

**WYROK**  
z dnia 26 października 2017 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2017 roku przez wykonawcę **E. P. S.A. z siedzibą w B. W.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, który reprezentuje Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w R.**

przy udziale wykonawców:

- 1) **L. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F. U. –H. –P. L. K. z siedzibą w Z.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- 2) **A. Sp. z o.o. z siedzibą w K.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – E. P. S.A. z siedzibą w B. W. i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego E. P. S.A. z siedzibą w B. W.** na rzecz **Zamawiającego -**

**Skarbu Państwa, który reprezentuje Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w R.** kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego o z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) 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:**

## UZASADNIENIE

W dniu 16 października 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) (zwanej dalej „ustawą Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **E. P. S.A. z siedzibą w B. W.** (zwany dalej „Odwołującym”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w R. wraz ze wszystkimi elementami. Zadanie nr 2: Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w R.* w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający: **Skarb Państwa, który reprezentuje Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w R..** Numer ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej : 2017/S 104-207829 z dnia 01.06.2017 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia uprawniającego go do wnoszenia środków ochrony prawnej. W postępowaniu na zadanie nr 2 zostało złożonych sześć ofert, żadna oferta nie została odrzucona. Zamawiający w części 19 IDW przyjął dwa kryteria oceny ofert: kryterium „cena” o wadze 60% oraz kryterium „jakość” o wadze 40%. Według kryterium „jakość” wszystkie oferty uzyskały maksymalną możliwą liczbę punktów (40), a więc wyłącznie cena jest kryterium decydującym o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku wykluczenia z postępowania Wykonawcy Kochanowicza, oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą, jako najtańsza spośród pozostałych pięciu ofert (cena oferty Odwołującego to 23 866 366,09 zł, zaś cena kolejnej najtańszej oferty, spośród ofert podlegających ocenie, złożonej przez Wykonawcę A. Sp. z o.o. to 24 898 196,58 zł). Z kolei, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, których ma prawo oczekiwać w związku ze złożeniem najkorzystniejszej oferty i uzyskaniem zamówienia.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem ustawowego terminu na jego wniesienie, kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności

Zamawiającego oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj.: wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę L. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F. U.-H.-P. L. K., Z. (zwanego dalej „Wykonawcą K.”), zaniechania wykluczenia Wykonawcy K.,

ewentualnie

zaniechania wezwania Wykonawcy K. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1) art. 91 ust 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Kochanowicza w sytuacji, gdy Wykonawca ten podlega wykluczeniu,

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Kochanowicza w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż jedyną usługą wskazaną w wykazie usług jest wykonywana nienależycie,

ewentualnie:

3) naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Kochanowicza do złożenia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) wykluczenia Wykonawcy K.,

3) wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) powtórzenia czynności oceny spełniania przez Wykonawcę K. warunków udziału w postępowaniu, w tym, z zastosowaniem procedury przewidzianej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy, wezwania Wykonawcy K. do złożenia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ”), podzielonej na cztery tomy, w tym Tom I „Instrukcja dla wykonawców”, Zamawiający zawarł Rozdział I

oznaczony „Instrukcja dla wykonawców (IDW)”. Po zmianie treści SIWZ oraz przedłużeniu terminu składania ofert, ostatecznie termin składania ofert został ustalony na dzień 18 lipca 2017 r.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części („zadania”). Dla zadania nr 2, którego dotyczy odwołanie, w części 7 IDW zatytułowanej „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający w pkt 7.2 w ppkt 3.3)1 określił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia (w brzmieniu po zmianie): *„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie:*

- 1) *max 3 zadań polegających na letnim utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. G, o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 400 000 PLN netto oraz*
- 2) *max 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. G, o wartości łącznej nie mniejszej niż 3 600 000 PLN netto albo*
- 3) *\*) max 3 zadań polegających na całorocznym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. G, o wartości łącznej nie mniejszej niż 6 000 000 PLN netto”.*

Następnie Zamawiający określił, co rozumie przez letnie i zimowe utrzymanie, postanowił, że *„w przypadku wykazania przez Wykonawcę usług/usługi wykonywanych, Wykonawca zobowiązany jest wykazać się usługami/usługą, w ramach których wartość wykonanych przed upływem terminu składania ofert usług/usługi wynosi co najmniej tyle ile wyszczególniono w warunku”.*

W części 9 pkt 9.7 IDW Zamawiający postanowił, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu *„na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń i dokumentów”, w tym (pkt 1 lit. b) „wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.*

W postępowaniu na zadanie nr 2 oferty złożyło sześciu wykonawców, w tym Wykonawca Kochanowicz i Odwołujący. Po upływie terminu składania ofert Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie oferty złożonej przez Wykonawcę K.. Analiza tej oferty pokazała, że w złożonym wraz z nią Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia (zwanym dalej „JEDZ”) Wykonawca K. w części IV w sekcji C w opisie, dla zadania nr 1 i zadania nr 2, wskazał jedną usługę „Kompleksowe - zimowe i letnie - utrzymanie w systemie „ Utrzymaj Standard” autostrady A-4 na odcinku od węzła D. W. do węzła R. W., drogi ekspresowej S-19 na odcinku od miejscowości S. do węzła R. W. wraz z odcinkiem drogi krajowej nr 19 od węzła R. W.do granicy miasta R. oraz na odcinku od węzła A-4 R. Z. do węzła S. w okresie 6 lat”, z uzupełniającym opisem „Umowa nr 2814/121/2012 z dnia 26.07.2012 r” (zwana dalej „umową nr 2814/121/2012”), datą początkową „26-07-2012” i datą końcową „26-07-2018” oraz wskazaniem odbiorcy „GDDKiA Oddział w R. (...), ul. (...)

Odwołujący posiadał wiedzę, że usługa wskazana w JEDZ przez Wykonawcę Kochanowicza jest wykonywana na podstawie umowy zawartej między Zamawiającym a konsorcjum dwóch Wykonawców, z których jednym był Wykonawca K. jako lider konsorcjum. W dniu 14 sierpnia 2017 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego w wnioskiem o udostępnienie tej umowy wraz z ewentualnymi aneksami, oraz o udzielenie informacji, czy w toku wykonywania umowy Wykonawca był wzywany do zapłaty kar umownych, a jeżeli tak, o udostępnienie dokumentów związanych z naliczaniem i uiszczeniem kar.

Zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2017 r. udzielił odpowiedzi na wniosek Odwołującego załączając do pisma kopię umowy (z informacją, że nie było do niej aneksów) oraz dokumenty związane z naliczeniem kar. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że Wykonawcy zostały naliczone kary w łącznej wysokości 27 000 zł, które zostały potrącone z płatności za faktury VAT oraz poinformował, że poszczególne kwoty kar, z jakiego tytułu naliczono kary oraz w jakich datach, zawierają załączone materiały.

Pismem z dnia 4 października 2017 r. Zamawiający poinformował, że w postępowaniu na zadanie nr 2 jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę złożoną przez: F. U. –H.-P. L. K., z dodatkową informacją, że oferta otrzymała największą liczbę punktów, tj. 100 pkt, oraz informacją, że ofercie Odwołującego została przyznana liczba punktów równa 94,58, co oznacza, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W tej sytuacji Odwołujący w dniu 6 października 2017 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie pełnej korespondencji i dokumentów złożonych przez Wykonawcę Kochanowicza w przedmiotowym postępowaniu. Nadto, pismem z dnia 9 października 2017 r., Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie informacji, czy zostały wystawione referencje potwierdzające należyte wykonanie prac dotyczących umowy

nr 2814/121/201. Na to pismo, do dnia sporządzenia odwołania Zamawiający nie udzielił odpowiedzi. Natomiast w odpowiedzi na pismo z dnia 6 października 2017 r. Zamawiający, przesłał skan wnioskowanej korespondencji.

Z analizy przesłanej przez Zamawiającego korespondencji prowadzonej po upływie terminu składania ofert między Zamawiającym, a Wykonawcą K. wynika, że:

- Zamawiający, pismem z dnia 8 września 2017 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy, wezwał Wykonawcę K. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, w tym, w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykazu usług wskazanego w pkt 9.7 IDW (Zamawiający w wezwaniu przepisał z ID W pkt 1 lit. b). W wezwaniu Zamawiający poinformował Wykonawcę, że zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający posiada określone oświadczenia lub dokumenty (...). W takim przypadku Wykonawca jest obowiązany do wskazania Zamawiającemu oświadczeń lub dokumentów, które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez Zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp w tym wskazania, czy są one aktualne.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca K. przesłał Zamawiającemu wymagane oświadczenia i dokumenty, w tym wykaz usług wykonanych przez Wykonawcę. W piśmie Wykonawca oświadczył, że „usługa wskazana w Wykazie usług załączonym do niniejszego pisma jest realizowana na rzecz Zamawiającego, a co za tym idzie Zamawiający posiada dokumenty potwierdzające, że usługa ta jest realizowana przez Wykonawcę należycie. Wykonawca oświadcza także, że dokumenty, o których mowa, oraz informacje zawarte w Wykazie usług są aktualne”, w załączonym do pisma Wykonawcy K. wykazie usług dotyczącym zadania nr 2 (dokument zatytułowany „Wiedza i doświadczenie”), Wykonawca zawarł tabelę, w której, w kolejnych kolumnach, napisał: (kolumna nr 2 opisana jako „Nazwa Wykonawcy (podmiotu) wykazującego spełnianie warunku”) „F.U.H.P. L. K. (...) (kolumna nr 3 opisana jako „Nazwa i adres Zamawiającego/Zleceniodawcy”) „GDDKiA Oddział w Rzeszowie, ul. (...) (kolumna nr 4 opisana jako „Charakterystyka zamówienia/Informacje potwierdzające spełnianie warunku opisanego w pkt 7.3.1) IDW”) „Kompleksowe - zimowe i letnie - utrzymanie w systemie „ Utrzymaj Standard” autostrady A-4 na odcinku od węzła D. W. do węzła R. W., drogi ekspresowej S-19 na odcinku od miejscowości S. do węzła R. W. wraz z odcinkiem drogi krajowej nr 19 od węzła R. W. do granicy miasta R. oraz na odcinku od węzła A-4 R. Z. do węzła Ś. w okresie 6 lat z dopiskiem „Umowa nr 2814/121/2012 z dnia 26.07.2012 r.”; (kolumna nr 5 opisana jako

„Czas realizacji początek dzień/miesiąc/rok”) „26.07.2012 r.”\ (kolumna nr 6 opisana jako „Czas realizacji koniec dzień/miesiąc/rok”) „do 6 lat”. Pod tabelą Wykonawca napisał „Załączamy dokumenty potwierdzające że wskazane w wykazie usługi/roboty zostały wykonane należycie”, jednak taki dokument nie został załączony.

Jedyną usługą wskazaną w wykazie usług jest dokładnie tą samą usługą, którą Wykonawca Kochanowicz wskazał w JEDZ i równocześnie tą samą usługą, o którą w piśmie z dnia 14 sierpnia 2017 r. zapytywał Odwołujący Zamawiającego zwracając się o udostępnienie umowy (i tą samą, dla której kopię umowy wraz z dokumentami związanymi z naliczeniem kar Zamawiający przekazał Odwołującemu udzielając odpowiedzi).

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, co następuje:

Usługa, którą wykazał Wykonawca K. w JEDZ i w wykazie usług złożonym na wezwanie Zamawiającego jest wykonywana na podstawie umowy nr 2814/121/2012. Umowa ta w § 2 ust. 3 przewiduje, że „rozliczenie z tytułu wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy będzie dokonywane w okresach rozliczeniowych, po zakończeniu danego okresu rozliczeniowego (Strony przyjmują, iż okresem rozliczeniowym jest miesiąc kalendarzowy), na podstawie podpisanego przez Strony - osoby, o których mowa w § 5 niniejszej umowy - protokołu kontroli jakości, który będzie podstawą wystawienia faktury VAT. W § 9 określającym okoliczności i wysokości nakładanych kar umownych, w ust. 1 pkt 2 strony postanowiły, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne „w przypadku oraz w wysokościach wskazanych w Karcie kar, stanowiącej załącznik do niniejszej umowy”. Karta kar, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 lit. f umowy, jest integralną częścią umowy i stanowi załącznik 3 do umowy. Przekazując Odwołującemu kopię umowy Zamawiający nie przekazał kopii Karty kar. Nie ma to jednak znaczenia, gdyż z pozostałych dokumentów przekazanych Odwołującemu wynika, że Karta kar określa przypadki, w których Wykonawca zapłaci kary umowne, jest taryfikatorem kar, w którym kary są „wyceniane” w punktach, przy czym każdy punkt „kosztuje” Wykonawcę 500 zł. Inaczej mówiąc, wysokość kary umownej określona w złotych jest iloczynem liczby punktów wynikających z Karty kar oraz kwoty 500 zł.

Przekazując Odwołującemu kopię wspomianej umowy Zamawiający nie tylko poinformował Odwołującego, że Wykonawcy K. zostały naliczone kary w łącznej wysokości 27 000 zł, które zostały potrącone z płatności za faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę, ale przekazał Odwołującemu kopie dokumentów związanych z naliczeniem kar. Dokumentami tymi są w każdym przypadku: faktura wystawiona przez Wykonawcę, rozliczenie do faktury wystawione przez Wykonawcę, załącznik do faktury podpisany przez osoby po stronie Zamawiającego, tabela płatności przejściowych (rozliczenie wynagrodzenia ryczałtowego) oraz, co najistotniejsze, protokół kontroli jakości podpisany przez obie strony umowy.

Zamawiający przekazał Odwołującemu cztery komplety kopii dokumentów. Istotne w tej



sprawie są protokoły kontroli jakości. W każdym protokole, w pkt 3 wskazano, że „Podczas kontroli jakości standardów utrzymania i na podstawie częściowych protokołów kontroli sporządzonych zgodnie z Kartą potrąceń stwierdzono następujące przekroczenia terminowe (uchybień) wg Karty potrącenia, następnie, w pkt 3.2 „z tytułu niedotrzymania terminu wykonania usługi wskazano w protokole:

- nr 18/2013 z dnia 03.02.2014: „poz 19. Karty Kar (...) Zwłoką w utrzymaniu zimowym pasa drogowego oraz obiektów inżynierskich w wymaganym standardzie określonym w Zarządzeniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad liczba punktów 20 (...), co daje łącznie kwotę potrąceń z wynagrodzenia miesięcznego 10 000 zł”,

- nr 21/2014 z dnia 30.04.2014: „poz, 15 z Karty Kar (...) Naprawa i uzupełnianie ogrodzenia, liczba punktów 4 (...), co daje łącznie kwotę potrąceń z wynagrodzenia miesięcznego 2000 zł”,

- nr 24/2014 z dnia 01.08.2014: „poz. z Karty potrąceń 11 (...) Uzupełnianie i zabezpieczenie miejsca uszkodzenia bariery ochronnej liczba punktów 5 za każdy rozpoczęty czasokres 5 pkt x 2 rozpoczęte czasokresy = 10 pkt, (...) Wysokość nałożonej kary równa się 10 pkt karnych x 500 PLN = 5 000,00 PLN, co daje kwotę potrąceń z wynagrodzenia miesięcznego 5 000,00 PLN,

- nr 29/2014 z dnia 31.12.2014: „poz. z Karty potrąceń 11 (...) Uzupełnianie miejsca uszkodzenia bariery ochronnej liczba punktów 5 za każdy rozpoczęty czasokres 5 pkt x 4 rozpoczęte czasokresy = 20 pkt, (...) Wysokość nałożonej kary równa się 20 pkt karnych x 500 PLN = 10 000,00 PLN, co daje kwotę potrąceń z wynagrodzenia miesięcznego 10 000,00 PLN.

Tak więc Zamawiający czterokrotnie stwierdził niedotrzymanie terminu wykonania usługi przez Wykonawcę K., z czym zgodził się Wykonawca podpisując za każdym razem protokół kontroli jakości (i godząc się na zapłatę z tego tytułu kar umownych).

Nie ulega wątpliwości, że niedotrzymanie terminu wykonania usługi oznacza nienależyte wykonywanie usługi. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 858/12 i KIO 861/12) uznała że „przez należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 Kc w zw. z ort, 14 ustawy staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należy więc uznać, że ocena należytej staranności powinna uwzględnić całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe technicznie wykonanie czynności. Niedotrzymanie terminu wykonania prac, dwukrotne jego przedłużanie oraz obciążenie wykonawcy karami umownymi, nie może stanowić podstawy do uznania, że prace zostały wykonane należyście zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) [przepis § 2 ust. 4 pkt 2 obowiązującego rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od

*wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126)". Naliczenie przez Zamawiającego kar umownych i ich zapłata (przez potrącenie z faktur) oznacza, że usługi nie można uznać za należycie wykonaną, a tym samym potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Potwierdza to orzecznictwo KIO. W uzasadnieniu wyroku z dnia 2 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1388/13 i KIO 1389/13) Izba stwierdziła: „Fakt, iż w ramach omawianej usługi zostały naliczone kary umowne ma o tyle znaczenie dla sprawy, iż usługi tej nie można zaliczyć w poczet usług, które mogłyby potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu”. W innym orzeczeniu, z dnia 27 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1759/15), w sytuacji, gdy wykonawca (odwołujący) przedłożył kopię referencji, jednak przerobił dokument usuwając zdanie „w związku z nieterminowymi dostawami firma zapłaciła kary umowne w wysokości 13.665,82 zł” Izba uznała, że usunięta treść było niewygodna dla wykonawcy „z uwagi na to, że potwierdzała fakt nienależytego wykonania zamówienia, wykonania którego referencje dotyczyły. Odwołujący miał więc świadomość tego, że te referencje nie mogą i nie będą uznane za potwierdzające fakt należytego wykonania dostawy wskazanej w pozycji 3 wykazu”. Izba wypowiedziała się także na temat wielkości uchybień w realizacji zamówienia w stosunku do całości zamówienia. W przywołanym już wyroku z dnia 2 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1388/13 i KIO 1389/13) Izba podzieliła pogląd, iż „zamawiający nie może stopniować winy poprzez uznanie, że nieprawidłowa realizacja części zamówienia (w niewielkim stopniu - poniżej 1%) wyklucza uznanie, że wykonawca wykonał zamówienie nienależycie. Żaden przepis ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych do niej nie przewiduje możliwości gradacji uchybień w realizacji zamówienia pozwalający na przyjęcie, że niewielka część nienależycie wykonanego zamówienia nie powoduje skutku w postaci wykluczenia wykonawcy, który nie potwierdził należytego wykonania zamówienia”.*

Co istotne w ocenie Odwołującego, niezależnie od stwierdzonego niedotrzymywania terminów wykonania usługi podczas wykonywania przez umowy nr 2814/121/2012 oraz naliczania z tego tytułu kar umownych, w dwóch protokołach kontroli jakości, tj. protokołach 24/2014 i 29/2014, Zamawiający wprost stwierdza jej wykonywanie niezgodnie z umową oraz opisem przedmiotu zamówienia (co potwierdza także Wykonawca podpisaniem protokołów), pisząc: „Po dokonaniu sprawdzenia standardów oraz przeanalizowaniu dokumentów stwierdza się co następuje: 1. W zakresie zgodności wykonanych usług utrzymaniowych z Umową nr 2814/121/2012 - niezgodnie 2. W zakresie prawidłowości wykonania usług utrzymaniowych pod względem zgodności z OPZ — niezgodnie”. Te stwierdzenia jednoznacznie przesądzają o nienależytym wykonywaniu usługi.

Skoro zatem jedyna usługa wskazana przez Wykonawcę K. w wykazie usług złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy nie jest wykonywana należycie, to oznacza, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania określonego przez

Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a zatem powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający wybierając ofertę tego Wykonawcy naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, wskazując w części 9 pkt 9.7 (pkt 1 lit. b) IDW wykaz usług jako dokument składany na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, de facto przepisał do IDW § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...) z oczywistymi zmianami (pominięcie fragmentów dotyczących dostaw oraz wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

Zamawiający pominął jednak istotny fakt: usługa będąca przedmiotem zamówienia jest świadczeniem ciągłym. W związku z tym postanowienie IDW dotyczące wykazu usług należy odczytywać następująco: „na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (...), oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane lub są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Wykonawca Kochanowicz wskazał, zarówno w JEDZ, jak i w wykazie usług złożonym na wezwanie Zamawiającego jedyną usługę wykonywaną na podstawie umowy nr 2814/121/2012, przy czym usługa jest w dalszym ciągu wykonywaną (do dnia 26 lipca 2018 r.), a odbiorca usługi jest „GDDKiA Oddział w R.”, czyli Zamawiający.

Postanowienie IDW dotyczące wykazu usług w zakresie dowodów odnoszące się do usługi wskazanej przez Wykonawcę K. przesądza tym samym, że na wezwanie Zamawiającego Wykonawca K. obowiązany był do złożenia referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez Zamawiającego, przy czym referencje bądź inne dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie usługi powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie był w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. Taki więc Wykonawca K. obowiązany był złożyć referencje bądź inne dokumenty, które powinny: być wystawione przez Zamawiającego, potwierdzać należyte wykonywanie usługi, być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, chyba że z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie był w stanie uzyskać tych dokumentów - wówczas obowiązany był złożyć oświadczenie.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 26 ust. 6 ustawy „Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy Z kolei przepis § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju sprawie rodzajów dokumentów (...) stanowi, że „W przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne”. Takimi dokumentami są w szczególności dowody, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia.

Jeżeli więc zamawiający posiada dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, to wykonawca na wezwanie zamawiającego nie ma obowiązku ich złożenia, lecz ma obowiązek wskazać dokumenty, które posiada zamawiający. Przy czym do tych dokumentów odnoszą się wszystkie wymagania wynikające z przepisów ustawy i rozporządzenia, czyli, w przypadku świadczeń ciągłych nadal wykonywanych, referencje bądź inne dokumenty, które posiada zamawiający powinny: być wystawione przez zamawiającego, potwierdzać należyte wykonywanie usługi, być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W wezwaniu z dnia 8 września 2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę K., że nie jest on obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów (...), jeżeli Zamawiający posiada określone oświadczenia lub dokumenty (...), lecz „w takim przypadku Wykonawca jest obowiązany do wskazania Zamawiającemu oświadczeń lub dokumentów, które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego (...)”.

Wykonawca K. w piśmie z dnia 18 września 2017 r., w nawiązaniu do usługi wskazanej w wykazie usług oświadczył, że Zamawiający posiada dokumenty potwierdzające, że usługa ta jest realizowana przez Wykonawcę należycie, co, zdaniem Wykonawcy wynika z faktu, że usługa wskazana w wykazie usług jest realizowana na rzecz Zamawiającego. Jednak z faktu, że usługa jest realizowana na rzecz Zamawiającego, po pierwsze nie wynika, że jest realizowana należycie - jest to wyłącznie ocena samego Wykonawcy. Po drugie, nawet gdyby usługa była realizowana należycie, to z tego nie wynika, że Zamawiający posiada dokumenty potwierdzające jej należyte wykonywanie (realizowanie), nadto dokumenty wystawione przez Zamawiającego i wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Określenie „wystawione” i „wydane” w odniesieniu do dokumentu oznacza, że dokument musi fizycznie istnieć. Nadto oznacza, że taki dokument został komuś wystawiony i wydany Wykonawcy. A więc Wykonawca powinien wiedzieć jakie dokumenty zostały wystawione i wydane, nawet jeżeli wystawionych

i wydanych dokumentów od Zamawiającego nie odebrał. A zatem, w związku z żądaniem Zamawiającego, powinien był te dokumenty wskazać.

Tymczasem Wykonawca K. stwierdził jedynie, że Zamawiający posiada dokumenty potwierdzające należyłą realizację usługi, jednak, wbrew przepisom ustawy oraz wbrew żądaniu Zamawiającego, nie wskazał ich, a tym samym nie wskazał Zamawiającemu. tych dokumentów.

Skoro zatem Wykonawca K. wraz z wykazem usług złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy nie złożył wystawionych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usługi wydanych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a z drugiej strony nie wskazał Zamawiającemu tych dokumentów, to oznacza, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a zatem powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że w zarzucie nie przesądza, czy Zamawiający posiada jakieś dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie usługi wskazanej przez Wykonawcę K.. Zamawiający, na co Odwołujący zwrócił uwagę uprzednio, nie odpowiedział bowiem na wniosek o udzielenie informacji, czy zostały wystawione referencje potwierdzające należyte wykonanie prac dotyczących umowy nr 2814/121/201. Tak więc Odwołujący nie posiada wiedzy na ten temat. Jednak, mając na uwadze, że usługa jest wykonywana nienależycie, a z drugiej strony, że Zamawiającym jest de facto Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez Oddział w R. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, trudno przypuszczać, by GDDKiA Oddział w R. wystawił w imieniu Skarbu Państwa dokument w swej treści sprzeczny z faktami, w szczególności wskazanymi w protokołach kontroli jakości.

Formułując zarzut ewentualny Odwołujący ma na uwadze, że wykluczenie Wykonawcy z postępowania z uwagi na brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu powinno być .poprzedzone wezwaniem do złożenia dokumentów w trybie określonym w przepisie art. 26 ust. 3 (o ile Zamawiający Wykonawcy już nie wzywał).

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil jak w petitum.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie wykluczenia Przystępującego i uznanie jego oferty przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego, który złożył ofertę drugą w rankingu, możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpień złożyli wykonawcy:

- 1) **L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F. U. –H. -P. L. K. z siedzibą w Z.**, po stronie Zamawiającego;
- 2) **A. Sp. z o.o. z siedzibą w K.**, po stronie Odwołującego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień.

Zamawiający na posiedzeniu złożył *odpowieź na odwołanie*, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył fragmenty SIWZ oraz wskazał elementy ofert podlegające ocenie istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający opierając się na

oświadczeniach wiedzy zawartych w dokumencie JEDZ dokonuje w ramach postępowania czynności sprawdzenia poprawności treści oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i za istotną w tym zakresie należy uznać rzetelność zawartych tam informacji. W ocenie Izby Przystępujący po stronie Zamawiającego nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez powołanie się na dokumenty potwierdzające wymaganą wiedzę i doświadczenie oraz należyte wykonanie zadania referencyjnego.

Wykonawca wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających informacje ujęte w JEDZ, zgodnie z treścią art. 26 ust. 6 ustawy Pzp powołał się na okoliczność, że Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego wykonywane jest zadanie referencyjne, co oznacza, iż Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dodatkowych dokumentów, musi jedynie wskazać o jakich dokumentach mowa i gdzie się one znajdują. Choć Przystępujący niezbyt precyzyjnie określił w odpowiedzi na wezwanie o jakim konkretnie z nazwy dokumencie mowa, to jednak zaznaczył, iż wykonuje na rzecz Zamawiającego umowę i informacje podane w JEDZ pozostają aktualne. To w ocenie Izby oznacza, że Zamawiający bez większego problemu, zidentyfikowawszy w JEDZ zadanie potwierdzające warunek wiedzy i doświadczenia, wiedział, że mowa jest o wieloletniej umowie wykonywanej na jego rzecz, zaś dokumentami potwierdzającymi należyte wykonywanie usług są wystawiane dla takiego wykonawcy referencje przez samego Zamawiającego. Nawet jeżeli odpowiedź na wezwanie nie była do końca precyzyjna i nie odpowiadała w pełni treści przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia o dokumentach, to uchybienie to ma jedynie charakter formalny i nie mogło wypłynąć negatywnie na ocenę sytuacji Wykonawcy w postępowaniu, tym bardziej też nie świadczy, że Przystępujący nie wykazał i nie potwierdził spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający ma wiedzę w jaki sposób na bieżąco przebiega proces wykonywania umowy, co więcej wie kiedy i jakie dokumenty wystawił poświadczając, czy dane zamówienie jest realizowane należycie. Jak wynika z informacji przedstawionych na rozprawie przez Zamawiającego świadczenia odbierane są jakościowo w okresach comiesięcznych, a jakość wykonania i osiągnięcie wymaganego standardu potwierdzają Protokoły Kontroli Jakości. Zamawiający wiedział także ile i jakiej treści referencje wystawił dla Przystępującego w trakcie realizacji umowy i że ostatnie z tych referencji datowane są na 8/09/2017, poprzednie zaś sporządzono 18/06/2017, a więc mieszczą się one w 3 miesięcznym okresie ważności ustalonym przez ustawodawcę dla tego rodzaju dokumentów. Odwołujący nie wykazał zatem w żaden sposób, że Przystępujący nie potwierdził spełniania warunku udziału wiedzy i doświadczenia, że zamówienie referencyjne nie odpowiada wymogom SIWZ oraz że nie istnieją dokumenty potwierdzające sposób

realizacji umowy. Nie ma więc potrzeby wzywania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających informacje wynikające z JEDZ mające potwierdzać spełnianie warunków udziału.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że dokumenty wystawione przez Zamawiającego nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia, to zauważyć należy, o fakcie tym nie może przesądzać jedynie nazwa samego dokumentu nadana przez Zamawiającego. Z okoliczności, że wystawiony dokument opatrzono klauzulą „poświadczenie świadczenia usługi”, nie można wywodzić, że nie potwierdza on należytego wykonania zadania. Najważniejsza jest bowiem merytoryczna zawartość takiego dokumentu i to treść takiego poświadczenia podlega szczegółowej wykładni. Nie jest też tak, że tylko użycie sformułowania „należyście wykonać” potwierdzało będzie okoliczność prawidłowej realizacji zamówienia. Różni zamawiający w różny sposób mogą sobie ten zakres prawidłowości realizacji zobowiązania umownego określić. Warto także nadmienić, że wykonawcy występując o dokumenty referencji, nie mają wpływu na treść, która w takim dokumencie zostanie zamieszczona. Analiza „poświadczeń” załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że Zamawiający od co najmniej kilku lat posługuje się określonym wzorem dokumentu i treść referencji nie różni się znacząco w poszczególnych latach. Przywołanie w wystawionym poświadczeniu okoliczności, że wykonawca nie dopuścił się podczas realizacji umowy poważnego wykroczenia zawodowego, nie świadczy że dane zamówienie było nieprawidłowo realizowane. Takie sformułowanie nie świadczy także o tym, że zakres przedmiotowy poświadczenia jest węższy i odnosi się tylko do pojęcia zdefiniowanego przez orzecznictwo unijne „poważnego wykroczenia zawodowego”. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu jasno stwierdził w wystawionym poświadczeniu, że zamówienie było realizowane należyście. O ile strona przeciwna nie przedstawi dowodów potwierdzających nienależytość wykonania zamówienia, o tyle to oświadczenie Zamawiającego ma postać przesądzającą na korzyść Zamawiającego i Przystępującego.

Zgodzić należy się także z Zamawiającym i Przystępującym, że nie istnieje ustawowa definicja pojęcia „należyte wykonanie”, nie jest w sposób zamknięty ustalony krąg zachowań, które mieszają się w należytem wykonaniu, albo jakie zachowania bądź zaniechania już nie wypełniają tego pojęcia. W ocenie Izby o należytem wykonaniu usługi (w przypadku usług o charakterze ciągłym) można mówić jeżeli interes wierzyciela określony umownie zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania. Prawidłowo zauważył na rozprawie Przystępujący, że do momentu, kiedy istota świadczenia odpowiada potrzebom Zamawiającego oraz zgodna jest z zaciągniętym zobowiązaniem, nie może być mowy



o nienależyтым wykonaniu usługi. W przypadku umowy związanej z kompleksowym utrzymaniem dróg w określonym standardzie wykonawca zobowiązany jest do takiego wykonywaniu obowiązków umownych, które pozwolą dany standard osiągnąć. W osiągnięciu zaś tego standardu realizuje się cel umowy dla Zamawiającego. Ocenic zatem należy, biorąc pod uwagę treść poświadczeń lub innych dokumentów, czy cel ten został zrealizowany, jakim stopniu i czy udało się to przy przestrzeganiu innych postanowień umownych (np. co do czasu, w którym dany standard należy osiągnąć). Biorąc pod uwagę przedmiot i skalę zamówienia oraz specyfikę i sposób świadczenia usług będących jego przedmiotem nie sposób uznać, że miało miejsce takie naruszenia obowiązków zawodowych, przy którym można wywodzić nienależyte wykonanie umowy. Jakkolwiek uchybienia w realizacji umowy wystąpiły, to w odniesieniu do całego zamówienia należy je uznać po pierwsze za incydentalne, po drugie za nieznaczne.

W tym zakresie Odwołujący przedstawionymi w odwołaniu dowodami nie wykazał odmiennosć rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie Przystępującego. Odwołujący przywołał kilka protokołów odbioru usług z 2014 roku, w których naliczone zostały wykonawcy kary umowne za drobne uchybienia przy dążeniu do osiągnięcia wymaganego standardu. Odwołujący zdaje się jednak całkowicie pomijać inną okoliczność, choć na nią samą wielokrotnie się powołuje, że w przypadku realizacji wieloletnich i skomplikowanych kontraktów o ich nienależyтым wykonaniu nie świadczą jednostkowe wydarzenia, ale pod uwagę brać należy całokształt sytuacji i wszystkie okoliczności mające miejsce w trakcie realizacji takiej umowy. Tymczasem z protokołów z lat 2015 – 2017 wynika bezusterkowe wykonywanie umowy i brak dodatkowych obciążeń finansowych po stronie Przystępującego. Co prawda protokoły jakości są dokumentami sporządzanymi w zestawieniu miesięcznym ale istotna jest ich łączna analiza, która obrazuje przebieg realizacji umowy kompleksowo, na przestrzeni kilku lat i wskazuje na jej bezusterkowe wykonanie w zdecydowanej większości czasu, na który umowa została zawarta. Ten stan potwierdzają także wystawione w czerwcu 2017 roku referencje, które odnoszą się do całego okresu kontraktowego.

Naliczone obciążenia finansowe stanowią niewielką wartość całego kontraktu, co w żaden sposób nie może rzutować na ocenę prawidłowości jego wykonania jako całości zobowiązania. Zastrzeżona kara ma charakter gwarancyjny i nie jest odszkodowaniem dla Zamawiającego za powstałą szkodę. Ponadto sam fakt potrącenia kary z wynagrodzenia należnego wykonawcy powoduje, że potencjalna szkoda (jeżeli uznać by, że miała miejsce) została naprawiona, a Zamawiający otrzymał całkowitą rekompensatę. Zatem oceniając całokształt zachowań i ewentualnych zaniechać dłużnika (w tym przypadku Przystępującego)

uznać należało, że wykonał on obowiązki umowne i wywiązał się z zaciągniętego zobowiązania.

Nie można także nie zauważyć pewnej niekonsekwencji w działaniach Odwołującego. Z jednej strony skonstruował on zarzuty nienależytego wykonania umowy w oparciu o dokumenty sprzed ponad 3 lat, jednocześnie tym nowszym odmawiając mocy dowodowej. Z drugiej zaś strony ciągle na rozprawie Odwołujący podkreślał, że z uwagi na regulację ustawową i rozporządzenia o dokumentach o należywym wykonaniu umowy mogą świadczyć jedynie poświadczenia wystawione do 3 miesięcy wstecz przed datą składania ofert. Takie zaś oświadczenia będące w posiadaniu Zamawiającego, które przedstawiono Izbie i Odwołującemu potwierdzają należyte wykonanie.

W ocenie składu orzekającego Izby warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia były precyzyjne i zrozumiałe, nie wymagały dodatkowej wykładni, dostosowano je do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. W sposób jednoznaczny Zamawiający określił wymagania dotyczące dokumentów jakie mają być złożone w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji doświadczenia zawodowego. Przystępujący na wezwanie Zamawiającego oświadczył, że zadanie wymienione w JEDZ wykonywane jest na rzecz Zamawiającego, więc stronie tej znane są informacje odnoszące się do sposobu realizacji kontraktu, nie istniała zatem konieczność przedstawiania dodatkowych informacji, czy składania innych dokumentów. Tym samym Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i że nie przedstawił prawidłowych dokumentów ten fakt potwierdzający.

Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie zaś z art. 6 Kodeksu cywilnego, w którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 Pzp. Przepis art. 6 Kc wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). W ocenie Izby

Odwołujący w zakresie postawionych zarzutów nie podołał ciężącemu na nim obowiązku, w konsekwencji czego zarzuty należało oddalić. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt: V Ca 571/08), kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach (sygn. XIX Ga 92/08z0, iż: *„w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego”*). W żadnym wypadku, Odwołujący nie udowodnił, że wykonawca wybrany nie spełnił warunku wiedzy i doświadczenia.

Z tych powodów orzeczono jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

**Przewodniczący:**