

Sygn. akt: KIO/304/11

WYROK
z dnia 28 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: **Łukasz Liskiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zieleń Sp. z o.o., ul. Partyzantów 76, 80-254 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Zieleni, działający w imieniu Gminy Miasta Gdańsk, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Józef Przywoźny, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni Józef Przywoźny i Bogumiła Przewoźna prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni Bogumiła Przewoźna, ul. Leśna 8, 14-100 Ostróda**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg i Zieleni, działający w imieniu Gminy Miasta Gdańsk, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zieleń Sp. z o.o., ul. Partyzantów 76, 80-254 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg i Zieleni, działający w imieniu Gminy Miasta Gdańsk, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowego Zieleń Sp. z o.o., ul. Partyzantów 76, 80-254 Gdańsk**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zarząd Dróg i Zieleni, działający w imieniu Gminy Miasta Gdańsk (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Całoroczne utrzymanie drzewostanu rosnącego w parkach, zieleńcach, cmentarzach komunalnych, obiektach grobownictwa wojennego oraz innych zadrzewieniach Gminy Miasta Gdańska.” Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 10 grudnia 2010 r., pod nr: 2010/S 240-367016.

W postępowaniu tym wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zieleń Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 14 lutego 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu.

W dniu 7 lutego 2011 r. wykonawca Józef Przywoźny, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni Józef Przywoźny i Bogumiła Przewoźna prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni Bogumiła Przewoźna z siedzibą w Ostródzie (dalej: „Przystępujący”) złożył zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 21 lutego 2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na uwzględnienie jednego z zarzutów.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, wskazując na:

- 1) naruszenie art. 26 ust.4 ustawy Pzp poprzez wielokrotne wzywianie Przystępującego do wyjaśnienia treści tego samego dokumentu stanowiącego załącznik do oferty tego

wykonawcy, tj. wykazu usług z ostatnich trzech lat na potwierdzenie spełnienia pkt. III pkt Ia i 1b SIWZ (zał. nr 1b i 1c),

- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp przez jego pominięcie, przejawiające się tym, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania Przystępującego, pomimo, że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- 3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, przejawiające się tym, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego, który nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt III I a) i b) SIWZ, gdyż wykonawca ten nie udokumentował, iż wykonywał usługę utrzymania drzewostanu polegającą na wycince drzew, cięciu w koronach drzew o wartości nie mniejszej niż 600.000 zł w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert, w tym na terenach zurbanizowanych o łącznej wartości nie mniejszej niż 400.000 zł brutto i na terenach parków zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków o łącznej wartości nie mniejszej niż 200.000 zł brutto, co miało być potwierdzone referencjami,
- 4) naruszenie art. 24 ust.3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do przedłożenia zaświadczenia o niezaleganiu przez Przystępującego jako spółkę cywilną w zakresie podatku VAT,
- 5) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewybranie oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. oferty złożonej przez Odwołującego i wybranie oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu tj. Przystępującego,
- 6) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób powyżej opisany, uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty, a w jej wyniku nakazanie wykluczenia Przystępującego oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł, że Zamawiający wielokrotnie wzywał Przystępującego do wyjaśniania tego samego dokumentu. Dalej wskazał, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania przetargowego. W załączniku nr 1b (wykazie usług z ostatnich trzech lat na potwierdzenie spełnienia pkt III ppkt Ia SIWZ) oświadczył, że wykonał (pkt 2 tego załącznika) prace związane z utrzymaniem, leczeniem i wycinka drzew i krzewów na terenie miasta Olsztyna o wartości brutto 460 927,89 zł na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie. Na dowód tego wykonawca przedłożył referencje z dnia 24.02.2009 r. wydane przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Olsztynie, w których zostało wskazano wartość wykonanych prac związanych z utrzymaniem, leczeniem i wycinka drzew i krzewów na terenie

miasta Olsztyna na kwotę: 46 0927,89zł (brutto). W treści w/w referencji nie podano okresu, w jakim wykonawca świadczył przedmiotowe usługi (co pozostaje w sprzeczności z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - Dz. U. 226, poz. 1817). Na skutek wezwania wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, zmodyfikował on treść załącznika nr 1b do swojej oferty w ten sposób, iż sprecyzował, że prace, które wskazał w pkt 2 tego załącznika wykonane na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie na kwotę 460 927,89 zł dotyczyły w całości „wycinki i ciecia w koronach drzew na terenie miasta Olsztyna”. Do pisma analogicznej treści datowanego na dzień 31 stycznia 2011 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 01.02.2011 r. Przystępujący dołączył Załącznik nr 1b, w którym zmodyfikował wartość brutto wykonanych prac wskazanych w pkt 2, podając, że prace w postaci „Wycinka i ciecia w koronach drzew na terenie miasta Olsztyna” wykonane na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie przedstawiały wartość brutto 226 372,98 zł. Powyższe zdaniem Odwołującego pozostaje w nieścisłości z referencjami wystawionymi przez odbiorcę tych prac - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Olsztynie, a także z rzeczywistą wartością przedmiotowych prac. Wskazał, że w wyniku postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Olsztynie na usługi w postaci: „utrzymanie, leczenie i wycinka drzew i krzewów na terenie miasta Olsztyn” w 2008 r. została faktycznie wybrana oferta Przystępującego, jednak zgodnie z ogłoszeniem nr 124941/2008 opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych wartość przedmiotu zamówienia w tym przetargu nieograniczonym ogłoszonym przez Miejski Zarząd Dróg, Mostów i Zieleni w Olsztynie wynosiła jedynie 43 857,84 zł netto, a zatem uwzględniając 7% podatek VAT, wartość brutto tej usługi wynosiła 46 927,88 zł. Reasumując, Przystępujący zdaniem Odwołującego w pełni świadomie podał, iż wykonał w 2008 r. na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie usługi o wartości brutto 460 927,89 zł. podczas, gdy faktycznie miały one wartość brutto 46 927,88 zł.

Powyższe stanowi bezwzględną podstawę do wykluczenia wskazanego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie wykonawca złożył trzy wersje tego samego załącznika, przy czym każda ma inną treść co do zakresu prac i ich wartości. Postępowanie Zamawiającego, zmierzające do usankcjonowania zmiany oświadczenia złożonego w ofercie i przyjęcia nieprawdziwych informacji, ewidentnie sprzecznych z treścią referencji, jest sprzeczne z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy - Pzp.

Przystępujący zdaniem Odwołującego nie udokumentował też, iż wykonywał usługę utrzymania drzewostanu polegającą na wycinie drzew, ciecii w koronach drzew o wartości nie mniejszej niż 600.000 zł w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert, w tym na terenach zurbanizowanych o łącznej wartości nie mniejszej niż 400.000 zł brutto i na terenach parków zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków o łącznej wartości nie mniejszej niż 200.000 zł brutto, co miało być potwierdzone referencjami.

Z treści referencji z dnia 9 listopada 2010 r. wydanych przez Zastępcę Prezydenta Białegostoku wynika, że w ramach umowy zawartej z tym podmiotem na „Pielęgnację i ochronę drzew w parkach, na skwerach i działkach gminnych miasta Białegostoku” Przystępujący wykonywał usługi związane z pielęgnacją drzew i krzewów polegające w szczególności na: cięciach pielęgnacyjnych i technicznych drzew, wycince drzew, karczowaniu krzewów, zwalczaniu Szrotówka Kasztanowcowiczaka metodą zakładania opasek lepowych, leczeniu starodrzewia, frezowaniu pni drzewnych w okresie od 11.04.2007 r. do 31.12.2009 r. Wszystkie powyżej wymienione prace wykonano na kwotę 300.000 zł. Z treści oświadczenia Przystępującego, załączonego do oferty jako zał. nr 1b, wynika, że wykonawca oświadczył, iż kwota 300.000 zł stanowiła wartość prac utrzymaniowych drzewostanu, polegających na pielęgnacji i ochronie drzew w parkach, na skwerach i działkach gminnych miasta Białegostoku. Tak więc zakres prac, jakie wykonywał ten wykonawca na rzecz Miasta Białegostoku jest szerszy niż wymagany w niniejszym postępowaniu. Na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2011 r. Wykonawca ten oświadczył w piśmie z dnia 31 stycznia 2011 r., że kwota 300.000 zł stanowiła wyłącznie wartość prac polegających na wycince i cięciu w koronach drzew w parkach, na skwerach i działkach gminnych miasta Białegostoku. Powyżej przytoczone oświadczenie Wykonawcy pozostaje więc w sprzeczności z treścią cytowanej powyżej referencji z dnia 9 listopada 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do ponownego wyjaśnienia treści oferty, wskazując na rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia a treścią referencji. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że złożone wyjaśnienie z 31 stycznia 2011r. w dalszym ciągu nie potwierdzają spełnienia warunku uczestnictwa w postępowaniu określonego w pkt. III la).

Wykonawca przedłożył Zamawiającemu ponownie zmienione oświadczenie (opatrzone datą 31.01.2011 r., czyli sprzed dnia wezwania z dnia 1.02.2011 r.) i podał tym razem, że wycinka i cięcie w koronach drzew na rzecz Miasta Białegostoku wyniosło brutto 254.000,00 zł. Kwota powyższa i zakres prac nie znajdują żadnego potwierdzenia w przedłożonych do oferty referencjach. Zamawiający wezwał wykonawcę do ponownego złożenia wyjaśnień, ale takie wedle Odwołującego nie wpłynęły

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający nie wyjaśnił kwestii zbadania niezalegania przez osoby składające ofertę jako Zakład Urządzenia i Utrzymania Zieleni J. B. Przywoźni z tytułu podatku VAT. Wykonawca ten, jako najprawdopodobniej spółka cywilna, powinien przedłożyć zaświadczenie, iż spółka ta nie zalega z płatnościami należności z tytułu podatku VAT. O tym, że w tym przypadku mamy do czynienia ze spółką cywilną świadczy nr NIP na pieczęci, jaką posługuje się ten wykonawca na oświadczeniach załączonych do oferty: 741-000-50-64, inny niż NIP Bogumiły Przywoźnej: 741-133-27-01 i NIP Józefa Przywoźnego: 741-117-32-14. Odwołujący powoła się na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, wspólnicy spółki cywilnej przedkładają w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaświadczenia wystawione oddzielnie dla każdego z nich. W tej sytuacji brak zaświadczenia z urzędu skarbowego o

niezaleganiu przez spółkę cywilną prowadzoną przez osoby prowadzące działalność gospodarczą, stanowi o niepełności złożonej przez nich oferty. Zamawiający nie wezwał do wyjaśnienia ani uzupełnienia oferty w przedmiotowym zakresie, wobec czego dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania postanowił je uwzględnić w części dotyczącej podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę. Wskazał, że w związku z tym unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokona ponownej oceny ofert, dokona wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert wykonawców nie podlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu.

Zamawiający przychylił się do konieczności odwołania swojej decyzji o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej i wobec powzięcia informacji o nowych faktach i okolicznościach w sprawie zapowiedział, że dokona czynności obligatoryjnych związanych z ponownym badaniem ofert, unieważniając jednocześnie swój wcześniejszy wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający jednak zastrzegł, iż nie podziela stanowiska Odwołującego co do pozostałych naruszeń wskazanych przez Odwołującego.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący składając przystąpienie w pełni poparł stanowisko Zamawiającego, wnosząc oddalenie odwołania.

Wskazał, że z przedstawionym stanowiskiem Odwołującego nie można się zgodzić, zaś czynności wyboru Przystępującego uznać należy za prawidłowe. Podkreślił, że Przystępujący przedstawił i udokumentował spełnienie warunków określonych w SIWZ w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia. Wskazał też, że na referencje PUDIZ sp. z o.o. w Olsztynie, które potwierdzają wykonanie przez uczestnika prac usługowych utrzymania drzewostanu w ramach ciągłej 3 letniej umowy na łączną kwotę 750.632,59 zł brutto. Podkreślił, że z potwierdzenia Warmińsko - Mazurskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków Parki Jakubowo i Rataja w Olsztynie wynika, że tereny te stanowią tereny zabytkowe.

Niezależnie od tego Wykonawca przedstawił inne referencje, które dodatkowo potwierdzają spełnienie opisanych powyżej warunków. W tym kontekście postępowanie Zamawiającego i wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcy, pozwoliło na rozstrzygnięcie przetargu i ustalenie, iż wyłoniony wykonawca spełnił warunki wymagane w SIWZ.

Wskazał na omyłkę w referencjach z Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie z dnia 24 lutego 2009r., jednakże – jego zdaniem - omyłka ta nie miała istotnego wpływu na wynik

postępowania, albowiem Przystępujący innymi dokumentami potwierdził, spełnienie wymagać dotyczących potwierdzenia wykonania usług w zakresie żądanym przez Zamawiającego, a informacja ta nie miała wpływu na wynik postępowania. Celem usunięcia wszelkich wątpliwości dotyczących potwierdzenia spełniania warunków określonych art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Przystępujący złożył zaświadczenie z ZUS oraz Urzędu Skarbowego potwierdzające spełnienie warunków, od który zależy uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania. Oferta tego wykonawcy została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, a przez to oferta Odwołującego nie została wybrana w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym też kwestionowane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego powodują powstanie po stronie Odwołującego szkody, zaś potwierdzenie się zarzutów odwołania daje Odwołującemu możliwość uzyskania niniejszego zamówienia.

Izba rozpoznawała odwołanie w graniach wyłącznie jednego zarzutu odwołania opisanego w pkt 2 odwołania, a dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu zostały w toku rozprawy przez Odwołującego - działającego przez umocowanego pełnomocnika - wycofane, tym samym też wobec niepodtrzymywania przez dysponenta odwołania pozostałych zarzutów Izba nie mogła ich rozpoznać.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba uwzględniła także pisemne i ustne stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika złożone w sprawie oraz przedłożone przez Zamawiającego i Przystępującego w toku rozprawy dokumenty:

- 1) wykaz usług w zakresie utrzymania drzewostanu na terenach zurbanizowanych z trzema pozycjami prac wykonanych na rzecz Urzędu Miejskiego w Ostródzie, Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Mokotów M. St. Warszawy i Urzędu Miejskiego w Nowym Dworze Mazowieckim wraz z referencjami;
- 2) wykaz usług w zakresie utrzymania drzewostanu na terenach parków zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków z trzema pozycjami prac wykonanych na rzecz Biura Nieruchomości s.c. K. Wiśniewska J. Wiśniewski, Młynu Mrozy Jan Kozłowski i Urzędu Miejskiego w Nowym Dworze Mazowieckim wraz z referencjami;
- 3) pismo z dnia 17 lutego 2011 r. z Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie odnośnie uchylecia rekomendacji z dnia 24 lutego 2009 r. dotyczących wykonania umowy nr 3420/16/2008;
- 4) pismo z dnia 22 lutego 2011 r. z Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie - referencje odnośnie wykonania umowy nr 3420/16/2008;
- 5) pismo z dnia 16 lutego 2011 r. z Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie stanowiące odpowiedź na zapytanie Zamawiającego co do realizacji zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za zasadne, co do podtrzymywanego przez Odwołującego jednego zarzutu odwołania. Tym samym też Izba uwzględniła też stanowisko Zamawiającego, który w toku rozprawy wnosił o uwzględnienie we wskazanym zakresie odwołania, a jednocześnie Izba nie podzieliła w tym względzie stanowiska Przystępującego.

Izba rozpoznawała we wskazanym zakresie odwołanie z uwagi na to, że stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie sprowadzało się do uwzględnienia wyłącznie jednego z sześciu zarzutów odwołania, a nie odwołania w całości. Z tych też względów Izba nie mogła umorzyć postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ wskazany przepis odnosi się wyłącznie do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Z tych też względów Izba rozpoznawała odwołanie. Późniejsze –

złożone w toku rozprawy - oświadczenie Odwołującego o podtrzymaniu wyłącznie jednego zarzutu odwołania nie skutkuje zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, która jest zarezerwowana wyłącznie do okoliczności uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

Izba także przyjęła stanowisko Przystępującego w postępowaniu sprowadzające się do składania oświadczeń i wniosków odmiennych niż stanowisko Zamawiającego, do którego Przystępujący przystąpił w toku postępowania odwoławczego. Izba uznała, że Przystępujący w tym stanie faktycznym może składać odmienne oświadczenia od Zamawiającego z uwagi na zmianę jego sytuacji procesowej w toku postępowania odwoławczego, która była wynikiem zmiany stanowiska Zamawiającego w trakcie tego postępowania odwoławczego – po złożeniu odwołania – i dotyczyła zarzutu odwołania, którego dotyczy niniejsze rozstrzygnięcie Izby. Przyjęcie w takiej sytuacji, że Przystępujący stosownie do art. 185 ust. 5 ustawy Pzp nie może podejmować czynności odmiennych od czynności i oświadczeń Zamawiającego, tylko z uwagi na zmianę stanowiska Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, która to zmiana stanowiska narusza interes Przystępującego, przy przyjętej konstrukcji ustawowej, że Przystępujący nie może następnie skorzystać z prawa do odwołania na kolejnym etapie postępowania po ewentualnym wykluczeniu go z udziału w tym postępowaniu, byłoby sprzeczne z podstawowym celem, jaki mają realizować środki ochrony prawnej przewidziane w dziale VI ustawy Pzp, a także prowadziłyby do naruszenia przepisów dyrektywy odwoławczej.

Przechodząc do kwestii merytorycznej związanej z potwierdzeniem się zarzutu nieprawdziwych informacji Izba stwierdziła, że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy ocenie oferty Przystępującego dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy podali nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Przystępujący dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt III.1 SIWZ, przedstawił dwa wykazy usług – pierwszy zgodnie z wymogiem Zamawiającego na załączniku nr 1b dotyczący usług realizowanych na terenach zurbanizowanych, gdzie przedstawił 2 usługi realizowane na rzecz:

- Urzędu Miejskiego w Białymstoku
- Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie

i drugi – na załączniku nr 1c dotyczący usług realizowanych na terenach parków zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków, gdzie wskazał jedną usługę realizowaną na rzecz:

- PUDIZ Sp. z o.o. w Olsztynie.

Jednocześnie też Odwołujący przedstawił referencje na potwierdzenie realizacji tych usług. Co do spornej wykazywanej usługi realizowanej na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie Odwołujący w wykazie usług wskazał, że usługą objęte było wykonanie prac związanych z utrzymaniem, leczeniem i wycinką drzew i krzewów na terenie miasta Olsztyn, realizowane na wartość 460 927,89 zł. Powyższe także wynikało z dokumentu referencji. Zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2011 r. zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie dotyczące przedłożonych w tym zakresie dokumentów, wskazując na zbyt szeroki zakres prac wykazanych w ramach doświadczenia odnoszący się do utrzymania drzewostanu, a nie prac polegających na wycinie cięciu w koronach drzew. Jednocześnie też Zamawiający wskazał w tym piśmie na możliwość uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie przez Przystępującego. Przystępujący w piśmie z dnia 31 stycznia 2011 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, że wskazane przez niego referencje dotyczą wyniki i cięć w koronach drzew na terenach zurbanizowanych na wartość tych prac na kwotę 460 927,89 zł. Zamawiający po raz drugi pismem z dnia 1 lutego 2011 r. zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, wskazując na to, że wartość wykazanych prac w powiązaniu z referencjami wskazują na to, że są to wartości nie tylko usług związanych z wycinką i cięciem w koronach. W odpowiedzi Przystępujący wskazał, że na wartość tych prac na kwotę 226 372,98 zł.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba stwierdziła, że dla wykazania Zamawiającemu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia Przystępujący posłużył się nieprawdziwymi informacjami. Zgodzić należy się w tym zakresie z Zamawiającym i Odwołującym, że bez znaczenia pozostaje kwestia, czy Przystępujący z winy umyślnej, czy też nieumyślnej, na skutek jakiegoś zaniedbania, dopuścił się przedłożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wskazuje w tym przypadku na konieczność wykazania po stronie wykonawcy winy. Niewątpliwe jest, że przedstawione informacje w ofercie Przystępującego, potwierdzone dodatkowo wyjaśnieniami tego wykonawcy, wskazują na informacje co do ceny, za którą wykonano przedmiot zamówienia co do wycinkami cięć w koronach w zawyżonej kwocie. Przystępujący nie tylko posłużył się w postępowaniu dokumentem innego podmiotu, tj. referencjami wystawionymi przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Olsztynie, ale również złożył na druku nr 1b swoje oświadczenie wiedzy co do przedmiotu realizowanej umowy w kontekście także wartości tej usługi. Przed

złożeniem takiego oświadczenia wykonawca powinien zweryfikować taką informację, tym bardziej, że w przedmiotowej sprawie miał taką możliwość, bo - jak wykazywał w toku rozprawy - realizował z Miejskim Zarządem Dróg i Mostów w Olsztynie kilka umów w ciągu kilku lat. Jako strona umowy miał, a przynajmniej, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter działalności i należytą staranność wymaganą w obrocie gospodarczym, powinien mieć wiedzę co do wartości realizowanych w ramach świadczonych przez siebie usług na rzecz innego podmiotu, którym to doświadczeniem wykazuje się w toku innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takiego działania ze strony wykonawcy wymagają przepisy ustawy Pzp. Nie było dla Izby przekonujące twierdzenie Przystępującego, że informacje we wskazanym zakresie przygotowywane były przez pracownika Przystępującego i w tym zakresie popełniono omyłkę. Wykonawca składając określonej treści oświadczenia woli, czy wiedzy w postępowaniu, a także posługując się określonymi dokumentami w tym postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału, ponosi odpowiedzialność za zakres tych informacji zawartych w swojej ofercie. Jeśli informacje te są nieprawdziwe wykonawca podlega weryfikacji zamawiającego, jeśli dodatkowo stwierdzone nieprawdziwe informacje mają wpływ na wynik postępowania, tj. możliwość uzyskania zamówienia przez konkretnego wykonawcę, czy też unieważnienie postępowania – wykonawca taki podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, bez możliwości ewentualnego wzywania takiego wykonawcy do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie przekonały też Izby twierdzenia Przystępującego, że przyjmując nawet założenie, że w jego ofercie podano nieprawdziwe informacje, to informacje te nie mają wpływu na wynik postępowania. Izba jednak stwierdziła, że niewątpliwym jest, że gdyby nie kwestionowane informacje dotyczące realizowanego zamówienia na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie, oferta Przystępującego byłaby uznana za najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Zatem wskazane dokumenty miały wprost znaczenie dla wyniku postępowania. Argumentacja Przystępującego, że i tak niezależnie od powyższego spełnia warunek wiedzy i doświadczenia z powodu wykazania się w swojej ofercie także doświadczeniem realizowanym na rzecz PUDIZ Sp. z o.o. w Olsztynie również nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazane prace wartościowo odpowiadające wymogom SIWZ, przedstawione zostały przez Przystępującego na załączniku nr 1c, który odnosił się do usług realizowanych na terenach parków zabytkowych, a nie zurbanizowanych. Tym samym tylko na potwierdzenie tych wymagań w ramach warunku udziału w postępowaniu, określonym odrębnie w SIWZ wykonawca mógł te dokumenty przedstawić. Na potwierdzenie spełniania innego warunku dotyczącego realizacji usług na terenach zurbanizowanych należało – zgodnie z SIWZ – przedstawić odrębne doświadczenie. Jednocześnie też stwierdzić należy, że w zakresie wykazywanych usług wykonywanych na terenach zurbanizowanych druga usługa nie mieściła się wartościowo w wymogu SIWZ.

Odnosząc się do przedłożonych przez Przystępującego poprawionych spornych referencji od Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie stwierdzić należy, że nie zmieniają one okoliczności, iż to wykonawca (Przystępujący) złożył swoje oświadczenie (dwukrotnie – raz w ofercie i drugi raz w ramach udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień) potwierdzające nieprawdziwe informacje co do wartości zrealizowanych przez siebie usług.

Izba nie mogła także uznać, że innego rodzaju doświadczenie, niewykazywane w ofercie przez Przystępującego stanowi zadość wymaganiami Zamawiającego co do warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków. Przedkładane w toku rozprawy nowe wykazy usług i referencje na potwierdzenie ich należytego wykonania nie mogą być podstawą oceny Izby w kontekście spełniania warunku udziału. Wykonawca takie dokumenty powinien złożyć Zamawiającemu w ofercie, a najpóźniej na skutek wezwania do uzupełniania dokumentów. Wykonawca dokumenty po raz pierwszy przedłożył dopiero Izbie, która ma za zadanie dokonanie oceny prawidłowości dokonania określonych czynności przez Zamawiającego w oparciu o dokumenty złożone mu przez wykonawców w trybie i procedurze przewidzianej w przepisach ustawy we wskazanym zakresie.

Wobec potwierdzenia się jednego z zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania, które to naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba obciążyła nimi - wobec uwzględnienia odwołania - Zamawiającego, stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba uwzględniła także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zasądając - na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Odwołującego, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika. Nie uwzględniono kosztów

dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika Odwołującego z uwagi na brak przedłożenia w tym zakresie wymaganego przez przepisy przywołanego rozporządzenia rachunku. Przedłożony wydruk internetowej rezerwacji biletu lotniczego nie nosi żadnych znamion rachunku, tym samym brak było podstaw do uwzględnienia wskazanych kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby przez Odwołującego. .

Przewodniczący:

.....