

WYROK
z dnia 6 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eksametr Sp. z o.o. (lider); Miliarium Sp. z o.o.; Schüessler-Plan Ingenieurgesellschaft MBH z siedzibą lidera w Warszawie;** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie;**

przy udziale wykonawcy: **ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
przy udziale wykonawcy: **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eksametr Sp. z o.o. (lider); Miliarium Sp. z o.o.; Schüessler-Plan Ingenieurgesellschaft MBH z siedzibą lidera w Warszawie, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eksametr Sp. z o.o. (lider); Miliarium Sp. z o.o.; Schüessler-Plan Ingenieurgesellschaft MBH z siedzibą lidera w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eksametr Sp. z o.o. (lider); Miliarium Sp. z o.o.; Schüessler-Plan Ingenieurgesellschaft MBH z siedzibą lidera w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S8 od węzła Marki (bez węzła) do węzła Kobyłka (z węzłem)”; znak sprawy GDDKiA.O.WA.D-3.2410.33.2019 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

W dniu 4 czerwca 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 106-259043.

W dniu 21 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eksametr Sp. z o.o. (lider); Miliarium Sp. z o.o.; Schüessler-Plan Ingenieurgesellschaft MBH z siedzibą lidera w Warszawie** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego oraz zaniechań czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, to jest:

1. czynności badania i oceny ofert, w wyniku której zamawiający uznał niezasadnie, że oferta złożona przez Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej „Prokom”) jest ofertą najkorzystniejszą;
2. zaniechania wykluczenia Prokom pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
3. zaniechania wezwania Prokom do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Na skutek ww. zachowania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów:

1. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez niezgodny z ustawą wybór oferty złożonej przez Prokom, podczas gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Prokom, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w wykazie usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazując w zakresie usługi na rzecz Gminy Lublin - Zarządu Dróg i Mostów, iż wykonanie usługi potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, odbyło się w sposób należyty;
a także, z ostrożności procesowej, w razie uznania, że Prokom nie podlega wkluczeniu z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd, a w związku z tym może zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów:
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Prokom, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. poprzez błędne uznanie, że wykonawca ten wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przez Prokom dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, to jest dowodów na to, że usługa wskazana w wykazie usług została wykonana w sposób należyty.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenie z udziału w postępowaniu Prokom, względnie wezwanie Prokom do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przedstawienie dowodu na to, że usługa wskazana przez Prokom w wykazie usług, a wykonana na rzecz Gminy Lublin - Zarządu Dróg i Mostów, została wykonana należyście;
3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący przytaczał zapis punktu 7.2 3) a) Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w którym zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej. Na potwierdzenie spełniania tego warunku, Prokom w wykazie usług wskazał na doświadczenie nabyte w związku z realizacją na rzecz Gminy Lublin - Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu: „Przebudowa skrzyżowania ulic: al. Solidarności, al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha w Lublinie wraz z budową w al. Solidarności estakady nad skrzyżowaniem z al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha, budową kładki dla pieszych nad al. Solidarności na wysokości ul. Ireny Kosmowskiej wraz

z budową i przebudową infrastruktury technicznej: oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, sieci elektroenergetycznych, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci gazowej, linii teletechnicznych, kanału technologicznego. Jednocześnie jako dowód, określający rzekomo, że powyższa usługa została wykonana należycie, Prokom przedłożył zamawiającemu protokół odbioru prac z dnia 20 grudnia 2017 r., podpisany przez przedstawicieli Prokom oraz przedstawicieli Gminy Lublin. W opinii odwołującego, Prokom nie wykonał przedmiotowej usługi w sposób należyty, a nawet gdyby Izba doszła do odmiennego wniosku, przedłożony przez Prokom protokół odbioru prac w żaden sposób nie wskazuje na należyte wykonanie usługi. Zgodnie z treścią przedmiotowego protokołu komisja stwierdziła jedynie wykonanie usługi oraz potwierdziła do zapłaty ostatnią część wynagrodzenia należnego Prokom. Sam przedłożony dokument w ogóle nie wskazuje jednak, że usługa została wykonana należycie.

Odwołujący wskazał tym samym, że przedłożony dokument nie może być dowodem na należyte wykonanie usługi, o którym to dowodzie mowa w treści Rozporządzenia. W szczególności przedmiotowy dokument stanowi jedynie umowny dokument, stwierdzający, że usługa została wykonana, nie określający czy była wykonana w sposób należyty, nie określający w szczególności czy w związku z ewentualnym nienależytym wykonaniem usługi zamawiający - Gmina Lublin nabył jakieś roszczenia w stosunku do Prokom. Również treść protokołu, wskazująca na możliwość zafakturowania przez Prokom całości wynagrodzenia umownego, nie wskazuje na fakt należytego wykonania usługi. Jeśli bowiem doszłoby do nienależytego wykonania usługi i z tego powodu zamawiającemu - Gminie Lublin przysługiwałyby jakieś roszczenia w stosunku do Prokom, roszczenia te byłyby roszczeniami odszkodowawczymi (ewentualnie roszczeniami o zapłatę kar umownych) a nie roszczeniami o obniżenie wynagrodzenia należnego Prokom. Tym samym w każdym wypadku Prokom uprawniony byłby do zafakturowania całości wynagrodzenia należnego mu na podstawie umowy, a ewentualne rozliczenia roszczeń zamawiającego - Gminy Lublin, należnych jej z uwagi na nienależyte wykonanie umowy przez Prokom, odbywać by się mogły przykładowo na podstawie potrąceń wzajemnych wierzytelności.

Również treść dokumentu, wskazująca na wypłacone kwoty nie może wskazywać na należyte wykonanie umowy. Odwołujący wskazał, że potrącenie wierzytelności ma skutek zapłaty, a tym samym stwierdzenie, że określona kwota została zapłacona nie musi oznaczać, że w tym zakresie w pełnej wysokości doszło do transferu środków pieniężnych. Mając powyższe na uwadze, przedłożony przez Prokom protokół musiałby być wydany zarówno w sytuacji gdyby usługi zostały zrealizowane w sposób należyty, jak również gdyby zostały zrealizowane w sposób nienależyty. W żadnym z tych dwóch wypadków treść protokołu nie musiałaby się różnić. Tym samym należy stwierdzić, że przedstawiony protokół nie udowadnia, że usługi zostały zrealizowane w sposób należyty.

W dalszej części wywoził, że jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, treść dowodu, którą przedkłada wykonawca na potwierdzenie, że usługi, dostawy czy też roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty, nie musi posługiwać się tym konkretnym sformułowaniem. Wystarczające jest, jeśli z treści dokumentu da się wywnioskować należyte wykonanie usług i w tym zakresie wystarczające jest przykładowo, jeśli dowód taki wskazuje na prawidłowe zrealizowanie umowy, na brak jakichkolwiek roszczeń zamawiającego, ale też na zrealizowanie usług zgodnie z umową. W przedmiotowej sytuacji jednak brak jakiegokolwiek sformułowania wskazującego na należyte wykonanie usług. Sam zaś fakt podpisania protokołu nie może o tym świadczyć, jako że protokół powinien być podpisany również w razie gdyby usługi zostały zrealizowane w sposób nienależyty.

W Krajowej Izbie Odwoławczej wykształcił się również pogląd wskazujący, że sam fakt wystawienia referencji, ze względu na pozytywne zabarwienie słowa referencja, oznaczającego faktycznie tyle co polecenie kogoś, oznacza potwierdzenie należytego wykonania usług (tak m. in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 459/18). Poglądu tego nie można jednak rozciągać na inne niż referencje dokumenty, mające wykazywać należyte wykonanie usług, jako dokumenty, które wydawane są w ramach obowiązków umownych stron, a więc dokumenty, których wydanie nie jest zależne od dobrej woli usługobiorcy i uzależnione od jego satysfakcji z poziomu świadczonych usług. Tym samym, w okolicznościach danej sprawy, wobec nieprzedłożenia przez Prokom dowodów na należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie usług, zamawiający powinien był co najmniej wezwać Prokom do uzupełnienia tych dowodów w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 22 października 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W dniu 23 października 2019 r. wykonawca: **ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Wykonawca: **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 24 października 2019 r.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 4 listopada 2019 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty wykonawcy Prokom złożonej w postępowaniu, treścią wezwania

kierowanego do Prokom w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i odpowiedzią na to wezwanie, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, jak też po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wybierając ofertę wykonawcy Prokom, który to w ocenie odwołującego winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, a jego oferta odrzucona. Gdyby zarzuty odwołującego potwierdziły się, miałby on potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, gdyż zamawiający zobligowany byłby dokonać powtórnej oceny ofert.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej przez Prokom oraz dokumentów złożonych przez Prokom w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego i przystępującego po stronie odwołującego na okoliczność, że wskazane przez Prokom w Wykazie usług zamówienie nie zostało wykonane należycie.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego umowy nr 64/ZDM/16 z 24 marca 2016 r. zawartej pomiędzy Prokom a Gminą Lublin, której przedmiotem było pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu dla zadania wskazanego w Wykazie usług. Została ona przesłana drogą mailową w dniu 5 listopada 2019 r. o godz. 14.37., a zatem w czasie kiedy odbywała się rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z § 24 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092) pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnoszą się również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Przystępujący Prokom nie wniósł o przeprowadzenie dowodu z treści przesłanej umowy, nie przedłożył jej także na rozprawie, wraz z odpisami dla stron i uczestnika postępowania, uniemożliwiając im zapoznanie się z treścią tego dokumentu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z Rozdziałem V SIWZ, jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S8 od węzła Marki (bez węzła) do węzła Kobyłka (z węzłem)”.

Zamawiający, zgodnie z Rozdziałem VII SIWZ wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniał warunki, w tym dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W punkcie 7.2.3) lit a) zamawiający określił warunek w następujący sposób: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: (i) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 50 000 000,00 PLN netto; (ii) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

Izba ustaliła, że na potwierdzenie spełnienia tego warunku Prokom, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów skierowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył Wykaz usług w którym wskazał, że dla zlecającego: Gminy Lublin - Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie zrealizował zamówienie polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu: „Przebudowa skrzyżowania ulic: Al. Solidarności, Al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha w Lublinie wraz z budową w Al. Solidarności estakady nad skrzyżowaniem z Al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha, budową kładki dla pieszych nad Al. Solidarności na wysokości ul. Ireny Kosmowskiej wraz z budową i przebudową infrastruktury technicznej: oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, sieci elektroenergetycznych, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci gazowej, linii teletechnicznych, kanału technologicznego”. Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy w ramach zadania wykonano między innymi: (i) budowę i przebudowę drogi GP dwujezdniowej; (ii) wiadukt drogowy WD-1 w ciągu Al. Solidarności, klasa A, dł. całkowita 101,70 m. Zgodnie z oświadczeniem złożonym w tabeli wykonawca Prokom zadeklarował, że usługa została wykonana w sposób należyty a na potwierdzenie tego faktu załączył Protokół odbioru prac. Izba ustaliła, że zgodnie z przedłożonym Protokołem odbioru prac dla wskazanego w wykazie zadania komisja w składzie: A.L. (przedstawiciel Inżyniera), O. W. (kierownik projektu) zapoznała się ze stanem wykonania prac, stwierdzając wykonanie usługi określonej w ww. umowie. Komisja stwierdziła, że kontrakt zakończono, cała wartość kontraktu zarządzania projektem opiewała na kwotę 763 550,00 zł., z czego wypłacono 610 840,00 zł., pozostała kwota do zapłaty: 152 710,00 zł. Wykonawca Prokom do Protokołu załączył także zestawienie faktur Inżyniera, z którego wynikało, że w ramach umowy zawartej z tym

wykonawcą wypłacono w okresie od sierpnia 2016 r. (pierwsza faktura) do grudnia 2017 r. (ostatnia faktura) pełną kwotę wynikającą z umowy.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w dniu 11 października 2019 r., dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Prokom.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Prokom z udziału w postępowaniu, pomimo braku spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, skład orzekający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis ten nakłada zatem na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów i to zarówno w sytuacji, gdy ten w ogóle dokumentów nie przedłożył lub też dokumenty te zawierają błędy. Tym samym zamawiający, jeśli stwierdzi, że dokumenty złożone przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, są niekompletne, w pierwszej kolejności żąda od wykonawców ich złożenia, uzupełnienia, doprecyzowania lub skompletowania informacji lub dokumentacji, która nie została złożona, jest niekompletna lub błędna. Dopiero, jeśli wykonawca nie sprostą żądaniom zamawiającego, może on skorzystać z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i wykluczyć takiego wykonawcę w udziału w postępowaniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca Prokom nie został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej stwierdzając, że przedłożone przez Prokom: Wykaz usług wraz z protokołem odbioru prac i zestawieniem faktur potwierdzają w stopniu wystarczającym, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 7.2.3) lit a) SIWZ. Tym samym zarzut odwołującego uznać należy

za niezasadny, bowiem przed dokonaniem czynności wykluczenia Prokom z postępowania, zamawiający musiałby wezwać tego wykonawcę do złożenia dokumentów, budzących wątpliwości odwołującego.

Tym samym, w okolicznościach niniejszej sprawy należało rozważyć, czy zamawiający zobligowany był wezwać Prokom do uzupełnienia dokumentów, a zatem czy zasadnym jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który odwołujący również sformułował w treści odwołania. W tym miejscu odwołać się należy do przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz.1126) - dalej „Rozporządzenie”. Zgodnie z §2 ust. 4 Rozporządzenia zamawiający, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej może żądać następujących dokumentów: 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący, powołując się na wyżej wymieniony przepis Rozporządzenia wywodził, że przedłożone przez Prokom dokumenty w postaci Protokołu odbioru prac i zestawienie faktur nie potwierdzają w sposób dostateczny, że usługa wymieniona w Wykazie usług została zrealizowana należycie, sam jednak przyznając, że nie wynika z tych dokumentów, aby była ona wykonana w sposób nienależyty.

Zauważyć należy, że cytowane Rozporządzenie stanowi, że potwierdzeniem należytego wykonania usług są referencje, ale też inne dokumenty, wystawione przez podmiot na rzecz którego te usługi były świadczone. Jednocześnie jednak nie zostało w jego przepisach użyte sformułowanie, że w składanych dokumentach ma zostać użyty zwrot "należyte". A zatem każdy sposób wykazania prawidłowości, poprawności, zgodności z umową zrealizowanej usługi należy uznać za prawidłowy. Przedłożony przez Prokom Protokół odbioru prac wskazuje, że powołana przez zamawiającego komisja zapoznała się ze

stanem wykonania prac i stwierdziła wykonanie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Protokół, co warte zauważenia, nie zawiera żadnych informacji na temat ewentualnych zastrzeżeń wobec sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę usługi, nie ma w jego treści twierdzeń czy uwag dotyczących nienależytego wykonania prac, zamiaru naliczenia kar umownych, czy nieterminowej realizacji umowy. Z kolei z zestawienia faktur wystawionych przez Prokom i zapłaconych przez Gminę Lublin wynika, że zostały one zapłacone w kwocie zgodnej z zawartą umową. Na rozprawie Prokom, powołując się na treść zawartej z Gminą Lublin umowy (zgodnie z zestawieniem faktur umowa na wykonanie przedmiotowego zadania o nr 64/ZDM/16 zawarta została 24 marca 2016 r.) wskazując na treść §7 ust. 5 i 6 umowy, zgodnie z którymi podstawą do wystawienia faktur częściowych przez Inżyniera Kontraktu był pozytywny odbiór częściowy przedmiotu umowy, potwierdzony protokołem częściowym odbioru robót budowlanych, wykonanych na inwestycji będącej przedmiotem nadzoru. W ust. 6 przewidziano natomiast, że faktura końcowa będzie wystawiona na kwotę rozliczającą wynagrodzenie umowne Inżyniera Kontraktu, po odbiorze przedmiotu umowy, potwierdzonym protokołem końcowym odbioru usługi. Tym samym, w jego ocenie, rozliczenie całkowite możliwe było jedynie po stwierdzeniu, że wszystkie usługi składające się na przedmiot umowy zostały wykonane i pozytywnej ocenie tego przez komisję. Izba podzieliła stanowisko Prokom w tym zakresie. Zauważyć należy, że złożony przez przystępującego Protokół odbioru prac dotyczy odbioru całości prac zrealizowanych w ramach umowy. Komisja nie sformułowała w nim żadnych zastrzeżeń co do wykonanej usługi, data odbioru jest zgodna z datą zakończenia realizacji zadania, zaś kwoty wynikające z zestawienia faktur potwierdzają, że wynagrodzenie wykonawcy wypłacone było w całości, w kwocie wynikającej z kontraktu, a tym samym z wynagrodzenia nie były dokonywane żadne potrącenia. Uznać zatem należało, w ocenie Izby, że Prokom w sposób dostateczny potwierdził, że usługa wymieniona w wykazie została należycie wykonana.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego formułowanego na rozprawie, bowiem nie wynika to z obowiązujących przepisów, że protokół musi podpisać osoba uprawniona do reprezentacji odbiorcy usługi. Ten, kto podpisuje protokół odbioru niewątpliwie jest uprawniony do występowania w imieniu zamawiającego, a bez znaczenia dla oceny tego dokumentu pozostaje czy jest to kierownik zamawiającego czy też osoba przez niego upoważniona (tu komisja w składzie: przedstawiciel inżyniera kontraktu i kierownik projektu).

W ocenie Izby nie oparte w przepisach Rozporządzenia są również twierdzenia, że wykonawca w celu potwierdzenia, że usługi zostały przez niego zrealizowane w sposób należyty musi posłużyć się referencją, gdyż w przeciwieństwie do wykonywania robót budowlanych, tylko taki dokument może potwierdzić, że wszystkie prace składające się na przedmiotową usługę zostały należycie zrealizowane. Z treści przepisów nie wynika,

że oświadczenie dotyczące należytego wykonania usług musi się sprowadzać do wystawienia referencji. Jest to wprawdzie jeden ze sposobów potwierdzenia należytego wykonania, lecz ustawodawca dopuścił w tym zakresie również przedkładanie innych dokumentów. Jak podkreślał zamawiający różna jest praktyka podmiotów zlecających usługi, nie zawsze skłonne są one wystawiać dokumenty o nazwie referencja i w takich przypadkach, aby móc uczestniczyć w kolejnych postępowaniach, wykonawcy składają różne dokumenty, z których wynika, że wykonali wcześniej zamówienia o wskazanym zakresie. Wprawdzie odwołujący wywodził, że ten zamawiający - Gmina Lublin referencje wystawia, jednak nie poparł swoich twierdzeń żadnym dowodem.

Nie zostało, w ocenie Izby, wykazane przez odwołującego, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, stosownie do art. 6 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, że Prokom nie spełnił przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, albowiem w sposób nienależyty wykonał wskazane w Wykazie usług zamówienie. Nie wynika to w szczególności z treści przedłożonych na posiedzeniu dowodów. W treści pisma z 21 października 2019 r. Zastępca Dyrektora Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie ds. Realizacji Inwestycji stwierdza, że firma Prokom wykonała przedmiotową usługę i nie zostały jej naliczone kary umowne. Potwierdza wprawdzie, że wykonawcy nie wydane zostały referencje, ale sam ten fakt nie może być dowodem na nienależyte wykonanie usług. Nie wiemy bowiem czy Prokom o wystawienie takich referencji zwracał się do zamawiającego, a jeśli tak czy ten odmówił ich wystawienia i z jakich przyczyn. Podobne stwierdzenia znalazły się w odpowiedzi udzielonej wykonawcy ECM Group. W piśmie z 29 października 2019 r. Dyrektor Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie stwierdził, że odmawia udzielenia odpowiedzi na pytania zadane przez ECM Group w kwestiach dotyczących należytego wykonania usługi oraz dokonania oceny dokumentu w postaci protokołu odbioru prac (ten sam dokument, który przedłożył przystępujący Prokom zamawiającemu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu), gdyż informacja publiczna dotyczy sfery faktów, a nie ocen. Z udzielonej odpowiedzi wynika również, że Prokom „nie naliczono kar umownych za istotne uchybienia w trakcie realizacji usługi”. Nie można z faktu tego wywodzić, jak próbowali dowodzić odwołujący i przystępujący po jego stronie ECM Group, że takowe zostały naliczone. W piśmie nie wskazano, że były naliczane kary za inne, mniej istotne uchybienia. Z kolei z pisma skierowanego do odwołującego z 21 października 2019 r. wynika już, że „nie naliczono kar umownych”. Jak podkreślał Prokom umowa zawarta z Gminą Lublin nie przewidywała odrębnie możliwości naliczania kar umownych za uchybienia „istotne” czy „nieistotne”. W piśmie z 29 października 2019 r. Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie potwierdził również, że Prokom nie wydano referencji. Z dalszej części dowiadujemy się także, że Zarząd nie posiada również korespondencji w tym zakresie. Z samego więc stwierdzenia, że takowe nie zostały wydane nie można wywieść wniosków, które odwołujący i przystępujący po jego

stronie próbowali formułować a więc, że usługa nie została należycie wykonana, a zamawiający nie wystawiając referencji potwierdza niejako ten fakt.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w tym zakresie nie doszło do naruszenia obowiązujących regulacji prawnych i nie ma podstaw do wzywania uczestnika postępowania odwoławczego do uzupełniania dokumentów potwierdzających należytą realizację wskazanej usługi.

Nie znajduje również oparcia w aktach niniejszej sprawy zarzut podnoszony przez odwołującego dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Prokom, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji zawartych w wykazie usług w zakresie, w jakim stwierdził, że wykonał wskazaną przez siebie usługę w sposób należyty. W sytuacji, gdy nie zostało wykazane, aby przedłożone przez wykonawcę Prokom informacje zamawiający powinien uznać za nieprawdziwe, to nie można uznać, iż mogły one wprowadzić go w błąd. Tym samym nie zostało wykazane, że wystąpiła podstawa do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie drugiej ze wskazanych przez odwołującego podstaw wykluczenia, jak również nie zostało wykazane, aby wystąpiła przesłanka do zastosowania postępowania wyjaśniającego lub uzupełniającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenia powyższych przepisów dotyczących wykluczenia wykonawcy Prokom lub wezwania go do wyjaśnień, odwołujący wiąże także z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Jak wynika z powyżej przedstawionego stanowiska, zarzuty naruszenia tych przepisów przez zamawiającego nie potwierdziły się, nie zostało zatem wykazane aby zaistniały okoliczności pozwalające, na stwierdzenie, iż zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba orzekła, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....