeszów S.A. w swoim Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia wskazała, że to ona dysponuje zarówno projektantem, jak i kierownikiem robót w branży sanitarnej. Ponadto w złożonym wykazie osób na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie posiadania kadry, osoby te zostały wskazane jako odpowiednio projektant branży sanitarnej, jak i kierownik robót branży sanitarnej co jasno dowodziło, że Inżynieria Rzeszów będzie wykonywać zarówno prace projektowe branży satelitarnej, jak i roboty budowlane.

Odwołujący błędnie też twierdził w zakresie zadania dotyczącego Budowy kolektora Wiślanego - Etap I, że Inżynieria Rzeszów S.A. wykonała jedynie projekty wykonawcze podczas gdy dla spełnienia warunku konieczne było opracowanie zarówno projektu budowlanego jak i wykonawczego.

Zamawiający stawiając warunek w zakresie wymaganego doświadczenia obejmującego zaprojektowanie budowy lub przebudowy lub rozbudowy kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto, nie wskazał, że wymagana usługa projektowa winna obejmować zarówno wykonanie projektu budowlanego jak i wykonawczego. Nie należało traktować tak postawionego przez zamawiającego warunku w sposób zawężający.

Z poświadczenia wystawionego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji

w m.st. Warszawie S.A. dla zadania Budowa kolektora Wiślanego - Etap I, jak

i z korespondencji między Zamawiającym a MPWiK wynikało, że to Inżynieria Rzeszów S.A. wykonała prace projektowe w zakresie dokumentacji projektowej kanalizacji ogólnospławnej. Zamawiający nie zaprzeczył, że spółka AQUA S.A. była podwykonawcą części prac projektowych na ww. zadaniu, jednakże z umowy podwykonawczej pomiędzy AQUA S.A.

a Inżynieria Rzeszów S.A. wynikało, że wartość umowy opiewała na 820 000 zł netto czyli

ok. 1 000 000 zł brutto, tymczasem ze złożonego poświadczenia wykonania usługi przez Inżynierię Rzeszów S.A. na rzecz inwestora wynikało, że wartość prac projektowych wykonanych przez Inżynierię Rzeszów S.A. to blisko 2 500

000,00 zł.

Projekt wykonawczy jest podstawowym składnikiem tzw. dokumentacji projektowej (wykonawczej), stanowi uszczegółowienie rozwiązań zawartych w projekcie budowlanym.

W przypadku procedury „zaprojektuj i wykonaj” projektant wykonujący dokumentację wykonawczą musi dokonywać ścisłych ustaleń, analiz i konsultacji z kadrą kierowniczą odpowiedzialną za przyszłą realizację robót, co za tym idzie wykonawca robót budowlanych również bierze udział w przygotowywaniu dokumentacji projektowej, mimo, że to nie on „podpisuje się pod projektem” (projekt musi zawierać rozwiązania techniczne, materiałowe i sprzętowe zgodne ze specjalizacją danej firmy, jej doświadczeniem i wiedzą kadry realizującej). W przypadku wykonywania dokumentacji wykonawczej w trybie „zaprojektuj i wykonaj” często wykonuje się dodatkowe analizy i sprawdzenia, które są konieczne dla prawidłowego wykonania projektu, np. dodatkową dokumentację geologiczną, projekty odwodnienia gruntu, dodatkowe pomiary geodezyjne, odkrywki na budowie, itp. (koszty te często pokrywa nie projektant, tylko wykonawca robót).

KIO 2120/23

20 lipca 2023 r. odwołujący Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy (dalej: Odwołujący PDM) wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego

w postępowaniu i zarzucił mu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp i w zw. z art. 109 ust. 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PBI, mimo ziszczenia

się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia, gdyż Wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, polegające na udzieleniu przeczącej odpowiedzi

na pytanie w JEDZ dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, gdy tymczasem informacja ta była nieprawdziwa wobec nałożenia na Lidera Konsorcjum PBI oraz Partnera Konsorcjum PBI – wykonawcy PBI WMB sp. z o.o. kar umownych w toku realizacji umowy nr 172/243/3052/WFU/16/2020/2021 z 9 kwietnia 2021 r. zawartej pomiędzy ww. wykonawcami, a zamawiającym – Województwem Podkarpackim – Podkarpackim Zarządem Dróg Wojewódzkich (dalej: PZDW)

w ramach zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 867 Sieniawa - Wola Mołodycka - Oleszyce - Lubaczów - Podemszczyzna - Werchrata - Hrebenne na odcinku od km ok. 38+313,00 do km ok. 45+621,43 wraz z budową

i przebudową niezbędnej infrastruktury, budowli i urządzeń budowlanych (numer referencyjny: PZDW/WZP/243/3052/WFU/16/2020, dalej: Kontrakt Sieniawa – Wola)”;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PBI z Postępowania i – w konsekwencji – odrzucenia oferty Konsorcjum PBI, mimo że Lider Konsorcjum PBI oraz Partner Konsorcjum PBI - wykonawca PBI WMB Sp. z o.o., z przyczyn leżących po ich stronie, długotrwale nienależycie wykonywali istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy

w sprawie zamówienia – Kontrakt Sieniawa – Wola – co doprowadziło do naliczenia Liderowi Konsorcjum PBI oraz Partnerowi Konsorcjum PBI - wykonawcy PBI WMB

sp. z o.o. kar umownych przez PZDW;

3.art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp przez poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych, które podważyło uczciwość Lidera oraz Partnera Konsorcjum przez brak ustanowienia i utrzymywania ważnego zabezpieczenia należytego wykonania i przez brak zawarcia i utrzymywania ważnej umowy ubezpieczenia w ramach Kontraktu Sieniawa – Wola;

ewentualnie, tj. na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum PBI;

4.art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych oferty Konsorcjum PBI, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy,

co doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum PBI jako najkorzystniejszej

w Postępowaniu, mimo że oferta ta powinna zostać przeanalizowana pod kątem poziomu cenowego i podlegać odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę;

a w konsekwencji powyższego,

5.art. 16 pkt 1-3 Pzp przez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum PBI jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3.odrzucenia oferty Konsorcjum PBI w Postępowaniu jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania;
- ewentualnie, tj. na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum PBI;
- 4.wezwania Konsorcjum PBI do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 5.uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu;

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący PDM wskazał m. in.:

Zamawiający w rozdziale IX SWZ wskazał, że w postępowaniu znajdują zastosowanie również niektóre fakultatywne przesłanki wykluczenia, w tym te, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 Pzp.

Konsorcjum PBI w ramach złożonej oferty złożyło dokumenty JEDZ swoich członków. Zarówno Lider jak i Partner - PB WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu udzielili odpowiedzi „NIE” na pytanie uwzględnione w części III JEDZ podstawy wykluczenia lit. C: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, które dotyczy okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. 10 lipca 2023 r. Zamawiający udostępnił na platformie zakupowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się być oferta złożona przez Konsorcjum PBI.

Udzielenie w JEDZ odpowiedzi twierdzącej, że w toku realizacji innych inwestycji względem wykonawcy zaszły okoliczności enumeratywnie wymienione w JEDZ to obowiązek wykonawców, który w żadnym wypadku nie może podlegać jakiegokolwiek uznaniowości.

Art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zawierają przesłanki ocenne, podlegające subiektywizowaniu i wartościowaniu. Pierwszy z tych przepisów posługuje się tak niedookreślonymi pojęciami jak np. „zawiniony sposób”, „poważne naruszenie”, „podważenie uczciwości”. Drugi z analizowanych przepisów (109 ust. 1 pkt 7 Pzp) jest już znacznie precyzyjniejszy, niemniej także z jego treści wynika obowiązek dokonania oceny czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Istotne są też pytania z JEDZ skorelowane z powyższymi przepisami:

- Art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp - Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?
- Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp - Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

Ważna jest różnica, jaka występuje między tymi dwoma pytaniami. Pierwsze z nich opiera się na ocennym i subiektywnym określeniu („poważne wykroczenie zawodowe”). Zatem wykonawca, o ile nie czuje się winny problemom związanym z historycznym kontraktem, a stanowisko to znajduje oparcie w materiale dowodowym, uprawniony jest do udzielenia na to pytanie przeczącej odpowiedzi. Zaistnienie „poważnego wykroczenia zawodowego” jest bowiem okolicznością, którą co do zasady, weryfikuje sąd powszechny, rozstrzygając spór między wykonawcą a instytucją zamawiającą. Oczywiście jest przy tym, że na gruncie przesłanek wykluczenia okoliczność tę bada również KIO, niemniej jednak dopóki wyrok (sądu lub Izby) nie zapadł, wykonawca uprawniony jest do obstawania przy swoim stanowisku i udzielania przeczącej odpowiedzi. Udzielenie odpowiedzi twierdzącej, w sytuacji, w której wykonawca np. toczy spór przed sądem powszechnym, byłoby zupełnie nieracjonalne. Nie dziwi zatem, że zarówno Lider, jak i Partner Konsorcjum na pytanie JEDZ dotyczące

art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp odpowiedzieli przecząco.

Odmienne kształtuje się sytuacja na gruncie pytania dotyczącego art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten uzależnia wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

od zaistnienia okoliczności w postaci obciążenia wykonawcy przyczynami zaistniałej sytuacji, to przesłanka ta nie pojawia się w treści samego pytania JEDZ. Pytanie to bowiem sprowadza się jedynie do weryfikacji czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa została rozwiązana przed czasem, lub na wykonawcę nałożono odszkodowanie bądź inne sankcje w związku z wcześniejszą umową.

Zatem obowiązkiem wykonawcy udzielającego odpowiedzi na to pytanie jest jedynie wskazanie czy ów fakt (rozwiązanie umowy, nałożenie odszkodowania/ innej sankcji) miał miejsce. Zatem na etapie wypełniania JEDZ wykonawca nie może założyć, że, skoro, w jego opinii, nie zasługuje na wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (gdyż nie ponosi winy za niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy), to ma prawo udzielić przeczącej odpowiedzi. W ten sposób odbiera bowiem zamawiającemu prawo do oceny czy te obiektywne, „zerojedynkowe” okoliczności w istocie rzutują na jego wiarygodność, rzetelność i uczciwość.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum PBI nie dochowało ww. obowiązku. PBI Infrastruktura jak i PBI WMB nie uwzględniły w złożonych dokumentach JEDZ faktu naliczenia kar umownych wykonawcom występującym w ramach konsorcjum w toku realizacji Kontraktu Sieniawa – Wola.

W ramach Kontraktu Sieniawa – Wola, doszło do naliczenia ww. wykonawcom kar umownych z tytułu nienależytej realizacji umowy na przełomie 2022/2023 roku w wysokości niemalże miliona złotych. Dowodziło to, że na gruncie JEDZ, Konsorcjum PBI wprowadziło Zamawiającego w błąd. Zarówno bowiem Lider jak i Partner Konsorcjum PBI - PBI WM udzielili odpowiedzi „NIE” na pytanie dotyczące okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Takie zachowanie Konsorcjum PBI miało wpływ na dalsze działanie Zamawiającego. Zamawiający nie wiedział o opisanych okolicznościach (choć sama wiedza Zamawiającego jest okolicznością zasadniczo irrelevantną w świetle art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp). Dlatego też nie wykluczył on Wykonawcy z Postępowania i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Wobec Wykonawcy wystąpiły podstawy wykluczenia opisane w treści art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Konsorcjum PBI wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji,

że nie podlega wykluczeniu (zataiło te informacje), w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa.

Zatajenie tych informacji niewątpliwie nastąpiło w warunkach zamierzonego działania. Trudno bowiem przyjąć, że profesjonalni wykonawcy, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie mieli wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji. Zatem, zatajając tę informację, Konsorcjum PBI liczyło zapewne na to, że Zamawiający nie wejdzie

w ich posiadanie, co z kolei skutkować będzie przyznaniem zamówienia. Nawet, gdyby przyjąć (co w opinii Odwołującego jest jednak nieuzasadnione), że nie mamy do czynienia

z zamierzonym działaniem, to Konsorcjum PBI należy bezsprzecznie przypisać działanie

w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 109

ust. 1 pkt 8 Pzp.

Spełniony został również skutek, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – ten przepis nie wymaga bowiem wprowadzenia w błąd/ zatajenia (stan dokonany), a jedynie przedstawienia informacji „wprowadzających w błąd”, mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego (stan hipotetyczny).

Nałożone w ramach kontraktu Sieniawa – Wola kary uzasadniały wykluczenie konsorcjum PBI w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp, a to z uwagi na następujące nieprawidłowości, jakich PBI Infrastruktura oraz PBI WMB dopuściły się w ramach tego Kontraktu:

- brak wniesienia i ciągłości utrzymywania ważnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne przez cały okres realizacji zamówienia w odpowiedniej wysokości;
- brak wniesienia i ciągłości ubezpieczenia ryzyk budowlano-montażowych, tzw. ubezpieczenia CAR (ubezpieczenie prac budowlanych; obejmuje szkody powstałe w wyniku nieprzewidzianych zdarzeń, jak m.in. pożar, powódź, osuwanie się gruntu, wichura, a także nieprawidłowe wykonawstwo, błąd ludzki czy akty wandalizmu) przez cały okres realizacji zamówienia,

co uzasadniało naliczenie przez zamawiającego – Województwo Podkarpackie –PZDW kar umownych.

W toku realizowanej wcześniej umowy w sprawie zamówienia publicznego (Kontrakt Sieniawa – Wola), PBI Infrastruktura jak i PBI WMB naruszyli ustawowy obowiązek ustanowienia

i utrzymania ważnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne przewidziany w szczególności w art. 147 i n. Pzp2004. PZDW nie posiadał ważnego Zabezpieczenia przez okres co najmniej 466 dni.

Przez cały ten okres PZDW pozbawiony był możliwości zaspokojenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (por. art. 147 Pzp2004), jak i roszczeń z tytułu rękojmi za wady (por. art. 151 ust. 2 Pzp2004).

Brak zapewnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne, z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia, w niezmiennej wysokości w toku realizacji Kontraktu Sieniawa – Wola przesądził o zaktualizowaniu uprawnienia PZDW do naliczenia kary umownej z tytułu uchybienia terminowi ustanowienia nowego zabezpieczenia (pkt. 16.1.1.(y) Kontraktu Sieniawa – Wola. Niezależnie zaś w związku z ww. naruszeniem Umowy PBI Infrastruktura oraz PBI WMB ponosiło (i ponosi) odpowiedzialność odszkodowawczą (ex contractu) na zasadach ogólnych (art. 471 Kc).

Powyższe stanowiło naruszenie zarówno istotnego zobowiązania w związku z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp), ale także naruszenie elementarnego obowiązku zawodowego wykonawcy (por. art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Zgodnie z wiedzą posiadaną przez Odwołującego, jeszcze przed zawarciem Umowy, PBI Infrastruktura i PBI WMB wniosło na rzecz PZDW zabezpieczenie należytego wykonania umowy w postaci ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek. Powyższe odpowiadało zabezpieczeniu, o którym mowa w Artykule 10 (Zabezpieczenie należytego wykonania umowy) Umowy („Zabezpieczenie”). Zabezpieczenie miało spełniać nie tylko cele, jakie przewidziano dla tej instytucji w przepisach powszechnie obowiązujących, ale także te wprost wyrażone w postanowieniach Umowy.

Ponadto, w Umowie przewidziano, że w trakcie realizacji Kontraktu Sieniawa – Wola Wykonawca (PBI Infrastruktura i PBI WMB) może dokonać zmiany formy Zabezpieczenia należytego wykonania umowy na jedną lub kilka form, o których mowa w przepisach prawa zamówień publicznych, pod warunkiem, że zmiana formy Zabezpieczenia zostanie dokonana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości (por. pkt. 10.8 Umowy). Postanowienia Kontraktu Sieniawa – Wola w tym zakresie korespondują z regulacją ustawową (art. 149 ust. 1 Pzp2004).

Niezależnie od zadośćuczynienia obowiązkowi umownemu wniesienia Zabezpieczenia, PBI Infrastruktura oraz PBI WMB nie zapewnili, aby Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zachowało moc wiążącą w okresie wykonywania Kontraktu Sieniawa – Wola oraz w okresie rękojmi za wady fizyczne, w tym nie wywiązało się z obowiązku ustanowienia nowego Zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed wygaśnięciem ważności dotychczasowego Zabezpieczenia. Od dnia 30.10.2021 r. do dnia 09.02.2023 r., tj. przez okres 466 dni brak było zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. We wskazanym okresie wykonywania Umowy Zamawiający nie posiadał ważnego Zabezpieczenia. Powyższe uzasadniało naliczenie przez zamawiającego – Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich (PZDW) kar umownych. Na odmienną ocenę powyższej okoliczności nie wpływał przy tym fakt, że 09.02.2023 r. PBI Infrastruktura wraz z PBI WMB uzyskali aneks do Zabezpieczenia, na mocy którego wprowadzono zmianę wydłużającą ważność Zabezpieczenia w okresie od 09.04.2021 r. do 14.08.2023 r. w zakresie należytego wykonania umowy, a w okresie od 15.08.2023 r. do 30.08.2030 r. w zakresie usunięcia wad

i usterek. Naruszenie jakiego dopuściło się PBI Infrastruktura oraz PBI WMB było na swój sposób „nieodwracalne”, a to wobec braku możliwości sanowania faktu niezapewnienia przez ww. wykonawców ciągłości posiadania przez PZDW ważnego Zabezpieczenia.

W toku realizacji Kontraktu Sieniawa – Wola, PBI Infrastruktura wraz z PBI WMB naruszyło ustawowy obowiązek zapewnienia ubezpieczenia od ryzyk budowlanych obiektu („Ubezpieczenie CAR”). Stosownie do Kontraktu Sieniawa – Wola PBI Infrastruktura i PBI WMB zobowiązali się do zawarcia na czas obowiązywania umowy i przekazania PZDW - nie później niż na 3 dni przed dniem, w którym ma nastąpić przekazanie terenu budowy – umowę lub umowy ubezpieczenia od wszelkiego ryzyka i odpowiedzialności związanej z realizacją umowy, w tym za budowę obiektu, w zakresie m.in. od ryzyk budowlanych obiektu (np. CAR, EAR lub CWAR) z sumą ubezpieczenia nie niższą niż cena ofertowa brutto (pkt. 5.21.1. lit. a) Kontraktu). W rzeczywistości PBI Infrastruktura i PBI WMB nie posiadali Ubezpieczenia CAR przez okres co najmniej 412 dni, tj. do dnia przyjęcia kontraktu do ochrony 29 września

2021 r. Brak wniesienia i ciągłości Ubezpieczenia CAR przesądził o zaktualizowaniu uprawnienia PZDW do naliczenia kary umownej z tytułu braku ubezpieczenia (pkt. 16.1.1.(b) Kontraktu). Niezależnie zaś w związku z ww. naruszeniem Umowy PBI Infrastruktura i PBI WMB ponieśli (i ponoszą) odpowiedzialność odszkodowawczą (ex contractu) na zasadach ogólnych (art. 471 Kc).

Zamawiający – PZDW:

- 1.ustanowił obowiązek ubezpieczenia przez cały okres realizacji kontraktu;
- 2.nakazał uwzględnienie jego ceny w ofercie;
- 3.określił zakres ryzyka które podlega ochronie;
- 4.zapłacił wykonawcy za ubezpieczenie udzielone na warunkach wskazanych w lit. a.)

a ubezpieczenia nie otrzymał od wykonawcy – PBI Infrastruktura i PBI WMB.

Fakt zasadności nałożenia przez PZDW kary umownej wobec nienależytego wykonywania Kontraktu Sieniawa – Wola przez PBI Infrastruktura jak i PBI WMB przesądzał o wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie z 12 lipca 2023 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 1 i 2 były chybione jako, że wskazane przez Odwołującego podstawy do wykluczenia Konsorcjum PBI nie miały miejsca, tym samym nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd czy wreszcie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2

lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8

lub 10 Pzp i w zw. z art. 109 ust. 7 Pzp, przez brak wykluczenia Wykonawcy konsorcjum PBI.

W związku z tym, że Odwołujący odnosił się do zadania Kontrakt Sieniawa - Wola, co do którego Zamawiający nie miał wiedzy, wystąpił on do inwestora - PZDW z pytaniem czy kary umowne przywołane w odwołaniu zostały naliczone wykonawcy PBI Infrastruktura.

W odpowiedzi Inwestor, PZDW jednoznacznie wskazał, że nie doszło do naliczenia kar umownych w toku realizacji przedmiotowej umowy. Tym samym podnoszony przez Odwołującego zarzut był bezprzedmiotowy, skoro owe naruszenia w ogóle nie miały miejsca.

Dowód:

- Pismo od Inwestora PZDW z 27.07.2023 r. o numerze PZDW-WI3052/DW867/56/23

Zarzut nr 3 – zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp był chybiony, gdyż zgodnie

z jego dyspozycją zamawiający wyklucza wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. Tymczasem zamawiający nie był w posiadaniu jakichkolwiek dowodów, które skutkowałyby odrzuceniem Konsorcjum PBI na podstawie powyższego artykułu. Takich dowodów nie przedstawił również Odwołujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak

również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania i pismach procesowych oraz 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 odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając,

że pierwsze z odwołań – KIO 2117/23 nie zasługuje na uwzględnienie, a odwołanie KIO 2120/23 zasługuje na uwzględnienie częściowe.

Rozpoznając odwołania Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz;
2. oferty Konsorcjum PBI wraz z załącznikami,
3. korespondencji Zamawiającego z Konsorcjum PBI

Dokumentów złożonych przez Konsorcjum PBI wraz z pismami procesowymi:

1. Program Funkcjonalno-Użytkowy dla zamówienia pn. „Zaprojektowanie i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa” i „Świdarska” – Faza I (Nitka B);
2. Mapa pobrana ze strony internetowej www.geoportal.gov.pl;
3. Umowa konsorcjum Przystępującego;
4. Wyciąg z umowy zawartej pomiędzy MPWiK w M.st. Warszawie a Inżynierią Rzeszów S.A. na wykonanie zadania pn.: „Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego - Etap I”;
5. Umowa o prace projektowe Nr151/663/2021/U zawarta pomiędzy Inżynierią Rzeszów S.A. a AQUA S.A;
6. Zeczenie dla pana J. W. KANPRO;
7. Projekt wykonawczy "Budowa kolektora Wiślanego -1 ETAP", branża: Technologia – strona tytułowa;
8. Projekt obudowy wykopu dla komory połączeniowej KM6 – strona tytułowa;

- 9.Przekazanie projektów wykonawczych (plik nr 8.1);
- 10.Przekazanie projektów wykonawczych (plik nr: 8.2);
- 11.Przekazanie projektów wykonawczych (plik nr: 8.3)
- 12.Pismo od Inwestora PZDW z 27.07.2023 r. o numerze PZDW-WI3052/DW867/56/23.

Dokumentów złożonych przez Odwołującego PDM wraz z pismem procesowym:

- 1.Umowa nr 172/243/ 3052/WFU /16/2020/2021 z dnia 9 kwietnia 2021 r. wraz z aneksami w przedmiocie realizacji zamówienia pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 867 Sieniawa – Wola Mołodycka – Oleszyce – Lubaczów – Podemszczyzna – Werchrata – Hrebenne na odcinku od km ok. 38+313,00 do km ok. 45+621,43 i od km ok. 45+918,12 do km ok. 47+725,00 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury, budowli i urządzeń budowlanych.” (Kontrakt Sieniawa – Wola)
- 2.Pismo PZDW do PBI z 16.12.2022, PZDW-WFU-3052/DW867/43/22
- 3.Pismo PZDW do PBI z 08.03.2022, PZDW-WFU-3052/DW867/49/23
- 4.Pismo PZDW do PBI z 14.04.2022, PZDW-W1-3052/DW867/51/23
- 5.Pozostałe pisma i dokumenty.

Izba oddaliła dowód z Pisma Burmistrza Miasta Sandomierza stanowiącego odpowiedź

na zapytanie skierowane na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2022.902 z późn. zm.), znak IP.1431.54.2023.MG uznając, że dokument ten i teza dowodowa wykraczają poza zakres zarzutów odwołania.

Ze względu na fakt, że Izba uwzględniła zarzut nr 1 odwołania KIO 2120/23, zarzut nr 4, podniesiony jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podstawowych nie podlegał rozpoznaniu.

KIO 2117/23

W SWZ Zamawiający ustanowił m. in. następujący warunek udziału w postępowaniu

w zakresie doświadczenia (Rozdział VII, pkt 1 ppkt 4 lit. a):

„Wykonawca winien wykonać zadania odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. minimum:

– 1 zadanie odpowiadające swoim rodzajem tj. wykonanie projektu obejmującego zaprojektowanie budowy lub przebudowy lub rozbudowy kanalizacji deszczowej

lub ogólnospławnej o średnicy min. DN1000 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto (wartość usługi projektowej)”.

Warunek ten uległ modyfikacji 8 maja 2023 r., wraz z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 14 do treści SWZ:

„Zamawiający wymaga aby wykonawca wykazał się m.in. doświadczeniem w zakresie wykonania:

- 1 zadania odpowiadającego swoim rodzajem tj. wykonanie projektu obejmującego zaprojektowanie budowy lub przebudowy lub rozbudowy kanalizacji deszczowej

lub ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto (wartość usługi projektowej dla strictly obiektu kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości minimum 1 000 000 zł brutto)”.

Zgodnie z Rozdziałem X pkt 6: W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca

na wezwanie zamawiającego przedkłada następujące dokumenty:

- 1) wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te i usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - zał. nr 5a”.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum PBI złożył wykaz zgodny z załącznikiem nr 5a i przedstawiło w nim informacje o następujących zadaniach:

- 1.Dokumentacja projektowa: pn.: „Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 855 Zaklików – Stalowa Wola wraz z budową mostu na rzece San oraz budową, przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych w miejscowościach Stalowa Wola, Brandwica i Rzeczyca Długa”.

Wartość prac projektowych: 2 833 920,00 zł brutto

Czas realizacji: 12.10.2020 r. - 15.02.2023 r.

Inwestor: Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich.

2. Dokumentacja projektowa dla zadania pn. „Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego Etap I”, obejmująca zaprojektowanie budowy kanalizacji ogólnospławnej o średnicy min. DN 800

Wartość prac projektowych: 3 486 268,95 zł brutto, w tym wartość usługi projektowej (projekty wykonawcze) kanalizacji ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 - 3 223 816,47 zł brutto

Czas realizacji: 18.06.2021 r. - 27.10.2022 r.

Inwestor: MPWiK w m.st. Warszawie S.A.

3. Dokumentacja projektowa dla zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa” i „Świderska” Faza I (Nitka B)” obejmująca zaprojektowanie budowy kanalizacji sanitarnej o średnicy min. DN 800

Wartość prac projektowych: 3 738 831,00 zł brutto, w tym wartość usługi projektowej (projekt budowlany i wykonawczy) kanalizacji sanitarnej o średnicy min. DN 800: 3 215 394,66 zł brutto,

Czas realizacji: 09.02.2021 r. - 31.05.2021 r.

Inwestor: MPWiK w m.st. Warszawie S.A.

4. Dokumentacja projektowa: „Budowa linii napowietrzno-kablowej WN pomiędzy GPO Rąbino a GPZ Połczyn-Zdrój”

Wartość prac projektowych: 625 000, 00 zł netto, 768 750, 00 zł brutto

Czas realizacji: Od 01.2022 r. - do 05.2022 r.

Inwestor: P&Q Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Wobec faktu, że zarzuty odwołania koncentrowały się wobec zadań wskazanych w punkcie

2 i 3 kwestie dotyczące pozostałych dwóch zadań z wykazu i ich znaczenia dla oceny spełnienia przez Konsorcjum PBI warunków udziału w postępowaniu były bez znaczenia w sprawie.

26 maja 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp: „wzywa wykonawcę

do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji przedłożonych przez partnera konsorcjum Inżyniera Rzeszów S.A. ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ):

1. Partner konsorcjum Inżyniera Rzeszów S.A. w Części IV: Kryteria kwalifikacji, sekcji C: ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA I ZAWODOWA (JEDZ) wskazał, iż zrealizował zadanie:

Zadanie IV.2 – Budowa kolektora Wiślanego – Etap I” - wykonanie projektu obejmującego zaprojektowanie budowy kanalizacji ogólnospławnej o średnicy DN1200 - wartość robót: 3 486 268,95 zł brutto - zamawiający: MPWiK w m.st. Warszawie S.A. - termin realizacji: 18.06.2021r. – 27.10.2022 r.

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o jednoznaczne wskazanie czy powyższa realizacja obejmowała wykonanie zadania w formule zaprojektuj i wybuduj, ewentualnie czy jest to tylko robota budowlana czy tylko usługa?

Ponadto gdyby w ramach powyższego zadania wykonywana była również usługa projektowa, to jaka jest wartość samej usługi dla wykonania projektu obejmującego zaprojektowanie budowy kanalizacji ogólnospławnej o średnicy min. DN800 w ramach niniejszego zadania”.

30 maja 2023 r. Konsorcjum PBI w odpowiedzi wyjaśniło:

„Wykazane zadanie w Części IV: Kryteria kwalifikacji, sekcji C: ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA

I ZAWODOWA (JEDZ) przez Inżynierię Rzeszów S.A. – Partnera 2 tj.: „Zadanie IV.2 – Budowa kolektora Wiślanego Etap I” – wykonanie projektu obejmującego zaprojektowanie

budowy kanalizacji ogólnospławnej o średnicy DN1200 – wartość robót: 3 486 268,95 zł

brutto – zamawiający: MPWiK w m.st. Warszawie S.A. – termin realizacji: 18.06.2021 r. – 27.10.2022 r.” obejmuje:

1. Realizacja w formule: zaprojektuj i wybuduj.

2. Wartość całkowita zadania: 74 538 232,59 zł brutto, w tym wartość wykonanych prac projektowych (usługi): 3 486 268,95 zł brutto.

16 czerwca 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp wezwał Konsorcjum PBI

do wyjaśnień i zadał mu m. in. pytanie:

„Czy w ramach zadania - Dokumentacja projektowa dla zadania pn. „Zaprojektowanie

i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa” i „Świderska” –Faza I (Nitka B)” na rzecz MPWiK w m.st. Warszawie S.A obejmowała prace projektowe kanalizacji sanitarnej o średnicy DN 800 czy prace projektowe kanalizacji deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min DN 800 i wartości min 1 000 000 zł brutto?”.

22 czerwca 2023 r. Wykonawca wyjaśnił, że: „w ramach zadania pn.: „Zaprojektowanie

i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa” i „Świdierska” – Faza I (Nitka B)” na rzecz MPWiK w m.st. Warszawie S.A. dokumentacja projektowa obejmowała prace projektowe kanalizacji ogólnospławnej o średnicy min. DN 800 i wartości min. 1 000 000 zł brutto.

Mając na względzie dochowanie należytej staranności, Wykonawca wyjaśnia dodatkowo,

iż w przekazanych wykazach robót budowlanych w zakresie zadań: „Zaprojektowanie

i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa” i „Świdierska” –Faza I (Nitka A)” oraz „Zaprojektowanie i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa” i „Świdierska” – Faza

I (Nitka B)” wykonywane roboty budowlane również dotyczyły kanalizacji ogólnospławnej”.

23 czerwca 2023 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum PBI następujące wezwanie:

„(...) na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wzywa do uzupełnienia dokumentów:

1) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych (...).

Wykonawca w wykazie usług wskazał m.in. zadania:

2.) Dokumentacja projektowa dla zadania pn.: „Zadanie IV.2 –Budowa kolektora Wiślanego – Etap I”, Obejmująca zaprojektowanie budowy kanalizacji ogólnospławnej o średnicy min. DN 800, na rzecz MPWiK w m.st. Warszawie S.A. (...) zadanie zrealizowane przez Inżyniera Rzeszów S.A. – partnera konsorcjum. Wykonawca na potwierdzenie realizacji niniejszego zadania załączył dokument potwierdzający wykonanie niniejszego zadania przez Inżyniera Rzeszów S.A., jednakże z tego dokumentu nie wynika iż usługa została wykonana należyście.

W odpowiedzi z 3 lipca 2023 r. Konsorcjum PBI wskazało:

„3. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2023 r. Wykonawca

w pierwszej kolejności wskazuje, iż z dokumentów uprzednio przez niego przedłożonych,

a wymienionych powyżej, tj. z protokołu zdawczo – odbiorczego z dnia 9 maja 2023 r. oraz z pisma MPWiK m.st. Warszawa z dnia 2 czerwca 2023 r., w istocie wynika, że usługi projektowe w nich opisane zostały wykonane w sposób należyty. Świadczą o tym znajdujące się w tych dokumentach następujące sformułowania:

1) „Zamawiający nie wniósł uwag do przekazanych materiałów”, „Zamawiający uznaje, że opracowanie jest kompletne”, „Zamawiający uznaje, że opracowanie jest zgodne z zapisami umowy” – w odniesieniu do protokołu zdawczo – odbiorczego z dnia 9 maja 2023 r.;

2) „(...) Jednostka Realizująca Projekt potwierdza, że w ramach realizowanego obecnie w formule „projektu i buduj” przez firmę Inżyniera Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów, zadania pn. „Zadanie IV.2 – Budowa kolektora Wiślanego – etap I (...) zgodnie z umową nr 716/US/PW/JRP-DNP/B/21 z dnia 18 czerwca 2021 r., opracowana została dokumentacja wykonawcza w zakresie branży: konstrukcyjnej, drogowej, technologii, instalacji elektrycznych, AKPiA”.

4. Co więcej, Wykonawca wskazuje, iż Partner nr 2 opierając się na piśmie z MPWiK

m.st. Warszawa z dnia 2 czerwca 2023 r., na podstawie prawidłowo wykonanej dokumentacji projektowej w ramach zadania pn. „Zadanie IV.2 – Budowa kolektora Wiślanego – etap I” przystąpił do realizacji robót budowlanych, które obecnie są

na końcowym etapie realizacji, co również potwierdza należyte wykonanie usługi, o której mowa w pkt 1 podpkt. 2) niniejszego pisma (...).

7. Powyższe rozważania potwierdzają, iż z dokumentacji przedłożonej przez Wykonawcę,

o której mowa w pkt 1 powyżej, wynika, że wymienione tam usługi zostały wykonane

w sposób należyty. Niemniej jednak czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego z dnia

23 czerwca 2023 r., w odniesieniu do pkt. 1), Wykonawca w załączeniu przedkłada:

1) oświadczenie z dnia 26 czerwca 2023 r. wydane przez Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie;

2) pismo MPWiK m.st. Warszawa z dnia 28 czerwca 2023 r.;

3) wykazy tomów projektów wykonawczych dla zadania pn. „Zadanie IV.2 – Budowa kolektora Wiślanego – etap I” dla kolektora i separatora

4) oświadczenie Partnera nr 2 z dnia 3.07.2023 r. (...).

W zakresie zakładanego podziału prac pomiędzy konsorcjantów Konsorcjum PBI złożyło oświadczenie na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, w którym wskazało:

„1. Poniższy zakres zamówienia:

–Opracowanie dokumentacji projektowej wielobranżowej wraz z decyzjami,

–Roboty przygotowawcze,

–Prace rozbiórkowe,

–Roboty ziemne,

- Podbudowy,
- Nawierzchnie,
- Roboty wykończeniowe,
- Oznakowanie dróg i urządzenia bezpieczeństwa ruchu,
- Elementy ulic,
- Parkingi i zatoki,
- Branża elektryczna (oświetlenie, monitoring, zasilanie przystanków, kanał technologiczny, budowa linii 110kV)
- Zieleń,
- Tablice informacyjno – pamiątkowe
- Drogi dla pieszych i rowerów

wykona wykonawca: PBI Infrastruktura S.A., ul. Kolejowa 10E, 23-200 Kraśnik – Lider Konsorcjum

2. Poniższy zakres zamówienia:

- Produkcja i sprzedaż masy bitumicznej.

wykonawca: PBI WMB Sp. z o.o., ul. Błonie 8, 27-600 Sandomierz – Partner nr 1

3. Poniższy zakres zamówienia:

- Branża konstrukcyjna (żelbetowy zbiornik retencyjny z komorą przelotową),
- Zabezpieczenie i przebudowa gazociągu stalowego w/c DN100,
- Przebudowa gazociągu śr/c PE DN110,
- Branża sanitarna (kanalizacja deszczowa),
- Branża sanitarna.

wykona wykonawca: Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów – Partner nr 2".

W zakresie zadania „Zaprojektowanie i wykonanie uzupełniającej instalacji do transferu ścieków łączącej obiekty na Zakładzie „Farysa” i „Świdarska” Faza I (Nitka B)” na podstawie dowodów złożonych w postępowaniu Izba ustaliła, że zadanie dotyczyło kanalizacji ogólnospławnej. Izba doszła do takiego przeświadczenia na podstawie:

1.Przytoczonej przez Odwołującego publikacji ze strony internetowej Inwestora: „Nowy przewód pod Wisłą pozwoli na łączną pracę wszystkich dostępnych pomp w obiekcie, co zwiększy maksymalną wydajność przesyłu, oraz przyczyni się do polepszenia dynamiki pracy układu i ograniczenia ilości wód opadowych zmieszanych ze ściekami odprowadzanych do Wisły w czasie deszczu”.

2.PFU – str. 16 i 17: „Przez rurociągi będą przepływały pod ciśnieniem hydrostatycznym (lub pochodzącym z układu pompowego) ścieki ogólnospławne, charakteryzujące

się dużą zawartością związków mineralnych, przede wszystkim piasku oraz dużą zawartością chlorków, wchodzących w skład środków stosowanych do odładzania ulic. Wobec powyższego zastosowany materiał musi się charakteryzować dużą odpornością na ścieranie i dużą odpornością chemiczną”.

3.Wydruku mapy ze strony internetowej Geoportal (oznaczenie kanału jako ogólnospławnego).

Ponadto Odwołujący nie złożył jednoznacznego dowodu dla wykazania tezy, że przedmiotowe zadanie dotyczyło – zgodnie z jego twierdzeniem – kanalizacji sanitarnej.

Z powyższych względów Izba uznała, że w zakresie objętym zarzutami odwołania Konsorcjum PBI wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu, ponieważ Zamawiający wymagał doświadczenia w opracowaniu jednej dokumentacji projektowej. Z tego względu kwestia drugiego z kwestionowanych przez Odwołującego zadań nie miała znaczenia dla wyniku sprawy w tej części. W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego Izba wskazuje jednak,

że warunek dotyczył projektu obejmującego zaprojektowanie budowy lub przebudowy

lub rozbudowy. Tym samym stanowisko Zamawiającego, który twierdził, że opracowanie projektów wykonawczych byłoby wystarczające w świetle warunku udziału w postępowaniu było niezasadne. Nie ulega wątpliwości, że projekt wykonawczy stanowi jedynie element projektu budowy, stąd - abstrahując od istotnego znaczenia projektu wykonawczego

dla realizacji zamierzenia budowlanego – jasnym jest, że opracowanie takie ma charakter węższy od projektu budowy.

Stanowisko Odwołującego potwierdziło się co do jego twierdzenia o niewłaściwym, wobec sposobu wykazania przez Konsorcjum PBI doświadczenia w projektowaniu, podziale zadań wynikającym z oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp.

Między stronami nie było sporu, co do okoliczności, że zadania na którym realizację powołało się Konsorcjum, zostały zrealizowane przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. Zamawiający wywodził z faktu, że realizacja branży sanitarnej została przypisana temu podmiotowi fakt, że wykazane doświadczenie zostało powiązane w sposób właściwy z wykonawcą, który miał zrealizować odpowiedni zakres przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje jednak, że treść oświadczenia Konsorcjum nie było wystarczająco jednoznaczna.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp:

3.W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych

lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4.W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający

się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Zgodnie z treścią oświadczenia po stronie PBI Infrastruktura S.A. leżeć miało opracowanie dokumentacji projektowej wielobranżowej wraz z decyzjami. Trudno w tej sytuacji

o pozbawione wątpliwości przeświadczenie, że projekty w branży sanitarnej wykonać miałyby wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. O ile Zamawiający zasadnie wskazał, że ocenie podlega całość dokumentów złożonych przez wykonawcę w postępowaniu, to nie można uznać,

że Zamawiający ma prawo pominąć oczywistą niejednoznaczność w dokumencie dotyczącym zamierzonego podziału zakresów prac pomiędzy konsorcjantów.

Wobec uwzględnienia przez Izbę odwołania KIO 2120/23 ze skutkiem w postaci nakazania Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Konsorcjum PBI, Izba uznała, że opisane powyżej okoliczności dotyczące oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp nie miały wpływu na wynik postępowania. Oświadczenie to jest jednym z dokumentów, które podlegają uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania KIO 2120/23 spowodowało, że niecelowym byłoby nakazanie Zamawiającemu jakichkolwiek działań wobec oferty Konsorcjum PBI, związanych ze stwierdzonym uchybieniem, w sytuacji, gdy wykonawcę ten podlega wykluczeniu z postępowania.

W konsekwencji odwołanie podlegało oddaleniu w całości, mimo, że część argumentacji Odwołującego – w zaznaczonej wyżej części – była trafna.

KIO 2120/23

Izba ustaliła co następuje:

W złożonych wraz z ofertą oświadczeniach JEDZ, w zakresie podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” wchodzący w skład Konsorcjum PBI wykonawcy PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu udzielili przeczących odpowiedzi.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający i Konsorcjum PBI stali na stanowisku, że w ramach realizacji Kontraktu Sieniawa – Wola nie doszło do nałożenia kar umownych na spółki PBI Infrastruktura i PBI WMB. Co istotne – Konsorcjum PBI nie podjęło choćby próby odniesienia się do twierdzeń Odwołującego dotyczących nieprawidłowości, do których miało dość w toku realizacji Kontraktu. Przystępujący ograniczył się jedynie do zaprzeczenia twierdzeniom Odwołującego, opierając się na piśmie PZDW z 27 lipca 2023 r., w którym Inwestor stwierdził, że na wykonawcę nie nałożono kar umownych.

Z dokumentów złożonych przez Strony w postępowaniu wynika następująca chronologia zdarzeń:

1.16.12.2022 - pismo PZDW do PBI Infrastruktura S.A. i PBI WMB sp. z o.o. (PZDW-WFU-3052/DW867/43/22)

„Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie informuje, że mając na uwadze zapisy Umowy Nr 172/243/3052MFU/16/2020/2021 z dnia 09.04.2021 r. wraz z późniejszymi Aneksami, zobowiązany jest naliczyć Wykonawcy Kary Umowne (...).

Kolejnym czynnikiem wpływającym na naliczenie kar umownych jest brak ciągłości ubezpieczenia CAR, o którym mowa w pkt 5.21.4 Umowy. Powyższe okoliczności obligują Zamawiającego do zastosowania procedury naliczenia kary zgodnej z Art. 16 Umowy

Nr 172/243/3052/WFU/16/2020/20211 łącznie dla wszystkich Etapów objętych niniejszą Umową.

- zgodnie z Art. 16 Umowy, pkt. 16.1.1.b) Zamawiający nalicza, a Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu braku ubezpieczenia o którym mowa w pkt 5.21.4

w wysokości 1 000,00 PLN za każdy dzień braku ubezpieczenia:

Okres ważności ubezpieczenia CAR — Certyfikat 35 do ubezpieczenia ryzyk budowy typ 88891 nr 7000659 potwierdzający przyjęcie kontraktu do ochrony: 29.09.2021 r.

29.09.2021 r. - 15.11.2022 r. = 412 dni.

412 dni x 1 000,00 zł brutto = 412 000,00 zł brutto,

Łączna wysokość kar umownych na dzień 16.12.2022r. w zakresie w/w okoliczności wynosi 429 874,57 zł brutto i zostanie naliczona z najbliższej faktury VAT przedstawionej Zamawiającemu (...).”

2.08.03.2023 r. - pismo PZDW do PBI Infrastruktura S.A. i PBI WMB sp. z o.o. (PZDW-WFU-3052/DW867/49/23)

„Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich (...) z tytułu uchybienia przez Wykonawcę terminowi ustanowienia nowego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy nr 172/243/3052/WFU/16/2020/2021 z dnia 9 kwietnia 2021 r. (...) Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie poniżej przedstawia swoje stanowisko w sprawie.

Wykonawca wskazuje na brak podstaw do nałożenia, a następnie egzekwowania przez Zamawiającego kary umownej z tytułu uchybienia terminowi ustanowienia nowego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. We wnioskach i opinii Wykonawca stwierdza że uprawnia go do tego fakt zapewnienia ciągłości zabezpieczenia. Ponadto podaje, że w jego ocenie, nie można zastosować wykładni literalnej postanowienia pkt 16.1.1 lit. y Umowy oraz że okoliczności faktyczne sprawy wymagają podejścia celowościowego lub zastosowania kombinowanej metody wykładni. Ostatecznie Wykonawca podaje, że „niezależnie

od powyższego, nie przesądzając o skuteczności czy też bezskuteczności postanowienia umownego zastrzegającego tę karę umowną (wobec argumentacji prawnej przedstawionej

w pkt 4.3.4 - 4.3.12 Opinii), można stwierdzić, że jej nałożenie a kolejno egzekwowanie

od Wykonawcy, stanowiłoby przejaw nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy”.

Odnosząc się do powyższego Zamawiający wskazuje, że Wykonawca wniósł zabezpieczenie w postaci ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad

i usterek w dniu 7.04.2021 r. z tym, że na okres od 9.04.2021 r. do 29.10.2021 r. jako gwarancji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, zaś na okres

od 30.10.2021 r. do 13.11.2028 r. jako gwarancji w przypadku nie usunięcia lub nie należytego usunięcia wad usterek. Po dniu 29.10.2021 r. Wykonawca nie ustanowił nowego zabezpieczenia w postaci gwarancji należytego wykonania umowy. Od dnia 30.10.2021 r.

do dnia 9.02.2023 r., tj. przez okres 466 dni zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie było. Dopiero w dniu 9.02.2023 r. Wykonawca uzyskał/ustanowił aneks nr A1 na mocy którego wprowadzono zmianę pierwotnej treści zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, w ten sposób, że w okresie od 9.04.2021 r. do 14.08.2023 r. Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu.

Jak wskazuje Wykonawca, po podpisaniu aneksu nr A1 do ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek z dnia 7.04.2021 r., zapewnił

on ciągłość zabezpieczenia. Nie zmienia to jednak faktu, że przez okres 496 dni, tj. do dnia ustanowienia Aneksu nr A1 zabezpieczenia należytego wykonania umowy (z uwzględnieniem okresu o którym mowa w pkt 10.12) Umowy nie było”.

3.14.04.2023 r. - pismo PZDW do Pani J. S., Departament Dróg i Publicznego Transportu Zbiorowego, Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego (PZDW-WI-3052/DW867/51/23)

Z treści pisma wynika, że PZDW w tamtym czasie nadal było skłonne nałożyć na wykonawców karę umowną z tytułu braku ciągłości zabezpieczenia należytej realizacji Umowy. Argumentacja w znacznym stopniu stanowiła powielenie tej przytoczonej z pisma z 8 marca 2023 r., stąd jej ponowne cytowanie jest niecelowe.

4.17.05.2023 r. – termin składania ofert i otwarcie ofert w postępowaniu.

5.06.06.2023 r. - Opinia prawna adresowana do Departamentu Dróg i Publicznego Transportu Zbiorowego, Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego.

W treści opinii wskazano m. in.:

„Wykonawca wniósł zabezpieczenie w postaci ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad usterek w dniu 7.04.2021 r. z tym, że na okres

od 9.04.2021 r. do 29.10.2021 r. jako gwarancji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, zaś na okres od 30.10.2021 r. do 13.11.2028 r. jako gwarancji

w przypadku nie usunięcia lub nie należytego usunięcia wad i usterek. Po dniu 29.10.2021 r. Wykonawca nie ustanowił nowego zabezpieczenia w postaci gwarancji należytego wykonania umowy. Od dnia 30.10.2021 r. do dnia 9.02.2023 r., tj. przez okres 466 dni zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie było. Dopiero w dniu 9.02.2023 r. Wykonawca podpisał aneks nr A1, na mocy którego wprowadzono zmianę pierwotnej treści gwarancji, w ten sposób, że m.in. w okresie od 9.04.2021 r. do 14.08.2023 r. Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu. Po podpisaniu aneksu nr A1 do ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek z dnia 7.04.2021 r., Wykonawca zapewnił ciągłość zabezpieczenia. Nie zmienia to faktu, że przez okres 466 dni, gdy aneks nie był jeszcze podpisany, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w pkt 10.12 Umowy nie było”.

„Zamawiający nie poniósł jakiegokolwiek szkody z powodu braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ww. okresie. Nie doszło bowiem do sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, która uprawniałaby go do skorzystania

z tego zabezpieczenia”.

„Stopień winy dłużnika — Wykonawcy również należałoby określić jako niski, jego działanie zakwalifikować można raczej jako zaniedbanie niż celowe działanie”.

„W przedmiotowej sprawie zasadnym pozostaje rozważenie miarkowania kary umownej i zawarcie ugody w trybie art. 54a ust. 1 Ufp”.

6.27.07.2023 r. - Pismo PZDW do Zamawiającego (PZDW-WI-3052/DW867/56/23)

Informacja Inwestora o braku nałożenia na wykonawców kar umownych w ramach realizacji Kontraktu Sieniawa – Wola.

W oparciu o ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że Konsorcjum PBI podlegało wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym

z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który

w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego

w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału

w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w

postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych

podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że na dzień składania ofert Konsorcjum PBI zostało poinformowane o naliczeniu kar umownych, co miało miejsce już w piśmie z 16 grudnia 2022 r. Z pism Zamawiającego kierowanych do Konsorcjum PBI

w marcu i kwietniu 2022 r. wynikało, że Zamawiający – pomimo argumentacji wykonawcy – podtrzymuje swoją decyzję o naliczeniu kar umownych. Okoliczność, że Konsorcjum PBI było w sporze z Inwestorem Kontraktu Sieniawa – Wola co

do skutków braku ciągłości zabezpieczenia należytej realizacji Umowy, nie zwalniała Konsorcjum PBI z udzielenia w odpowiedzi na pytanie zawarte w JEDZ rzetelnej informacji w tym zakresie. Była to okoliczność, o której Wykonawca miał

obowiązek poinformować Zamawiającego w treści oświadczenia JEDZ, niezależnie od tego jak bardzo nie zgadzałby się z PZDW, co do podstaw kar umownych i ich niezasadności. Okoliczność ta powinna zostać ujawniona Zamawiającemu

tak, by on sam mógł ocenić czy wobec ewentualnych nieprawidłowości przy realizacji Kontraktu Sieniawa – Wola, Konsorcjum PBI podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W konsekwencji udzielenie

w oświadczeniu JEDZ przeczącej odpowiedzi na pytanie dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowiło zatajenie informacji przed Zamawiającym, co skutkowało wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Trudno uznać przy tym, że

Przystępujący, którego konsorcjanci

na moment składania ofert w postępowaniu byli w sporze z PZDW nie mieli tego faktu świadomości. Dlatego też Izba uznała, że Przystępujący – Konsorcjum PBI, działał świadomie, a w konsekwencji winien być wykluczony z

postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8

a nie pkt 10 Pzp.

Pozostałe zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

W ocenie Izby, w oparciu o przedstawione przez Odwołującego dowody nie można stwierdzić, by wobec Konsorcjum PBI wypełniły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia

zamawiający może wykluczyć wykonawcę który

w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość,

w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać

za pomocą stosownych dowodów.

Ze złożonych przez Odwołującego dowodów nie wynika nic, poza sporem PZDW oraz wykonawców PBI Infrastruktura S.A. i PBI WMB sp. z o.o., co do zasadności naliczenia kar umownych z tytułu określonych zdarzeń. Brak jest podstaw

do uznania, że wykonawcy

ci faktycznie poważnie naruszyli swoje obowiązki zawodowe, co miałyby prowadzić

do podważenia ich uczciwości. Informacje dotyczące faktycznego charakteru zdarzeń, które miały prowadzić do naliczenia kar umownych na tych wykonawców są zbyt ogólne, by móc ocenić ewentualny stopień zawinienia

wykonawców, czy też skutki. Ponadto z opinii prawnej z 6 czerwca 2023 r. jasno wynika, że sporządzający opinię był daleki od przypisania wykonawcom celowego czy rażącego zaniedbania w zakresie braku gwarancji należytej realizacji

Umowy. W treści opinii wprost wskazano na zaniedbanie i brak szkody. Z tego względu brak podstaw do uznania, że PBI Infrastruktura S.A. i PBI WMB sp. z o.o. dopuściły się naruszeń tak rażących by uznać, że Konsorcjum PBI podlega

wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Niezależnie od przebiegu sporu PZDW z PBI Infrastruktura S.A. i PBI WMB sp. z o.o. w ramach Kontraktu Sieniawa Wola prawdopodobnie nie nałożono kar umownych na wykonawców. Pismo PZDW z 27 lipca 2023 r. budzi wątpliwości i

jest mało wiarygodne w obliczu wcześniejszej korespondencji Inwestora z PBI Infrastruktura S.A. i PBI WMB sp. z o.o. Materiał dowodowy nie pozwala jednak na jednoznaczne przesądzenie, jaki sposób zakończył się spór wykonawców z

PZDW. Rozstrzygając wątpliwości na korzyść wykonawcy Izba uznała, że nie zostały zatem wypełnione również przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania Izba kierując się wagą uwzględnionego zarzutu i skutkiem uwzględnienia postanowiła obciążyć tymi kosztami w całości Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....