Sygn. akt KIO 1770/23

WYROK
z dnia 6 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski
Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Egoé plus a.s. w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Białystok

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 134 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Egoé plus a.s. i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Egoé plus a.s. wpis od odwołania w wysokości 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1770/23

UZASADNIENIE

W dniu 21 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy wykonawcę Egoé plus a.s. (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Wykonanie zadaszeń przejścia podziemnego pieszo – rowerowego pod torami kolejowymi w rejonie ulic Kolejowej, Zwycięstwa i Św. Rocha w Białymstoku Numer referencyjny: ZDM-XIV.271.30.2023” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Miasto Białystok (dalej jako „Zamawiający”).

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1)art. 128 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez dokonanie nieprecyzyjnych wezwań do uzupełnienia dokumentów składanych przez Zamawiającego do Wykonawcy;

2)art. 128 ust. 4 p.z.p. poprzez nieskorzystanie przez Zamawiającego z możliwości wystąpienia do Wykonawcy o wyjaśnienie treści przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów.

3)art. 134 ust. 1 pkt 21 p.z.p., przez niepouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy, w tym niepouczeniu pisemnym Odwołującego, o środku zaskarżeniu i terminie na jego wniesienie, a przesłanie jedynie Informacji o odrzuceniu oferty z dnia 16 czerwca 2023 r.

4)art. 134 ust. 1 p.z.p. przez niedookreślenie warunków formalnych udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”.

Odwołujący wniósł o:

„1)Unieważnienie czynności w postaci odrzucenia oferty Egoé plus a.s., reprezentowaną przez Egoe plus a.s. S.A. oddział w Polsce;

Ewentualnie

2)Ponowne przeprowadzenie oceny ofert w ramach zamówienia ZDM-XIV.271.30.2023 - Wykonanie zadaszeń przejścia podziemnego pieszo – rowerowego pod torami kolejowymi w rejonie ulic Kolejowej, Zwycięstwa i Św. Rocha w Białymstoku.”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 kwietnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 084-256605.

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu.

W dniu 12 maja 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu przy użyciu środka komunikacji elektronicznej datowane na ten sam dzień pismo (dalej jako „Wezwanie 1”) o treści „Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Wykonanie zadaszeń przejścia podziemnego pieszo - rowerowego pod torami kolejowymi w rejonie ulic Kolejowej, Zwycięstwa i Św. Rocha w Białymstoku.

Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, sporządzoną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, 2) oświadczenia Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r., o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej (na lub wg zał. nr 5 do SWZ) wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej; 3) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem dokument potwierdzający, że przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności; 4) zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem - potwierdzającym, że przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności; 5) oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu (JEDZ), o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w: a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego, c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczących zawarcia z innymi Wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, e) art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r, o podatkach i opłatach lokalnych; 6) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Informacje banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej muszą potwierdzać spełnienie warunku określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3 SWZ, zgodnie z którym Wykonawca winien wykazać się posiadaniem w banku lub spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż: 500 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem; 7) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (na lub wg zał. nr 3 do SWZ), oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty, Informacje zawarte w wykazie muszą potwierdzać spełnienie warunku określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ, zgodnie z którym Wykonawca winien wykazać wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: - co najmniej 1 roboty budowlanej obejmującej wykonanie zadaszenia/wiaty, której wartość zadaszenia/ wiaty wynosiła min. 1 000 000,00 zł brutto; 8) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich uprawnień, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (na lub wg zał. nr 4 do SWZ). Informacje zawarte w wykazie muszą potwierdzać spełnienie warunku określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 4 lit. b) SWZ, zgodnie z którym Wykonawca winien wykazać osobę, skierowaną do realizacji zamówienia publicznego do pełnienia funkcji kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, w rozumieniu ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów albo uprawnione do sprawowania samodzielnej funkcji na podstawie odrębnych przepisów prawa, w specjalności konstrukcyjno- budowlanej. Wymagana forma dokumentów i oświadczeń została

opisana w Rozdziale XVI pkt 9-11 SWZ. Podmiotowe środki dowodowe należy złożyć w terminie do dnia 23.05.2023 r., w sposób określony w Rozdziale XIII pkt 2 SWZ, tj. za pośrednictwem Platformy znajdującej się pod adresem: https://miastobialystok.ezamawiajacy.pl/ w zakładce „Korespondencja”.”.

W odpowiedzi na Wezwanie 1 Odwołujący w dniach od 17 maja do 23 maja 2023 r. przekazał Zamawiającemu dokumenty.

W dniu 31 maja 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu przy użyciu środka komunikacji elektronicznej datowane na ten sam dzień pismo (dalej jako „Wezwanie 2”) o treści „Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Wykonanie zadaszeń przejścia podziemnego pieszo - rowerowego pod torami kolejowymi w rejonie ulic Kolejowej, Zwycięstwa i Św. Rocha w Białymstoku. Z uwagi, iż przedłożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 maja 2023 r., podmiotowe środki dowodowe nie dotyczą Wykonawcy Egoé plus a.s. tj. przedsiębiorcy zagranicznego, tylko jego Oddziału utworzonego w Polsce Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z wykazem podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu, o którym mowa w Rozdz. VIII pkt 1 SWZ, Wykonawca na wezwanie Zamawiającego zobowiązany jest przedłożyć, m.in.: 1) informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, sporządzoną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, 2) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem dokument potwierdzający, że przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności; 3) zaświadczenie albo inny dokument właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem - dokument potwierdzający, że przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności; 4) odpis lub informację z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji. Z uwagi, jednak iż Egoe plus a.s. ma siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca zamiast: - informacji z KRK, o której mowa w pkt 1) - składa informację z odpowiedniego rejestru - takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego - wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, - zaświadczenia, o którym mowa pkt w 2), zaświadczenia albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, o których mowa w pkt 3) lub odpisu albo informacji z Krajowego Rejestru Sadowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, o których mowa w pkt 4) - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: a) nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, b) nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, jego aktywami nie zarządza likwidator lub sąd, nie zawarł układu z wierzycielami, jego działalność gospodarcza nie jest zawieszona ani nie znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury, - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem. Jednocześnie Zamawiający informuje, że jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę łub miejsce zamieszkania, nie wydaje się ww. dokumentów, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania

Wykonawcy. Odpowiednie, aktualne na dzień złożenia podmiotowe środki dowodowe, dotyczące Egoé plus a.s. określone w tiret 1 i 2 należy złożyć w terminie do dnia 12 czerwca 2023 r., w sposób określony w Rozdziale XIII pkt 2 SWZ, tj. za pośrednictwem Platformy znajdującej się pod adresem: https://miastobialystok.ezamawiajacy.pl/w zakładce „Korespondencja", pod rygorem odrzucenia oferty i zatrzymania wadium. Ponadto, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, dotyczących podmiotowego środka dowodowego, ti. wykazu robót budowlanych. W poz. 1 ww. wykazu Wykonawca wskazał, iż zrealizował zamówienie na zadaszenia schodów i pochylni o konstrukcji stalowej, wypełnienie ścian z szklą 30 szt + wiaty przystankowe o konstrukcji stalowej z wypełnieniem szklanym 15 szt. + wiaty pasmowe 2 szt. E30 Trzebinia - Krzeszowice o łącznej wartości robót (brutto) 8 459 664,09 zł. Z przedłożonego wykazu jak również z treści referencji nie wynika zatem, iż wartość co najmniej jednego pojedynczego zadaszenia/wiaty zrealizowanego/ej w ramach przedmiotowej inwestycji wynosiła min. 1 000 000.00 zł W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień, czy w ramach ww. zadania wartość pojedynczego zadaszenia/wiaty wynosiła min. 1 000 000,00 zł brutto. Wyjaśnienia w ww. zakresie należy złożyć w terminie do dnia 12 czerwca 2023 r., w sposób określony w Rozdziale XIII pkt 1 SWZ, tj. za pośrednictwem Platformy znajdującej się pod adresem: https://miastobialystok.ezamawiajacy.pl/ w zakładce „Korespondencja". W przypadku gdy, żadne z zadaszeń lub którakolwiek z wiat zrealizowana w ramach ww. inwestycji, nie opiewa na wartość min. 1 000 000,00 zł. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wzywa Wykonawcę do uzupełnienia aktualnego na dzień złożenia, podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu robót budowlanych poprzez wskazanie nowego zamówienia w zakresie wykonania zadaszenia/wiaty, której wartość zadaszenia/ wiaty- wynosiła min. 1.000 000.00 zł brutto, wykonanego nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (na lub wg zał. nr 3 do SWZ), oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Informacje zawarte w wykazie muszą potwierdzać spełnienie warunku określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ, zgodnie z którym Wykonawca winien wykazać wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: - co najmniej 1 roboty budowlanej obejmującej wykonanie zadaszenia/wiaty, której wartość zadaszenia/ wiaty wynosiła min, 1 000 000,00 zł brutto. Uzupełniony wykaz robót budowlanych należy złożyć w terminie do dnia 12 czerwca 2023 r., w sposób określony w Rozdziale XIII pkt 2 SWZ, tj. za pośrednictwem Platformy znajdującej się pod adresem: https://miastobialystok.ezamawiajacy.pl/ w zakładce „Korespondencja", pod rygorem odrzucenia oferty i zatrzymania wadium. Wymagana forma dokumentów i oświadczeń została opisana w Rozdziale XVI pkt 9-11 SWZ. Jednocześnie informuję, zamówienie wskazane w poz. 2 ww. wykazu dotyczące wykonania wiat peronowych wraz z zadaszeniem i odwodnieniem LK7 Pilawa-Dęblin o łącznej wartości robót (brutto) 3 793 604,00 zł nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.".

W odpowiedzi na Wezwanie 2 Odwołujący w dniu 2 czerwca 2023 r. przekazał Zamawiającemu dokumenty.

W dniu 16 marca 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu przy użyciu środka komunikacji elektronicznej datowane na ten sam dzień pismo zatytułowane „Informacja o odrzuceniu oferty" o treści „Zamawiający informuje, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Wykonanie zadaszeń przejścia podziemnego pieszo - rowerowego pod torami kolejowymi w rejonie ulic Kolejowej, Zwycięstw a i Św. Rocha w Białymstoku" oferta nr 2 Wykonawcy Egoe plus a.s. reprezentowaną przez Egoe plus a.s. S.A. oddział w Polsce, Mazańcowice 94, 43-391 Mazańcowice została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", ponieważ na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia zgodnie z wymogami SWZ oraz pouczeniem zawartym w wezwaniu Zamawiającego z dnia 31 maja 2023. tj. informacji z odpowiedniego rejestru - takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. dotyczącej urzędujących członków jego organu nadzorczego, tj. Prezesa Rady Nadzorczej P. P. M. oraz członka Rady Nadzorczej P. L. L.. Wykonawca przedłożył jedynie informację dot. ww. osób z polskiego Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy, natomiast zgodnie z § 4 ust.1 pkt 1) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. - w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 poz. 2415) jeżeli wykonawca ma siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit a) — składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr

sądowy. W przypadku zaś braku takiego rejestru może przedstawić inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit a). W związku z powyższym, Wykonawca z uwagi, iż ma siedzibę poza terytorium RP, miał obowiązek złożenia informacji z zagranicznego odpowiednika KRK. Ponadto, Zamawiający wskazuje, iż w przedłożonych na wezwanie dokumentach: 1) tłumaczenie podmiotowych środków' dowodowych na język polski zostało podpisane przez tłumacza przysięgłego języka czeskiego - Panią A. B., jednak wraz z ww. dokumentami nie zostało złożone pełnomocnictwo uprawniające P. B. do występowania w imieniu Wykonawcy. Z uwagi, iż oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa; 2) w dokumencie wystawionym przez Wojskowy Zakład Ubezpieczeń Zdrowotnych Republiki Czeskiej widnieje zadłużenie Wykonawcy z tytułu nieuiszczenia kary na rzecz ww. podmiotu w wysokości: 402,00 Kć; 3) Wykonawca przedłożył tłumaczenie nieaktualnego już zaświadczenia, tj. wystawionego w dniu 06.10.2021 r. przez Powiatowy Zakład Ubezpieczeń Społecznych dot. braku zaległości w opłaceniu składek z tytułu ubezpieczenia społecznego i państwowej polityki zatrudnienia, kar i dopłat do składek ubezpieczeniowych.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp Odwołującemu przysługiwał środek ochrony prawnej, zatem był on uprawniony do wniesienia odwołania.

Stwierdzenie powyższego czyniło koniecznym określenie, na jaką czynność (bądź jakie czynności) zamawiającego, podjętą(e) w Postępowaniu albo na jakie zaniechanie bądź zaniechania czynności w Postępowaniu, do której(ych) Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy zostało wniesione odwołanie i jakie zarzuty zostały w nim przedstawione wobec poszczególnych czynności bądź zaniechań czynności.

Mając na uwadze treść odwołania oraz oświadczenia Odwołującego złożonego w trakcie posiedzenia w dniu 4 lipca 2023 r., należało przyjąć, że:

1)odwołanie zostało wniesione na czynności wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 12 maja 2023 r. oraz 31 maja 2023 r., a w tym zakresie przedstawiono w nim zarzuty naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 134 ust. 1 Pzp – co wynika ze stwierdzenia Odwołującego, żezarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 Pzp „jest zarzutem na czynności wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 12 maja 2023 r. oraz 31 maja 2023 r.”, zaś w zakresie zarzutu naruszenia art. 134 ust. 1 PZP – iż „zamawiający już w pierwszym wezwaniu powinien określić czy dotyczy ono Egoé plus a.s. czy Egoe plus a.s. S.A. oddział w Polsce”.

2)odwołanie zostało wniesione na zaniechanie czynności żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego w dniach od 17 maja do 23 maja 2023 r. i 2 czerwca 2023 r., a w tym zakresie przedstawiono w nim zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp – co uzasadnia oświadczenie Odwołującego, iż „zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 PZP jest zarzutem dotyczącym zaniechania wezwania do wyjaśnień treści przedłożonych przez wykonawcę dokumentów”,

3)odwołanie zostało wniesione na czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a w tym zakresie przedstawiono w nim zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 21) Pzp – co wynika ze stwierdzenia Odwołującego, że zarzut ten „dotyczy informacji o odrzuceniu oferty z 16 czerwca 2023 r.”.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 Pzp (oznaczonego jako pkt 1) na stronie pierwszej odwołania) oraz art. 134 ust. 1 Pzp (oznaczonego jako pkt 4) na stronie drugiej odwołania) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp, „odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

Jak wskazano powyżej, Wezwanie 1 Zamawiający przekazał Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej 12 maja 2023 r., zaś Wezwanie 2 Zamawiający przekazał Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej 31 maja 2023 r. W konsekwencji należy uznać, że informacja o czynności wezwania do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych w Wezwaniu 1 została Odwołującemu przekazana 12 maja 2023 r., a informacja o czynności wezwania do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych w Wezwaniu 2 została Odwołującemu przekazana 31 maja 2023 r.

Określony w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp termin na wniesienie odwołania na czynność wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 12 maja 2023 r. upływał zatem 22 maja 2023 r., a termin na wniesienie odwołania na czynność wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 31 maja 2023 r. upływał 12 czerwca 2023 r.

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało zaś wniesione 21 czerwca 2023 r., a zatem po upływie terminu

określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp.

Art. 528 pkt 3) Pzp stanowi, że „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie".

Wobec powyższego Izba na podstawie tego przepisu w punkcie 1. wyroku odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 134 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 21) Pzp Izba nie stwierdziła, aby zachodziła którakolwiek z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, wobec czego w zakresie tym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 lutego 2022 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W konsekwencji rozpoznając odwołanie na zaniechanie czynności żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego w dniach od 17 maja do 23 maja 2023 r. i 2 czerwca 2023 r. oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego Izba mogła orzekać wyłącznie w zakresie przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów art. 128 ust. 4 Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 21) Pzp; nie mogła zaś oceniać zgodności z prawem ww. zaniechania czynności oraz ww. czynności w zakresie, w jakim w odwołaniu zawarto zarzutów, nie przedstawiając okoliczności faktycznych lub prawnych uzasadniających naruszenie przepisów Pzp w związku z tym zaniechaniem bądź czynnością. W świetle treści odwołania Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego zawiera ono przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających naruszenie przepisu Pzp innego niż art. 134 ust. 1 pkt 21) Pzp, a tym samym zarzut naruszenia takiego przepisu - w szczególności w zakresie, w jakim powołane zostały okoliczności faktyczne dotyczące członków rady nadzorczej Egoé plus a.s.. W zakresie tych okoliczności w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności prawnych uzasadniających naruszenie przepisu Pzp ani choćby nie wskazano przepisu Pzp, jaki miałby zostać naruszony, jak również nie określono, jakiej czynności Zamawiający dokonał albo jakiej czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, zaniechał z naruszeniem przepisu Pzp.

W konsekwencji rzeczone okoliczności faktyczne nie mogły być przez Izbę brane pod uwagę.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron postępowania odwoławczego, wyrażoną w odwołaniu oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 4 lipca 2023 roku, Izba uznała, że w zakresie zarzutów naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 21) Pzp odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z tym przepisem, „zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu".

Należy wskazać, że z brzmienia art. 128 ust. 4 Pzp wynika, że zamawiający może skorzystać z uprawnienia wynikającego z tego przepisu, gdy treść złożonego przez wykonawcę dokumentu wymienionego (bądź dokumentów wymienionych) w tym przepisie jest niejasna, gdyż wyjaśniane może być tylko to, co jest niejasne. Niejasność ta musi być konkretna, przy czym może ona wynikać zarówno z treści jednego dokumentu złożonego przez wykonawcę (na przykład gdy jego treść jest niespójna), jak i z treści różnych dokumentów złożonych przez wykonawcę. Nie może ulegać wątpliwości, że przepis ten ma służyć wyłącznie wyjaśnieniu treści wymienionych w nim dokumentów złożonych przez wykonawcę, natomiast nie może prowadzić do uzupełniania dokumentów, które wykonawca złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o dokument bądź dokumenty, których wykonawca nie złożył na wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.

W odwołaniu nie wskazano, jaka konkretnie niejasność czy jakie konkretnie niejasności wynikały z treści podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego w dniach od 17 maja do 23 maja 2023 r. i 2 czerwca 2023 r. ani z treści jakiego dokumentu czy dokumentów niejasność(ci) ta(e) wynikała(y), ograniczając się do stwierdzenia, że „w ślad za dalszymi dokumentami przedłożonymi przez Wykonawcę, Zamawiający winien wystąpić o wyjaśnienie w zakresie całokształtu przedłożonych dokumentów w zakresie spełnienia warunków podmiotowych przez Wykonawcę".

W tym stanie rzeczy nie sposób było uznać, że Zamawiający uprawniony był na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp żądać od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego w dniach od 17 maja do 23 maja 2023 r. i 2 czerwca 2023 r., a tym bardziej, że był tym przepisem do takiej czynności zobowiązany. W konsekwencji Izba miała jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający

zaniechał dokonania czynności, do której był zobowiązany przepisem art. 128 ust. 4 Pzp, a zatem iż został on naruszony przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 21) Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z tym przepisem, „SWZ [przez co zgodnie z art. 133 ust. 1 Pzp należy rozumieć specyfikację warunków zamówienia – przyp. KIO] zawiera co najmniej pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy".

Nie może ulegać wątpliwości, że z art. 134 ust. 1 pkt 21) Pzp wynika obowiązek zawarcia pouczenia o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób natomiast przyjąć, że przepis ten zobowiązuje zamawiającego do zawarcia takiego pouczenia w informacji o odrzuceniu oferty (informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone).

W tym stanie rzeczy nie było jakichkolwiek podstaw do uznania, że Zamawiający informując Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w dniu 16 marca 2023 r. pismem datowanym na ten sam dzień zobowiązany był pouczyć Odwołującego o przysługujących mu środkach ochrony prawnej, w szczególności jaki środek mu przysługuje i w jakim terminie powinien być wniesiony, a w konsekwencji – iż nie czyniąc tego Zamawiający zaniechał dokonania czynności, do której był zobowiązany przepisem art. 134 ust. 1 pkt 21) Pzp, a więc że został on naruszony przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 21) Pzp, o czym orzeczono w punkcie 2. wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 zdanie pierwsze 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. § 8 ust. 1 zdanie pierwsze ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący", zaś § 8 ust. 2 zdanie pierwsze ww. rozporządzenia, iż „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 20.000 złotych.

W przypadku, gdy odwołanie w zakresie dwóch zarzutów zostało odrzucone, a w zakresie pozostałych dwóch zarzutów zostało oddalone, w ocenie Izby rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego należało zastosować § 8 ust. 1 zdanie pierwsze i § 8 ust. 2 zdanie pierwsze ww. rozporządzenia, mając na uwadze, że zgodnie z dyspozycjami tych przepisów zarówno w przypadku odrzucenia odwołania w całości, jak i w przypadku oddalenia odwołania w całości, koszty postępowania odwoławczego ponosi odwołujący, a sytuacja w niniejszej sprawie jest swego rodzaju połączeniem tych dwóch przypadków.

W tym stanie rzeczy w punkcie 3. wyroku Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:……