

Sygn. akt: KIO 831/13

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2013 r. przez **CWR Sp. J., Rzepiska 104, 83-322 Stężycę** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe reprezentowane przez Nadleśnictwo Kolbudy, ul. Osiedle Leśników 15, 83-050 Kolbudy**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji także wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach którego nakazuje wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, nadto nakazuje zwrócenie się bezpośrednio do właściwego podmiotu na rzecz, którego roboty budowlane miały zostać wykonane na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu;**

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe reprezentowane przez Nadleśnictwo Kolbudy, ul. Osiedle Leśników 15, 83-050 Kolbudy** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **CWR Sp. J., Rzepiska 104, 83-322 Stężycę** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe reprezentowane przez Nadleśnictwo Kolbudy, ul. Osiedle Leśników 15, 83-050 Kolbudy** na rzecz wykonawcy **CWR Sp. J., Rzepiska 104, 83-322 Stężycę** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „*przebudowę drogi leśnej w leśnictwie Górny Zamszcz oddz. 99-100 / dz. nr 269/1*” (znak sprawy ZB-2710-2/13) zostało wszczęte przez Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe reprezentowane przez Nadleśnictwo Kolbudy, ul. Osiedle Leśników 15, 83-050 Kolbudy zwane dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 86814 – 2013, data zamieszczenia 04.03.2013 r.

W dniu 08.04.2013 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania informując o wyborze oferty SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, Oddział Budownictwa Inżynieryjnego w Gdańsku, ul. Budowlanych 1, 80-298 Gdańsk zwany dalej: „*SKANSKA S.A.*” oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty firmy: CWR Sp. J., Rzepiska 104, 83-322 Stężyce zwanej dalej: „*CWR Sp. J.*” albo „*Odwołującym*” na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”. W pkt 6.2.1. SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, to znaczy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jeśli okres prowadzenia działalności jest , krótszy to w tym okresie, wykonali co najmniej dwie roboty budowlane obejmujące: remont, budowę, przebudowę dróg których wartości robót wynosiły co najmniej 350 000 zł brutto dla każdej brutto. Wykonawca w załączniku nr 5 do oferty „*Wykaz robót budowlanych*” wskazał, że wykonał następujące roboty:

- 1) Modernizacja drogi leśnej w Leśnictwie Glinne II w okresie od 23.10.2012 r. do 13.12.2012 r. o wartości 495.304,87 zł brutto na rzecz DUO Sp. z o.o.,
- 2) Modernizacja drogi leśnej w Leśnictwie Glinne w okresie od 14.09.2012 r. do 22.11.2012 r. o wartości 383.550,00zł brutto na rzecz DUO Sp. z o.o.

Z uwagi na fakt, iż referencje przedłożone przez Wykonawcę zostały wystawione przez podmiot powiązany z Wykonawcą oraz mając na względzie okoliczność, że według oświadczenia Wykonawcy zrealizował on w bardzo krótkim okresie czasu (około miesięcy) roboty o wartości powyżej 1 mln zł, jak również, że wykonawca został wpisany do KRS w dniu 04.09.2012 r. a rzekomy zlecający prace - DUO Sp. z o.o. w dniu 13.07.2012 r. koniecznym było dokonanie weryfikacji prawdziwości złożonych przez Wykonawcę

oświadczeń. W wyniku przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego - po uzyskaniu informacji od inwestora - Nadleśnictwo Kartuzy oraz Generalnego Wykonawcę ww. prac firmę Skanska S.A. ustalono, że wykazane przez Wykonawcę prace nie były przez niego realizowane. W związku z powyższym Zamawiający był wykluczony z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdził się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. (wyrok KIO z dnia 16.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1376/12). Istotnym jest przy tym, że dla uznania, że informacja jest nieprawdziwa nie ma znaczenia, czy pochodzi ona od wykonawcy, czy od innego podmiotu, oraz w jakim celu została złożona w postępowaniu i czy zostało to dokonane celowo czy nieświadomie, oraz czy było to zawinione czy też nie przez wykonawcę. Jedynym elementem ocennym jest wpływ informacji na wynik postępowania. (tak wyrok KIO z dnia 28.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1257/12; KIO 1262/12). Zamawiający wskazał, że w zaistniałym przypadku nie zachodziły podstawy do wzywania Wykonawcy o uzupełnienie lub wyjaśnienie złożonych dokumentów. Potwierdziła to KIO w wyroku z dnia 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1571/12, w którym stwierdzono, że: *„w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania brak jest możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p.”*.

W dniu 12.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) CWR Sp. J. wniosła odwołanie od w/w czynności Zamawiającego z dnia 08.04.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.04.2013 r. (e-mailem), a 12.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący, który w dniu 27.03.2013 r. złożył ofertę na zarzucił Zamawiającego naruszenie przepisów Pzp, art. 40 ust. 1 przez zaniechanie procedury do złożenia wyjaśnień i wezwania do uzupełnienia wykazu wykonanych robót przez Wykonawcę. W związku z otrzymanym od Zamawiającego zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty z dn. 08.04.2013 r., z którego wynika, iż oferta CWR S.J. została wykluczona i odrzucona z powodu, nie zrealizowania prac wskazanych przez Wykonawcę oraz powiązań Wykonawcy z podmiotem wystawiającym referencje, zażądał ponownego badania ofert i wyboru złożonej przez nas oferty jako najkorzystniejszej. Stwierdził, że Nasza złożył najkorzystniejszą ofertę, która w wyniku naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego została wykluczona i odrzucona co naraziło, wykonawcę na straty, gdyż jako Wykonawca miał interes w uzyskaniu w/w zamówienia, z którego uzyskane profity chciał przeznaczyć na rozwinięcie firmy teraz jednak w związku z niesłusznym wyborem ofert przez Zamawiającego poniósł szkodę. Odwołujący nie zgodził się z przedstawionym uzasadnieniem dotyczącym odrzucenia jego oferty, na potwierdzenie faktu wykonania robót ujętych w załączniku na 5 do oferty *„wykaz robót budowlanych”*, gdzie dwie z wykazanych

robót zostały zakwestionowane przez Zamawiającego w załączniku przedstawił kserokopie faktur VAT obejmujących wykonanie wymienionych i zakwestionowanych w ofercie robót. Wykonawca wykazał, że zrealizował trzy roboty o charakterze wymaganym przez Zamawiającego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z czego dwie z nich zostały podważone przez Zamawiającego. W przypadku, gdyby Zamawiający wezwał naszą spółkę do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu z całą pewnością nasza spółka jako Wykonawca dostarczyłaby referencje dotyczące wykonania innych robót o charakterze jaki wymagał Zamawiający oraz przedstawiłaby dokumenty świadczące o wykonaniu prac ujętych w wykazie (w załączniku umowy oraz faktury). Stwierdził, że domniemuje, że informacja uzyskana przez Zamawiającego nie pochodzi od Wykonawcy, dlatego nie może być wiarygodna, wobec powyższego wnosil o ponowne zbadanie oferty w tym zakresie. Ponadto weryfikacja prawdziwości złożonych przez Wykonawcę oświadczeń w zakresie prowadzonej działalności przez spółkę była zbędna, ponieważ do oferty został dołączony odpis aktualny z KRS spółki, w którym zapisano w Dziale I, rubryce 6 sposób powstania spółki z którego wynika, że spółka CWR prowadzi działalność od 27.07.2012 r. Jednocześnie wyjaśnił, że CWR S.J. nie jest powiązana pod żadnym względem z podmiotem, który wystawił referencje, w załączniku przesyłam odpis aktualny KRS spółki DUO. Według Wykonawcy nie ma znaczenia czy podmioty są w jakiś sposób ze sobą powiązane, lecz ważne jest czy roboty te zostały faktycznie wykonane. Roboty wykazane w wykazie robót stanowiącym załącznik nr 5 do oferty zostały wykonane przez CWR S.J., na potwierdzenie tego faktu spółka DUO Sp. z o.o. wystawiła dokument potwierdzający, że roboty te zostały wykonane należycie i zakończone w terminie. W załączniku przedstawił pismo jakie otrzymał w dniu 08.04.2013 r. od spółki DUO wraz z protokołem wykonanych robót potwierdzające wykonanie robót.

Zamawiający w dniu 15.04.2013 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego, korespondencją Zamawiającego z Nadleśnictwem Kartuzy w dokumentacji postępowania, zawiadomieniem o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 08.04.2013 r., pismem Odwołującego z dnia 08.04.2013 r. wraz załącznikami, odwołaniem wraz

z załącznikami, złożonymi na rozprawie przez Zamawiającego – wyciągiem z oferty Odwołującego wraz z wykazem i dwoma referencjami z postępowania ogłoszonego przez Nadleśnictwo Kartuzy – modernizacja drogi leśnej w leśnictwie Glinne na podbudowie z tłucznią o dł. 3,71 oddz. 169, 170, 171, 172, 191, 190, 189, 188; korespondencją między Zarządem Morskiego Portu Gdynia S.A., a Nadleśnictwem Kartuzy, odpowiedzią Gminy Stężycza z dnia 02.10.2012 r., aktualnymi odpisami KRS-ów dla CWR Sp. J., Duo Sp. z o.o. i WRCK Sp. z o.o., jak i umową zlecenia stałej obsługi prawnej dla Nadleśnictwa Kartuzy, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska Zamawiającego (Odwołujący nie stawił się na rozprawę) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 04.03.2013 r., czyli po dniu 20.02.2013 r., tj. wejściu w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 831/13, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, korespondencji Zamawiającego z Nadleśnictwem Kartuzy w dokumentacji postępowania, zawiadomienia o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 08.04.2013 r., pisma Odwołującego z dnia 08.04.2013 r. wraz załącznikami (pisma z dnia 08.04.2013 r. Duo Sp. z o.o. i kopii faktur VAT z dnia 19.12.2012 r. i 23.11.2012 r. oraz kopią protokołu końcowego następnie dołączonego do odwołania), odwołania wraz z załącznikami (pismem z dnia 08.04.2013 r. Duo Sp. z o.o., kopii faktur VAT z dnia 23.11.2012 r. oraz 19.12.2012 r., wykazu złożonego w przedmiotowym przetargu wraz z oferta przez Odwołującego, kopią protokołu końcowego wykonania robót podwykonawczych za okres realizacji robót od dnia 23.10.2012 r. do dnia 13.12.2012 r. - modernizacja drogi leśnej w leśnictwie Glinne na podbudowie z tłucznią o dł. 3,71 - umowa 1494/D11120/3315/12

z 23.20.2012, sporządzony przez podwykonawcę dnia 19.12.2012 r. – pomiędzy Duo Sp. z o.o., a SKAŃSKA S.A., kopiami umów o roboty budowlane z dnia 14.09.2012 r. oraz 23.10.2012 r., aktualnymi odpisami KRS-ów dla CWR Sp. J. z dnia 11.12.2012 r., Duo Sp. z o.o. z dnia 15.01.2013 r.), złożonych na rozprawie przez Zamawiającego – wyciągu z oferty Odwołującego wraz z wykazem i dwoma referencjami z postępowania ogłoszonego przez Nadleśnictwo Kartuzy – modernizacja drogi leśnej w leśnictwie Glinne na podbudowie z tłuczni o dł. 3,71 oddz. 169, 170, 171, 172, 191, 190, 189,188; korespondencji między Zarządem Morskiego Porty Gdynia S.A., a Nadleśnictwem Kartuzy, odpowiedzi Gminy Stężyca z dnia 02.10.2012 r., aktualnych odpisów KRS-ów dla CWR Sp. J., Duo Sp. z o.o. i WRCK Sp. z o.o. z dnia 26.04.2013 r., jak i umowy zlecenia stałej obsługi prawnej dla Nadleśnictwa Kartuzy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia Zamawiającego (Odwołujący nie stawił się na rozprawę) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 40 ust.1 Pzp poprzez zaniechanie procedury złożenia wyjaśnień i wezwania do uzupełnienia wykazu wykonanych robót przez Wykonawcę /„automatyczne” wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp/, Izba uznała, że mimo błędnego wskazania podstawy prawnej, prawidłowo sformułowano podstawę faktyczną zarzutu, w konsekwencji uznając, że zarzut jest zasadny w zakresie zaniechania wezwania do wyjaśnień odnośnie wykazu wykonanych robót przez Wykonawcę. W tym zakresie uznając za orzecznictwem, że: *„(...) ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności, bądź zaniechania. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Izba wskazuje, iż o istnieniu zarzutu decydują dwa czynniki – przepis, który w ocenie odwołującego został naruszony przez zamawiającego oraz sposób jego naruszenia, tj. czynność lub zaniechanie, które stanowi podstawę faktyczną zarzutu. Powyższe wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, iż odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (...). Powyższe wskazuje, iż zarzut zawarty w odwołaniu sformułowany jest wobec określonej czynności lub zaniechania czynności, które to działanie lub zaniechanie należy odnieść do*

konkretnego przepisu ustawy Pzp.” (za wyrokiem KIO z dnia 08.04.2011 r., sygn. akt: 653/11).

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zamawiający określił w Rozdz. 6. SIWZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW, że (pkt 6.2): „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: 1 Wiedza i doświadczenie

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia na podstawie załączonego do oferty wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu 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 rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty budowlane o zakresie, charakterze i wartości podobnych do przedmiotu zamówienia - to jest wykonał co najmniej: 1) dwie roboty budowlane obejmujące: remont, budowę, przebudowę dróg których wartości robót wynosiły co najmniej 350 000 zł brutto dla każdej”. Z kolei w Rozdz. 7. SIWZ WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW,

JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ INNYCH WYMAGANYCH DOKUMENTÓW Zamawiający stwierdził, że (w pkt 7.1.): „ 2 Wykaz robót budowlanych

Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, sporządzony wg. wzoru na załączniku nr 5

Z treści dokumentu potwierdzającego musi jednoznacznie wynikać, których zadań (robót) w wykazie on dotyczy oraz że roboty wykonane zostały terminowo, bez wad i usterek.”.

Odwołujący w ramach złożonej oferty załączył – wykaz robót budowlanych (na str. 12 oferty) oraz dwie referencje (na str. 38, 39 i 40 oferty). W poz. 1 wykazy przedstawiono

roboty budowlane na modernizację drogi leśnej w Leśnictwie Glinne II, odc. 3,71 Km, na wartość brutto: 495.304,87 PLN, data wykonania : od 23.10.2012 r. do 13.12.2012 r., miejsce wykonania: Leśnictwo Glinne; poz. 2 wykazu - roboty budowlane na modernizację drogi leśnej w Leśnictwie Glinne, odc. 3,25 Km, na wartość brutto: 383.760,00 PLN, data wykonania: od 14.09.2012 r. do 22.11.2012 r., miejsce wykonania: Leśnictwo Glinne; poz. 3 wykazu – wykonanie drogi dojazdowej z tłuczni kamienno i gruzobetonu stacja demontażu, na wartość brutto: 350.550,00 PLN, data wykonania: od 05.09.2012 r. do 29.09.2012 r., miejsce wykonania: Sierakowice. Załączono referencje odpowiednio z dnia 26.11.2012 r. oraz 28.12.2012 r. wystawione przez Duo Sp. z o.o., jak i 11.10.2012 r. wystawione przez PUHP JANUS J..... S.....

Zamawiający prowadził korespondencją z Nadleśnictwem Kartuzy między 29.03.2013 r., a 04.04.2013 r. - odnośnie wykazanych dwóch zadań na terenie Leśnictwa Glinne znajdującego się w Nadleśnictwie Kartuzy.

Odwołujący przesłał do Zamawiającego pismo z dnia 08.04.2013 r. wraz załącznikami (pismem z dnia 08.04.2013 r. Duo Sp. z o.o. i kopiami faktur VAT z dnia 19.12.2012 r. i 23.11.2012 r. oraz kopią protokołu końcowego następnie dołączonego do odwołania).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z dnia 19.07.2012 r., sygn. akt: o sygn. akt. IV Ca 683/12 stwierdza, że wykluczenie w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji ma: *„(...) zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i -zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. (...)”*. Nadto, *„(...) przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia*

30 kwietnia 2004 r.). Nie ulega wątpliwości, że przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji". Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od Zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd(..)". „(...) celem regulacji zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie świadcząc nieprawdę wprowadzają w błąd Zamawiającego co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania, nie jest natomiast takim celem eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo czy nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością - i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Nie można zrównywać pozycji wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje wskutek błędu lub popełnił omyłkę w złożonej ofercie (jak wykonawcy w sprawie niniejszej) z pozycją wykonawcy, który świadomie zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z całą pewnością nie było celem ustawodawcy wprowadzenie obowiązku automatycznego wykluczenia z postępowania każdego wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje - bez względu na przyczyny. (...)". Nadto, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) podnosi, że: „(...) wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.”.

Nadto, Izba uwzględniając odwołanie i nakazując powtórzenie czynności zgodnie z treścią sentencji kierowała się również wyrokiem Sadu Okręgowego w Toruniu z dnia 06.12.2012 r., sygn. akt: VI Ga 134/12, który wskazywał, że zanim Zamawiający skorzysta z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp winien jednoznacznie ustalić i potrafić dowieść, że złożona informacja jest nieprawdziwa i jako taka została złożona świadomie. Pozyskaniu stosownej wiedzy winno służyć stosowne wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. (str. 5 i 6 uzasadnienia orzeczenia). W ocenie Izby, powyższe wezwanie winno temu służyć w pierwszej kolejności (Zamawiający w tym zakresie nawet nie próbował uzyskać wyjaśnień od Odwołującego, a pismo Odwołującego z dnia 08.04.2013 r. nie spełnia takiej roli w sposób wystarczający).

Nadto, z uwagi na obowiązywanie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271), jak i Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), Izba uznała za zasadne i konieczne wezwanie w trybie § 1 ust. 5 przywołanego rozporządzenia wystawcy referencji załączonych przez Odwołującego do wykazu robót o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio Zamawiającemu, tudzież Wykonawcy, który realizował generalnie roboty budowlane na rzecz Nadleśnictwa Kartuzy, czy korzystał z wiadomych podwykonawców przy realizacji wykazywanych zadań i potwierdza przywoływane, przez wystawcę referencji załączonych do oferty Odwołującego, okoliczności.

Izba, uwzględniając stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, który odstąpił od kwestionowania zadania dotyczącego modernizacji drogi leśnej w leśnictwie Glinne na podbudowie z tłucznią o dł. 3,71 (etap II), o czym w dalszej części uzasadnienia, uznała za niewystarczające dowody załączone przez Odwołującego dotyczące modernizacji drogi leśnej w leśnictwie Glinne na podbudowie z tłucznią o dł. 3,25 (etap I). Nakazane postępowanie wyjaśniające winno w konsekwencji dotyczyć powyższego zadania, ograniczając się w pozostałym zakresie jedynie do wtórnego potwierdzenia w ramach formalnego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Wykazywanie stosownych okoliczności może mieć miejsce wszystkim możliwymi dowodami, przy czym ewentualne ogólnikowe wyjaśnienia, tudzież same oświadczenia z uwagi na charakter wątpliwości i podnoszonych przez Zamawiającego na rozprawie zarzutów byłoby niewystarczające i mogłoby być uznane za przejaw celowego wprowadzania w błąd, stąd konieczność przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów.

Odnośnie dowodów przedłożonych na rozprawie przez Zamawiającego nie dotyczą one bezpośrednio wykazywanych przez Odwołującego zadań (wyciągu z oferty Odwołującego wraz z wykazem i dwoma referencjami z postępowania ogłoszonego przez Nadleśnictwo Kartuzy – modernizacja drogi leśnej w leśnictwie Glinne na podbudowie z tłucznią o dł. 3,71 oddz. 169, 170, 171, 172, 191, 190, 189,188; korespondencji między Zarządem Morskiego Portu Gdynia S.A., a Nadleśnictwem Kartuzy, odpowiedzi Gminy Stężyca z dnia 02.10.2012 r.), lecz mogą stanowić co najwyżej dowód pośredni co do konieczności weryfikacji informacji odnoszących się do zadań wykazanych w postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego (Nadleśnictwo Kolbudy). Podobnie kwestie dotyczące powiązań o charakterze rodzinnym na które wskazywał na rozprawie Zamawiający (aktualne odpisy KRS-ów dla CWR Sp. J., Duo Sp. z o.o. i WRCK Sp. z o.o. z dnia 26.04.2013 r.).

Należy także zauważyć, że w toku rozprawy Zamawiający, przyjął do wiadomości kopie protokołu końcowego wykonania robót podwykonawczych za okres realizacji robót od dnia 23.10.2012 r. do dnia 13.12.2012 r. - modernizacja drogi leśnej w leśnictwie Glinne na podbudowie z tłucznią o dł. 3,71 - umowa 1494/D11120/3315/12 z 23.20.2012, sporządzony przez podwykonawcę dnia 19.12.2012 r. – pomiędzy Duo Sp. z o.o., a SKAŃSKA S.A. (dotyczy etapu II). W konsekwencji *de facto* ograniczając podstawę faktyczną wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty jedynie do jednego z dwóch zakwestionowanych zadań – tzn. modernizacja drogi leśnej w leśnictwie Glinne na podbudowie z tłucznią o dł. 3,25 (etap I).

Na marginesie, Izba podziela stanowisko, że doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy wykonawca roboty referencyjne wykonywał w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy „głównego wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 08.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 676/09).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....