

WYROK

z dnia 9 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 maja 2014 r.** przez wykonawcę **Gryfskand Sp. z o.o., z siedzibą w Gryfinie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Regeneracja granulowanego węgla aktywnego z filtrów węglowych Stacji Ozonowania Pośredniego i Filtracji na Węglu Aktywnym Zakładu Centralnego SUW Filtry*

prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.

przy udziale wykonawcy Jacobi Carbons Sp. z o.o., z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **Gryfskand Sp. z o.o., z siedzibą w Gryfinie.**, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Gryfskand Sp. z o.o. z siedzibą w Gryfinie tytułem wpisu od odwołania;

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1048/14

UZASADNIENIE

W dniu 26 maja 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Gryfskand Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”), który zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wypełnienia obowiązku odrzucenia oferty Odwołującego z powodu podania przez Odwołującego w ofercie nieprawdziwych informacji i niespełnienia przez Jacobi Carbons Sp. z o.o. obowiązku wynikającego z pkt. 5.1.2 oraz 6.1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”).

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia oferty wykonawcy Jacobi Carbons Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że wykonawca Jacobi Carbons Sp. z o.o. załączył do oferty wykaz wykonywanych lub wykonanych usług, w którym oświadczył, że samodzielnie wykonał cztery usługi polegające na regeneracji złóż węgla aktywnego, każda usługa w ilości minimum 500 m³ węgla, załączając referencje rzekomo potwierdzające należyte wykonanie usług zawartych w wykazie.

Odwołujący wskazał, że tylko oświadczenie Jacobi Carbons Sp. z o.o. o wykonaniu reaktywacji węgla aktywnego w ilości 900 m³ na rzecz Toruńskie Wodociągi sp. z o.o. i list referencyjny udzielony przez Toruńskie Wodociągi sp. z o.o. spełniają wymogi w pkt 5.1.2 oraz 6.1.2 SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w pozostałej części zarówno oświadczenie jak listy referencyjne nie spełniają warunków SIWZ. W ocenie Odwołującego, list referencyjny od spółki Wodociągi Płockie sp. z o.o. opiewa na wykonanie reaktywacji w łącznej ilości 390 m³ węgla aktywnego, to jest poniżej wymaganego w SIWZ progu minimalnego 500 m³. Ponadto, w liście tym wskazuje się jako wykonawcę firmę Jacobi Carbons. Według Odwołującego firma taka nie istnieje. Z całą pewnością pod takim oznaczeniem firmy nie mieści się Jacobi

Carbons sp. z o.o, w Gorzowie Wielkopolskim co wynika wprost z art. 160 ksh. Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący załączył uzyskany z internetu wykaz różnych firm, które w osnowie mają nazwę „Jacobi Carbons”. W ocenie Odwołującego, nie sposób zatem wskazać, która z nich wykonała usługę na rzecz Wodociągi Płockie sp. z o.o.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że listy referencyjne dotyczące usług ujętych w wykazie w pozycji nr 1 Urząd ds. Środowiskowych w Rejonie Helsinki i w pozycji nr 2 AquaAirAdsorbens Dr. R. S. wskazują jako wykonawcę firmę Jacobi Carbons. W ocenie Odwołującego przedłożone referencje nie wskazują więc nazwy firmy Jacobi Carbons Sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający powziął wątpliwość w powyższej kwestii i pismem z dnia 17 kwietnia 2014 zwrócił się o wyjaśnienie czy Jacobi Carbons Sp. z o.o. ul. Kombatantów 34; 66-400 Gorzów Wielkopolski zrealizowała usługi wymienione w pozycji nr 1 i w pozycji nr 2 wykazu wykonywanych lub wykonanych usług. W odpowiedzi pismem z dnia 2014-04-23 „Wyjaśnienia do oferty” Jacobi Carbons sp. z o.o. nie udzieliła odpowiedzi na tak proste zapytanie Zamawiającego, obchodząc je w ten sposób, że wskazała, iż referencje pochodzą od spółek Jacobi Carbons GmbH i Jacobi Carbons Service GmbH. W ocenie Odwołującego, Przystępujący w żaden sposób nie wskazał, że to on powyższe usługi wykonał.

W ocenie Odwołującego z przedłożonego wykazu w pkt 1 oraz 2 można domniemywać, że Przystępujący poświadczył nieprawdę. W ocenie Przystępującego brak jest również dowodu, że którakolwiek ze spółek wskazanych przez Jacobi Carbons sp. z o.o. wykonała powyższe usługi. O powyższych zastrzeżeniach Odwołujący informował Zamawiającego w pismach z dnia 9 kwietnia 2014 i 11 kwietnia 2014 zał. Nr 5 i 6.

Odwołujący wskazał również, że w jego ocenie zastrzeżenia budzi również zmiana treści oświadczeń woli przedkładanych podczas postępowania. Zobowiązanie firmy Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH z dnia 19 marca 2014 do oddania do dyspozycji firmie Jacobi Carbons GmbH stacji reaktywacji węgla aktywnego (5102 m³) zostało załączone do oferty.

Zamawiający w dniu 17 kwietnia 2014 zażądał wyjaśnień ilości 5102 m³ węgla aktywnego do reaktywacji. Jacobi Carbons sp. z o.o. w piśmie z dnia 23 kwietnia 2014 wyjaśnił rozbieżność pomyłką pisarską (winno być 5120m³). Zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2014 wezwał Jacobi Carbons sp. z o.o. do przedłożenia pisemnego zobowiązania spółki Jacobi

Carbons Service GmbH powołując się na poprzednie wyjaśnienia wykonawcy.

W odpowiedzi na żądanie Zamawiającego zostało dostarczone zobowiązanie datowane na dzień 21 marca 2014 firmy Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH do oddania do dyspozycji firmie Jacobi Carbons Sp. z o.o. stacji reaktywacji węgla aktywnego (5120 m³).

W ocenie Odwołującego nastąpiła zmiana treści zobowiązania załączonego do oferty mimo że Zamawiający żądał Zobowiązania pisemnego korygującego jedynie pomyłkę pisarską bez zmieniania podmiotów wymienionych w Zobowiązaniach załączonych do oferty.

Odwołujący wskazał również, że wszystkie ważne dokumenty i oświadczenia przedkładane przez Odwołującego wskazują numer postępowania: 0018/WS/PW/PWS-DZA/U/2014, czyli dotyczą innego postępowania.

Z powyższych wywodów wynika, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający nie dopełnił staranności odnośnie wyjaśnienia wątpliwości i sprzeczności w dokumentach składanych przez Odwołującego. Skutkiem tej niestaranności jest to, że wybrał ofertę Odwołującego choć powinien ją odrzucić.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny

Izba postanowiła dopuścić w niniejszym postępowaniu następujące dowody: (i) SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego z dnia 3 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz terminów otwarcia ofert, wyboru ofert najkorzystniejszej; (iii) zobowiązania firmy Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH z dnia 19 marca 2014 r. do oddania do dyspozycji swoich zasobów; (iv) zobowiązania firmy Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH z dnia 21 marca 2014 r. do oddania do dyspozycji swoich zasobów; (v) pisma Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2014 r. na okoliczność ustalenia treści wezwań do wyjaśnienia treści oferty; (vi) pisma Przystępującego z dnia 23 kwietnia 2014 r. na okoliczność ustalenia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego oraz ilości węgla aktywnego; (vii) pisma Zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2014 r. wzywającego Przystępującego do złożenia pisemnego zobowiązania spółki Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbons Service GmbH do udostępnienia zasobów; (viii) pisma Przystępującego z dnia 5 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia treści

złożonych wyjaśnień; (ix) pisma Zamawiającego z dnia 9 maja 2014 r. na okoliczność wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie właściwego umocowania do podpisania zobowiązania dotyczącego udostępnienia zasobów przez spółki Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH; (x) pismo Przystępującego z dnia 14 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia właściwego umocowania dotyczącego udostępnienia zasobów przez spółki Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH; (xi) pismo Zamawiającego z dnia 16 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia wyboru oferty najkorzystniejszej; (xii) pisma Przystępującego z dnia 30 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego; (xiii) oświadczenia Aqua Air Adsorbens z dnia 5 czerwca 2014 r. na okoliczność wyjaśnienia treści referencji wystawionej przez Aqua Air Adsorbens; (xiv) oświadczenia spółki Wodociągi Płockie z dnia 5 czerwca 2014 r. na okoliczność wyjaśnienia treści referencji wystawionej przez spółkę Wodociągi Płockie S.A.; (xv) oświadczenia Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH z dnia 5 czerwca 2014 r. na okoliczność wyjaśnienia treści listu referencyjnego z dnia 17 września 2013 r.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. Regeneracja granulowanego węgla aktywnego z filtrów węglowych stacji ozonowania pośredniego i filtracji na węglu aktywnym zakładu centralnego SUW „Filtry”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest powyżej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (bezsporne).

Zgodnie z pkt 5.1.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają odpowiednie warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. wykażą się posiadaniem wiedzy i doświadczenia w postaci wykonania, (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwie usługi polegające na regeneracji złóż węgla aktywnego, każda usługa w ilości minimum 500 m³ węgla.” (dowód: SIWZ)

Ponadto, w punkcie 6.1.2 Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia warunku o którym mowa w punkcie 5.1.2 SIWZ by wykonawca przedstawił cyt. „ a) wykaz wykonanych, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat

wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, np. na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do niniejszej IDW wraz z załączeniem dowodów, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca będzie zobowiązany do złożenia odpowiednich dowodów zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów.” (dowód: SIWZ)

Przystępujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Zgodnie z treścią oferty w zakresie wykonywanych usług, Odwołujący wskazał na 4 usługi, załączył również 4 listy referencyjne. W zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego, Izba ustaliła, iż referencje wystawione przez Helsinki Region Environmental Services Authority wskazują, iż usługi na rzecz tego podmiotu wykonała firma Jacobi Carbons; w zakresie referencji wstawionych przez Aqua Air Adsorbens, podmiot ten wskazuje, iż usługa została wykonana przez firmę Jacobi Carbons. Zaznacza również, że usługa reaktywacji węgla została wykonana w nowoczesnej reaktywacji węgla aktywnych w Premnitz, Niemcy (dowód: oferta Przystępującego).

Izba ustaliła, że oferta złożona przez Przystępującego zawierała zobowiązanie spółek: Jacobi Carbons Services (Europe) GmbH oraz Jacobi Carbons GmbH datowane 19 marca 2014 r. do udostępnienia zasobów (dowód: strona 30- 31 oferty Przystępującego).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty, w tym m.in. do wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Zamawiający wskazał, że ilość węgla wymienionego w zobowiązaniu jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał również, iż z dwóch załączonych do oferty Przystępującego referencji wynika, że podmiot na rzecz którego zostały one wystawione jest oznaczony jako Jacobi Carbons. W związku z tym, Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia czy Przystępujący sam zrealizował wskazane w referencjach usługi (dowód: pisma Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2014 r.)

Pismem z dnia 23 kwietnia 2014 r. Przystępujący wyjaśnił, iż referencje załączone do oferty pochodzą od spółek Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbons Service GmbH, które to spółki są udziałowcami Przystępującego (dowód: pismo Przystępującego datowane 23 kwietnia 2014 r.) Przystępujący wskazał również, że w treści zobowiązania doszło do oczywistej omyłki pisarskiej: zamiast 5102m³ powinno być 5120m³. (dowód: pismo Przystępującego z dnia 23 kwietnia 2014 r.).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach przekazanych w dniu 24 kwietnia 2014 r. Przystępujący wskazał, że referencje załączone do oferty pochodzą od spółek Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbon Service GmbH. Złożone przez Przystępującego zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego z dnia 19 marca 2014 r. pochodzą od spółek Jacobi Carbons Services (Europe) GmbH oraz Jacobi Carbons GmbH. Zamawiając wezwał Przystępującego do przedłożenie zobowiązania firmy Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbons Service GmbH do oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia w na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2014 r.)

Przystępujący złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 5 maja 2014 r. Przystępujący wskazał, że zobowiązania do udostępnienia zasobów z dnia 19 marca 2014 r. pochodzą od spółek Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH, które to spółki są udziałowcami Przystępującego. Przystępujący wskazał, że dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2014 r. dotyczące przynależności do grupy kapitałowej oraz dotyczące referencji zawierały omyłkę pisarską, gdyż podana nazwa spółki Jacobi Carbons Service GmbH powinna brzmieć Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH. Przystępujący wskazał, iż stanowi to w jego ocenie omyłkę pisarską. Przystępujący złożył również pisemne zobowiązania Jacobi Carbons GmbH oraz Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH z dnia 21 marca 2014 r. do oddania do dyspozycji firmie Jacobi Carbons Sp. z o.o niezbędnych zasobów na okres ich korzystania przy realizacji zamówienia (dowód: pismo Przystępującego z dnia 5 maja 2014 r.)

Izba ustaliła, że w dniu 9 maja Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do umocowania osoby, której podpis został złożony pod zobowiązaniem spółek Jacobi Carbons Services (Europe) GmbH oraz Jacobi Carbons GmbH do udostępnienia zasobów. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia podstawy umocowania pani Eriki Lauer do podpisania zobowiązania w imieniu dwóch spółek Jacobi Carbons Services (Europe) GmbH oraz Jacobi Carbons GmbH (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 9 maja 2014 r.)

Pismem z dnia 14 maja 2014 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia oraz przedłożył odpowiednie dokumenty z niemieckiego rejestru przedsiębiorców potwierdzające umocowanie pani Eriki Lauer (dowód: pismo Przystępującego z dnia 14 maja 2014 r.)

Izba ustaliła, że pismem z dnia 16 maja 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o

wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Jacobi Carbons Sp. z o.o. (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 16 maja 2014 r.)

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 27 maja 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Jacobi Carbons Sp. z o.o. („Przystępujący”) Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący podania nieprawdziwych informacji

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego z powodu podania nieprawdziwych informacji i niespełnienia przez Przystępującego warunków określonych w pkt 5.1.2 oraz 6.1.2 SIWZ przez co Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 ustawy Pzp.

Kluczowe znaczenie wobec tak sformułowanego zarzutu Odwołującego jest określenie w pierwszej kolejności przesłanek zobowiązujących Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji.

Analiza art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający jest zobowiązany do

wykluczenia wykonawcy z postępowaniu w przypadku ziszczenia się następujących przesłanek: (i) złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia; oraz (ii) stwierdzenia, że dana informacja ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Co do pierwszej przesłanek, należy wskazać, że ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji „nieprawdziwych informacji”. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że informacja nieprawdziwa to informacja, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, to informacja niezgodna ze obiektywnie ustalonym stanem faktycznym. Informacje takie mogą mieć charakter zarówno podmiotowy jak i przedmiotowy i dotyczyć wszelkich elementów postępowania. Dla wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że dana informacja nie odzwierciedla stanu rzeczywistego. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewnego wywołanego np. nieścisłością czy też podaniu informacji, które nie w pełni oddają stan rzeczywisty. Ciężar dowodu wykazania nieprawdziwości informacji spoczywa na wykonawcy domagającym się wykluczenia innego wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji. W tym miejscu należy przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości nieprawdziwości danej informacji.

W ocenie Izby, Odwołujący nie przedstawił wystarczającego materiału dowodnego na potwierdzenie, że Przystępujący przedłożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje.

Analiza materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu wskazuje, że Przystępujący składając ofertę na przedmiotowe zamówienie wskazał w załączniku nr 4 cztery usługi na potwierdzenie spełnienia warunków określonych w pkt 6.1.2 SIWZ. Odwołujący argumentował, że dokonując literalnej wykładni treści załącznika nr 4 należy uznać, iż Odwołujący oświadczył, że usługi wskazane wykazie zostały wykonane przez Przystępującego samodzielnie, co w świetle pozostałych dokumentów przedłożonych wraz z ofertą Przystępującego, jest oświadczeniem nieprawdziwym.

W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego jest niezasadna. Odwołujący interpretuje literalnie treść oświadczenia Przystępującego złożonego w załączniku nr 4 w oderwaniu od pozostałych dokumentów złożonych przez Przystępującego w toku postępowania przetargowego. W ocenie Izby, treść oświadczenia Przystępującego winna być analizowana z uwzględnieniem całej dokumentacji przedłożonej przez Przystępującego w toku postępowania przetargowego, w tym również w świetle wyjaśnień złożonych do oferty na

skutek wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp czy też art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, literalna wykładnia załącznika nr 4, czytana w oderwaniu od pozostałej dokumentów złożonych w postępowaniu przetargowym przez Przystępującego mogła sugerować Odwołującemu, iż wykonawca ten sam wykonał usługi wymienione w wykazie. Załącznik nr 4 stanowi bowiem: „oświadczam, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonywałem/wykonywaliśmy lub wykonuję/wykonujemy następujące usługi....”.

Zaznaczyć należy jednak, że w treści załącznika nr 4 znajduje się również informacja, że wykonawca jest zobowiązany załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dlatego też, w ocenie Izby, wykaz usług winien być czytany łącznie z załączonymi dowodami należytego wykonania usług. Odwołujący argumentował podczas rozprawy, że dokumenty te czytane łącznie pozostają ze sobą w sprzeczności, bo wykaz wskazuje, że usługi zostały wykonane przez Przystępującego, zaś referencje przedłożone na potwierdzenie należytego wykonania wskazanych usług zostały wystawione na rzecz podmiotu Jacobi Carbons. Słuszne w tym zakresie jest stanowisko Odwołującego, że załącznik nr 4 czytane łącznie z treścią referencji pozostają ze sobą w sprzeczności, jednak fakt zaistnienia takiej sprzeczności nie uzasadnia automatycznego przyjęcia przez Zamawiającego podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji i wykluczenia go z postępowania.

Jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, sam Zamawiający powziął wątpliwości kto wykonał usługi wskazane w treści załącznika nr 4. Świadczy o tym pismo z dnia 17 kwietnia 2014 r., skierowane do Przystępującego. Działanie takie należy uznać za jak najbardziej zasadne. Jak zostało bowiem wskazane powyżej, obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji nie może być oparty w zaistnieniu pewnego stanu niepewnego wywołanego np. nieścisłością czy też podaniem informacji, które nie w pełni oddają stan rzeczywisty. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu. Przedłożone referencje zawierały nieprecyzyjne określenie, która ze spółek grupy kapitałowej Jacobi Carbons wykonała usługi na rzecz firmy Urząd ds. Środowiskowych w Rejonie Helsinki i AquaAir Adsorbens. Jednocześnie czytanie łącznie z załącznikiem nr 4 nie dawały Zamawiającemu jednoznacznej odpowiedzi, kto wykonał usługi wskazane w wykazie.

Jak wyjaśnił Przystępujący na rozprawie, nieścisłość dotycząca określenia podmiotu, który

zrealizował usługi wskazane w załączniku nr 4 wynikała z faktu, iż Przystępujący korzystał ze wzorca oświadczenia dostępnego na stronie internetowej Zamawiającego, w którym nie było możliwości wskazania, iż usługi były wykonane przez podmioty, które udostępniają Przystępującemu zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba uznała wyjaśnienia Przystępującego za przekonujące. Powszechnym znanym faktem jest to, iż wykonawcy korzystają ze wzorów dokumentacji udostępnianej przez Zamawiającego na potrzeby konkretnego postępowania przetargowego. Tak też było w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Niewątpliwie Przystępujący winien był wykazać się większą starannością sporządzając treść załącznika nr 4, jednakże brak wymaganej staranności nie jest równoznaczny z podaniem nieprawdziwych informacji.

W ocenie Izby, Zamawiający przeprowadził w sposób prawidłowy procedurę zmierzającą do wyjaśnienia jaki podmiot wykonywał usługi wskazane w treści kwestionowanych referencji oraz określenia podmiotów udostępniających zasoby na czas realizacji zamówienia. Takie prawo jak i obowiązek Zamawiającego wynika wprost z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby z materiału dowodowego zgromadzonego w przedmiotowej sprawie wynika, iż Przystępujący w sposób jasny i precyzyjny wyjaśnił jakie podmioty użyczają swoje zasoby na potrzeby realizacji zamówienia oraz przedłożył niezbędne zobowiązania. Izba w tym zakresie uznała za wiarygodne wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 5 maja 2014 r., którego treść Odwołujący nie kwestionował ani nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie nieprawdziwości informacji zawartych ww. piśmie Przystępującego.

Co do samej treści kwestionowanych przez Odwołującego referencji wystawionych przez spółkę Aqua Air Adsorbens oraz Urząd ds. Środowiskowych w Rejonie Helsinki, Odwołujący argumentował, że referencje zostały wystawione na rzecz spółki Jacobi Carbons, bez podania pełnej nazwy podmiotu, który wykonał poszczególne usługi. Odwołujący przedłożył listę podmiotów, które mają w swojej osnowie nazwę „Jacobi Carbons” i wskazał, że nie ma wśród nich spółki o nazwie „Jacobi Carbons”.

W pierwszej kolejności, Izba zauważa, że przepisy ustawy Pzp nie określają wymaganej treści referencji. Jediną informacją jaka powinna znaleźć się w ich treści to potwierdzenie należytego wykonania danej usługi. Nie ulega również wątpliwości, że sama referencja powinna identyfikować podmiot na rzecz którego jest ona wystawiona oraz podmiot na rzecz którego dana usługa została wykonana. W przedmiotowym postępowaniu, Przystępujący załączył do oferty 4 referencje. Dwie z nich, kwestionowane przez Odwołującego, zostały wystawione na rzecz spółki Jacobi Carbons, bez wskazania siedziby spółki czy też jej formy

prawnej. Wskazana nieścisłość, została również zauważona przez Zamawiającego, który w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wystąpił do Przystępującego o złożenie wyjaśnień jakie podmioty wykonywały usługi wskazane w treści referencji wystawionej przez Urząd ds. Środowiskowych w Rejonie Helsinki oraz Aqua Air Adsorbens (pismo z dnia 17 kwietnia 2014 r., oraz 29 kwietnia 2014 r.). Odwołujący złożył w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego pisma, w których wyjaśniła, iż referencje zostały wystawione na rzecz spółki z grupy kapitałowej Przystępującego tj. Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH oraz Jacobi Carbons GmbH, będącej udziałowcem Przystępującego. Izba uznała w tym zakresie za wiarygodne wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w pismach z dnia 23 kwietnia 2014 r. oraz 5 maja 2014 r. Wyjaśnień tych sam Odwołujący nie kwestionował ani nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w toku postępowania przetargowego. Odwołujący, w ocenie Izby, wskazał na pewne nieścisłości w ofercie Odwołującego, które zostały właściwie wyjaśnione przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 oraz 4 ustawy Pzp.

Co do zarzutu nieuprawnionej zmiany treści zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby w zakresie wymaganej ilości węgla aktywnego do reaktywacji. Odwołujący argumentował, że Przystępujący nie był uprawniony do zmiany treści zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby dnia 19 marca 2014 r. oryginalnie dołączonego do oferty Przystępującego. Stanowisko Odwołującego jest niezasadne. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które nie zostały złożone wraz z ofertą lub poprawienia dokumentów zawierających błędy. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia swoich zasobów z dnia 19 marca 2014 r. zostały wystawione przez dwie spółki: Jacobi Carbons Service (Europe) GmbH oraz Jacobi Carbons GmbH. W treści zobowiązań została podana błędną ilość wymaganego węgla aktywnego (5102m³ zamiast 5120m³). W toku wyjaśnienia treści oferty Przystępujący wskazał, iż w treści zobowiązań z dnia 19 marca 2014 r. doszło do oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie wymaganej ilości aktywnego węgla. W trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Przystępujący przedłożył zobowiązanie z właściwą ilością aktywnego węgla. Działanie takie Izba uznaje za zgodne z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro pierwotnie złożony dokument zawierał błędy, wykonawca był uprawniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego poprawienia.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp argumentując, iż Przystępujący nie spełnił warunków określonych w pkt 5.1.2 oraz 6.1.2 SIWZ. W ocenie Izby powyższy zarzut jest niezasadny. Jak zostało wskazane powyżej, Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1.2 oraz 6.1.2 SIWZ. Odwołujący w celu wykazania spełnienia powyższych warunków, korzystał w zasobów podmiotu trzeciego tj. spółek będących udziałowcami Przystępującego, przedłożył dokumenty wymagane przez Zamawiającego oraz niezbędne referencje. Wobec powyższego Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: