

Sygn. akt: KIO 3331/20

WYROK

z dnia 11 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Amiva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **IJOT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołania, dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy IJOT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego wyżej wskazanego zarzutu.**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
3. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Amiva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Amiva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Ręczne i mechaniczne oczyszczanie wpustów deszczowych i przykanalików na terenie miasta Wrocławia z podziałem na pięć części*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 października 2020 r. pod numerem 598006-N-2020.

W dniu 14 grudnia 2020 r. wykonawca Amiva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy IJOT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej „IJOT”, pomimo niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazanej w rozdziale IV pkt 1 SIWZ;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy IJOT z postępowania, pomimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IV pkt 1 SIWZ;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IJOT, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert i w efekcie wykluczenia wykonawcy IJOT z postępowania, względnie odrzucenia oferty IJOT oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że zarówno pierwszy, jak i drugi, uzupełniony przez IJOT, wykaz usług nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Odwołujący wyjaśniał, że przyczyną wezwania do uzupełnienia

wykazu był fakt, że po przeliczeniu przez Zamawiającego wartości robót wykonanych przez IJOT na rzecz Zamawiającego do dnia upływu terminu składania ofert wartość ta z tytułu oczyszczania wpustów i przykanalików wyniosła 153.401.00 zł brutto. Dla spełniania warunków pozostało wykazanie kwoty 96.599,00 zł brutto.

W ocenie Odwołującego wartość usług z tytułu podanych umów nie mogła wynieść 153.401.00 zł brutto, gdyż przejścia podziemne we Wrocławiu nie są wyposażone w taką liczbę wpustów i przykanalików, które mogłyby w jakimkolwiek zakresie uzasadniać tak wysokie koszty usług w trakcie 7 miesięcy obowiązywania umów. W tej sytuacji Zamawiający winien po raz kolejny dokonać analizy i przeliczenia czy kwota 153.401.00 zł brutto stanowi rzeczywistą kwotę usług związanych wyłącznie z zakresem spełniania przez wykonawcę IJOT warunku posiadania zdolności zawodowej w odniesieniu do wartości zamówienia lub łącznej wartości zamówień, określonej w SIWZ na poziomie minimum 250.000,00 zł brutto.

Z uwagi na fakt że dla udziału w postępowaniu niezbędnym było doświadczenie w zakresie oczyszczania wyłącznie wpustów deszczowych i przykanalików o wartości 250.000,00 zł brutto, zaś Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie realizowania tego rodzaju robót, powziął on wątpliwości w zakresie rzetelności referencji przedłożonej wraz z uzupełnionym wykazem, wskazującej, że IJOT wykonał w okresie X 2019 - X 2020 prace polegające na utrzymaniu sprawności i drożności kanalizacji, w tym czyszczenia odwodnień liniowych, wpustów deszczowych, przykanalików, studni rewizyjnych i rowów melioracyjnych o wartości 104.000,00 zł brutto. Odwołujący wskazywał, że taka wartość robót musiałaby odpowiadać ogromnemu zakresowi prac (wartość czyszczenia wpustów i przykanalików w całej dzielnicy Fabryczna została określona przez IJOT na niecałe 80.000,00 zł rocznie), a co za tym idzie IJOT złożył nieprawdziwe informacje w uzupełnionym wykazie usług.

Do postępowania odwoławczego w dniu 18 grudnia 2020 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca IJOT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2020 r. oświadczył, iż uwzględni odwołanie w części, w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołania, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy IJOT, pomimo niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazanej w rozdziale IV pkt 1 SIWZ. Zamawiający, uznając odwołanie w części, wyjaśnił, iż dokonał błędnej oceny wskazanych w wykazie dwóch umów, gdyż przedmiot tych umów obejmował realizację usług w szerszym zakresie, niż to zostało określone w warunku udziału w postępowaniu.

Pozostałe zlecenia i roboty dotyczą bowiem wykonania prac przy oświetleniu, drzwiach, zamkach i nie dotyczą przedmiotu zamówienia. Po weryfikacji jako usługi objęte zakresem warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający przyjął zlecenia na łączną kwotę 59.143,20 zł brutto w ramach obu umów, według zestawienia, załączonego do odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący po stronie Zamawiającego, przed posiedzeniem, zawiadomił drogą elektroniczną, iż nie stawi się na posiedzeniu. Jednocześnie oświadczył o braku zamiaru złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia w części odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie w zakresie nieumorzonym.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego wraz z dokumentami przedstawionymi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 stycznia 2021 r.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka (Izba ustaliła, że odwołanie nie zawierało wskazania czy osoba Pana M. P. miałaby być przesłuchana w charakterze świadka, czy też w charakterze strony, niemniej na rozprawie pełnomocnik Odwołującego stwierdził, że podtrzymuje wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka), uznając że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki, dodatkowo nie została podana teza i wskazanie na jaką okoliczność został powołany.

Odwołujący winien wskazać tezę dowodową na okoliczność jaką dowód ten ma zostać przez Izbę powołany. Teza dowodowa powinna obejmować fakty istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Nie ulega również wątpliwości, iż ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradiktoryjności, zatem to strony, w tym przypadku Odwołujący, obowiązane są przedstawiać dowody, Izba nie ma obowiązku

wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok SN z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok SN z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97). W konsekwencji należało odmówić przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp. Izba uznała także, iż wnioskowany przez Odwołującego dowód spowodowałby nieuzasadnioną zwłokę postępowania odwoławczego, a w konsekwencji również prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest ręczne i mechaniczne oczyszczanie wpustów deszczowych i przykanalików na terenie miasta Wrocławia z podziałem na pięć części.

Zgodnie z pkt IV.1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który w zakresie zdolności zawodowej wykaże, że *wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia polegające na oczyszczaniu wpustów deszczowych i przykanalików, o wartości zamówienia lub łącznej wartości zamówień minimum 250.000.00 zł brutto.*

Do upływu terminu składania ofert, tj. do 26 października 2020 r., ofertę w zakresie pięciu części złożył Odwołujący oraz Przystępujący, załączając oświadczenie o spełnieniu warunków w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przedstawił m.in. wykaz usług, gdzie wskazał dwie umowy realizowane na rzecz Zamawiającego na utrzymanie i konserwację wyposażenia przejść podziemnych i tuneli pieszo-rowerowych na terenie miasta Wrocławia: umowa nr TXU/EED1/096/083/2020 z dnia 23 kwietnia 2020 r. na kwotę brutto 128.535.00 zł (termin realizacji: 23.04.2020 – 22.04.2021) oraz umowa nr TXU/EEDI/097/083/2020 z dnia 23 kwietnia 2020 r. na kwotę brutto 160.515.00 zł (termin realizacji: 23.04.2020 – 22.04.2021).

Pismem z dnia 27 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług, podnosząc że wskazane w wykazie zamówienie nie potwierdza spełniania warunku określonego w pkt IV.1.1 SIWZ, ponieważ łączna wartość wskazanych w wykazie zamówień na dzień składania oferty wyniosła jedynie 153.401,00 zł brutto. W związku z powyższym wezwano wykonawcę IJOT do wskazania innego/innych bądź dodatkowego/dodatkowych zamówienia/zamówień potwierdzającego/potwierdzających spełnianie warunku z pkt IV.1.1 SIWZ wraz z dowodami

określającymi czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, o wartości zamówienia lub łącznej wartości zamówień minimum 250.000.00 zł brutto.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący przedłożył wykaz usług wskazujący, że wykonał na rzecz spółki Osiedle Ustronie Sp. z o.o. Sp.k. w okresie X 2019 - X 2020 prace polegające na czyszczeniu odwodnień liniowych, wpustów deszczowych, przykanalików i studni rewizyjnych o wartości 104.000.00 zł brutto wraz z referencją z dnia 13 listopada 2020 r. wskazującą, że IJOT wykonał w okresie X 2019 - X 2020 prace polegające na utrzymaniu sprawności i drożności kanalizacji, w tym czyszczenia odwodnień liniowych, wpustów deszczowych, przykanalików, studni rewizyjnych i rowów melioracyjnych o wartości 104.000.00 zł brutto.

W dniu 9 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej we wszystkich częściach zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że Przystępujący w korespondencji przesłanej drogą elektroniczną oświadczył o braku zamiaru złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia w części odwołania. Nadto, wykonawca ten, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, nie stawiał się na posiedzenie Izby. Zgodnie z §21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na 7 stycznia 2021 r. W ocenie

Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego jednego z zarzutów odwołania. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołania, dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy IJOT na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił odwołanie w części w zakresie ww. zarzutu, a Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia części odwołania przez Zamawiającego. Stosownie do artykułu 186 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. *A contrario*, Izba nie rozpoznaje odwołania w zakresie, w jakim zamawiający uwzględnił zarzuty, a uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. Ponieważ jednak sentencja orzeczenia musi się odnosić do wszystkich zarzutów odwołania, to wobec zarzutu, uwzględnionego przez Zamawiającego, co do którego Przystępujący nie wniósł sprzeciwu, umorzono postępowanie odwoławcze.

Następnie, Izba uznała, że zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy IJOT na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zasługuje na oddalenie. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Izba wskazuje, że aby wykluczyć wykonawcę należy wykazać, iż wykonawca miał wprowadzić zamawiającego w błąd; wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Ustawodawca wymaga więc wykazania, iż działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną lub rażące niedbalstwo.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby działaniu Przystępującego można było przypisać zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Odwołujący jedynie poddał w wątpliwość kwestię spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, w żaden sposób tego nie wykazując dowodowo. Odwołujący poprzestał *de facto* na wnioskowaniu, że skoro Przystępujący złożonymi dokumentami (referencjami), w ocenie Odwołującego, nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to istnieją podstawy do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Obowiązkiem wykonawcy składającego odwołanie na czynności zamawiającego jest wykazanie w toku postępowania odwoławczego, okoliczności potwierdzających wszystkie przesłanki konieczne do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. (vide: wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19).

W niniejszym postępowaniu to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, iż Przystępujący składając ofertę, w tym oświadczenia bądź dokumenty, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednakże w toku postępowania odwoławczego Odwołujący takich okoliczności nie wykazał. Argumentacja Odwołującego opierała się na twierdzeniu, że

wystawca referencji ustnie potwierdził prezesowi zarządu komplementariusza Odwołującego, że nie odzwierciedla ona w pełni rzeczywistej wartości prac objętych warunkiem, a wykonanych w podanym okresie i zobowiązał się do przedłożenia pisemnej informacji w tym zakresie, jeśli zostanie mu przedstawione zapytanie. Odwołujący podnosił, że przesłał takie zapytanie, niemniej odmówiono mu udzielenia informacji pisemnych.

Izba zwraca uwagę, że skuteczne i prawidłowe zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wymaga w pierwszej kolejności wykazania, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji. Odwołujący okoliczność tę wywodzi wyłącznie z twierdzeń, iż uzyskał ustne potwierdzenie od wystawcy referencji, że wartość wykonanych przez IJOT prac jest w rzeczywistości niższa od podanej w dokumencie. Równocześnie z treści korespondencji mailowej, załączonej do odwołania, w żaden sposób nie wynika, że prace wykonane na rzecz Spółki Osiedle Ustronie Sp. z o.o. Sp. k. przez Przystępującego opiewały na kwotę niższą niż wymagana do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nadawca wyjaśnia jedynie, że wykonawca IJOT realizował różne prace od lutego 2019 r. i nie jest w stanie na szybko sprawdzić szczegółowych postanowień umownych oraz zleceń, bowiem wiązałoby to się ze zwróceniem się do podmiotu zewnętrznego o przedłożenie ewentualnych faktur. Zatem nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego jakoby wystawca referencji odmówił udzielenia informacji pisemnych. Odwołujący nie przeprowadził w zasadzie żadnego dowodu na wykazanie, iż rzeczywiście doszło do podania przez wykonawcę IJOT informacji nieprawdziwych, tj. nie wykazał, że informacje zwarte w wykazie są nieprawdziwe, a inicjatywę dowodową sprowadził jedynie do przesłuchania w charakterze świadka Odwołującego, a nie podmiotu wystawiającego referencje, a tym samym ograniczył się wyłącznie do złożenia oświadczenia strony postępowania. Nadto, Odwołujący nie wykazał również, aby referencje zostały odwołane przez ich wystawcę.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba wskazuje na zupełnie blankietowy charakter powyższego zarzutu. Nadto, Izba wskazuje, że przedmiotem zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z treścią SIWZ, może być określona treść oferty, rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy co do zakresu rzeczowego i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Tymczasem wyżej opisane okoliczności, podniesione przez Odwołującego w ramach zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, dotyczą oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś merytorycznej

treści oferty. W związku z powyższym Izba uznała powyższy zarzut jako bezzasadny, w ogóle nie objęty subsumpcją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....