

## WYROK

**z dnia 25 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2014r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2014r. przez **odwołującego:** J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Kształtowanie Terenów Zieleni „Ogrody” J. O. ul. Bohaterów Monte Cassino 53; 20-705 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Lublin Pl. Króla Władysława Łokietka 1; 20-109 Lublin

### **orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenie odwołującego z postępowania i nakazuje ponowną ocenę oraz wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu odwołującego do złożenia oświadczenia o należytych wykonaniu usług.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Lublin Pl. Króla Władysława Łokietka 1; 20-109 Lublin

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez J. O. prowadzący działalność

- gospodarczą pod nazwą: Kształtowanie Terenów Zieleni „Ogrody” J. O. ul. Bohaterów Monte Cassino 53; 20-705 Lublin tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od Gmina Lublin pl. Króla Władysława Łokietka 1; 20-109 Lublin na rzecz J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Kształtowanie Terenów Zieleni „Ogrody” J. O. ul. Bohaterów Monte Cassino 53; 20-705 Lublin kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) 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 Lublinie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Pismem z dnia 12.09.2014r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Kształtowanie Terenów Zieleni „Ogrody” J. O. ul. Bohaterów Monte Cassino 53 20-705 Lublin zwanego dalej “odwołującym” w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lublin zwaną dalej “zamawiającym”.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów i schodów poza pasem drogowym zlokalizowanych na terenie miasta Lublin - IV część - nr sprawy: ZP-P-I.271.1.52.2014.

Odwołanie wniesiono w oparciu o art. 180 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm., zwanej dalej “PZP”), na czynności i zaniechania zamawiającego podczas dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty. To jest

- 1.dokonanie błędnej oceny oferty odwołującego w postępowaniu i uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu,
- 2.ustalenie błędnego stanu faktycznego, w szczególności pominięcie przez zamawiającego faktu, że odwołujący był podwykonawcą w zakresie usług zimowego utrzymania i letniego oczyszczania dla Gminy Lublin i jednostek jej podległych, wskazywanych przez odwołującego w pozycjach 1-3 Wykazu usług z Załącznika nr 3 do oferty;
- 3.nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego a co za tym idzie złamanie fundamentalnej zasady określonej w art. 7 ust.1 i 3 Ustawy Pzp;

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1.Art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP - poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- 2.Art. 24 ust. 2 pkt 4) PZP w wz. art. 89 ust 1 pkt 5) PZP - poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że podmiot ten dysponuje wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do zrealizowania przedmiotu postępowania, a załączone przez odwołującego dokumenty do oferty potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez zamawiającego do udziału w postępowaniu;
- 3.Art. 91 ust 1 PZP- poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu

4.Art. 92 ust 2 pkt 2 PZP- poprzez nie podanie przez zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, uzasadnienia faktycznego i prawnego, które było podstawą do uznania należytego zrealizowania usług na rzecz gminy Lublin wyłącznie na kwotę 115 162,06 zł a odrzucenie wykazu usług w pozostałym zakresie z pozycji nr 4 i 5 Wykazu z Załącznika nr 3 oferty.

oraz

5.Art. 26 ust 4 PZP- poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień w sytuacji gdy zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie przedłożonych dokumentów na potwierdzenie dysponowania wymaganą przez zamawiającego wiedzą i doświadczeniem;

6.§ 1 ust 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego

2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane- poprzez nieskorzystanie przez zamawiającego z możliwości bezpośredniego zwrócenia się do właściwego podmiotu, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów w sytuacji, gdy zamawiający powziął wątpliwości w zakresie poświadczeń przedkładanych przez odwołującego tym bardziej, że w zakresie wszystkich usług z wykazu Gmina Lublin i jej jednostki zależne była odbiorcą końcowym tych usług;

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3.przywrócenie oferty odwołującego i dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4.dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wnosi również o:

- 1.przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania oraz wskazanych w treści odwołania a znajdujących się w ofercie Wykonawcy,
- 2.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną

Przywołał Informację o dokonanej przez zamawiającego ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający przesłał odwołującemu tę informację za pośrednictwem poczty e-mail w dniu 02 września 2014 roku.

Dokument ten odwołujący przywołał jako dowód w sprawie.

Odwołanie składane jest w zakreślonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP 10-dniowym terminie.

W zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia we wnoszeniu środków ochrony prawnej przewidzianych w PZP przejawia się w tym, że zamawiający bez uzasadnienia odrzucił i

wykluczył odwołującego z postępowania w konsekwencji doprowadził do błędnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami PZP, wówczas to oferta odwołującego zostałaaby wybrana do realizacji zamówienia. Z uwagi na powyższe oczywiste jest wystąpienie szkody po stronie odwołującego co stanowi, że przesłanka wskazana w art. 179 ust. 1 PZP została spełniona.

II. W zakresie naruszenia art. 91 ust 1 PZP.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż w analizowanej sprawie zamawiający nie dopełnił ciężącego nie nim obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny złożonej przez wykonawcę oferty. Odwołujący jest zdania, że zamawiający bezpodstawnie wykluczył jego z postępowania i odrzucił jego ofertę.

W pkt 5.4.1.SIWZ zamawiający postanowił następujący wymóg w zakresie wymaganego doświadczenia:

Wykonawca winien posiadać wiedzę i doświadczenie, tj. wykazać:

wykonanie lub wykonywanie usługi/ usług z zakresu zimowego utrzymania oraz letniego oczyszczania utwardzonych terenów gminnych, o łącznej wartości prac nie mniejszej niż 500.000,00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert; a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie

lub

-wykonanie lub wykonywanie usługi/ usług z zakresu zimowego utrzymania z oczyszczaniem w okresach ustąpienia warunków zimowych utwardzonych terenów gminnych, o łącznej wartości prac nie mniejszej niż 500.000,00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie."

Zgodnie z pkt 6.2.1. SIWZ oraz 6.3.1. SIWZ, oferenci zobowiązani byli do przedłożenia na dowód posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, wykazu wykonanych lub wykonywanych usług wraz z poświadczeniami ich należytego wykonania.

Odwołujący na potwierdzenie posiadania wskazanego powyżej doświadczenia, załączył do swojej oferty Wykaz usług, wskazując na prace zrealizowane w ramach 5 zamówień o łącznej wartości dalece ponad dwóch milionów złotych.

Jako dowód wskazał Załącznik nr 3 z oferty odwołującego- str. 11 oferty

Jako potwierdzenie należytej realizacji usług dla podmiotów wskazanych w pozycjach od 1 do 3 Wykazu usług z Załącznika nr 3, odwołujący przedstawiał oświadczenie, że z przyczyn o obiektywnym charakterze odwołujący nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 6.3.1. SIWZ. W tym miejscu wykazać należy, że odwołujący nie był w stanie uzyskać referencji od firm KOM- EKO S.A., MPO SITA Lublin S.A. (W wyniku połączenia powstała spółka SITA Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Ciepłowniczej 6.) oraz

Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., bowiem są to podmioty konkurencyjne wobec firmy prowadzonej przez odwołującego.

Istotnym jest, że w zakresie natomiast usług zrealizowanych dla samej Gminy Lublin, zamawiający w pkt. 6.4. SIWZ wskazał, że nie wymaga od oferentów przedkładania dowodów na potwierdzenie posiadania danego doświadczenia, w sytuacji, gdy usługi były realizowane na rzecz Gminy Lublin. Bezspornym jest, że w zakresie pozycji 4 i 5 Wykazu usług z oferty Odwołującego miał zastosowanie powyższy zapis. Jednakże odwołujący był przekonany, że również w zakresie usług z pozycji 1-3 Wykazu będzie miał zastosowanie zapis pkt 6.4. SIWZ, ponieważ odwołujący wykonywał dane usługi jako podwykonawca Gminy Lublin.

Następnie w drodze uzupełnień odwołujący, aby rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego, załączył do swojej oferty faktury VAT na kwoty przewyższające oczekiwaną wartość zamówienia przez zamawiającego jak i protokoły odbioru poszczególnych usług oraz co istotne, potwierdzenia zapłaty, za każdą z przedłożonych faktur VAT w pełnej ich wysokości.

Jako dowód powołał pismo Uzupełnienie odwołującego z dnia 05 sierpnia 2014r. wraz z dokumentami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowiącymi załączniki do niniejszego pisma.

W sytuacji, gdy zamawiający działałby zgodnie z przepisami PZP oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą, ponieważ plasowałaby się na pozycji wyższej niż wybrana oferta SITA Wschód Sp. z o.o.

III. Naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 89 ust 1 pkt 5) PZP oraz 92 ust 1 pkt 2) PZP]

Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału postępowania z pkt 5.4.1. SIWZ wykazał pięć inwestycji- dwie zrealizowane dla Gminy Lublin oraz 3 zamówienia wykonane dla prywatnych spółek, jednakże w charakterze podwykonawstwa, gdzie odbiorcą końcowym usług była Gmina Lublin i jej jednostki zależne. Dokumenty jakie Wykonawca przedłożył zamawiającemu na potwierdzenie należytego wykonania wskazanych usług to:

- oświadczenie, że z przyczyn o obiektywnym charakterze Odwołujący nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 6.3.1. SIWZ od prywatnych podmiotów- strona 13 oferty;
- faktury VAT potwierdzające wykonania prac na kwotę w przeliczeniu ponad 500.000,00 zł wraz z protokołami odbioru dla poszczególnych usług oraz, co istotne, potwierdzenia otrzymania pełnego wynagrodzeń za wykonane usługi na kwotę ponad 500 000,00 zł - załączone do uzupełnień z dnia 05 sierpnia 2014 r.

W tym miejscu należy podkreślić, że ustawa PZP i uzupełniająca ją Rozporządzenie z 19 lutego 2013 r. nie definiuje dokumentów, jakie należy złożyć na potwierdzenie należytego wykonania dostaw lub usług. Ostatnia nowelizacja ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) daje zamawiającym narzędzia służące skuteczniejszej weryfikacji wykonawców pod kątem zapewnienia przez nich właściwej realizacji zamówienia. Nowe rozporządzenie z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy pozwala zamawiającym - Do wykazu głównych dostaw/usług powinny być dołączone dowody, czy zostały one wykonane/wykonywane należycie. Dowody, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 nowego rozporządzenia nie ograniczają się zatem jedynie do dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Dowody te mają określać, czy roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazywać, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a także, czy dostawy/usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Gdy ze złożonych dowodów wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Wykazać należy, że odwołujący nie był w stanie uzyskać referencji od firm KOM-EKO S.A., MPO SITA Lublin S.A. (obecnie SITA Wschód Sp. z o.o z siedzibą w Lublinie przy ul. Ciepłowniczej 6.) oraz Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., bowiem są to podmioty konkurencyjne wobec firmy prowadzonej przez Odwołującego. Okolicznością zatem bezsporną powinno być, że w interesie ww. podmiotów nie będzie wystawienie firmie odwołującego referencji, bowiem wielokrotnie podmioty te wraz z odwołującym konkurują ze sobą w zamówieniach publicznych na analogiczny zakres usług jak w niniejszym postępowaniu. W szczególności w przedmiotowym postępowaniu udział brała spółka SITA Wschód Sp. z o.o., na rzecz której odwołujący wykonał usługi na kwotę prawie 300 000,00 zł. Oferta spółki tej została uznana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności i konkurencyjność wymienionych firm, zrozumiałym jest, że zarówno KOM- EKO S.A., Komunalne Przedsiębiorstw Robót Drogowych Sp. z o.o. jak i SITA Wschód Sp. z o.o., odmówiły odwołującemu wystawienia referencji za wykonane przez firmę odwołującego usługi.

W dniu 01 sierpnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 Ustawy PZP w zakresie ww. oświadczenia i podania obiektywnych przyczyn, dla których wykonawca nie mógł uzyskać referencji.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, odwołujący w dniu 05 sierpnia 2014 r. załączył do swojej oferty faktury VAT na kwoty przewyższające oczekiwaną wartość zamówienia przez

zamawiającego jak i protokoły odbioru poszczególnych usług oraz co istotne, potwierdzenia zapłaty, za każdą z przedłożonych faktur VAT w pełnej ich kwocie.

Jako dowód na powyższe oświadczenie odwołujący wskazał pismo - uzupełnienie odwołującego z dnia 05 sierpnia 2014r. wraz z zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznikami.

Zamawiający w dniu 2 września 2014 r. podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego ofert na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 Ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał posiadania wymaganego doświadczenia. W zakresie pozycji 4-5 Wykazu usług odwołującego, gdzie odbiorcą ich była bezpośrednio Gmina Lublin, zdaniem zamawiającego, należało uznać jedynie usługi na kwotę 115.162,06 zł. Natomiast spośród kilkudziesięciu faktur VAT przedłożonych w dniu 05 sierpnia 2014 r., zamawiający uznał jedynie dwie faktury VAT wystawione dla Komunalnego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. o nr 09/05/2013 na kwotę 11 868,67 zł oraz nr 09/03/2014 na kwotę 13 031,29 zł. W konsekwencji stwierdzono, że przedstawione przez odwołującego dokumenty potwierdzają należyte wykonania usług jedynie na łączną wartość 140 061,02 zł, co nie wystarcza do uznania, że wykonawca ten ma wymagane doświadczenie.

W omawianym postępowaniu nie zrozumiałym jest dlaczego zamawiający uznał należyte wykonanie usług na rzecz Gminy Lublin tylko na kwotę 115 162,06 zł, pomimo, że w Wykazie usług w pozycji 4 i 5 Odwołujący wskazał wartości prac na ponad 1 800 000,00 zł. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojej oceny doświadczenia odwołujący w tym zakresie, co stanowi naruszenia art. 92 ust 1 pkt 2 Ustawy PZP.

Abstrahując od powyższego zamawiający w decyzji o wykluczeniu firmy Ogrody z postępowania i odrzuceniu jej oferty zupełnie pominął fakt, że faktury VAT wraz z potwierdzeniami przelewu na wskazane w fakturach kwoty mogą stanowić dowód należytego wykonania usług. Zamawiający w ogóle nie pochylił się nad fakturami VAT wystawionymi na rzecz firmy KOM- EKO S.A. oraz MPO SITA Sp. z o.o., uznając bezpodstawnie z góry, że faktura nie może być dowodem na posiadanie wymaganego w Postępowaniu doświadczenia.

Odwołujący w uzupełnieniu do swojej oferty z dnia 05 sierpnia 2014 r. przedłożył m. in:

- 7 faktur VAT wystawionych dla KOM- EKO S.A. wraz z dowodami otrzymania przelewu od tej firmy na łączną kwotę 85.960,24 zł;
- 16 faktur VAT wystawionych na rzecz MPO SITA Sp. z o.o. wraz z dowodami otrzymania przelewu od tej firmy na łączną kwotę 298 482,12 zł.

Wskazane faktury VAT wraz z dowodami ich przyjęcia i pełną zapłatą za nie wynagrodzenia dla Odwołującego potwierdzają należyte wykonanie przez odwołującego usług na kwotę



384.442,36 zł. Biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający bezspornie uznał oprócz ww. faktur należyte wykonanie usług na kwotę 140 061,02 zł, to bezsprzecznie należy stwierdzić, że Odwołujący wykazał się przed zamawiającym doświadczeniem na wykonanie usług o wartości 524 504,38 zł. co potwierdza spełnienie przez odwołującego wymogu w zakresie doświadczenia, opisanego w pkt 5.4.1. SIWZ. W związku z tym zamawiający niezasadnie podjął decyzję, że odwołujący nie wykazał posiadania wymaganego doświadczenia, warunkującego udział w postępowaniu.

Stanowisko prezentowane przez Odwołującego znajduje potwierdzenie w całej rozciągłości w obowiązującym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 października 2012 r. o sygn. KIO 2089/12

Faktura VAT nie jest wystarczającym dokumentem, na podstawie którego możliwe byłoby stwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Sytuacja zmienia się gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia, składa fakturę VAT wraz z poleceniem zapłaty

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2014 r. o sygn. akt: KIO 1071/14, w którym Izba, że faktury VAT wraz z potwierdzeniami ich zapłaty stanowią o tym, że dana umowa została całkowicie rozliczona, a co za tym idzie zamówienie zostało ukończone i uznane przez zamawiającego za należycie wykonane.

Tak więc na tle wynikających z powyższych wyroków wniosków należy zauważyć, że przedstawione faktury opierają się na dwustronnym zobowiązaniu. „Dokumenty księgowo takie jak faktury są kontrolowane przez obie strony umowy, dlatego też opłacone faktury nie mogą być traktowane jako niewystarczające dla potwierdzenia realizacji kontraktów na dużą skalę oraz należytego wykonania zamówień. szczególnie wówczas, gdy towarzyszy im oświadczenie własne o należyтым wykonaniu usług i informacja o braku możliwości uzyskania odpowiednich zaświadczeń (tj. dokumentów innych niż faktury) od odbiorców usługi(zob. wyrok KIO 650/11).

Ponadto, pomijając już nieuznanie przez zamawiającego faktur VAT wraz z potwierdzeniami za nie zapłaty, to wskazać należy na konsekwencje w działaniu zamawiającego. Jak powyżej wskazano, zamawiający uznał faktury VAT wystawione dla Komunalnego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. o nr 09/05/2013 na kwotę 11 868,67 zł oraz nr 09/03/2014 na kwotę 13 031,29

zł, bowiem były do nich dołączone protokoły odbioru. Z całą stanowczością należy podkreślić, że nie były to jedyne faktury VAT wraz z potwierdzeniami wykonanego zakresu. Między innymi odbiorca usług potwierdził wykonanie prac, co do wartości faktur VAT o nr: 19/04/2013 wystawionej również dla Komunalnego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z

o.o., na kwotę 6 090,34 zł, faktura VAT nr 07/05/2012 dla Komunalnego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o., na kwotę 21 478,28 zł, faktura VAT nr 22/12/2012 dla Komunalnego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o., na kwotę 12 308,54 zł.

Mając na uwadze powyżej opisany stan rzeczywisty sprawy nie można nie odnieść wrażenia, że zamawiający zupełnie pominął oświadczenie odwołującego zawarte w Wykazie usług z Załącznika nr 3 z oferty. Czytając łącznie Wykaz usług wraz z przedstawionymi fakturami VAT i dowodami zapłaty oczywistym powinno być, że odwołujący wylegitymował się wymaganym przez zamawiającego w pkt 5.4.1. SIWZ doświadczeniem. Faktem powszechnie znanym jest to, że zleceniodawca danych usług przyjmuje daną fakturę VAT od jej wystawcy a następnie zleca za fakturę przelew w całości wyłącznie w przypadku, gdy dana usługa została wykonana należycie, zgodnie z przyjętym przez zleceniobiorcę zakresem usług.

Wobec powyższego, odwołujący dochował należytej staranności aby przedłożyć zamawiającemu wszelkie dostępne dokumenty potwierdzające należyte zrealizowanie wskazywanych usług. Treść tych dokumentów wzajemnie się uzupełnia i czytane razem dowodzą należytej realizacji usług. Dlatego też odwołujący nie kryje zdziwienia, że zamawiający zdecydował się na wykonanie tak nieuzasadnionej czynności w tym stanie faktycznym jaką było wykluczenie odwołującego z postępowania.

Odwołujący wykonywał usługi wskazane w Wykazie pod pozycją od 1 do 3, w charakterze podwykonawcy podmiotów, które z kolei świadczyły swoje usługi bezpośrednio na rzecz Gminy Lublin. Zamawiający zatem sam ma najlepszą wiedzę o tym, że odwołujący wykonał należycie wskazywane usługi na rzecz KOM- EKO S.A., Komunalne Przedsiębiorstw Robót Drogowych Sp. z o.o. jak i SITA Wschód Sp. z o.o., ponieważ odbiorcą końcowym tych usług była właśnie Gmina Lublin. Wobec tego i w tym wypadku de facto powinien mieć zastosowanie zapis pkt 6.4. SIWZ, tj. w zakresie usług zrealizowanych dla samej Gminy Lublin, Zamawiający nie wymaga od oferentów przedkładania dowodów na potwierdzenie posiadania danego doświadczenia.

Zamawiający z pewnością wie, że odwołujący wskazał w wykazie pod pozycją od 1 do 3 usługi zlecone poszczególnym firmom przez Gminę Lublin. Potwierdzają to zakresy usług dołączone do faktur VAT jak i same opisy faktur wskazujące na dane ulice miasta Lublina.

Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04 czerwca 2013 r. o sygn. KIO 1193/13 w którym Izba w analogicznej sytuacji wskazała na bark konieczności przedkładania poświadczeń/referencji w sytuacji gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane również w charakterze podwykonawstwa.

Wobec powyższego zarzut o bezpodstawnym wykluczeniu Wykonawcy z Postępowania jest zasadny.

IV. Naruszenie art. 26 ust 4 PZP oraz § 1 ust 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

Zgodnie z art. 26 ust 4 Ustawy Pzp „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.” Przepis ten jest obligatoryjny dla zamawiającego, dlatego też nie ulega wątpliwości, iż w sytuacji, gdy zamawiający miał wątpliwości, co do przedkładanych dokumentów przez odwołującego zobowiązany był do zastosowania art. 26 ust 4 Ustawy Pzp i powinien wezwać odwołującego do wyjaśnień w danym zakresie.

Najnowsze orzecznictwo KIO również potwierdza konsekwentnie powyższe stanowisko: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 lutego 2014 r. sygn. KIO 62/14

1. Jeżeli istnieją jakiegokolwiek wątpliwości co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który w tym postępowaniu złożył ofertę to obowiązkiem zamawiającego jest wyjaśnienie tych wątpliwości także przy zastosowaniu trybu z art. 26 ust. 4 p.z.p.

2. Dopiero prawidłowe wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. jednoznaczne wskazanie, dlaczego zdaniem zamawiającego znajdujący się w ofercie wykonawcy wykaz sprzętu jest niedoskonały, może być podstawą do rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia i podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy.

Wezwanie zamawiającego z dnia 01 sierpnia 2014 r. było wezwaniem do wyjaśnienia konkretnego dokumentu - oświadczenia Odwołującego, że z przyczyn o obiektywnym charakterze odwołujący nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 6.3.1. SIWZ od prywatnych podmiotów- strona 13 oferty.

Zamawiający w tym postępowaniu nie skierował do odwołującego wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 4 PZP pomimo, iż z decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że zamawiający posiadał wątpliwości, co do wartości faktur VAT, protokołów odbioru usług, poleceń przelewów do poszczególnych faktur, załączonych do uzupełnień odwołującego z dnia 05 sierpnia 2014 r., chociaż łączna wartość przedłożonych faktur VAT przewyższała oczekiwaną przez zamawiającego kwotę w SIWZ.

Ponadto odwołujący podnosi, że Rozporządzeniem 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 wprowadzono nowe uprawnienie dla zamawiającego. Mianowicie w § 1 ust 5 przedmiotowego Rozporządzenia ustawodawca

wskazał, iż „W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu”.

W załączeniu do uzupełnienia oferty przez odwołującego z dnia 05 sierpnia 2014r. (część tajna zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa) Wykonawca załączył faktury VAT wraz z dowodami otrzymania zapłaty kompletnego wynagrodzenia, które potwierdzały wartości usług wpisane w Wykazie usług z Załącznika nr 3 do oferty.

Uzupełnienia Odwołującego z dnia 05 sierpnia 2014r. wraz z zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznikami.

Zamawiający zaniechując wezwania Wykonawcy do wyjaśnień i nie korzystając z uprawnień z § 1 ust 5 Rozporządzenia, doprowadził do sytuacji, gdzie wykonawca, który dysponuje bogatym i ugruntowanym doświadczeniem w wykonywaniu usług oczekiwanych przez zamawiającego i jest w stanie wykonać dane zamówienie za najniższą cenę, został de facto zbyt pochopnie wykluczony z postępowania.

Powyższe oznacza tym samym, iż w sytuacji, gdy zamawiający nie posiada pewności co do spełnienia przez określonego wykonawcę warunków udziału w danym postępowaniu, to zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 22 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1044/10, „w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony do sięgania do własnej wiedzy, w tym także pochodzące z innych postępowań (...) jak i zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie”.

Wobec powyższego niniejszy zarzut odwołującego należy zatem uznać za uzasadniony.

V. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 PZP

Zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Jak wskazuje się w doktrynie zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. „Jej

przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.” (M. Stachowiak; W. Dzierżanowski; J. Jerzykowski, M. Stachowiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX, 2010.)

Zdaniem KIO zasada równego traktowania wykonawców polega na traktowaniu wykonawców w jednakowy sposób (bez preferowania jednych i dyskryminowania innych), co do dostępności informacji o postępowaniu, warunków udziału, wymaganych dokumentów, czyli na przykładaniu tej samej miary do każdego wykonawcy (KIO w wyroku z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11).

W niniejszej sprawie zamawiający naruszył tą zasadę, co znajduje potwierdzenie w zarzutach i uzasadnieniu do niniejszego odwołania.

Pomimo, że Odwołujący nie robił wglądu do oferty SITA Wschód Sp. z o.o., to jest przekonany, że wykonawca ten w swoim Wykazie usług wskazał na realizację prac z tego zakresu, co odwołujący z pozycji nr 1 Wykazu usług odwołującego. Wobec tego, jeżeli zamawiający uznał SITA Wschód Sp. z o.o. dane doświadczenie, to bez wątpienia powinien też uznać usługi wykonane przez odwołującego, jako podwykonawcy SITA Wschód Sp. z o.o. we wskazywanym zakresie.

Odwołujący zgłosił następujący wniosek dowodowy:

Wnoszę o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z Wykazu usług załączonego do oferty SITA Wschód Sp. z o.o., na potwierdzenie, że w wykazie tym wskazana została usługa zimowego utrzymania i letniego oczyszczania, wykonana na rzecz Gminy Lublin i jednostek jej podległych.

Mając na uwadze powyższe, zarzuty zawarte w niniejszym odwołaniu są uzasadnione. W związku z tym Odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 23 września 2014r zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, ze względu brak podstaw faktycznych i prawnych podnoszonych zarzutów; orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego; dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów: uchwały nr 80A/111/2011 Rady Miasta Lublin z dnia 31 marca 2011r. w sprawie utworzenia jednostki budżetowej pod nazwą Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie; umowa nr 25/GK/10 z dnia 06.08.201 Or. z załącznikami oraz aneksem rozdzielającym zakres prac; na okoliczność, że od daty 1.07.2011r. usługi wynikające z tj. umowy nie były wykonywane na rzecz zamawiającego a na rzecz Zarządu Dróg i Mostów, więc odwołujący nie może wywodzić, że wykonywał je na rzecz zamawiającego i nie ma obowiązku wykazywania ich należytego wykonania. Dalej przykładowe faktury VAT: nr

254/09/2013 z dnia 07.09.2013 r. - wystawiona przez LPRD SA, nr 1700000474/2013 z dnia 03.09.2013r. - wystawiona przez MOTA-EN-GEL CENTRAL EUROPE SA, FKRU/B/0093/2013 z dnia 31.10.2013r.;wystawiona przez Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o., łącznie z protokołami odbioru w których brał udział podwykonawca; umowy zawarte w 2010r.: z SITA Wschód Sp. z o. o. (MPO) - 25/GK/10 z dnia 06.08.2010r., KOM-EKO S.A-29/GK/10 z dnia 04.08.2010 r. oraz KPRD Sp z o.o. 24/GK/10 z dnia 08.08.2010r.; na okoliczność, że zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie miał wiedzy o wykonywaniu przez odwołującego usług, wskazanych w poz 1-3 wykazu usług załączonego do oferty, na rzecz zamawiającego na zasadach podwykonawstwa.

Zamawiający przedstawił szeroką argumentację formalną i prawną.

I tak co do zarzutu naruszenia art. 91ust.1 ustawy pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym, powyższy przepis w ogóle nie miał zastosowania, ponieważ oferta wykonawcy wykluczonego nie podlega badaniu na podstawie wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów oceny ofert. Niemniej część uzasadnienia tego zarzutu naruszenia tego artykułu odnosi się już do warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od tego, że uzasadnienie nie odpowiada treści zarzutu, zamawiający odniósł się przedstawionego w nim stanu faktycznego. Co do niemożności uzyskania poświadczenia od spółek konkurencyjnych. Zgodnie z zasadą określoną w treści art. 6 ustawy kodeks cywilny, ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z tego wywodzi skutki prawne a na powyższe okoliczności odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu.

Przede wszystkim, o przeszkodzie o obiektywnym charakterze w uzyskaniu poświadczenia należytego wykonania usługi. Jednakże Odwołujący nie wykazał, że w ogóle próbował pozyskać od wskazanych podmiotów poświadczenia. Odwołujący powinien z należytą starannością osoby dbającej o swoje interesy pozyskać poświadczenia od wszystkich podmiotów, na rzecz których wykonywał usługi, zatem również od KPRD Sp. z o.o., które nie złożyło w niniejszym postępowaniu oferty. Zatem nie był to podmiot konkurencyjny, a w przypadku tego podmiotu odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności, które stanowiły przeszkodę w uzyskaniu poświadczenia.

Odnosnie zastosowania przez analogię zasady określonej w treści pkt 6.4 SIWZ -tj braku obowiązku wykazywania należytego wykonywania usługi, jeżeli były one wykonywane na rzecz zamawiającego, zamawiający podnosi, że w treści wykazu, w pozycjach 1-3, odwołujący wskazał inne podmioty niż zamawiający. Na powyższe nie wskazywała również treść oświadczenia odwołującego załączonego do oferty. Stąd zamawiający wszczął procedurę wyjaśniania istnienia tychże przyczyn. Odwołujący odpowiedział uzupełnieniem dokumentów, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący na wezwanie zamawiającego zamiast wyjaśnić kwestie opisane w wezwaniu przedłożył dokumenty, które zostały przez zamawiającego ocenione.

Odwołujący złożył faktury, protokoły odbioru, wykazy prac, potwierdzenia wykonania operacji bankowych.

Analiza złożonych dokumentów została przeprowadzona w oparciu o przyjęte orzecznictwo np. „sam fakt wystawienia faktury przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą nie świadczy o należyтым wykonaniu zamówienia. Ze stanu faktycznego musi niezbiecnie wynikać, że dokument ten został zaakceptowany bez zastrzeżeń” Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 czerwca 2013 r. (KIO 1348/13), „Izba co do za-sady zgadza się, że faktury mogą być pod pewnymi warunkami, uznane za dokument potwierdzający, że jak w tym wypadku usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Powyższe jest ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa. Istotne jest, czy zawierają w swej treści sformułowanie, które jednoznacznie potwierdza należyte wykonanie lub wykonywanie zamówienia. (...) Niejednokrotnie, choć nie zawsze konieczne jest przedłożenie w ramach wyjaśnień umów, które były podstawą wykonania zamówienia i dokonania zapłaty” - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2011r. ( KIO 650/11 ). Mając powyższe na uwadze Zamawiający podtrzymuje ocenę złożonych dokumentów.

Zamawiający nie dysponował umowami o podwykonawstwo, a tym samym nie znał pełnego zakresu prac objętych tymi umowami. W szczególności brak przedłożenia umowy o podwykonawstwo przez odwołującego nie pozwalał na dokonanie porównania prac wykazywanych na fakturach. Sam fakt dokonania przelewu bankowego w wysokości zgodnej z fakturą nie może potwierdzać należytego wykonania prac jeśli zamawiającemu nie została przedstawiona treść umowy, na podstawie której można stwierdzić zakres i które dopiero czytane łącznie z przedstawionymi dowodami cząstkowymi mogłyby ewentualnie (zamawiającemu nie jest znana ich treść) potwierdzić należyte wykonanie opłaconej usługi. Zatem Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykazy załączone do faktur (utajnione dokumenty przedstawione przez wykonawcę) zawierają nazwy ulic, chodników, schodów, placów stanowiących pasy drogowe. Zamawiający zaś realizował (nadzorował) w tym samym czasie prace letniego oczyszczania i zimowego utrzymania na placach, schodach chodnikach poza pasem drogowym.

Na uwagę zasługuje fakt, że Uchwałą nr 80A/111/2011 Rady Miasta Lublin z dnia 31 marca 2011r. w sprawie utworzenia jednostki budżetowej pod nazwą Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie z dniem 1 lipca 2011r. utworzono jednostkę budżetową pod nazwą Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie. Od tej pory inny podmiot zajmował się utrzymaniem tego zakresu i odbiorem wykonanych usług oraz potwierdzaniem należytego ich wykonania.

Zgodnie z umowami dot. zimowego utrzymania i oraz letniego oczyszczania zawartymi w 201 Or. z SITA Wschód Sp. z o.o. (MPO ), KOM-EKO S.A., w §. 11 w/w umów znajdowały się zapisy, że „Wykonawca wykona całość prac siłami własnymi”. Natomiast w umowie z KPRD Sp. z o.o. z 201 Or. był zapis, że wykonawca powierzy podwykonawcom następujące rodzaje prac: letnie oczyszczanie chodników placów, schodów i kładek dla pieszych, mechaniczne oczyszczanie ulic ujętych w harmonogramie oczyszczania w warunkach ustąpienia warunków zimowych,

interwencyjne mechaniczne oczyszczanie ulic ujętych w harmonogramie oczyszczania w warunkach ustąpienia warunków zimowych,

Dowód: umowy zawarte w 2010r.: z SITA Wschód Sp. z o.o. (MPO ) - 25/GK/10 z dnia 06.08.2010r., KOM-EKO S.A -29/GK/10 z dnia 04.08.2010r. oraz KPRD Sp z o.o. - 24/GK/10 z dnia 08.08.201 Or.

Wykonawcy SITA Wschód Sp. z o.o. (MPO ) i KOM-EKO S.A. w trakcie realizacji umowy nigdy nie zgłaszali zamawiającemu informacji dotyczących potrzeby zmiany umowy i powierzenia określonego zakresu prac podwykonawcom.

W tych przypadkach zamawiający odbierał wykonywane prace od wykonawców przy udziale podwykonawcy. Tym samym zamawiający nie był właściwym do potwierdzenia należytego wykonania prac w żadnym zakresie przez podwykonawcę Kształtowanie Terenów Zieleni „Ogrody”, gdyż takich prac nie nadzorował ani nie rozliczał.

Wykonawcy SITA Wschód Sp. z o.o. (MPO ) i KOM-EKO S.A. w trakcie realizacji umowy nigdy nie zgłaszali zamawiającemu informacji dotyczących potrzeby zmiany umowy i powierzenia określonego zakresu prac podwykonawcom.

W tych przypadkach ( gdy występowali podwykonawcy) zamawiający odbierał wykonywane prace od wykonawców przy udziale podwykonawcy. Potwierdzeniem są protokoły odbioru z wykonanych prac pod treścią których podpisywali się: wykonawca umowy, podwykonawca oraz nadzorujący wykonanie umowy z ramienia Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Lublin. Natomiast należy podkreślić, że zamawiający nie posiadał wiedzy dla kogo, w jakim zakresie, terminie i gdzie wykonywał prace podwykonawca Kształtowanie Terenów Zieleni „Ogrody” J. O. . Tym samym zamawiający nie był właściwym do potwierdzenia należytego wy-konania prac w żadnym zakresie przez podwykonawcę Kształtowanie Terenów Zieleni „Ogrody”, gdyż takich prac nie nadzorował ani nie rozliczał.

Zamawiający ponownie dokonał analizy złożonych dokumentów w postępowaniu i podtrzymuje swoje stanowisko, że wykonawca nie wykazał się doświadczeniem wymaganym w SIWZ.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw z art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp



oraz art. 92 ust 1 pkt 2 pzp

Odwołujący z jednej strony utrzymuje, że określone usługi wykonywał jako podwykonawca na rzecz Zamawiającego (nie przedstawiając dowodu na tę okoliczność) oraz jednocześnie z drugiej strony utrzymuje, że wskazane w wyniku samodzielnego uzupełnienia dokumenty potwierdzają należyte wykonanie wskazanych usług wykonywanych w ramach podwykonawstwa na rzecz Gminy Lublin, co oznacza, że Odwołujący ma świadomość, że nie ma prawa korzystać z uprawnienia określonego w treści pkt 6.4 SIWZ.

Przed wszystkim jednak odwołujący nie przestrzegał obowiązków wynikających z treści Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym wykonawca na potwierdzenie należytego wykonania usług powinien być przedłożyć poświadczenia podmiotu trzeciego, że usługi zostały wykonane należycie albo oświadczenie własne, że usługi zostały wykonane należycie, jeżeli z przyczyn o obiektywnym charakterze nie miał możliwości przedłożyć poświadczeń podmiotu trzeciego. Natomiast wykonawca zamiast oświadczenia, że wykonał przedmiotowe usługi należycie oraz wykazania obiektywnych przyczyn braku możliwości złożenia poświadczeń, przedstawił zamawiającemu jedynie własne oświadczenie, że nie może z przyczyn o obiektywnym charakterze przedstawić właściwych poświadczeń.

Ze strony odwołującego brak podania przyczyn dla jakich wykonawca nie może przedstawić wymaganych poświadczeń. Praktyka jaką proponuje w niniejszym postępowaniu odwołujący prowadziaby wprost do sytuacji, w których wykonawcy w ogóle nie staraliby się o poświadczenia właściwych podmiotów, szczególnie w sytuacjach, gdyby wykonali usługi nienależycie. Należy stwierdzić, że konieczność uzyskania poświadczenia wymaga dołożenia starań o uzyskanie dokumentu, a dopiero jeżeli przy dołożeniu należytej staranności nie było możliwe pozyskanie poświadczenia, wykonawca może złożyć własne oświadczenie o należyтым wykonaniu usługi, jednocześnie wykazując okoliczności, jakie uniemożliwiły mu pozyskanie żądanych poświadczeń od podmiotu trzeciego. W przedmiotowej sytuacji wykonawca w żadnym zakresie nie udowodnił, że próbował uzyskać przedmiotowe poświadczenia, próbując w zamian przedstawić oczywistość powyższych przyczyn, których bezpośredniego związku przyczynowego z brakiem poświadczeń nie wykazał. Należy stwierdzić, że tak też w komentarzach i orzecznictwie rozumie się zakres obowiązków wykonawcy przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tak też podnosi tę kwestię poniżej zacytowany komentarz. „Rozporządzenie określa więc hierarchię dokumentów, które mogą być składane w postępowaniu. Poświadczenie jest przy tym podstawowym dokumentem określającym prawidłowość wykonania określonych robót,

dostaw lub usług. Złożenie, zamiast poświadczenia, innych dokumentów lub oświadczenia uwarunkowane jest wykazaniem, że wystąpiły okoliczności od niego niezależne, uzasadniające brak możliwości uzyskania poświadczenia. Oznacza to, że zamawiający, otrzymując inny dokument lub oświadczenie wykonawcy, będzie musiał ocenić, czy wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia poświadczenia."(Jerzy Pieróg „Co potwierdzi należyte wykonanie" - „Przetargi Publiczne" 5/2013.

Zamawiający zgadza się z przytoczoną tezą orzeczenia z 19 sierpnia 2009 r KIO/UZP 1016/09 i stwierdza, że świadczy ono na niekorzyść odwołującego. Zamawiający nie wymagał aby wykonawca przedstawił dokument, w którego treści znajduje się sformułowanie: „należyte wykonane". Zamawiający wymagał jedynie przedstawienia dokumentów zawierających a treści potwierdzenie należytego wykonania usługi i zamawiający dopuszcza faktury jako potwierdzenia należytego wykonania umowy ale pod pewnymi warunkami- przede wszystkim muszą one w swej treści zawierać potwierdzenie należytego wykonania usługi, albo być przedłożone z innymi, które czytane łącznie pozwolą ponad wszelką wątpliwość uznać, że usługa została wykonana zgodnie z oczekiwaniami podmiotu, na rzecz którego były wykonywane, zarówno pod względem zakresu, jakości jak i terminów. Z samej zapłaty kwoty wynikającej z faktury nie wynika ani potwierdzenie wykonania pełnego zakresu usług, ani że zostały wykonane zgodnie ze wszystkimi postanowieniami umowy ani potwierdzenie wykonania usługi w terminach umownych, nie wynika też potwierdzenie braku potrąceń z wynagrodzenia należności z tytułu kar umownych za nienależyte wykonanie umowy. W związku z powyższym nie można uznać, że przedłożone przez odwołującego dokumenty w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Na stronie 8 odwołania Odwołujący podnosi po raz pierwszy, że „ ...zarówno KOM-EKO SA, KPRD Sp. z o. o. jak i SITA Wschód sp. z o. o., odmówiły Odwołującemu wystawienia referencji za wykonane przez firmę Ogrody usługi" przedstawiając na tę okoliczność:

„Dowód: pozycja nr 1 z wykazu usług z załącznika nr 3 oferty Odwołującego" Należy stwierdzić, że wykaz usług załączony do oferty nie może stanowić dowodu na podnoszoną okoliczność odmowy wydania poświadczeń, dlatego tę okoliczność, podnoszoną zresztą dopiero na etapie odwołania, nie można uznać z przyczyn obiektywnych i oczywistych za wykazaną. Po raz kolejny odwołujący nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej, mimo ciążącego na Nim obowiązku z tym zakresie.

Natomiast w zakresie treści oświadczenia stanowiącego wykaz wykonywanych usług, odwołujący miał obowiązek wskazać prawidłowo nazwę zadania i wartość, jaka odpowiada spełnieniu warunku opisanego w tym postępowaniu.

Zamawiający w pełni akceptuje orzeczenie KIO 650/11 w zakresie, iż fakturę można uznać za wystarczającą, jeżeli towarzyszy jej oświadczenie własne o należyтым wykonaniu usługi oraz informacja od odbiorców usługi o braku możliwości uzyskania odpowiednich zaświadczeń, które odwołujący z niezrozumiałych przyczyn powołuje, a które przeczy treści uzasadnienia odwołania.

### III Odnośnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp

Należy stwierdzić, że zarzut ten dotyczy przedstawienia okoliczności faktycznych i prawnych odrzucenia oferty. Jak już podnoszono na wstępie, wykonawca został wykluczony z postępowania, a więc ta okoliczność przytoczona w treści informacji o wynikach wypełnia dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp w tym konkretnym wypadku. Dlatego również ten zarzut należy uznać za nieuzasadniony.

### IV. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy pzp oraz § 1 ust 5 Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013r. Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane

Należy w tym miejscu podkreślić, że powyższe przepisy można by uznać za naruszone, gdyby po stronie zamawiającego wystąpił wątpliwości co do treści składanych dokumentów, w tym jednak przypadku zamawiający nie miał wątpliwości, że wykonawca na wezwanie do wyjaśnienia, samowolnie przedłożył wszystkie posiadane dokumenty, które mogły mu posłużyć dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Powyższą okoliczność i trafność osądu zamawiającego w tym zakresie potwierdza odwołujący na stronie 11 odwołania oświadczając, że przedłożył „wszystkie dostępne dokumenty”. Należy przede wszystkim stwierdzić, że odwołujący, składając przedmiotowe dokumenty, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli chodzi o przedłożoną treść nie budziła ona wątpliwości, w przedmiotowym stanie faktycznym po prostu brakowało dokumentów, których wykonawca nie mógł ponownie uzupełnić, ponieważ swoją możliwość wyczerpał w tym zakresie, odpowiadając na wezwanie do wyjaśnień uzupełnieniem dokumentów. Z tego samego powodu zamawiający nie skorzystał z procedury wystąpienia do podmiotu trzeciego o wyjaśnienia, ponieważ przedłożone dokumenty nie budziły w tym zakresie wątpliwości. Zamawiający jako instytucja powołana do weryfikowania wykonawców nie została powołana do wypełniania za nich obowiązków ustawowych, nałożonych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To na wykonawcy ciąży ten obowiązek i w tym przypadku odwołujący go nie wypełnił, zatem

zamawiający nie znalazł podstawy prawnej do zastosowania art. 26 ust.4 ustawy pzp czy § 1 ust 5. Rozporządzenia.

V. Odnośnie zarzutu naruszania art. 7 ust 1 pkt 1 ustawy pzp

Zdaniem Zamawiającego nie zostały naruszone zasady określone w niniejszym przepisie. Należy stwierdzić, że istotnie zasada równego traktowania wykonawców dotyczy wykonawców znajdujących w tej samej sytuacji faktycznej. W przedmiotowym postępowaniu należy stwierdzić, że pomiędzy sytuacją SITA Wschód Sp. z o.o. a sytuacją odwołującego zachodzi istotna różnica. SITA Wschód wskazał usługi wykonywane na rzecz zamawiającego - Gminy Lublin, co pozwoliło na zweryfikowanie przez zamawiającego należytego wykonania umowy przez zidentyfikowanego wykonawcę. Zarówno nazwa usługi jak i okres podany w wykazie przez wykonawcę pozwoliły zidentyfikować realizowaną umowę. Natomiast odwołujący wskazał inne podmioty, na rzecz których wykonywał usługi, nie przedstawił wymaganych poświadczeń, i mimo, że nie udowodnił faktu podwykonawstwa na rzecz Gminy Lublin w zakresie wskazanych usług, żąda traktowania Go tak jakby znajdował się w sytuacji identycznej, jak drugiego podmiotu. Byłby to możliwe i wskazane gdyby odwołujący skutecznie wyczerpał inicjatywę dowodową i wykazał okoliczności, na które się powołuje. Niestety w przedmiotowym stanie faktycznym, gdyby zamawiający spełnił oczekiwania odwołującego, niewątpliwie naruszyłby wszystkie zasady określone w art. 7 ustawy pzp.

Z powyższych względów odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i zamawiający wnosi jak na wstępie.

#### **Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje**

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego, w oparciu o wnioski stron, z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i dokumentów wskazanych przez strony zarówno w złożonych pismach procesowych jak i przedłożonych na rozprawie Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie.

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów i schodów poza pasem drogowym zlokalizowanych na terenie miasta Lublin - IV część”.

O rozstrzygnięciu postępowania w części IV zamawiający powiadomił odwołującego w dniu 2 września 2014r. informując o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest MPO SITA

WSCHÓD z siedzibą w Lublinie oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu to jest osiągnięcia wymaganego doświadczenia zawodowego w zakresie wykonanych usług.

Zamawiający w piśmie tym przywołuje postanowienia SIWZ, z których wynika wymóg posiadania doświadczenia w usługach zbieżnych z przedmiotem postępowania o wartości co najmniej 500.000,-zł.

Również przywołuje postanowienia SIWZ, które regulują rodzaj dokumentów, którymi wykonawcy są zobligowani do udowodnienia wymaganego doświadczenia. Tymi dokumentami zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. oraz SIWZ, są dowody potwierdzające wykonanie w tym należyte wykonanie usługi w formie wydanego poświadczenia przez odbiorców usług. W przypadku braku poświadczenia z uzasadnionych przyczyn o charakterze obiektywnym tym dowodem jest oświadczenie wykonawcy potwierdzające należyte wykonanie usługi. Zamawiający jednocześnie poinformował, że odwołujący nie jest zwolniony z przedłożenia poświadczenia, ponieważ nie wykonywał usług na rzecz Miasta Lublin. Przedłożone uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie należytego wykonania umowy tylko w części do takich się kwalifikuje to jest poz.4 i 5 Wykazu usług, które łącznie z poz.1-3 Wykazu dają potwierdzenie na wykonanie usług około 140 000,00. zł. przy obowiązującym warunku na 500.000,00zł. Zamawiający podnosi zasadę jednorazowego wzywania do uzupełnienia dokumentów i wyczerpanie tego uprawnienia w związku z samodzielnym uzupełnieniem przez odwołującego bez wzywania zamawiającego dokumentów mających potwierdzić należyte wykonanie usług.

Odwołanie wniesiono w ustawowo przewidzianym 10 dniowym terminie.

Odwołujący wnosi o unieważnienie jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o ponowny wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem jego oferty jako najkorzystniejszej, zgodnie z argumentacją formalną i prawną przytoczoną fragmentarycznie powyżej w odwołaniu.

Z SIWZ wynika, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Z rankingu ofert z kolei wynika, że oferta odwołującego jest korzystniejsza cenowo od oferty wykonawcy wybranego to jest MPO SITA Wschód. Tym samym spełniony zostaje wymóg przesłanek do wniesienia odwołania z racji interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia regulowany treścią art.179 ust.1 ustawy pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, której treść fragmentarycznie przytoczono powyżej, wnosi o oddalenie odwołania argumentując wykluczenie odwołującego z postępowania tak jak w zawiadomieniu z dnia 2 września 2014r. oraz prezentując stanowisko na rozprawie i przedkładając nowe dowody w sprawie. Podnosi, że odwołujący był wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy pzp. na okoliczność przedłożenia do Wykazu wykonanych usług, oświadczenia o braku poświadczeń z uwagi na obiektywne przeszkody w ich uzyskaniu. W związku z takim oświadczeniem zamawiający w piśmie z dnia 1 sierpnia 2014r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia przyczyn o charakterze obiektywnym, które uniemożliwiają złożenie poświadczeń. W wezwaniu zamawiający zaznacza, że myśl orzecznictwa KIO takimi okolicznościami są np.: likwidacja firmy, zawieszenie działalności, nie odbieranie korespondencji w różnej formie czy też czyjaś śmierć.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania w związku z udzieloną odpowiedzią na wezwanie z dnia 01.08.2014r. i przedłożonymi przy tej odpowiedzi dokumentami. Odwołujący odpowiadając na wezwanie w dniu 5 sierpnia 2014r. nie złożył wyjaśnień na okoliczność uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze powodujących brak poświadczeń odbiorców usług. Natomiast do pisma, bez wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp., dołączył dokumenty mające potwierdzić należyte wykonanie usług. Tak przynajmniej wynika z treści tego pisma. Przy czym w piśmie tym zastrzegł, że usługi w poz.4 i 5 były wykonywane na rzecz Miasta Lublin w związku z tym nie ma obowiązku przedkładania dowodów w sprawie. W toku postępowania odwoławczego argumentację rozszerzył również o poz.1- 3 twierdząc, że skoro jego zleceniodawcy wykonywali usługi dla Miasta Lublin to on też jako podwykonawca nie ma obowiązku składania dowodów poświadczenia. Jednocześnie zastrzegł tajemnicę co do złożonych dokumentów w celu braku możliwości zapoznania się z nimi konkurentów.

Z dokumentacji postępowania i dokumentów przedłożonych przez strony Izba dokonała dalszych ustaleń jak poniżej.

Odwołujący do oferty złożył Wykaz wykonanych usług, który zawiera pięć pozycji. Przy czym trzy pozycje (1-3) dotyczą zimowego utrzymania i letniego oczyszczania na łączną kwotę ponad 500.000,00. złotych, wykonywanych na rzecz MPO (chodzi o spółkę SITA), KPRD, KOM-EKO. Z wyjaśnień zamawiającego na rozprawie wynika, że nie są to publiczne podmioty tylko prywatni przedsiębiorcy. W pozycji 4-5 Wykazu wymienione są prace związane kompleksową konserwacją i renowacją zieleni komunalnej Miasta Lublin (zamawiającego) na kwotę niespełna 1.900.000,00 zł. Do Wykazu usług załączono

oświadczenie odwołującego, iż z przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać poświadczeń, o których mowa w pkt 6.3.1. specyfikacji.

Zamawiający pismem z dnia 01.08.2014r. wezwał odwołującego na podstawie art.26 ust.4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. W piśmie zacytował treść pkt 5.4.1. SIWZ regulującego wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego na kwotę 500.000,00zł. Nawiązał do złożonego oświadczenia przy ofercie i w związku z nim zażądał wyjaśnienia przyczyn o obiektywnym charakterze, które uniemożliwiają uzyskanie poświadczeń, o których mowa w pkt 6.3.1. SIWZ. Przywołał orzeczenia KIO, stwierdzając, że obiektywne przyczyny to np.: likwidacja podmiotu, na rzecz którego wykonawca realizował usługę, zawieszenie działalności podmiotu, nie odbieranie korespondencji przesyłanej w różnej formie, czy też czyjaś śmierć.

Odwołujący w dniu 5 sierpnia 2014r. odpowiadając na wezwanie w załączeniu przesłał Wykaz usług, wraz z potwierdzeniami ich należytego wykonania to jest: "protokoły odbiorcze" oraz wystawione na ich podstawie faktury, które zostały zapłacone. W załączonych dokumentach znajdują się: protokoły odbioru, faktury i dowody zapłaty – przelewy. Odwołujący w piśmie stwierdza, że usługi wymienione w poz. 4 i 5 nie wymagają dowodu, ponieważ wykonane zostały na rzecz zamawiającego. Dalej w piśmie uzasadnia zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie załączonych dokumentów do pisma z uwagi na konkurencję i wskazanie podmiotów na rzecz których wykonywał usługi i podanych stawek rozliczeniowych. Odwołujący stwierdza m.in. Dokumenty posiadają wartość gospodarczą ze względu na przedstawiony w nich dokładny poziom cen poszczególnych usług. Biorąc pod uwagę fakt, że dokumenty te dotyczą współpracy między dwoma prywatnymi podmiotami ewentualny trzeci przedsiębiorca – nasz konkurent w postępowaniu przetargowym, nie mógł i nie może dowiedzieć się o ich treści w sposób zwykły i dozwolony. Podjęto wszelkie działania w celu zachowania ich poufności. Naszą wolą jest aby wszelkie informacje zawarte w załączonych dokumentach były nadal tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismo z dnia 2 września 2014 r., z którego wynika wybór najkorzystniejszej oferty SITA WSCHÓD Sp. z .o.o. ul. Ciepłownicza 6; 20- 479 Lublin oraz informacja co do oceny ofert pozostałych wykonawców w tym odwołującego. Pismo co do uzasadnienia wykluczenia z postępowania odwołującego objęte jest tajemnicą w związku z zastrzeżeniem odwołującego w piśmie z dnia 05.08.2014 r. Zamawiający cytuje postanowienia SIWZ o wymaganiach co do wykonanych usług. Przywołuje okoliczność braku złożenia do oferty dokumentów potwierdzających wykonanie należyte usług. Również przywołuje wezwanie do wyjaśnień i

udzieloną odpowiedź. Zamawiający potwierdza otrzymanie protokółów odbioru, faktur, zestawień wykonanych prac oraz kopie przelewów bankowych. Zamawiający wyjaśnia, że faktury i ich zapłata nie stanowią dowodu na należyte wykonanie prac. Według zamawiającego takim dowodem może być dokument, w którym przede wszystkim zamawiający stwierdza należyte wykonanie czy też wykonanie zgodnie z umową. W tym stanie rzeczy zamawiający uznaje za udowodnione należyte wykonanie umowy, jeżeli to oświadczył (poświadczył) zamawiający (odbiorca usługi). Na podstawie tak przyjętych zasad zamawiający uznaje wykonanie usług do kwoty ok.115 tys. złotych poz. 4 i 5 i podsumowując uznane usługi z poz.1-3 łącznie (poz.1-5 Wykazu) do kwoty ok.140 tys. złotych. Zamawiający zawarł wywód prawny na temat samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez odwołującego w związku z wezwaniem w trybie art.26 ust.4 ustawy pzp. co w jego ocenie wyczerpuje obowiązek jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Ostatecznie jako podstawę wykluczenia i odrzucenia oferty przywołał pkt 5.4.1 SIWZ i art.89 ust.1 pkt 5 na podstawie art.24 ust.2 pkt ustawy pzp.

Na rozprawie zamawiający złożył szereg dokumentów na okoliczność, że odwołujący nie był podwykonawcą w usługach wykonywanych przez takie podmioty jak: MPO SITA, KPRD czy KOM-EKO oraz, że nie mógł zamawiający posiadać takiej wiedzy na podstawie posiadanej dokumentacji. I tak przedłożył:

1. Uchwałę Rady miasta Lublin nr 80/VIII/2011 z dnia 31 marca 2011r. w sprawie utworzenia jednostki budżetowej pod nazwą Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie;
2. Statut Jednostki Budżetowej pod nazwą Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie;
3. Umowę 25GK/10 z dnia 6 sierpnia 2010 r. zawartą pomiędzy Prezydentem Miasta Lublin a MPO SITA Lublin S.A. z siedzibą Lublinie zawarta na okres od 11.09.2010r. do dnia 10 września 2014r. na zimowe utrzymanie jezdni, chodników, placów, schodów i kładek dla pieszych na terenie miasta Lublin w sezonach zimowych oraz letnie, ręczne i mechaniczne oczyszczanie miasta Lublin w sezonach letnich w rejonie nr V wraz z załącznikami do umowy;
4. Aneks nr 44/GK/11 do umowy nr 25/GK/10 z dnia 06.08.2010r. z dnia 14.03.2011r. pomiędzy Gminą Lublin a MPO SITA Lublin S.A. z siedzibą w Lublinie.
5. faktury od Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. w Lublinie ( za sierpień 2013r. ) oraz od Mota – Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie (za sierpień 2013r.) dla Gmina Lublin z protokołami odbioru z tymże podwykonawcą jest KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie;
6. Faktura za 10.2013r. od Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie z protokołem odbioru;



7. Protokoły odbioru z umowy 24/GK/10 dla wykonawcy MP SITA Lublin Sp. z o.o. z 31.10.2013r. od Miasto Lublin;
8. Umowa 29GK/10 z dnia 04.08.2010r. pomiędzy Miasto Lublin a KOM-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w m. Lublin na okres od 11.09.2010r. do dnia 10.09.2014 r. w zakresie utrzymania zimowego jezdni, chodników, placów, schodów i kładek dla pieszych na terenie miasta Lublin w sezonach zimowych oraz letnie, ręczne i mechaniczne oczyszczanie Miasta Lublin w sezonach letnich w rejonach I;
9. Umowa Nr 24/GK/10 z dnia 02.08.2010 r. pomiędzy miastem Lublin a wykonawcą Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych na okres od dnia 11 września 2010r. do dnia 10 września 2014 r. Sp. z o.o. z siedzibą w mieście Lublin na zimowe utrzymanie jezdni, chodników, placów, schodów i kładek dla pieszych na terenie miasta Lublin w sezonach zimowych oraz letnie, ręczne i mechaniczne oczyszczanie Miasta Lublin w sezonach letnich w rejonach IV;
10. pełnomocnictwo Pani E. D. – Dyrektora Biura Zamówień Publicznych w Departamencie Inwestycji i Rozwoju Gminy Miasta Lublin.

Izba przeprowadzając dowód z przedłożonych dokumentów ustaliła w sprawie, że zmiany organizacyjne zamawiającego w związku z utworzeniem w roku 2011r. marzec jednostki budżetowej to jest Zarządu Dróg i Mostów nastąpiły w trakcie trwania umów zawartych na okres od 2010 do 2014r. Przy czym zawarto jeden aneks w marcu 2011r. z wykonawcą MPO SITA w związku z przekazaniem części obowiązków z Wydziału Gospodarki Komunalnej do Wydziału Dróg i Mostów Urzędu Miasta Lublin (tereny w pasach drogowych). Ponadto Umowy zawierają zastrzeżenie wykonania prac siłami własnymi z wyjątkiem umowy KPRD Sp. z o.o. w Lublinie, który wymienia rodzaje prac dla podwykonawców (§ 11 umów). Umowy zawierają zastrzeżenie, że zmiana postanowień zawartej umowy może nastąpić wyłącznie za zgodą obu stron wyrażonej na piśmie w formie pisemnego aneksu pod rygorem nieważności (§17 umów). Zawierają także postanowienia, że zmiany umowy są dopuszczalne, jeżeli zakres umowy zostanie rozdzielony na jednostki działające w imieniu Zamawiającego lub nastąpi zmiana jednostki działającej w imieniu zamawiającego w przypadku zmian w strukturze organizacyjnej Urzędu Miasta Lublin lub w przypadku powołania odpowiedniej jednostki budżetowej (§18 umów).

Zamawiający na rozprawie przywołał zapytania wraz z odpowiedziami dla wykonawców z dnia 23.06.2014r. Z odpowiedzi wynika, że wykonawcy są zwolnieni z obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w pkt 6.3. SIWZ (referencje) w przypadku usługi wykonanej na rzecz Wydziału Gospodarki Komunalnej jako Wydziału Gminy Lublin, która

była zamawiającym, z którym wykonawca podpisał umowę na wykonanie danej usługi. Natomiast w zakresie usługi wykonanej na rzecz Zarządu Dróg i Mostów, wykonawca nie jest zwolniony z przedkładania referencji, ponieważ Gmina Lublin nie była zamawiającym, stroną umowy na podstawie, której wykonawca wykonywał usługę na rzecz Zarządu Dróg i Mostów. Powyższą odpowiedź zamawiający przywołał na okoliczność, obowiązku przedłożenia referencji w wypadku umów z Zarządem Dróg i Mostów jednostką budżetową Gminy, na rzecz której zleciodawcy odwołującego świadczyli usługi w związku z reorganizacją i utworzeniem Zarządu Dróg i Mostów jednostki budżetowej Gminy Lublin.

Na rozprawie również odwołujący złożył dodatkowe dowody w sprawie i tak:

1. Zamówienia od KPRD Sp. z o.o. w Lublinie dla odwołującego na stałe, ręczne zimowe utrzymanie chodników, schodów i kładek dla pieszych na okres od grudzień 2012r. do marzec 2013 r. z wykazem powierzchni; zlecenie z 10.01.2013 r. rozszerzenie zakresu powierzchni oraz wywóz nadmiaru śniegu z przyzmi powstałych podczas ręcznego odśnieżania z dodatkowym wykazem powierzchni; zlecenie dalsze z 09.10.2013 r. na okres od listopad 2013 r. do marca 2014 r. ze szczegółowym wykazem ciągów pieszych.
2. Umowa z dnia 02 listopada 2010r. z MPO SITA S.A. w Lublinie z odwołującym na utrzymanie zimowe placów, chodników, schodów na okres od 02.11.2010r. do 30.04.2014r. z wykazami powierzchni; Aneks Nr 1 z 03.02.2014r. SITA Wschód Sp. z o.o. w Lublinie wprowadzenie Zasad bezpieczeństwa.
3. Wykazy powierzchni z KOM-EKO 2013/2014 w tym rozliczenia.

Powyższe dokumenty zostały złożone na potwierdzenie zakresu usług.

Dokumenty składane poza dokumentacją postępowania zostały również potwierdzone za zgodność z oryginałem przez pełnomocników stron.

Izba przeprowadziła dowód z SIWZ na okoliczność jakie dokumenty ma wykonawca przedstawić na okoliczność wykonania w tym należytego wykonania umowy to jest z treści pkt 6.3.SIWZ.

Postanowienia SIWZ, które nie odbiegają od regulacji rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Na podstawie powyższych ustaleń w oparciu o dowody przeprowadzone na rozprawie oraz na podstawie argumentacji formalnej i prawnej stron w toku postępowania odwoławczego **Izba zważyła jak poniżej.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zasadnie wezwał odwołującego do przedstawienia okoliczności związanych z brakiem załączenia poświadczenia wykonania w tym należytego wykonania usług w szczególności wskazania uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Taką procedurę narzuca zamawiającemu postanowienie § 1 ust.2 pkt 1) i 3) w związku z § 1 ust.1 pkt 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013r. poz. 231). Bowiem rozporządzenie w przypadku usług jako dowód wykonania usługi a tym samym należytego wykonania usługi wskazuje poświadczenie wystawione przez odbiorcę usługi. Przy czym rozporządzenie oprócz poświadczenia w określonych okolicznościach dopuszcza oświadczenie samego wykonawcy. Tymi określonymi okolicznościami są uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze uniemożliwiające uzyskanie poświadczenia. W związku z tym, że do oferty odwołującego nie załączono ani poświadczeń od odbiorców usług, ani oświadczenia wykonawcy, zamawiający zasadnie wezwał do wyjaśnienia przyczyny braku możliwości przedstawienia poświadczeń.

Na tle tej regulacji rozporządzenia wydano szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Niemniej należy mieć na względzie, że orzeczenie i jego uzasadnienie jest wiążące w danej sprawie. Owszem istnieje praktyka w postępowaniach odwoławczych powoływania się przez strony na rozstrzygnięte sprawy o podobnym charakterze w celu wykazania swoich racji. Zamawiający już w toku postępowania wzywającego do złożenia wyjaśnień powołał się na orzeczenia KIO wskazując, że o obiektywnym charakterze przyczyny nie przedłożenia poświadczeń decydują takie okoliczności na przykład jak: likwidacja czy zawieszenie działalności przez odbiorcę usług, nie odbieranie korespondencji w każdej z form a także śmierć odbiorcy usług. Pomimo, że zamawiający wskazał, iż wymienione przez niego okoliczności obiektywne są przykładowe niemniej prawdopodobnie ich rygoryzm skłonił odwołującego do przedstawienia posiadanych w sprawie dokumentów takich jak częściowych protokołów odbioru również tylko częściowo podpisanych przez odbiorcę oraz kompletu faktur VAT oraz dokonanych na podstawie tych faktur dowodów zapłaty. Odwołujący wezwanie zamawiającego z dnia 01.08.2014 r. potraktował jako wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie tzw. referencji skoro dostarczył przy piśmie z dnia

05.08.2014r. dokumenty powyżej wymienione. Słusznie w takiej sytuacji zamawiający dokonał szczegółowej oceny tych dokumentów przestrzegając postanowień ww rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, które mówią o poświadczeniu przez odbiorcę usług. Według zamawiającego usługa byłaby poświadczona gdyby odwołujący na okoliczność wszystkich faktur doręczył protokoły odbioru usług z udziałem (podpisem) przedstawiciela zamawiającego. W tym wypadku z większą pewnością można by protokół traktować jako poświadczenie. Natomiast co do dowodu zapłaty za fakturę nawet w pełnej wysokości można mieć wątpliwości czy jest to poświadczenie wykonania w rozumieniu prawa zamówień publicznych. W obrocie gospodarczym zapłata za fakturę może stanowić dowód na wykonanie usługi. Niemniej w zamówieniach publicznych dowodem na wykonanie usługi jest poświadczenie.

Przy czym w sytuacjach braku możliwości uzyskania poświadczenia od odbiorcy usługi istnieje możliwość złożenia oświadczenia przez samego wykonawcę. Niemniej jest to jak wyżej opisano obwarowane okolicznością uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze.

Odwołujący w piśmie z dnia 05.08.2014 r. sygnalizuje te okoliczności uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do dokumentów złożonych na wykazanie wykonania usług to jest faktur i dowodów ich zapłaty w związku z ujawnieniem w nich stawek rozliczeniowych. Tymi okolicznościami są konkurenci to jest prywatne firmy, które nie powinny znać stawek jakie stosuje odwołujący a mogą je poznać z racji jawności co do zasady dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Rynek przedsiębiorców prywatnych w Polsce działa w trudnych warunkach konkurencji zwłaszcza w sytuacji gdy zamawiający jako jedyną formę wyboru najkorzystniejszej oferty preferują najniższą ceną, co ma miejsce również w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby całość zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wskazuje na istnienie uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, powodujących po stronie wykonawcy brak możliwości doręczenia poświadczenia, już co najmniej w dacie powzięcia decyzji przez odwołującego o złożeniu oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Jak wykazało postępowanie dowodowe odwołujący, co najmniej od 2010r do 2014 r. był podwykonawcą w usługach objętych przedmiotowym postępowaniem, ponieważ usługi podzlecali jemu wykonawcy tacy jak SITA WSCHÓD Sp. z o.o. w Lublinie, KPRD Sp. z o.o. w Lublinie, KOM-EKO Sp. z o.o. w Lublinie, którzy mieli zawarte umowy na świadczenie usług z Gminą Lublin czyli zamawiającym. Na powyższą okoliczność świadczą zarówno przedłożone umowy przez zamawiającego jak i umowy i zlecenia przedłożone przez odwołującego, w obydwu wypadkach na rozprawie. Uznać należy za prawdziwe złożone do

protokołu z rozprawy oświadczenie właściciela odwołującego, że nie występował oficjalnie o wydanie poświadczeń, ponieważ dano jemu do zrozumienia, że nie powinien składać oferty jako wykonawca. Taka sytuacja wydaje się oczywista, ponieważ logicznym jest, że skoro rynek chociażby zamówień publicznych w tym zakresie jest constans to w interesie dotychczasowych wykonawców nie jest racjonalnym zachowaniem poświadczanie podwykonawcom, którzy stają się w ten sposób nowymi konkurentami.

Ponadto brak możliwości uzyskania poświadczenia w obiektywny sposób wynika również z postanowień umów, przedłożonych na rozprawie przez zamawiającego, zgodnie z którymi wykonawcy oświadczyli, że zamówienia będą wykonywali w całości silami własnymi. W takich okolicznościach wystawienie poświadczenia podwykonawcy byłoby wprost dowodem na nieprzestrzeganie umowy przez wykonawców świadczących usługi na rzecz zamawiającego. W związku z tym nie można robić zarzutu odwołującemu, że nie jest w stanie wykazać protokołami odbioru wykonanie usług objętych pozycjami 1- 3 Wykazu usług a gdzie wykonawcami na rzecz Gminy Lublin byli następujący wykonawcy: MPO SITA; KPRD i KOM –EKO.

W związku z powyższym konkurencję na lokalnym rynku zamawiającego należy uznać jako uzasadnioną okoliczność (przyczynę) o obiektywnym charakterze uniemożliwiającą przedłożenie poświadczenia przez odwołującego występującego dotychczas na rynku zamawiającego jako podwykonawca w zakresie usług objętych przedmiotowym postępowaniem.

Powyższe przemawia za uwzględnieniem odwołania pomimo, że okoliczność to została udowodniona dopiero w toku postępowania odwoławczego a nie w związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 01.08.2014 r. Niemniej istniała ona obiektywnie na etapie składania jak również przygotowywania ofert. Jak wyżej już zaznaczono z przedłożonych w sprawie umów przez zamawiającego wynika, że wszystkie podmioty z poz.1-3 Wykazu świadczyły usługi w zakresie objętym przedmiotowym postępowaniem na rzecz zamawiającego w latach 2010-2014 w czasie gdy odwołujący był ich podwykonawcą. Natomiast odwołujący przedkładając protokoły odbioru bez podpisu zleceniodawców, zestawienia prac, faktury oraz dowody zapłaty udowodnił, że był podwykonawcą w usługach na rzecz zamawiającego. Przy czym zasługuje na uwzględnienie okoliczność podnoszona przez zamawiającego, że nie ma w swojej dokumentacji z postępowań na to dowodów w postaci na przykład protokołów odbioru, w których jako podwykonawca występował by odwołujący po stronie wykonawców z pozycji 1-3 Wykazu ( MPO SITA WSCHÓD Sp. z o.o. w siedzibą w Lublinie, Komunalne przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie; KOM-EKO Sp. z o.o. w

siedzibą w Lublinie). Niemniej okoliczność braku posiadania protokółów odbioru z udziałem w charakterze podwykonawcy odwołującego czy to SIT-y, czy to KPRD, czy to KOM-EKO jak wyżej już zaznaczono wynika z treści zawartych umów, w których wykonawcy w umowach z zamawiających stwierdzili, że całość umów wykonają siłami własnymi. Tylko w umowie z KPRD Sp z o.o. przewiduje się na niektóre rodzaje prac podwykonawstwo. Już ta okoliczność w ocenie Izby wskazuje na okoliczność obiektywną czyli nie leżącą po stronie odwołującego, że nie był zapraszany do udziału w protokołach odbioru z udziałem zamawiającego, ponieważ byłby to dowód na to, że mimo zastrzeżenia umownego umowy nie są wykonywane siłami własnymi.

W związku z powyższym w ocenie Izby po stronie odwołującego zachodzi uzasadniona przyczyna o obiektywnym charakterze uprawniająca do złożenia oświadczenia zamiast poświadczenia. W tym stanie nakazuje się zamawiającemu wezwanie odwołującego do złożenia oświadczenia o należyтым wykonaniu usług objętych poz.1-3 Wykazu. Powodem złożenia oświadczenia przez wykonawcę zamiast poświadczenia przez odbiorcę usługi jest okoliczność konkurencji w sytuacji gdy odwołujący dotychczas występował w roli podwykonawcy a nie wykonawcy.

Uwzględnienie odwołania znajduje również uzasadnienie w treści art.48 kwalifikacje techniczne i zawodowe ust.2 a) ii) akapit długi Dyrektywy klasycznej zgodnie z którym wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych. Dowody dostaw lub usług należy przedstawić: w przypadku gdy odbiorcą był nabywca prywatny- w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy. Z kolei akapit pierwszy w sytuacji odbiorcy publicznego wskazuje na obowiązek: w przypadku gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca – w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ.

Zamawiający na rozprawie przyznał, że podmioty takie jak KPRD, MPO SITA, czy KOM-EKO są to podmioty prywatne. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego wykazał brak zaświadczenia w związku z czym przysługuje jemu prawo złożenia oświadczenia o wykonaniu w tym należycie usług w pozycji 1-3 Wykazu załączonego do oferty również na podstawie przywołanego art.48 Dyrektywy klasycznej.

W związku z powyższym wobec naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp w tym art. 24 ust.2 pkt 4 z powodu nieuzasadnionego wykluczenia z postępowania odwołującego a w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art.24 ust.4 oraz braku dbałości o konkurencyjność postępowania w rozumieniu art.7 ust.1, które to naruszenia mają

wpływ wynik postępowania wobec konkurencyjności cenowej oferty odwołującego, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w myśl art.192 ust.2 ustawy pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 i § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych tytułem zwrotu uiszczonego wpisu i 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie przedłożonego rachunku.

Przewodniczący: .....