

Kamieniec Wrocławski, dnia 12 stycznia 2024 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Dotyczy: przetargu nieograniczonego pn. Usługa pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla Inwestycji: Strefa inwestycyjna Europark Ząbkowice Śląskie; numer nadany przez Zamawiającego: ZP.271.13.2023

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/S 135-431589 zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2023 roku.

Odwołujący: Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim, ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski, KRS: 0000454974, tel. 607961737, e-mail: biuro.viaregia@gmail.com

zwany dalej Odwołującym

Zamawiający: Gmina Ząbkowice Śląskie, ul. 1 Maja 15, 57-200 Ząbkowice Śląskie,

tel. +48 748165317, e-mail: zamowienia.publiczne@zabkowiceslaskie.pl

zwana dalej Zamawiającym

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Biuro Inżynierskie Via Regia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim - stosownie do przepisu art. 513 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. - Dz. U. z 2023r., poz. 1605), zwana dalej ustawą Pzp, wnoszę odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego, jak również zaniechania przez niego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Pełnienie nadzoru inwestorskiego w pełnym zakresie nad realizacją zadania pn. Usługa pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla Inwestycji: Strefa inwestycyjna Europark Ząbkowice Śląskie, numer nadany przez Zamawiającego: ZP.271.13.2023, tj.:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, pomimo, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują czynności wykluczenia jako odrębnej, przewidują zaś odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego z postępowania – art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp – zatem Zamawiający naruszył wszystkie wymienione powyżej w tym pkt. 1 tego odwołania przepisy ustawy Pzp;

2. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, pomimo, że ta przesłanka wykluczenia dotyczy wyłącznie ewentualnego przedstawiania informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, zaś Zamawiający powołał się na informacje przedstawione przez Odwołującego w treści oferty oraz złożonych wyjaśnień do oferty, co oznacza, że wskazana podstawa prawna wykluczenia nie może obejmować przywołanego przez Zamawiającego stanu faktycznego, czyli nie może mieć też zastosowania i tym samym jest nieskuteczna;
3. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, pomimo, że Zamawiający nie wykazał jakoby Odwołujący działał z zamiarem lub rażącym niedbalstwem, co oznacza, że wskazana podstawa prawna wykluczenia nie może obejmować przywołanego przez Zamawiającego stanu faktycznego, czyli nie może mieć też zastosowania i tym samym jest nieskuteczna;
4. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, pomimo, że Zamawiający nie wykazał jakoby Wykonawca działał lekkomyślnie lub w wyniku niedbalstwa, co oznacza, że wskazana podstawa prawna wykluczenia nie może obejmować przywołanego przez Zamawiającego stanu faktycznego, czyli nie może mieć też zastosowania i tym samym jest nieskuteczna;
5. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, pomimo, że, jak wynika z czynności Zamawiającego, informacje przedstawione przez Wykonawcę nie wprowadziły w błąd Zamawiającego, ponieważ ten od razu podjął czynności wyjaśniające z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że żadna ze wskazanych podstaw prawnych wykluczenia nie może obejmować przywołanego przez Zamawiającego stanu faktycznego, czyli nie może mieć też zastosowania i tym samym obie są nieskuteczne;
6. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, pomimo, że, przedstawienie wskazanych informacji przez Wykonawcę nie mogło mieć wpływu (ani tym bardziej istotnego wpływu) na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu, ponieważ informacje te rzutują jedynie na przyznanie na maksymalnie 10 punktów w kryterium oceny ofert, natomiast różnica względem punktów wyliczonych dla drugiej w kolejności oferty, to 18,74 pkt, co skutkuje stwierdzeniem, że brak przedmiotowych 10 pkt dla oferty Odwołującego nie zmienia pozycji tej oferty w rankingu i tym samym nie to wpływu (tym bardziej istotnego) na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co oznacza, że żadna ze wskazanych podstaw prawnych wykluczenia nie może obejmować przywołanego przez Zamawiającego stanu faktycznego, czyli nie może mieć też zastosowania i tym samym obie są nieskuteczne;

Wobec powyższego, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie ww. i następujących przepisów:

1. art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie, pomimo, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie zamiaru lub rażącego niedbalstwa (pkt 8) lub też niedbalstwa lub lekkomyślności (pkt. 10), a także w zakresie wpływu (tym bardziej istotnego) na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu, a ponadto wprowadzenia Zamawiającego w błąd;
3. art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, poprzez ich zastosowanie, pomimo, że ta przesłanka wykluczenia dotyczy wyłącznie ewentualnego przedstawiania informacji o charakterze podmiotowym, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, zaś Zamawiający powołał się na informacje przedstawione przez Odwołującego w treści oferty oraz złożonych wyjaśnień do oferty;
4. art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10), w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, pomimo, że – abstrahując jednocześnie od materialnych zarzutów jak w ww. pkt. 2 i 3 wskazujących w ogóle na brak podstaw do wykluczenia – przepisy ustawy Pzp nie przewidują procedury odrębnej czynności wykluczenia Wykonawcy. Takie nieprawidłowe działanie Zamawiającego w sferze formalnej (przy jednoczesnych brakach zaistnienia materialnych podstaw faktycznych wykluczenia) dodatkowo utrudniło sytuację Odwołującego, ponieważ przy prawidłowo wykonanej czynności odrzucenia, Zamawiający musiałby także podać informację o wyniku postępowania (wybór oferty najkorzystniejszej i przyznana punktacja albo unieważnienie postępowania). To w oczywisty sposób ułatwiałoby Odwołującemu ochronę jego interesu oraz przygotowanie i popieranie przedmiotowego odwołania;
5. tym samym stwierdzić należy, że w konsekwencji okoliczności opisanych w pkt. 4 powyżej Zamawiający naruszył także przepisy art. 252 i 253 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie;

W nawiązaniu do powyższych zarzutów wnoszę o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie obu podstaw wykluczenia przywołanych przez Zamawiającego;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i wybór tejże oferty jako najkorzystniejszej oferty, po uprzednim przeprowadzeniu właściwej kwalifikacji podmiotowej względem Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, że ma interes w złożeniu przedmiotowego odwołania, ponieważ w razie jego uwzględnienia, oferta złożona przez Odwołującego, będzie ofertą najkorzystniejszą (najwyżej ocenioną) w tymże postępowaniu, a ponadto konsekwencje podważanego wykluczenia dotyczą nie tylko przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale rozciągają się na okres dwuletni dla podstawy z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp lub roczny dla podstawy z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, w zakresie udziału Odwołującego w postępowaniach o zamówienia publiczne (podlegania wykluczeniu z tych postępowań), co wynika odpowiednio

z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Ten zakaz miałby bez wątpienia dotkliwe skutki dla prowadzonej przez Odwołującego działalności zarobkowej i tym samym w sposób oczywisty uzasadnia interes Odwołującego w złożeniu przedmiotowego środka prawnego.

UZASADNIENIE

Odwołujący, w dniu 4 stycznia 2024 roku na podstawie przekazanej pocztą elektroniczną przez Zamawiającego informacji powziął wiedzę o wykluczeniu go z postępowania jw. w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 4 stycznia 2024 roku;

Tym samym stwierdzić należy, że termin na złożenie przedmiotowego odwołania upływający z dniem 15 stycznia 2024 roku został przez Odwołującego dotrzymany.

Nie sposób jednak zgodzić się z twierdzeniami i wnioskami Zamawiającego, ponieważ wskazane przez niego przyczyny, będące jednocześnie przesłankami wykluczenia nie zachodzą i nie zostały przez Zamawiającego udowodnione.

Przed wszystkim wskazać należy, że Zamawiający w treści swojego oświadczenia o wykluczeniu powołał się łącznie na podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, a następnie dopiero w uzasadnieniu pogrupował jakie informacje przedstawione przez Odwołującego w ocenie Zamawiającego podlegają odpowiednio pod pkt 8), a które pod pkt 10) jw. Takie niespójności utrudniają argumentację Odwołującemu, co nie może działać na jego niekorzyść.

Niemniej jednak jednoznacznie wskazać trzeba, że przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w ogóle nie ma zastosowania do treści oferty ani do treści wyjaśnień Odwołującego w zakresie treści oferty, ponieważ ww. przesłanka dotyczy wyłącznie kwestii podmiotowych, czyli podlegania wykluczeniu, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Zamawiający zastosował więc bezzasadnie i tym samym bezskutecznie ww. przesłankę do treści oferty Odwołującego w zakresie informacji przedstawianych na kryterium oceny ofert nr 2 Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – podkryterium c) Doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności sanitarnej. Z tych samych przyczyn, ww. przesłanka wykluczenia nie dotyczy wyjaśnień treści oferty złożonych przez Odwołującego w dniach 14 listopada 2023 roku i 4 grudnia 2023 roku.

Dowód:

- oferta Odwołującego;
- wezwania Zamawiającego z dnia 6 listopada 2023 roku i 30 listopada 2023 roku
- wyjaśnienia treści oferty Odwołującego z dnia 14 listopada i 4 grudnia 2023 roku
- SWZ

Jednocześnie stwierdzić należy, że w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, Zamawiający nie wykazał, jakoby po stronie Odwołującego zachodził zamiar lub rażące niedbalstwo w zakresie przedstawionych informacji, podobnie jak brak dowodu

Zamawiającego na niedbalstwo lub lekkomyślność po stronie Odwołującego skategoryzowanych w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp.

Ponadto, odnośnie obu przesłanek wykluczenia jednym z elementów, jaki musi zachodzić łącznie z pozostałymi okolicznościami stanu faktycznego jest wprowadzenie w błąd zamawiającego przedstawionymi informacjami. Tymczasem, biorąc pod uwagę czynności dwukrotnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie omawianych informacji, jak również tok czynności weryfikowania przez Zamawiającego treści tych informacji (analiza treści informacji o inwestycjach na stronach zamawiających których miało dotyczyć doświadczenie wskazane na ww. kryterium oceny ofert, zwracanie się o wyjaśnienie do tych zamawiających), wskazuje, że po stronie Zamawiającego od razu pojawiły się wątpliwości, a nie błąd, rozumiany jako mylne wyobrażenie o stanie faktycznym albo brak takowego wyobrażenia. Tym samym, stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał niezbędnej dla zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10 ustawy Pzp okoliczności pozostawania w błędnym przekonaniu co do przedstawionych informacji, a wręcz przeciwnie – swym postępowaniem dowiódł, że od razu powziął w tym zakresie wątpliwości. Jak zaś wskazano w Komentarzu pod redakcją Andzeli Gawrońskiej – Baran: *Podstawą wykluczenia nie może być zatem sama próba bądź zamiar wprowadzenia w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.*

Kolejny brak, jakim dotknięta jest argumentacja Zamawiającego w zakresie obu przesłanek wykluczenia, jest brak wpływu (tym bardziej istotnego) na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Wskazać bowiem należy, że omawiane informacje dotyczą wyłącznie przyznania Odwołującemu maksymalnie 10 pkt. w ww. kryterium oceny ofert nr 2 Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – podkryterium c) Doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności sanitarnej, co jednoznacznie wynika z pkt. III. 4 SWZ.

Dowód: SWZ

W obliczu błędnego działania Zamawiającego, który wykluczając (rzekomo) Odwołującego powinien tak naprawdę dokonać wyboru i ewentualnych odrzuceń, Odwołujący opiera się na własnych wyliczeniach punktacji dla poszczególnych ofert jak niżej w tabeli.

		ilość	Kryter	Kryteri	Kryteriu	Kryter	suma
	cena	punktów	ium 1	um 2	m 3	ium 4	punktó w
Biuro Inżynierskie Via Regia Sp.zo o	1 488 300,00	60	10	10	10	<u>0</u>	90
Ekocentrum WOUE Sp.zo.o	2 301 760,50	38,80	10	10	10	10	78,80
B-Act SA	2 241 306,00	39,84	10	10	10	5	74,84
HTS sp.zo.o.	2 835 260,70	31,50	10	10	6	10	67,50

Sweco Polska Sp. z o.o.	2 406 236,70	37,11	10	10	10	10	77,11
Safage	3 565 770,00	25,04	10	10	10	10	65,04
Envi Konsulting							
Marek Gazda	2 164 308,00	41,26	10	10	10	10	81,26
BBF Sp.zo.o.	3 380 357,49	26,42	10	10	10	0	56,42

Dla zobrazowania sytuacji, przyjęto dla oferty nr 1, czyli oferty złożonej przez Odwołującego 0 pkt w omawianym podkryterium. Z ww. obliczeń wynika, że biorąc pod uwagę łączną punktację wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, ten brak 10 pkt w omawianym podkryterium niczego nie zmienia w rankingu ofert. Oferta Odwołującego nadal niezależnie od tego, pozostaje na pierwszym miejscu, czyli jest ofertą najwyżej ocenioną. Tym samym, nie sposób stwierdzić, aby przedstawione przez Odwołującego informacje w zakresie omawianego podkryterium oceny ofert w treści oferty, czy też później składanych w tym samym zakresie wyjaśnień mogły mieć wpływ (tym bardziej istotny) na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Nie bez znaczenia jest też tutaj właśnie ten element istotności, który rozumiany jest jako decydujący o wyniku postępowania. W zaistniałym stanie faktycznym te zależności nie występują zarówno w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8), jak i pkt 10) ustawy Pzp. Na poparcie ww. twierdzeń można przytoczyć uwagi choćby z Komentarza pod redakcją Włodzimierza Dzierżanowskiego: *Informacje powinny mieć wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania, co wskazuje na to, że ich uwzględnienie prowadzi do podejmowania przez zamawiającego określonych rozstrzygnięć, w tym w zakresie odrzucenia oferty, oceny oferty według kryteriów oceny ofert, rażąco niskiej ceny, wyboru oferty itp. Informacje, które nie są niezbędne do podejmowania decyzji przez zamawiającego, nie mogą być oceniane pod kątem omawianej przesłanki wykluczenia. Z orzecznictwa KIO wynika, że mogą to być w szczególności informacje dotyczące produktu oferowanego (wyrok KIO z 10.01.2020 r., KIO 2620/19, LEX nr 2923302), dotyczące zgodności z parametrami określonymi przez zamawiającego (wyrok KIO z 25.06.2019 r., KIO 1036/19, LEX nr 2712290), informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy też odrzucenia jego oferty (wyrok KIO z 31.12.2019 r., KIO 2517/19, LEX nr 2814627).*

W omawianej sytuacji co prawda mamy do czynienia z informacjami dot. jednego z kryterium oceny ofert, ale ich zawartość pozostaje bez znaczenia dla pozycji oferty Odwołującego w rankingu ofert i nie może tym samym w ogóle, a co dopiero istotnie wpływać na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Jak wskazano w uzasadnieniu KIO 841/23 - wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2023 r.: *O istotnym wpływie na decyzje Zamawiającego można mówić w przypadku, gdy wprowadzające w błąd informacje są kluczowe dla rankingu ofert, bytu konkretnego wykonawcy i jego oferty w danym postępowaniu, wyboru oferty*

konkretnego wykonawcy jako najkorzystniejszej czy nawet unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia.

Co istotne, przywołane przez Zamawiającego podstawy wykluczenia stanowią konglomerat wielu okoliczności, które muszą wystąpić łącznie, aby którakolwiek z tych podstaw okazała się skuteczna. Brak przynajmniej jednego z tych elementów powoduje bezzasadność podlegania wykluczeniu przez wykonawcę. Tymczasem Odwołujący wykazał, że brak dotyczy nawet więcej niż jednego elementu, składającego się na okoliczności ujęte w przedmiotowych przesłankach.

Na marginesie powyższych rozważań, warto też zauważyć, że nowa ustawa Pzp zmieniła charakter omawianych przesłanek wykluczenia z obligatoryjnych (jak w poprzedniej ustawie) na fakultatywne. Co prawda w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający umieścił je w SWZ jako obowiązujące, niemniej jednak decyzja ustawodawcy wskazuje na obniżenie waloru okoliczności, które stanowią podstawę eliminacji wykonawców, na które powołał się co więcej bezzasadnie Zamawiający. To z kolei, winno wskazywać na brak możliwości jakiegokolwiek rozszerzającej wykładni przedmiotowych przepisów.

W tym kontekście warto też zwrócić uwagę na stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu KIO 211/22 - wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2022 r.: *Ocena w zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 p.z.p., w razie uznania przesłanki za spełnioną, odnosi skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, zatem z uwagi na szczególną dotkliwość, winna być dokonywana ze szczególną ostrożnością w procesie oceny zachowania wykonawcy.*

Nie ulega zatem wątpliwości, że nie zachodzą podstawy wykluczenia Odwołującego przywołane przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja z KRS Odwołującego;
2. dowód uiszczenia wpisu w kwocie 15.000 PLN;
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.