

Sygn. akt: KIO 944/13

KIO 946/13

WYROK

z dnia 10 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **ELEGANCE M..... Z....., ul. Warszawska 78 lok 17, 15 - 078 Białystok,**

B. w dniu 23 kwietnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MULTI Sp. z o.o., Usługi Drogowe s.c. w składzie: Multi Sp. z o.o., Pômelô Polska Sp. z o.o., Plac Piłsudskiego 3, 00-078 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Sulisława 5, 80-354 Gdańsk,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ManBroker Sp. z o.o., Techno-Service S.A., ul. Macierzy Szkolnej 4, 80-308 Gdańsk** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 944/13 i KIO 946/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy **ELEGANCE M..... Z.....** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MULTI Sp. z o.o., Usługi Drogowe s.c. w składzie: Multi Sp. z o.o., Pômelô Polska Sp. z o.o., jak również** nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert,

2. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Sulisława 5, 80-354 Gdańsk** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ELEGANCE M..... Z....., ul. Warszawska 78 lok 17, 15-078 Białystok** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MULTI Sp. z o.o., Usługi Drogowe s.c. w składzie: Multi Sp. z o.o., Pómelô Polska Sp. z o.o., Plac Piłsudskiego 3, 00-078 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcyj Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Sulisława 5, 80-354 Gdańsk** kwotę **22 610 zł 82 gr** (słownie: dwadzieścia dwa tysiące sześćset dziesięć złotych osiemdziesiąt dwa grosze), w tym:
- A. kwotę **11 510 zł 82 gr** (słownie: jedenaście tysięcy pięćset dziesięć złotych osiemdziesiąt dwa grosze) na rzecz wykonawcy **ELEGANCE M..... Z....., ul. Warszawska 78 lok 17, 15-078 Białystok** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa procesowego, kosztów dojazdu,
- B. kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MULTI Sp. z o.o., Usługi Drogowe s.c. w składzie: Multi Sp. z o.o., Pómelô Polska Sp. z o.o., Plac Piłsudskiego 3, 00-078 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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:

Sygn. akt 944/13 i 946/13

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę: „Prowadzenia punktu informacji drogowej w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Gdańsku” - znak: GDDKIA-0/GD-ZP/17/Z-1/2013.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 26 marca 2013r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 119552 – 2013.

W dniu 18 kwietnia 2013r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, oraz wykonawcach wykluczonych z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta wykonawcy: Konsorcjum firm: ManBroker sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i Techno – Service S.A. z siedzibą w Gdańsku zaś, jako wykluczonych Zamawiający uznał dwóch wykonawców: M..... Z..... prowadzącą działalność pod firmą ELEGANCE M..... Z....., ul. Warszawska 78 lok.17, 15-078 Białystok oraz Konsorcjum firm: MULTI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie Plac Piłsudskiego 3, 00-078 Warszawa, i PÔMELÔ POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie Ulica Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa.

Sygn. akt 944/13

Jako powód wykluczenia Odwołującego: M..... Z..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ELEGANCE M..... Z..... ul. Warszawska 78 lok.17, 15-078, zwanego dalej Odwołującym, Zamawiający podał nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w pkt. 7.2.2) Instrukcji dla Wykonawców (IDW).

Zamawiający w powyższym zakresie wymagał, aby Wykonawca wykazał się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) lub wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- 1 usługi polegającej na prowadzeniu dyżurów przy utrzymaniu dróg publicznych przez okres przynajmniej 1 roku

lub

- 1 usługi polegającej na prowadzeniu dyżurów przy zimowym utrzymaniu dróg publicznych przez okres przynajmniej 1 sezonu zimowego (sezon zimowy trwa od 15 października do 15 kwietnia).

W uzasadnieniu własnej decyzji Zamawiający wskazał, że w załączonym formularzu 3.2 Wiedza i Doświadczenie wykonawca przedstawił wykonywanie jednej usługi przy prowadzeniu dyżurów zimowego utrzymania dróg w sezonie 2012/2013 w okresie od 12.10.2012r. do 15.05.2013r. dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Rejon w Lidzbarku Warmińskim zadanie nr 4.

Według Zamawiającego powyższa usługa nie spełniała powyższego wymogu IDW, bowiem nie obejmowała całego okresu trwania sezonu zimowego.

Zamawiający wskazał także, że pismem z dnia 9 kwietnia 2013r. wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt. 7.2.2) Instrukcji dla Wykonawców (IDW), a w odpowiedzi z dnia 15 kwietnia 2013r. Odwołujący nie przedstawił innych zadań spełniających powyższe kryteria.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący wniósł w dniu 23 kwietnia 2013r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Jako uzasadnienie interesu prawnego we wniesieniu odwołania podał, że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo, a głównym kryterium oceny ofert była cena (100%), a co za tym idzie oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą gdyby Zamawiający nie wykluczył go z postępowania i dokonał oceny jego oferty.

Zaskarżonym powyższym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, przez jego zastosowanie w stosunku do Odwołującego - wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania;

2) art. 24 ust 4 ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu z postępowania;

3) § 1 ust 1 pkt.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 19.02.2013r. przez jego nie zastosowanie skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania;

4) art. 7 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania w sytuacji gdy zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;

5) art. 93 ust 1 pkt. 7 w związku z art. 146 ust 6 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, oraz w sposób utrudniający dostęp wykonawcom do zamówienia z uwagi na niezgodne z prawem określenie warunków udziału w postępowaniu.

Zgłaszając powyższe zarzuty wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznania oferty Odwołującego za odrzuconą;

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego do złożenia dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

4) nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty. Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego żądania, wnosił o:

6) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, jako dotkniętego wadą niemożliwą do usunięcia na obecnym etapie postępowania, skutkujące niemożnością zawarcia ważnej umowy.

W swoim odwołaniu podniósł, że czynności Zamawiającego wskazane w odwołaniu, jako sprzeczne z prawem zamówień publicznych winny być uchylone zarówno w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania jak też wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nadto wskazał, że czynność Zamawiającego w zakresie wykluczenia odwołującego stoi w sprzeczności z art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z postanowieniami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 19.02.2013r.

Przyznał, że wprawdzie Zamawiający w postanowieniach SIWZ wskazał warunki

udziału w postępowaniu zgodnie, z którymi wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na prowadzeniu dyżurów przy utrzymaniu dróg publicznych przez okres przynajmniej jednego roku lub jednej usługi polegającej na pełnieniu dyżurów przy zimowym utrzymaniu dróg publicznych przez okres jednego sezonu zimowego (sezon zimowy trwa od 15.10. do 15.04), jednakże – w ocenie Odwołującego - należy uznać powyższe zapisy SIWZ na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały wadliwie zinterpretowane przez Zamawiającego w przeciwnym, bowiem razie należałoby uznać je za nieważne, a co za tym idzie nie mogące wywołać skutków w postaci obowiązku wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powołał się na treść § 1 ust 1 pkt.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 19.02.2013r zgodnie, z którym zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawcy: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech 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 wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Poza tym zwrócił uwagę, że przedmiotem niniejszego postępowania są usługi o charakterze ciągłym lub okresowym, a co za tym idzie zamawiający nie może ograniczać dostępu do zamówienia podmiotom będącym w trakcie wykonywania zamówień o charakterze ciągłym lub okresowym.

Zdaniem Odwołującego wykluczenie go z postępowania narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz swobody dostępu do zamówienia. Powyższe niezgodne z postanowieniami prawa zamówień publicznych czynności zamawiającego stoją w oczywistej sprzeczności z samymi postanowieniami SIWZ, zgodnie z którymi wykazanie doświadczenia polegało na wykonaniu lub wykonywaniu usług, a także zasadą równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro treść SIWZ zawiera możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wskazanie zamówień będących w toku

(wykonywanych) to należy uznać, iż odwołujący spełnia wymogi określone SIWZ.

Argumentował, że treść SIWZ ma odpowiadać przepisom powszechnie obowiązującego prawa, a zatem jeśli żądanie Zamawiającego, ograniczające się jedynie do żądania wykazu usług, które zostały zrealizowane, nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, to stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Podkreślił, że złożył wraz z ofertą wykaz, w którym wskazał na usługę polegającą na prowadzeniu dyżurów przy zimowym utrzymaniu dróg publicznych w sezonie 2012/2013 na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Olsztynie rejon Lidzbark Warmiński - „Pełnienie dyżurów przy Zimowym Utrzymaniu Dróg umowa nr: 0/L-R22_Z1-2811-04/12 zawarta na okres 12.10.2012-15.05.2013, a więc będącą w trakcie realizacji, mającej charakter usługi okresowej albo ciągłej.

Zdaniem Odwołującego wykonywanie powyższej usługi potwierdza obowiązek wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania lub wykonywania usług.

Przekonywał, że rozumiał postanowienia SIWZ w taki sposób, aby nie stały one w sprzeczności z postanowieniami rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, dlatego też złożył ofertę w postępowaniu, do której załączył wykaz usług o charakterze ciągłym będącej w trakcie realizacji.

Wywodził, że gdyby przyjąć, iż Zamawiający chciał ograniczyć w SIWZ możliwość udziału w postępowaniu wykonawców wyłącznie, którzy legitymują się usługami zakończonymi należałoby uznać, iż zamawiający celowo ogranicza dostęp do zamówienia, co zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oznacza, iż do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może dojść na skutek celowej eliminacji wykonawców i doprowadzenia do sytuacji, w której tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu - vide uchwała KIO w sprawie KIO/KD 69/12. To zaś oznaczałoby konieczność unieważnienia postępowania, jako dotkniętego wadą, której na obecnym etapie postępowania usunąć się nie da, a powodującą zawarcie umowy, która może ulec unieważnieniu na skutek czynności Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zdaniem Odwołującego w powyższym zakresie niezbędne byłoby nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania w celu uniknięcia zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu, czy też narażeniu się zamawiającego inne konsekwencje w tym finansowe.

W dniu 25 kwietnia 2013r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum firm: ManBroker sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i Techno – Service S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Sygn. akt 946/13

Jako powód wykluczenia Odwołującego: Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia - wspólników spółki cywilnej osób prawnych: MULTI SPÓŁKA z o.o., USŁUGI DROGOWE S.C., Plac Piłsudskiego 3, 00-078 Warszawa w skład, której wchodzi spółki prawa handlowego: MULTI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie Plac Piłsudskiego 3, 00-078 Warszawa i PÔMELÔ POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa Zamawiający podał złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający w powyższym zakresie wymagał, aby Wykonawca wykazał się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) lub wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- 1 usługi polegającej na prowadzeniu dyżurów przy utrzymaniu dróg publicznych przez okres przynajmniej 1 roku

lub

- 1 usługi polegającej na prowadzeniu dyżurów przy zimowym utrzymaniu dróg publicznych przez okres przynajmniej 1 sezonu zimowego (sezon zimowy trwa od 15 października do 15 kwietnia).

W swoim uzasadnieniu Zamawiający podał, że w załączonym formularzu 3.2 Wiedza i Doświadczenie wykonawca przedstawił wykonywanie jednej usługi przy prowadzeniu punktu informacji drogowej (prowadzenie dyżurów przy utrzymaniu dróg publicznych, w tym przy zimowym utrzymaniu dróg) w okresie od stycznia 2013r. do stycznia 2014r., gdzie Zlecającym jest firma Multi Centrum Biznesu sp. z o.o.

Jednocześnie wskazał, że z treści załączonego do oferty „Potwierdzenia wykonywania usługi” wystawionego przez firmę Multi Centrum Biznesu sp. z o.o. wynika, że firma Multi sp. z o.o. realizuje od stycznia 2013r. usługę pn: Prowadzenie punktu informacji drogowej, jako podwykonawca.

Zamawiający zauważył przy tym, że z informacji dostępnych na stronie internetowej GDDKiA wynika, że Multi Centrum Biznesu sp. z o.o. jest wykonawcą świadczącym usługi przy prowadzeniu punktu informacji drogowej dla Oddziału GDDKiA w Szczecinie w okresie od 6 stycznia 2013r. do 5 stycznia 2014r.

Nadto zaznaczył, że z informacji przekazanych Zamawiającemu przez Oddział GDDKiA w Szczecinie wynika, że powyższą usługę realizuje firma Multi Centrum Biznesu sp. z o.o. bez udziału jakichkolwiek podwykonawców.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący wniósł w dniu 23 kwietnia 2013r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenie jego oferty, pomimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a złożona oferta jest ważna i prawidłowa,

2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, iż Odwołujący złożyli nieprawdziwe informacje, a w konsekwencji tego nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy złożone dokumenty wskazują, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, w tym poprzez skorzystanie z uprawnienia wynikającego z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp,

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynności polegające na wykluczeniu z postępowania, odrzuceniu oferty oraz wyborze oferty najkorzystniejszej,

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołujących, co w konsekwencji spowoduje wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej,

4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego, według norm przepisanych.

Zdaniem Odwołującego złożył on wykaz na żądany przez Zamawiającego formularzu 3.2., gdzie wykazał się wiedzą i doświadczeniem, które posiadał wspólnik spółki -

MULTI sp. z o.o. nabyte poprzez wykonywanie na rzecz MULTI Centrum Biznesu sp. z o.o. usługi związanej z prowadzeniem punktu informacji drogowej (prowadzenie dyżurów przy utrzymaniu dróg publicznych, w tym przy zimowym utrzymaniu dróg).

Zauważył, że jako okres realizacji wskazano od 01.2013 do 01.2014 r., a zamówienie jest wykonywane przez wspólnika spółki na zasadzie podwykonawstwa na rzecz zlecającego, który potwierdził należyte wykonanie usługi.

Zaznaczył przy tym, że do oferty dołączono również potwierdzenie wykonania usługi.

Podniósł także okoliczność wezwania go pismem z dnia 10 kwietnia 2013 r. Zamawiający - w oparciu o art. 26 ust. 3 - do złożenia dokumentów, m.in. poprzez złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Przypomniał także, że Zamawiający uznał, że nie ma znaczenia pomiędzy ustawowym wyrażeniem „wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu)”, a wyrażeniem „wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonywaniu”, co pozwoliłoby na przedstawienie usługi - świadczenia okresowego lub ciągłego - również wykonywanego, a taką usługę wskazano w wykazie.

Zwrócił również uwagę, że skoro Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał się do tego momentu posiadaniem wiedzy i doświadczenia, to Odwołujący, pismem z dnia 12.04.2013 r. - z ostrożności - udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na jego wezwanie, przedstawiając nowy wykaz usług, potwierdzający wiedzę i doświadczenie, gdzie korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp wskazał, że jest to doświadczenie osoby trzeciej - Krzysztofa Mazura, związane z prowadzeniem dyżurów przy utrzymaniu dróg publicznych, w tym przy zimowym utrzymaniu dróg, a także związane z czynnościami wynikającymi z obsługi Punktu Informacji Drogowej, w okresie od 01.2012 do 01.2014 r.

Zauważył także, że do wykazu dołączono potwierdzenie należytej realizacji usługi oraz zobowiązanie w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp do oddania przy realizacji zamówienia niezbędnych zasobów w celu należytej realizacji zamówienia i w niezbędnym zakresie związanym z udostępnianymi zasobami tj. posiadanej wiedzy i doświadczenia na okres zawartej umowy w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie podmiot udostępniający będzie doradcą instruktazowym i kontrolerem Wykonawców.

Zarzucił także Zamawiającemu, że ten wykluczając go z postępowania i odrzucając jego ofertę nie odniósł się w żadnym zakresie, co do dokumentów złożonych w wyniku

wezwania do uzupełniania oferty.

Wnioskował z treści pisma Zamawiającego, że ten uznał wskazane w wykazie pierwotnym usługi za wykonywane prawidłowo (potwierdzają spełnienie warunków udziału), jednak uznał, że są to informacje nieprawdziwe.

Odnosząc się do wskazania Zamawiającego, że Oddział Zamawiającego w Szczecinie przekazał mu informację o tym, że Wykonawca główny umowy - MULTI Centrum Biznesu sp. z o.o. samodzielnie realizuje usługę prowadzenia punktu informacji drogowej, podniósł, że w żadnym miejscu nie podawał informacji, że wykazywane doświadczenie zostało przez podwykonawcę nabyte w związku ze świadczeniem usług na rzecz Oddziału GDDKiA w Szczecinie, którego informacjami posłużył się Zamawiający.

Nie jest jasne dla Odwołującego, dlaczego Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do tego wykonawcy i na jakiej podstawie oraz dlaczego dano wiarę oświadczeniu podmiotu trzeciego przy ocenie ważności oferty Odwołujących.

Według Odwołującego MULTI spółka z o.o. może być podwykonawcą usług dla MULTI Centrum Biznesu sp. z o.o., co wynika ze złożonego potwierdzenia wykonania.

Zdaniem Odwołującego spółka ta mogła powierzyć podwykonawstwo usługi nawet, jeżeli na dzień składania oferty nie miała takiego zamiaru.

Odwołujący stanął na stanowisku, że fakt podwykonawstwa i należytej realizacji usług może być potwierdzony przez zleceniodawcę podwykonawcy, a żaden inny podmiot trzeci (niezwiązany z postępowaniem) nie może ingerować w ocenę czy usługi są należycie wykonywane i czy w ogóle ma to miejsce, a Zamawiającemu przysługuje prawo zwrócenia się z zapytaniem bezpośrednio do zleceniodawcy usługi o wykonywanie prac, jeżeli poweźmie wątpliwości, co do złożonych dokumentów.

Zarzucił, że Zamawiający nie miał prawa pominąć milczeniem faktu wezwania Wykonawcy do uzupełniania oferty, bo w związku ze złożeniem na wezwanie nowych dokumentów oferta była również ważna, a przedstawione nowe, kolejne dokumenty - wykaz usług w zestawieniu z potwierdzeniem należytego wykonania prac zobowiązaniem w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp do oddania zasobów potwierdzały Dosiadanie doświadczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że fakt złożenia nowych dokumentów został pominięty przez

Zamawiającego całkowicie, w przypadku, gdy pierwotnie złożone dokumenty - jako niespełniające warunku udziału w postępowaniu (wykonywanie usługi poniżej roku) nie były brane pod uwagę, zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 10.04.2013 r. - wezwaniem do złożenia nowych dokumentów.

Argumentował, że jeżeli nawet Zamawiający, dopiero przy rozstrzygnięciu postępowania doszedł do przekonania, że pierwotne dokumenty złożone wraz z ofertą były prawidłowe to mógł ewentualnie wezwać Wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie spornego podwykonawstwa przy świadczeniu usług przez jednego ze współników spółki.

Oświadczył, że wszelkie fakty i przedstawione dokumenty są prawdziwe, a świadczenie usługi podwykonawstwa ma miejsce w dalszym ciągu.

W dniu 25 kwietnia 2013r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum firm: ManBroker sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i Techno – Service S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Sygn. akt 944/13

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Odwołującego oferty, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 marca 2013r., odpowiedzi na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego uznała, że działania Zamawiającego stanowiły naruszenie przepisów art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art.24 ust.4 powołanej wyżej ustawy Pzp i § 1 ust.1 pkt. 3 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 dnia 19 lutego 2013 r.).

Podstawowym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny zasadności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania przetargowego ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

Analiza materiału dokumentacyjnego rozpoznawanej sprawy skłoniła Izbę do przyjęcia zapatrywania, że Odwołujący załączył do oferty wymagane prawem i zgodne z treścią SIWZ dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie rozpoznawanego odwołania.

Według zapatrywania Izby Odwołujący spełnił zakwestionowany przez Zamawiającego warunek określony w pkt. 7.2.2) IDW, bowiem wykonawca ten wykazał się wykonywaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert jednej usługi polegającej na prowadzeniu dyżurów przy zimowym utrzymaniu dróg publicznych przez okres przynajmniej 1 sezonu zimowego(sezon zimowy trwa od 15 października do 15 kwietnia).

Powyższą ocenę Izby potwierdza znajdujący się na stronie 7 oferty wykaz wraz zawartymi tam informacjami o prowadzeniu dyżurów ZUD w sezonie 2012/2013 zadanie nr 4 Rejon Lidzbark Warmiński w okresie od 12.10.2012r. do 15.05.2013r. na rzecz GDDKiA oddział Olsztyn, a także protokół odbioru nr 151/2012r. - strona 10 oferty, protokół odbioru nr 1/2013r. - strona 11 oferty, protokół odbioru nr 6/2013r. - strona 12 oferty, protokół odbioru nr 19/2013r. - strona 13 oferty, umowa nr GDDKiKA – O/OL – R2 - Z1 – 2811 – 04/12 zawarta z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie – strony 14 – 17 oferty.

Zdaniem Izby Zamawiający błędnie potraktował powołany na wstępie warunek SIWZ opisany w pkt. 7.2.2) IDW uznając, że jedynie wykonanie usługi w pełnym okresie zimowym może zostać uznane za jego spełnienie.

Powyższe wymaganie zawarte w pkt. 7.2.2) IDW mogło być żądane przez Zamawiającego jedynie w granicach przepisu § 1 ust.1 pkt. 3 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 dnia 19 lutego 2013 r.), który stanowi, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych

również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech 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 wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Nie budzi wątpliwości Izby, iż wskazana w wykazie usługa ma charakter świadczenia ciągłego.

Świadczeniem ciągłym jest natomiast świadczenie polegające na zachowaniu się (działaniu), które trwa przez określony czas.

Zadeklarowana przez Odwołującego usługa jest realizowana nieprzerwanie w okresie od 12 października 2012r., również w okresie zimowym.

Wykonywanie przedmiotowego świadczenia w sposób ciągły potwierdzają przytoczone już wcześniej: protokół odbioru nr 151/2012r. - strona 10 oferty, protokół odbioru nr 1/2013r. - strona 11 oferty, protokół odbioru nr 6/2013r. - strona 12 oferty, protokół odbioru nr 19/2013r. - strona 13 oferty, umowa nr GDDKiKA – O/OL – R2 - Z1 – 2811 – 04/12 zawarta z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie – strony 14 – 17 oferty.

Izba wskazuje także, że załączone protokoły zawierają stosowne oświadczenia zleceńodawcy, że usługa została wykonana w danym okresie rozliczeniowym zgodnie z przedmiotem zamówienia.

Należy również podkreślić, że powołany wyżej przepis § 1 ust.1 pkt. 3 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 dnia 19 lutego 2013 r.) wymaga wykładani uwzględniającej stosowanie zasady równości i konkurencyjności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zniwelowanie potencjalnej nierówności uczestników przetargów zostało dokonane mocą cyt. wyżej przepisu rozporządzenia, który opisuje różne sytuacje wykonawców w aspekcie wykazywania przez nich posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Należy zwrócić uwagę, że inna jest sytuacja wykonawców, którzy już wykonali zamówienie, zdobywając określoną wiedzę i doświadczenie, inna jest sytuacja tych wykonawców, którzy je wykonują w ramach świadczeń ciągłych i okresowych i także zdobyli określoną wiedzę i doświadczenie, a jeszcze zupełnie odmienne są uwarunkowania przedsiębiorców, którzy dopiero rozpoczęli swoją działalność i są w trakcie zdobywania wiedzy i doświadczenia.

Nie oznacza to jednak, że przepis ten ogranicza dostępność tych wykonawców do uzyskania zamówienia, szczególnie tych ostatnich.

Wprost przeciwnie należy stwierdzić, że cały system zamówień publicznych jest otwarty na konkurencyjność uczestników obrotu zamówień publicznych.

Zatem nie budzi wątpliwości Izby, że Odwołujący legitymuje się stosowną wiedzą i doświadczeniem żądanym przez Zamawiającego, skoro wykonywał i wykonuje inne zamówienie odpowiadające przedmiotowemu zamówieniu, w tym także w okresie zimowym, a jego wykonanie w danym okresie świadczenia ciągłego zostało potwierdzone przez inny podmiot jako wykonane należycie.

W kontekście powyższego należy stwierdzić, że wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów nie znajdowało uzasadnienia prawnego.

Bezzasadne jest również powoływanie się przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 maja 2013r. na udzielone wyjaśnienia do treści SIWZ z dnia 29.03.2013r., skoro pytanie jednego z wykonawców było jednoznaczne, a odpowiedź Zamawiającego wymagająca jedynie udzielenia jednoznacznej odpowiedzi twierdzącej lub zaprzeczającej polegała jedynie na powtórzeniu brzmienia wymagania. Wobec tego nie można uznać tego wyjaśnienia Zamawiającego za jednoznaczne.

Jednocześnie powołane przez Zamawiającego dowody nr 1, nr 2, nr 3 i nr 3A Izba uznała za nieprzydatne do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, bowiem dotyczą one jedynie wykazania oczekiwań Zamawiającego w zakresie realizacji zamówienia w celu wykazania zasadności warunku pkt.7.2.2) IDW. Sam warunek jednak nie podlegał zaskarżeniu odwołaniem, lecz sporna była ocena złożonych przy ofercie dokumentów potwierdzających jego spełnianie.

Nie znalazł uznania Izby wreszcie zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust 1 pkt. 7 w związku z art. 146 ust 6 ustawy Pzp wobec nie wykazania przez Odwołującego istnienia

przesłanek do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Sygn. akt 946/13

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Odwołującego oferty, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 marca 2013r., umów o dzieło z dnia 3.01.2013r., umowy nr 134/Z – 1/2012, odpowiedzi na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego uznała, że działania Zamawiającego stanowiły naruszenie przepisów art. 7 ust.1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art.26 ust.3 powołanej wyżej ustawy Pzp.

Podstawowym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny zasadności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania przetargowego ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba uznała, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające w ramach przedmiotowego przetargu na okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, nie miało podstawy prawnej, chodzi tutaj o wystąpienie Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2013r., do Oddziału GDDKiA Oddział w Szczecinie i uzyskanie przez Zamawiającego w trybie natychmiastowym odpowiedzi tego Oddziału z dnia 18 kwietnia 2013r.

Nadto należy wskazać, że Zamawiający w swoim rozstrzygnięciu przetargu w ogóle nie wskazał zakresu tych nieprawdziwych informacji, a także ich wpływu lub możliwości wpłynięcia na wynik prowadzonego postępowania, co czyni podjętą przez niego czynność w toku postępowania za mało wiarygodną.

Przeprowadzone przez Izbę postępowanie dowodowe na okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania nie wykazało również, że podane przez wykonawcę informacje były nieprawdziwe.

Przed wszystkim należy stwierdzić, że usługi prowadzenia punktu informacji drogowej – wskazane w formularzu 3.2 na stronie 7 oferty są realizowane w okresie 01.2013r. do 01.2014r. przez wykonawcę Multi sp. z o.o. na rzecz Multi Centrum Biznesu sp. z o.o., który to z kolei wykonawca świadczy przy wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia Odwołującego na rzecz Oddziału GDDKiA Oddział w Szczecinie.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie załączonego do oferty potwierdzenia wykonania usługi wystawionego przez Multi Centrum Biznesu sp. z o.o., trzech umów o dzieło z dnia 3 stycznia 2013r. zawartych pomiędzy Multi sp. z o.o. a K..... M....., M..... M..... i A..... C..... oraz umowy nr 134/Z – 1/2012 z dnia 27 grudnia 2012r. zawartej pomiędzy Oddziałem GDDKiA w Szczecinie a wykonawcą Multi Centrum Biznesu.

Wystawca referencji Multi Centrum Biznesu sp. z o.o. określił w potwierdzeniu wykonania usługi z dnia 25.03.2013r. Odwołującego, jako podwykonawcę, co odpowiada – w ocenie Izby - jego roli w organizacji i wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo należy wskazać, że trzy umowy o dzieło z dnia 3.01.2013r. zawarte pomiędzy Multi sp. z o.o. a A..... C....., M..... M..... oraz K..... M....., na które powołuje się Odwołujący potwierdzają zobowiązanie tych osób do wykonania dzieła polegającego na zbieraniu, gromadzeniu i prezentowaniu – przekazywaniu informacji o warunkach ruchu na drogach krajowych i autostradach w zakresie wybranych dni w okresie 6 stycznia 2013r. do 5 stycznia 2014r. i odpowiadają zakresowi wykonywanej umowy nr 134/Z-

1/2012, a osoby te były wymienione w wykazie osób z § 4 umowy (dowód Zamawiającego nr 6), co wskazuje, że Odwołujący, jako zleceniodawca i nadzorujący przedmiotową umowę bierze udział w jej wykonywaniu.

Jednocześnie należy zauważyć, że Ł..... L..... Dyrektor Odwołującego zgodnie z § 7 ust.2 umowy nr 134/Z-1/2012 został wyznaczony, jako koordynator, który jest upoważniony w imieniu Wykonawcy do nadzorowania i zarządzania realizacją tej umowy oraz do bezpośrednich kontaktów z Zamawiającym.

Izba uznała, że Oddział GDDKiA w Szczecinie nie znając szczegółowo stosunków prawnych wiążących uczestników wykonywanej usługi i nie wiedząc, że w istocie zamówienie jest wykonywane przez inny podmiot prawny, poinformował Zamawiającego o braku podwykonawstwa.

Jednak informacja ta nie zmienia treści oświadczenia potwierdzenia wykonania usługi i oświadczenia Odwołującego zawartego w formularzu 3.2 na stronie 7 oferty w aspekcie ich prawdziwości.

Zatem Izba nie dostrzegła złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, a tylko taka sytuacja uzasadniałaby wykluczenie wykonawcy.

Stanowiska Izby nie zmieniają również załączone przez Zamawiającego do odwołania dowody.

W szczególności Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający GDDKiA Oddział w Gdańsku, nie jest strażnikiem wykonania umowy łączącej GDDKiA Oddział w Szczecinie a wykonawcą Multi Centrum Biznesu sp. z o.o.

W świetle tego trudno uznać, że oświadczenie wykonawcy Multi Centrum Biznesu sp. z o.o. złożone przy ofercie potwierdzające realizację przez Odwołującego podwykonawstwa ma znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, skoro takie wykonanie ma miejsce w oparciu o zasób Odwołującego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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: