

Sygn. akt: KIO 2052/14

## WYROK

z dnia 24 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marek Szafraniec  
**Członkowie:** Sylwester Kuchnio  
Izabela Kuciak  
**Protokolant:** Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer w Warszawie (04-564), ul. Strusia 4 lok. 8 oraz B. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. I. P.H.U. w Zwoleniu (26-700), Plac Kochanowskiego 13** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **MKM Trans sp. z o.o. w Warszawie (04-028), Al. Stanów Zjednoczonych 53 lok. 510** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Miastu Stołecznemu Warszawa unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) oferty złożonej przez wykonawcę: MKM Trans sp. z o.o. w Warszawie z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer w Warszawie oraz B. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. I. P.H.U. w Zwoleniu** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Miasta Stołecznego Warszawa**, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer w Warszawie oraz B. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. I. P.H.U. w Zwoleniu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie specjalistycznych usług przewozowych dla osób niepełnosprawnych na terenie m.st. Warszawy oraz w przypadku leczenia lub rehabilitacji osób niepełnosprawnych w obszarze do 20 km od granic m.st. Warszawy” zostało wszczęte przez Miasto Stołeczne Warszawa, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 130-232658) w dniu 10 lipca 2014 r.

W dniu 3 października 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer w Warszawie oraz B. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. I. P.H.U. w Zwoleniu, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołujący zamknął sformułowane przez siebie zarzuty w jedenastu kolejnych punktach – zarzucał on Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) „art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej bez oparcia o warunek doświadczenia i potencjału technicznego określony w siwz i wybór oferty wykonawcy, który nie spełnił tych warunków i nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy,  
co w konsekwencji stanowiło naruszenie zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców”,
- 2) „art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, mimo, iż wykonawca MKM Trans sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków doświadczenia i potencjału technicznego wymaganego przez Zamawiającego”,

W odniesieniu do zarzutów 1) i 2) Odwołujący twierdził, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy, nieodpowiadający regułom znajdującym oparcie w art. 112 kodeksu

cywilnego, ustalił okresy, w jakich wykonawca MKM Trans sp. z o.o. wykazał doświadczenie mające potwierdzać spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenie opisanego w pkt 12.2.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Uważał on, iż w uzupełnionym przez powołanego wykonawcę wykazie usługi wskazane w pozycjach 1, 2, 3 i 6 były realizowane przez okres 12 miesięcy bez jednego dnia. Podobne zastrzeżenia zgłaszał on wobec usług z pozycji 2, 4 i 1 (w przypadku tej ostatniej usługi wskazywał aż na 14 dni) z wykazu złożonego wraz z ofertą. W odniesieniu do usługi wskazanej w pozycji 5 obu wykazów (tak złożonego z ofertą, jak i uzupełnionego) podnosił brak przedstawienia odpowiednich referencji. W odniesieniu do usług z pozycji 1 i 3 z uzupełnionego wykazu, twierdził, iż przy jej realizacji zostało wykorzystana zbyt mała liczba samochodów specjalistycznych (9 zamiast jego zdaniem wymaganych 10). Podnosił on również, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego własne zasoby wykonawcy (usługa z pozycji 4 uzupełnionego wykazu), zostało podpisane już po terminie składania ofert, a tym samym nie mogło zostać uwzględnione przez Zamawiającego.

- 3) *„art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia wykonawcy T. F., mimo, iż nie wykazał spełniania warunków doświadczenia i potencjału technicznego wymaganego przez Zamawiającego”,*

W odniesieniu do zarzutu 3), Odwołujący twierdził, iż Zamawiający wykluczając wykonawcę T. F. z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie dostrzegł, że żadna z usług wskazanych tak w wykazie przedstawionym wraz z ofertą, jak i uzupełnionym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, nie były realizowane przez odpowiedni, wymagany w pkt 12.2.2 SIWZ okres – w odniesieniu do każdej z wykazanych przez tego wykonawcę usług twierdził on, iż były one realizowane przez okres 12 miesięcy bez jednego dnia.

- 4) *„art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego i nieuprawnione uznanie, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”,*
- 5) *„art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie prawdziwości informacji złożonych ewentualnie w dalszej kolejności zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów, to jest wykazu pojazdów”,*

W odniesieniu do zarzutów 4) i 5) Odwołujący, choć przyznawał, iż informacje przez niego przedstawione były informacjami nieprawdziwymi, zarzucał Zamawiającemu, iż ten zaniechał przeprowadzenia procedur przewidzianych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Twierdził, iż Zamawiający nie wykazał, aby działanie Odwołującego było świadome i celowe, czy też aby miało ono wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania.

- 6) „art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego i nie mające uzasadnienia prawnego i faktycznego uznanie, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 12.2.2 SIWZ”,
- 7) „art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, oba przepisy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego z postępowania”,
- 8) „§ 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwane dalej Rozporządzeniem [w sprawie dokumentów] w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w przypadku powzięcia wątpliwości co do treści wykazu usług czy referencji przedłożonych przez Odwołującego”,

W odniesieniu do zarzutów 6), 7) i 8) Odwołujący twierdził, iż podane przez Zamawiającego uzasadnienie decyzji o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu było niewystarczające w świetle przytoczonych przez niego przepisów ustawy Pzp – Zamawiający ograniczył się bowiem, tytułem przykładu – zdaniem Odwołującego, jedynie do usługi wskazanej w pozycji 3 uzupełnionego przez Odwołującego wykazu, uznając bezpodstawnie, że usługa ta nie odpowiada wymaganiom określonym w pkt 12.2.2 SIWZ. Stał on na stanowisku, iż tak dokonana przez Zamawiającego ocena jest dla niego krzywdząca i nie uwzględnia udzielonych przez niego wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie ze strony Zamawiającego. Na marginesie Odwołujący dodawał jednocześnie, że pozbawionym podstaw było twierdzenie Zamawiającego, że usługa świadczona okazjonalnie, na podstawie pojedynczych zleceń nie odpowiadała świadczeniu usługi w sposób ciągły. Zauważał przy tym, iż Zamawiający nie wskazywał w SIWZ na stopień częstotliwości świadczenia usługi.

- 9) „art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7) i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o o.k.k. w zw. z art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o z.n.k., w zw. z art. 58 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców: T. F. i MKM Trans sp. z o.o. mimo, iż ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jest uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac oraz ceny oraz działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru (w tym przypadku na Zamawiającym) jako kontrahenta

*określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszenie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy”,*

- 10) „art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7) i ust. 2 ustawy o o.k.k. w zw. z art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 5) ustawy o z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców T. F. i MKM Trans sp. o.o., mimo, iż ich złożenie jest nieważne na podstawie odrębnych przepisów, to jest ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to jest uzgodnienie przez przedsiębiorców *przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac oraz ceny oraz działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru (w tym przypadku na Zamawiającym) jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszenie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy (...)*a jednocześnie złożenie oferty przez wykonawców T. F. i MKM Trans sp. z o.o. stanowi działanie nakierowane na ominięcie przepisów ustawy Pzp, w szczególności możliwości złożenia jednej oferty, a także dochowania zasad uczciwej konkurencji”,
- 11) „art. 93 ust. 1 pkt 4 poprzez jego zastosowanie, podczas gdy najdroższa oferta wybrana jako najkorzystniejsza nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji unieważnienie postępowania jest pozbawione podstaw oraz art. 93 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez uznanie, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, traktując ofertę MKM Trans sp. o.o. jako najkorzystniejszą, mimo, iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza i nie podlega odrzuceniu”,

W odniesieniu do zarzutów 9), 10) i 11) Odwołujący twierdził, iż okoliczności faktyczne zaistniałe w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia świadczą o dopuszczeniu się przez wykonawcę MKM Trans sp. z o.o. i wykonawcę T. F. czynu nieuczciwej konkurencji, tj. działanie w warunkach zмовы, w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę MKM Trans sp. z o.o., którego oferta była droższa o blisko 6 milionów złotych. Wskazywał on przy tym, na wzajemne powiązanie organizacyjne i gospodarcze tych wykonawców z podmiotami udostępniającymi każdemu z nich swe zasoby. Odwoływał się on również do sposobu uzupełniania przez każdego z tych wykonawców dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy: MKM Trans sp. o.o. oraz wykonawcy: T. F., a także odrzucenia ofert przez nich złożonych oraz uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

W dniu 9 października 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: MKM Trans sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Zamawiający w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron i uczestnika postępowania oświadczył, iż uwzględnia zasadność zarzutów podniesionych w punktach 9), 10) i 11) odwołania, w pozostałym zaś zakresie wnosi o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w sprawach KIO 2050/14 i KIO 2052/14, a także wnioskowane przez Zamawiającego dokumenty, złożone w sprawie o sygn. akt KIO 1942/14, jak również oświadczenie złożone wraz z odwołaniem, a także SIWZ przedstawioną przez Zamawiającego w toku rozprawy przed Izbą.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 12.2.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy wykazali, że w odpowiednim okresie (ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert) *„należycie świadczyli bądź świadczą przez okres co najmniej 12 miesięcy min. 5 usług, o łącznej wartości świadczeń nie mniejszej niż 750 tysięcy złotych brutto, polegających na przewozie osób niepełnosprawnych, łącznie co najmniej 10 samochodami specjalistycznymi – dostosowanymi do przewozu osób niepełnosprawnych”*. Zgodnie z pkt 13.2.1.c) i d) SIWZ wykonawcy zobowiązani byli przedstawić na potwierdzenie

spełniania tegoż warunku wykaz usług, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, oraz dowody potwierdzające, że usługi wykazywane wykonane zostały należycie. W załączniku nr 3 do SIWZ przygotowanym w formie tabeli Zamawiający oczekiwał podania w odniesieniu do każdej z wykazywanych usług m.in. informacji o ilości specjalistycznych samochodów wykorzystywanych w ramach jednej umowy, czy też podania wartości wykonanej usługi, przy czym „w przypadku usług nadal wykonywanych” oczekiwał on podania wartości „już zrealizowanych świadczeń w ramach wykazanego kontraktu”.

W pkt 12.2.3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wykonawcy wykazali, że dysponują co najmniej 15 pojazdami specjalistycznymi do przewozu osób niepełnosprawnych, wyprodukowanymi nie wcześniej niż 6 lat przed pierwszym planowanym podstawieniem pojazdów przypadającym na dzień 1 stycznia 2015 r., z których każdy spełniać musiał określone w tym punkcie szczegółowe wymagania. Zgodnie z pkt 13.2.1.e) SIWZ wykonawcy zobowiązani byli przedstawić na potwierdzenie spełniania tegoż warunku wykaz pojazdów, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ. W załączniku nr 4 do SIWZ przygotowanym w formie tabeli Zamawiający oczekiwał podania w odniesieniu do każdego z wykazywanych pojazdów m.in. informacji o jego marce, numerze rejestracyjnym i dacie produkcji.

Zgodnie z pkt 8 SIWZ zamówienie miało zostać zrealizowane w terminie od dnia 1 stycznia 2015 r. do dnia 31 grudnia 2020 r. W świetle postanowień § 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, wykonawca miał otrzymywać wynagrodzenie w okresach miesięcznych.

Przed upływem terminu składania ofert, który zgodnie z pisemnym protokołem postępowania upłynął w dniu 19 sierpnia 2014 o godz. 12:00, Zamawiającemu swoje oferty złożyło czterech wykonawców: Odwołujący, Przystępujący, T. F. oraz M. W. .

Wykonawca T. F. złożył wraz z ofertą wykaz usług, mający potwierdzać spełnienie przez niego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w którym znalazło się wskazanie na pięć usług.

W ocenie Zamawiającego, w świetle przedstawionych mu informacji, żadna z przedstawionych w powołanym wykazie usług nie odpowiadała wymogom określonym w pkt 12.2.2 SIWZ, stąd też pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r. wezwał on tegoż wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 13.2.1.c) i d) SIWZ.



T. F. w odpowiedzi na powołane wezwanie przedstawił Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 26 sierpnia 2014 r. nowy wykaz usług zawierający wskazanie na 6 usług, przy czym wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazywanych usług przedstawił również trzy zobowiązania do oddania mu do dyspozycji zasobów podmiotu trzeciego. Wystawcami tych zobowiązań byli odpowiednio: M. K. prowadzący działalność pod firmą Przewóz Osób M. K. w Konstancinie-Jeziornie (data wystawienia: 18 sierpnia 2014 r.), M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MF Trans Usługi Transportowe M. F. w Otwocku (data wystawienia: 26 sierpnia 2014 r.) oraz M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GAMA – M. S. w Warszawie (data wystawienia: 26 sierpnia 2014 r.).

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, mający potwierdzać spełnienie przez niego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w którym znalazło się wskazanie na pięć usług. W odniesieniu do usługi wskazanej w powołanym wykazie na pozycji piątej, w przypadku której odbiorcą był Zamawiający, Przystępujący nie przedstawił dowodów jej należytego wykonania.

W ocenie Zamawiającego, w świetle przedstawionych mu informacji, usługi przedstawione w powołanym wykazie usług w pozycjach 1, 3 i 4 nie odpowiadały wymogom określonym w pkt 12.2.2 SIWZ, stąd też pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r. wezwał on tegoż wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 13.2.1.c) i d) SIWZ.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący przedstawił Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 27 sierpnia 2014 r. nowy wykaz usług zawierający wskazanie na 6 usług, przy czym wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazywanych usług przedstawił również zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji zasobów podmiotu trzeciego (usługa wskazana na pozycji 4 uzupełnionego wykazu), którego wystawcą był M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MF Trans Usługi Transportowe M. F. w Otwocku (data wystawienia: 26 sierpnia 2014 r.).

Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, mający potwierdzać spełnienie przez niego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w którym znalazło się wskazanie na pięć usług. Przedstawił on również Zamawiającemu wykaz pojazdów zawierający wskazanie na 15 pojazdów, w tym także na ich markę, numer rejestracyjny oraz datę produkcji. Spośród pojazdów wskazanych na pierwszych 10 pozycjach powołanego wykazu, pierwszy miał zostać wyprodukowany w roku 2010, pozostałe zaś w roku 2009. Wraz z wykazem pojazdów Odwołujący przedstawił też zobowiązanie podmiotu trzeciego

(Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego „MEDITRANS” Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Warszawie) do oddania mu do dyspozycji pojazdów o wyraźnie wskazanych numerach rejestracyjnych (przywołanych w pozycji od 1 do 10 wykazu pojazdów złożonego wraz z ofertą Odwołującego).

W ocenie Zamawiającego, w świetle przedstawionych mu informacji, usługi przedstawione w powołanym wykazie usług w pozycjach 1, 2 i 3 nie odpowiadały wymogom określonym w pkt 12.2.2 SIWZ, stąd też pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r. wezwał on tegoż wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 13.2.1.c) i d) SIWZ.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 27 sierpnia 2014 r. nowy wykaz usług obejmujący 3 usługi. W pozycji 3 tegoż wykazu znalazło się wskazanie na „transport osób niepełnosprawnych”, świadczony z wykorzystaniem 2 pojazdów specjalistycznych, o wartości 70 tysięcy złotych, realizowany od „01.01.2003 do nadał” na rzecz Domu Pomocy Społecznej w Gródku. Zgodnie z załączonym do wykazu poświadczeniem wystawionym przez odbiorcę (Dom Pomocy Społecznej w Gródku) jeden z konsorcjantów świadczył na jego rzecz „usługi w zakresie przewozów, w tym osób niepełnosprawnych. Wartość dotychczas wykonanej usługi wynosi 70 000,00 zł”.

Zamawiający pismem z dnia 4 września 2014 r., przesłanym zgodnie z pisemnym protokołem postępowania w dniu 11 września 2014 r., poinformował Wykonawców o wykluczeniu M. W. z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez T. F..

Pismem z dnia 15 września 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia m.in. tego, czy wskazany w pozycji 3 uzupełnionego wykazu transport osób niepełnosprawnych „odbywał się w ramach jednego kontraktu realizowanego od 01.01.2003 r.? Jeśli nie to jaki jest termin realizacji poszczególnych kontraktów (data rozpoczęcia i zakończenia, podać dzień, miesiąc, rok) i jaka jest wartość każdego kontraktu z osobna? – wymienić tylko te które trwały co najmniej 12 miesięcy. Czy załączona do wykazu referencja wystawiona przez Dom Pomocy Społecznej w Gródku dotyczy kontraktu na przewóz osób niepełnosprawnych, który był świadczony przez okres co najmniej 12 miesięcy? Proszę o wskazanie którego z wymienionych kontraktów dotyczy?”

W odpowiedzi na powołane wezwanie, Odwołujący w piśmie z dnia 18 września 2014 r. wyjaśnił co następuje: „Transport osób niepełnosprawnych na rzecz Domu Pomocy Społecznej w Gródku świadczony był w okresie od 1.09.2011 do 31.07.2014 na kwotę usługi

69 000,00. Jest to wartość poniżej 14.000 tys. euro. Końcówka usługi realizowana w poz. 3 stanowi globalną wartość usługi realizowanej w okresie 3 lat od daty złożenia oferty”.

W aktach postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego znalazła się notatka służbowa sporządzona w dniu 23 września 2014 r. przez M. M. – Naczelnika Wydziału Pomocy Osobom Niepełnosprawnym Biura Pomocy i Projektów Społecznych Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy, a zarazem członka komisji przetargowej. Jej treść potwierdzała przeprowadzenie dwukrotnej rozmowy telefonicznej (w dniu 19 i 22 września 2014 r.) z dyrektorem DPS w Gródku, w trakcie której ten oświadczył, iż B. I. współpracuje od lat z DPS, jednak żadna umowa „nie miała konieczności trwania co najmniej 12 miesięcy, gdyż każdorazowo były podpisywane odrębne – pojedyncze umowy na świadczenie usług przewozowych związanych z daną wycieczką, wyjazdem itp. organizowanym dla mieszkańców DPS w Gródku”. Zawarte zostało tam również oświadczenie o przesłaniu w dniu 19 września 2014 r. zapytania skierowanego do DPS w Gródku, które do dnia sporządzenia notatki pozostało bez odpowiedzi.

Pismem z dnia 22 września 2014 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 września 2014 r. Kolejnym pismem, z dnia 24 września 2014 r., powiadomił on Wykonawców o wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia: M. W., T. F. (z uwagi na przedstawienie przez niego dwóch zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających mu swój potencjał – usługi z pozycji 1, 4, 5 i 6 uzupełnionego wykazu – wystawionych po upływie terminu składania ofert) oraz Odwołującego (z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji o datach produkcji udostępnionych mu 10 pojazdów oraz z uwagi na nieprzedstawienie przez niego potwierdzenia 5 usług odpowiadających wymaganiom z pkt 12.2.2 SIWZ – Zamawiający uznał, iż usługa z pozycji 3 uzupełnionego wykazu nie spełnia warunków minimalnych określonych w SIWZ) oraz o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Przystępującego, a także o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt, iż cena oferty najkorzystniejszej przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wobec tych działań Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż niektóre z zarzutów sformułowanych przez Odwołującego znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż wobec faktu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 września 2014 r. i dokonania przez Zamawiającego ponownego badania i oceny ofert, którego wyniki zostały zakomunikowane Wykonawcom pismem z dnia 24 września 2014 r., uwzględniając przy tym, że rozpoznawane odwołanie wniesione zostało w dniu 3 października 2014 r., brak było podstaw, aby uznać (tak jak chciałby tego Przystępujący), że część zarzutów, tj. 1), 2), 3), 9), 10) i 11), podniesiona została po przewidzianym prawem terminie. Zarzuty te, tak jak całe odwołanie były skierowane wobec czynności Zamawiającego, o których dokonaniu powiadomił on Odwołującego powołanym pismem z dnia 24 września 2014 r.. Tym samym to ta właśnie data winna służyć za wyznacznik przy ustalaniu terminu na wniesienie rozpoznawanego odwołania. Stąd Izba uznała, iż w odniesieniu do powołanych przez Przystępującego zarzutów Odwołujący zachował termin przewidziany przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów 1), 2) i 3), Izba dokonała wykładni zapisu SIWZ zawartego w pkt 12.2.2. Analiza jego treści, przy uwzględnieniu przywoływanych przez Zamawiającego zapisów SIWZ odnoszących się do terminu realizacji zamówienia (pkt 8 SIWZ), a także do okresów, za które wykonawca miał otrzymywać należne mu wynagrodzenie (§ 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ), Izba uznała, iż możliwym było przyjęcie, tak jak uczynił to Zamawiający (co potwierdził w toku rozprawy przed Izbą), że warunek opisany w pkt 12.2.2 SIWZ spełnia usługa, która realizowana była przez kolejnych 12 pełnych miesięcy kalendarzowych. Tym samym usługa świadczona od 1 września 2011 r. do 31 sierpnia 2012 r. mogła zostać uznana za taką, której okres realizacji odpowiadał minimalnym wymogom Zamawiającego. Jednocześnie Izba stanęła na stanowisku, iż z powołanego zapisu SIWZ nie sposób wywieść, jak chciałby tego Odwołujący, iż spełnianie warunku tam opisanego może potwierdzać okazjonalne świadczenie usług, zleczanych niezależnie od siebie w danym okresie czasu. W pkt 12.2.2 SIWZ mowa bowiem o świadczeniu usług przez okres co najmniej 12 miesięcy, stąd brak było podstaw, do uznania za potwierdzające spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia usług, które realizowane były krócej niż powołane 12 miesięcy kalendarzowych, czy wręcz świadczonych okazjonalnie i polegających na „*pojedynczych umowach na świadczenie usług przewozowych związanych z daną*

wycieczką”, tak jak miało to miejsce, w świetle przedstawionej przez Zamawiającego notatki służbowej z dnia 23 września 2014 r., w przypadku usług świadczonych przez Odwołującego na rzecz DPS w Gródku. Co istotne, w ocenie Izby, takie właśnie rozumienie zapisu pkt 12.2.2 SIWZ zdaje się potwierdzać sam Odwołujący formułując zarzuty wobec treści wykazów przedstawionych przez innych wykonawców, gdzie podnosi on, iż okresy realizacji poszczególnych, wykazywanych przez tych wykonawców usług, jego zdaniem, nie trwały wystarczająco długo. Potwierdza on tym samym, iż również dla niego było oczywistym, że Zamawiający oczekiwał przedstawienia mu usług, których okres realizacji będzie wystarczająco długi, aby można było uznać, że wykonawca je przywołujący legitymuje się wystarczającą wiedzą i doświadczeniem. Niezależnie od powyższego, Izba uznała, iż z treści pkt 12.2.2 SIWZ nie wynika, aby Zamawiający oczekiwał, żeby wykonawcy przedstawili mu usługi, przy realizacji których (każdej z nich z osobna) wykorzystywane było co najmniej 10 pojazdów, co zdaje się sugerować Odwołujący w zarzucie 2). W SIWZ zawarto wymóg, aby we wszystkich wykazanych usługach (min. 5) wykorzystane zostało łącznie 10 samochodów specjalistycznych. Nie byłoby zatem właściwym przyjęcie, iż każda z wykazywanych usług polegać miałyby na wykorzystaniu takiej liczby aut. Takie rozumienie tegoż warunku potwierdza sam Odwołujący przedstawiając w obu wykazach (tak złożonym wraz z ofertą, jak i uzupełnionym) usługi, przy realizacji których wykorzystane były dwa lub trzy samochody.

W przypadku zarzutu 3) twierdzenia Odwołującego oparte były wyłącznie na jednym z możliwych, odwołującym się do regulacji kodeksu cywilnego, rozumieniu treści pkt 12.2.2 SIWZ. Jak to już zostało wyłuszczone, Izba uznała, iż na gruncie postanowień SIWZ przekazanej wykonawcom w toku postępowania możliwym jest przyjęcie korzystniejszego dla tych wykonawców sposobu interpretacji powołanego zapisu, tak jak uczynił to ostatecznie Zamawiający. Mając zaś na uwadze opis warunku takim, jak rozumiał go Zamawiający, brak było podstaw, aby uznać, że usługi wskazane przez T. F. (w uzupełnionym wykazie, pozycje od 2 do 6), czy też przez Przystępującego – przywołane w zarzucie 2) pozycje 1, 2, 3 i 6 uzupełnionego wykazu – które trwać miały pełne 12 miesięcy kalendarzowych za niepotwierdzające spełnienia przez tych Wykonawców warunku opisanego w pkt 12.2.2 SIWZ, a tym samym za przemawiające za koniecznością wykluczenia ich z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

W kontekście dokonanej przez Izbę wykładni zapisu pkt 12.2.2 SIWZ brak było również podstaw, aby uznać, że Przystępujący w pozycjach nr 1 i 3 uzupełnionego wykazu wskazał na usługi, przy realizacji których została wykorzystana zbyt mała liczba samochodów

specjalistycznych (9 zamiast wymaganych, zdaniem Odwołującego min. 10). Tak jak to zostało wskazane, w ocenie Izby liczba min. 10 aut odnosiła się łącznie do wszystkich wykazywanych przez wykonawców usług, a w tym kontekście Odwołujący nie formułował zarzutów.

W odniesieniu do usługi wskazanej w pozycji 5 obu wykazów (tak złożonego z ofertą, jak i uzupełnionego), wobec której Odwołujący podnosił brak przedstawienia przez Przystępującego odpowiednich referencji potwierdzających należyte jej wykonanie, Izba uznała, iż w świetle faktu, iż odbiorcą tejże usługi był Zamawiający, zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów, Przystępujący nie miał obowiązku przedstawiania wraz z wykazem usług dokumentów, których brak podnosi Odwołujący.

Co do przywołanego w zarzucie 2) zobowiązania podmiotu udostępniającego własne zasoby Przystępującemu (usługa z pozycji 4 uzupełnionego wykazu), które zostało opatrzone datą po terminie składania ofert, sam Zamawiający oświadczył, iż nie zaliczył usługi do której zobowiązanie to się odnosiło do zbioru usług potwierdzających spełnianie warunku z pkt 12.2.2 SIWZ. Stąd brak było podstaw, aby uznać, że podnoszone przez Odwołującego okoliczności mogły mieć wpływ na przyjęcie, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp w omawianym tu zakresie. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty 1), 2) i 3).

W odniesieniu do zarzutów 4) i 5) Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił, że twierdzenia w tych zarzutach zawarte zasługują na uznanie. Izba rozstrzygając o ich zasadności uwzględniła przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo i poglądy w nim wyrażone. Uznała jednakże, że stan faktyczny wyływający z przedstawionych Izbie dowodów, wobec nieprzedstawienia przez Odwołującego wystarczających dowodów przeciwnych, pozwalał Zamawiającemu przyjąć, iż Odwołujący winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwag na fakt złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Co istotne w rozpoznawanej sprawie, wobec przyznania tej okoliczności przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą, Izba uznała, iż nie było sporne między Stronami to, że Odwołujący w wykazie pojazdów złożonym wraz z ofertą przedstawił nieprawdziwe informacje o dacie produkcji 10 spośród 15 wykazywanych pojazdów. Nie było też sporne to, że pojazdy wyprodukowane w roku wskazanym w wykazie pojazdów (informacja

nieprawdziwa) potwierdzałyby spełnianie opisanego w pkt 12.2.3 SIWZ warunku udziału w postępowaniu, zaś pojazdy wyprodukowane w latach wskazanych w informacji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu (rzeczywiste daty produkcji pojazdów wskazanych w wykazie pojazdów złożonym przez Odwołującego) spełniania tegoż warunku już nie potwierdzały. Co do tego, że informacje przedstawione przez Odwołującego co najmniej mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, to, w ocenie Izby, Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania stanu odmiennego. Dla obu Stron treść opisu warunku była jasna, precyzyjna i jednolicie rozumiana – nie było na tym polu wątpliwości interpretacyjnych. Dane o dacie produkcji pojazdów wykazywanych były jednymi z tych, które rozstrzygały w świetle treści opisu warunku z pkt 12.2.3 SIWZ o tym, czy pojazdy te odpowiadały wymaganiom Zamawiającego, a tym samym o tym, czy wykonawca je przedstawiający potwierdził spełnianie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Ta z kolei okoliczność mogła rozstrzygnąć o tym, czy Odwołujący, który przedstawił cenę korzystniejszą niż Przystępujący, będzie mógł uzyskać zamówienie. Oczywistym jest zatem, że podanie przez Odwołującego oświadczenia (wykazu pojazdów) zawierającego nieprawdziwe informacje mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Pamiętając o tym, iż Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w orzeczeniu wydanym w sprawie IV Ca 683/12 wskazał, iż *„jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd”*, Izba w rozpoznawanej sprawie uznała, że z przedstawionego jej materiału dowodowego nie wynika, aby Zamawiający mógł mieć wątpliwości co do celowości działań podjętych przez Odwołującego, a tym samym, aby mógł być zobowiązany do podejmowania dodatkowych wyjaśnień na tym polu w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odnosząc się do przedstawionego przez Odwołującego oświadczenia złożonego w imieniu podmiotu udostępniającego temu wykonawcy sporne pojazdy, to zauważyć należy, iż nie wynika z jego treści, aby to ten podmiot wprowadził Odwołującego w błąd, czy też wyłączył swym działaniem możliwość uznania za celowe przedstawienia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji. W oświadczeniu tym mowa jest jedynie o wewnętrznych relacjach, nieumiejscowionych w żaden sposób w czasie, między poszczególnymi działami podmiotu udostępniającego pojazdy (dział transportu i sekretariat). Brak tam natomiast nawet wzmianki o tym, iż podmiot ten przekazał, choćby przez niedbalstwo, Odwołującemu nieprawdziwe dane o datach produkcji poszczególnych pojazdów wprowadzając tym tegoż wykonawcę w błąd. Odwołujący nie wykazał również, że tak on sam, czy też choćby przywołany w dokumentach złożonych wraz z ofertą podmiot trzeci udostępniający mu swój potencjał techniczny, dysponowali innymi pojazdami, niewskazanymi w przedstawionym Zamawiającemu wykazie, których to pojazdami dysponowanie pozwoliłoby Odwołującemu

wykazać spełnienie warunku opisanego w pkt 12.2.3 SIWZ. Jest to dodatkowa okoliczność, która przemawia za uznaniem za mniej prawdopodobne tezy, że wykazanie tych właśnie pojazdów przez Odwołującego było wynikiem jego błędu, omyłki, nie zaś celowym działaniem zmierzającym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu za pomocą informacji nieprawdziwych. Kierując się tak poczynionym ustaleniami Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty 4) i 5).

Także zarzuty 6), 7) i 8) Izba uznała za niezasługujące na uwzględnienie. Analiza stanowiska Odwołującego wpływającego z odwołania i jego uzasadnienia pozwoliła Izbie przyjąć, iż nie kwestionował on na tym etapie słuszności wezwania go do uzupełnienia wykazu usług pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r. Pamiętając, iż granice rozpoznania przez Izbę odwołania wyznacza, w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zakres zarzutów określony w tym właśnie odwołaniu, Izba uznała, iż wykraczają poza ten właśnie zakres formułowane w toku rozprawy przed Izbą twierdzenia o należywym wykazaniu spełnienia przez Odwołującego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia za pomocą wykazu złożonego wraz z ofertą tegoż wykonawcy. Na marginesie można jedynie zauważyć, iż Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że usługi wskazane w pozycjach 1, 2 i 3 wykazu usług złożonego wraz z jego ofertą były realizowane przez okres pełnych 12 miesięcy kalendarzowych, co było w świetle poczynionej przez Izbę wykładni postanowień pkt 12.2.2 SIWZ konieczne do tego, aby uznać wykazywaną usługę za spełniającą wymagania Zamawiającego.

W świetle oświadczenia złożonego przez Zamawiającego w toku rozprawy przed Izbą zgodnie z którym o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp zdecydowały ustalenia poczynione przez Zamawiającego co do usługi wskazanej w pozycji trzeciej uzupełnionego wykazu usług (usługi z pozycji 1 i 2 tegoż wykazu usług Zamawiający uznał za odpowiadające jego wymaganiom wyartykułowanym w pkt 12.2.2 SIWZ – analogiczne wnioski można było, wobec braku wezwań do uzupełnienia w tym zakresie, wywieść w odniesieniu do usług z pozycji 4 i 5 wykazu przedstawionego wraz z ofertą Odwołującego), a także wobec uwzględnienia treści uzasadnienia podjętej przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby poprzez niedostateczne opisanie powodów, dla których podjęta została taka właśnie decyzja, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 92 ust. 1 pkt 3). Zamawiający w piśmie z dnia 24 września 2014 r. opisał poczynione przez siebie ustalenia, wskazał na podjęte działania, które go do takich ustaleń doprowadziły, a także dokumenty, na których się oparł. Mając to na uwadze Izba uznała, że brak było podstaw, aby przyjąć, iż wyłączona została po stronie



Odwołującego możliwość poznania motywów, którymi kierował się Zamawiający wykluczając go z udziału w postępowaniu, a tym samym aby został on pozbawiony możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania.

Izba, uwzględniając całokształt stanowiska Odwołującego, uznała wskazanie na § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów w treści odwołania za oczywistą omyłkę, przyjmując, iż zamiarem wykonawcy było przywołanie § 1 ust. 5 tegoż rozporządzenia – wskazanie na ten przepis i jego treść w uzasadnieniu odwołania zostało również zawarte. Jednakże, tak w odwołaniu, jak i w toku rozprawy przed Izbą, nie zostało jednak przez Odwołującego opisane, na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego powołanego przepisu. W uzasadnieniu odwołania wskazano jedynie na to, iż Zamawiający zaniechał zastosowania powołanego przepisu w postępowaniu przez niego prowadzonym. Twierdzeniu temu przeczy w oczywisty sposób treść notatki służbowej sporządzonej w dniu 23 września 2014 r. przez M. M., zgodnie z którą Zamawiający podjął działania zmierzające do wyjaśnienia powziętych przez siebie wątpliwości w bezpośrednim kontakcie z wystawcą przedstawionych mu referencji. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut stawiany przez Odwołującego.

Uwzględniając dokonaną przez Izbę wykładnię zapisu pkt 12.2.2 SIWZ, a także przyjmując za należyte udowodnione ustalenia poczynione przez Zamawiającego odnoszące się do usług świadczonych przez jednego z konsorcjantów (ustaleniom tym nie przeczył nawet Odwołujący, twierdząc jedynie, że usługi świadczone okazjonalnie mogłyby zostać uznane za potwierdzające spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia), skład orzekający uznał, iż nie potwierdził się zarzut bezpodstawnego wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

Zasadnie, w ocenie Izby, Odwołujący podnosił naruszenie przez Zamawiającego przepisów przywołanych w zarzutach 9) i 10). Nie bez znaczenia dla takiego właśnie rozstrzygnięcia pozostawało oświadczenie złożone przez Zamawiającego w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron o uznaniu tych właśnie zarzutów, obok zarzutu 11), za zasadnie przez Odwołującego podnoszone. Oświadczenie to zostało w toku rozprawy przed Izbą poparte argumentami mającymi przemawiać za koniecznością odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. W rozpoznawanej sprawie brak było podstaw, aby złożone przez Przystępującego w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron oświadczenie o odmiennej ocenie zasadności zarzutów 9), 10) i 11) uznać można było za wiążący Izbę sprzeciw wobec „częściowego” uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba stanęła na stanowisku, iż zgodnie z art. 186 ustawy Pzp wniesienie sprzeciwu w postępowaniu odwoławczym możliwe jest jedynie wobec uwzględnienia w całości

zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tymczasem w rozpoznawanym przypadku Zamawiający uwzględnił jedynie trzy z łącznie jedenastu zarzutów podniesionych w odwołaniu, w odniesieniu zaś do pozostałych stał na stanowisku, iż nie zasługują one na uwzględnienie. Mając to na uwadze, Izba postanowiła rozpoznać w toku rozprawy odwołanie wniesione w sprawie KIO 2052/14 w całości, uznając jednocześnie, iż zgłoszenie sprzeciwu wobec uwzględnienia trzech tylko zarzutów nie jest prawnie dopuszczalne. Podobnie Izba w sprawach: KIO 2482/12, KIO 302/12, czy też KIO 1602/12, KIO 1607/12, KIO 1613/12, KIO 1616/12, KIO 1617/12, KIO 1618/12.

Jak zasadnie to zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 1353/13: *„Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes, innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny. Opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 9 sierpnia 2006r. (sygn. akt III SK 6/06), w którym stwierdzono, że: «przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe», Izba uznała za wiarygodne i wystarczające dla stwierdzenia istnienia niedozwolonego porozumienia między wykonawcami dowody i twierdzenia przedstawione przez odwołującego. Wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany był pogląd, że istnienie zmowy przetargowej powinno być oceniane po rezultatach i skutkach działań oraz mając na uwadze wszystkie okoliczności sprawy.”* Także w tym postępowaniu Izba uznała, iż ustalenie dopuszczenia się przez wykonawców niedozwolonych, w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, praktyk możliwe jest również, z uwagi na dostrzeżoną przez Sąd Najwyższy w powołanym orzeczeniu specyfikę tych spraw, na podstawie dowodów pośrednich – *„wobec braku bezpośrednich środków dowodowych co do zawarcia porozumienia (...), konieczne stało się w postępowaniu sądowym konstruowanie domniemań faktycznych”*. Jak słusznie zauważyła Izba w innym orzeczeniu: *„udowodnienie zaistnienia zmowy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawną-karną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych –*

*w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zмовы przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego”.*

Uwzględniając powyższe, a także mając na uwadze przedstawiony przez Strony materiał dowodowy, jak również zgodne stanowiska Stron, za udowodnione Izba uznała okoliczności podnoszone przez Strony, tak w odwołaniu, jak i w toku rozprawy przed Izbą, istnienia wzajemnych powiązań organizacyjnych i gospodarczych wykonawców: Przystępującego i T. F. z podmiotami udostępniającymi każdemu z nich swe zasoby. Izba uwzględniła przy tym m.in. to, że:

- podmiotami udostępniającymi swoje zasoby obu wykonawcom były osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, będące jednocześnie wspólnikami spółki – Przystępującego – i pełniące w tej spółce funkcje w zarządzie, a zatem organie spółki, który podejmuje decyzję m.in. o warunkach, na jakich składane są oferty przez spółkę – Przystępującego,
- wykonawca: T. F. i jeden z podmiotów udostępniających mu swoje zasoby tj. M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MF Trans Usługi Transportowe M. F. w Otwocku w ogólnodostępnym rejestrze mają wpisany ten sam adres głównego miejsca wykonywania działalności, co znajduje też swe potwierdzenie w pieczęciach firmowych, którymi opatrzyli oni przedstawione przez siebie oświadczenia i dokumenty,
- zaistniała w toku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego sekwencję zdarzeń – przedstawienie przez obu wykonawców ofert (różniących się ceną o blisko 6 mln zł, co podnosił Zamawiający), które wymagały wezwania każdego z nich do uzupełnienia odpowiednich oświadczeń lub dokumentów, a następnie, już po poznaniu innych ofert w tym postępowaniu złożonych, uzupełnienie tychże dokumentów w taki sposób, że koniecznym było wykluczenie przez Zamawiającego tego z nich, którzy przedstawił tańszą z ofertę.

Okoliczności sprawy wskazują na to, że powiązani ze sobą organizacyjnie i gospodarczo wykonawcy, świadomie wykorzystali procedurę opisaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do doprowadzenia Zamawiającego do takiej sytuacji, w której byłby on zmuszony wybrać ofertę tego z nich, który zaoferował cenę o blisko 6 milionów złotych droższą. Takie postępowanie należy ocenić, jako sprzeczne z dobrymi obyczajami, mające na celu uzyskanie korzyści w sferze gospodarczej. Kooperując wykonawcy ci, poprzez swoje celowe

działanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, wpłynęli na podjęcie przez zamawiającego decyzji o wyborze droższej oferty. Słusznym wydaje się przytoczenie znajdującego zastosowanie również w tym postępowaniu poglądu wyrażonego przez Izbę w sprawie KIO 1353/13, iż takie działanie wykonawców prowadzi również do „*ograniczenia konkurencji pomiędzy sobą, która winna być niewątpliwie podstawowym celem działania wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego*”. Podobnie, jak w przywołanym orzeczeniu, tak i w rozpoznawanej sprawie, Izba uznała, że „*zamiar i cel porozumienia zawartego pomiędzy (...) [wykonawcami] wynika z całokształtu okoliczności związanych ze złożeniem ofert a także działaniami podjętymi w toku procedury o zamówienie publiczne.*” W świetle przedstawionych przez Odwołującego dowodów, a także przyznania przez Zamawiającego określonych faktów, Izba uznała, że wykazane zostało, iż w rozpoznawanej sprawie doszło do sytuacji, w której istniejące pomiędzy wykonawcami powiązania wywarły wpływ na podejmowane przez nich działania, co z kolei doprowadziło do naruszenia przez nich zasady uczciwej konkurencji.

Tym samym oferty złożone przez obu wykonawców, tak Przystępującego, jak i T. F., winny zostać przez Zamawiającego odrzucone, co słusznie podnosił Odwołujący.

Wobec tego, że wykonawca T. F. został przez Zamawiającego wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Izba uznała, iż zaniechanie przez niego odrzucenia złożonej przez tegoż wykonawcę oferty nie stanowi naruszenia przepisów, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, albowiem powołany wykonawca został już przez Zamawiającego skutecznie wyłączony z grona podmiotów, których oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Uwzględniając powyższe, w szczególności przesądzenie o istnieniu ciężącego na Zamawiającym obowiązku odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, Izba uznała, mając przy tym również na uwadze fakt uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 2050/14, że zasadnym jest zarzut 11), gdzie Odwołujący twierdził, iż bezpodstawnie Zamawiający traktuje jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego i do jej treści odnosi podejmowane przez siebie czynności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....