

**WYROK**  
**z dnia 19 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2018 r. przez **Wykonawcę Eqos Energie Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Świdnicy przy ul. Gdyńskiej 25 (58-100 Świdnica) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Legnica - Zarząd Dróg Miejskich**, ul. Wojska Polskiego 10 (59-220 Legnica)

przy udziale

Wykonawcy **Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Legnicy przy ul. Nowodworskiej 60 (59-220 Legnica) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 30.03.2018 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej, a także wykluczeniu z postępowania Wykonawcy Eqos Energie Polska Sp. z o.o. i odrzuceniu tej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Eqos Energie Polska Sp. z o.o., w tym wyjaśnienie okoliczności dotyczących realizowanej umowy nr DZP/48/PN/42/15 – część III z dnia 18.05.2016 r. świadczonej na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie (dokonanych odliczeń od wynagrodzenia).**
- 2 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy tytułem wpisu od odwołania;**

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Legnicy**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy na wykonanie usługi objętej zamówieniem na eksploatację sygnalizacji świetlnej (nr sprawy: DT-P/5/2018), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 marca 2018 r., pod numerem 527924-N-2018, wobec czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty Wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy wniósł w dniu 4 kwietnia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 652/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

1. art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy poprzez bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co skutkowało bezzasadnym wykluczeniem go z postępowania;
2. art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez nieprecyzyjne sformułowanie przez Zamawiającego złożenia jakich dokumentów oczekuje od Odwołującego, a następnie zaniechanie ponownego wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia zastrzeżeń Zamawiającego co do treści złożonych dokumentów oraz uzupełnienia przesłanych protokołów odbioru usług, bądź też udzielenia wyjaśnień w zakresie okoliczności braku podpisania trzech z nich przez przedstawicieli Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie;
3. art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonych przez niego dokumentów;
4. art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez nieprzedstawienie Odwołującemu wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że oświadczenie Odwołującego o istnieniu obiektywnej przeszkody uniemożliwiającej uzyskanie od Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie referencji potwierdzających należyte wykonywanie zleconego mu zadania;
5. art. 24 ust. 4 Ustawy w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016r., poz. 1126), poprzez bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
6. art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie wyjaśnienia, czy oświadczenie Odwołującego o istnieniu rzeczywistej i obiektywnej przeszkody w przedstawieniu referencji jest ponad wszelką wątpliwość sprzeczne z rzeczywistością;

7. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w zw. z § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie bezpośredniego zwrócenia się do podmiotu na rzecz, którego zostało zrealizowane zamówienie wskazane przez Odwołującego w wykazie usług w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania (odrzućenia oferty) i powtórzenia czynności oceny spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia bowiem jego oferta zawiera najniższą cenę brutto spośród dwóch złożonych w postępowaniu, a jej odrzucenie doprowadziło do wyboru oferty mniej korzystnej cenowo (Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy).

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu jego oferty faksem w dniu 30 marca 2018 r.

#### **W uzasadnieniu faktycznym i prawnym**

Odwołujący odniósł się do podstawy, na której Zamawiający oparł decyzję o wykluczeniu Go z postępowania, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, która wynika z uznania, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego przedstawione przez niego dokumenty jednoznacznie wskazują, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt 12, str. 3 siwz, jako doświadczenie w wykonaniu (wykonywaniu w przypadku usług ciągłych):

- przez co najmniej jeden rok – utrzymywania jednego układu złożone co najmniej 14 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną pracujących w koordynacji;
- utrzymywania w jednym mieście przez co najmniej jeden rok, co najmniej 35 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, w ramach jednego zadania;
- przeszkolenia w zakresie obsługi sterowników CROSS.

Odwołujący od maja 2016 r. realizuje na terenie m.st. Warszawy obszar III – prawobrzeżna część Warszawy, co wykazał przed Zamawiającym dokumentami. W oświadczeniu własnym, dopuszczonym przepisami § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, Wykonawca wskazał przeszkodę w przedłożeniu referencji od Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie, który to podmiot nie wystawia referencji przed zakończeniem realizacji zadania. Ponieważ umowa kończy się dopiero z dniem 30 listopada 2019 r., po upływie tego terminu Wykonawca będzie miał możliwość wystąpienia z wnioskiem o wystawienie referencji. Odwołujący dwukrotnie zwracał się z wnioskiem o udzielenie informacji w tym zakresie i w

odpowiedzi uzyskał jedynie ustne wyjaśnienia od przedstawiciela Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie, które zaprezentował Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 27 marca 2018 r. wystąpił do Odwołującego o złożenie wykazu wykonanych prac, a treść wezwania wskazywała na inny dokument budzący zastrzeżenia Zamawiającego, tj. oświadczenie Wykonawcy. Skoro wątpliwości budziło to oświadczenie Zamawiający winien wyjaśnić z Odwołującym sporne kwestie, a nie wzywać do przedłożenia wykazu wykonanych prac, co stało w sprzeczności z obowiązkiem wynikającym z art. 26 ust. 4 Ustawy. Złożona informacja uznana za nieprawdziwą musi być niezgodna z rzeczywistością w sposób niebudzący wątpliwości. Zamawiający opierając się na posiadanych informacjach z ZDM w Warszawie stwierdził, iż podmiot ten wystawia poświadczenia o wykonanych robotach. W toku postępowania Zamawiający jednak nie przedstawił jakichkolwiek wyjaśnień co do informacji, które miałyby się znajdować w jego posiadaniu, kto ich udzielił i w jakim czasie, co utrudnia Odwołującemu ochronę jego praw. Zamawiający nie skorzystał również z możliwości, jakie obecnie wynikają z rozporządzenia w sprawie dokumentów, tj. możliwości zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie (§ 2 ust. 6 rozporządzenia), co pozwoliłoby uzyskać potwierdzenie posiadania przez Odwołującego odpowiedniego doświadczenia. Zamawiający wystąpił jedynie z zapytaniem, czy podmiot wystawia referencje, natomiast nie wystąpił o ich przedłożenie.

Odwołujący chcąc wykazać istnienie obiektywnej przeszkody uniemożliwiającej uzyskanie referencji przedłożył Zamawiającemu skierowane do ZDM w Warszawie pismo z listopada 2016 r. wraz z potwierdzeniem jego doręczenia oraz udzielił dodatkowych wyjaśnień co do okoliczności jego złożenia. Jednocześnie ponownie wystąpił do ZDM w Warszawie o wystawienie referencji.

Z ostrożności przedstawił również protokoły odbioru wykonanych usług (od 2016.05 do 2018.02), faktury VAT oraz zestawienia finansowe potwierdzające zapłatę Odwołującemu w całości należnego za dany okres wynagrodzenia.

W odpowiedzi Zamawiający poinformował Wykonawcę o jego wykluczeniu z postępowania (pismo z 30.03.2018 r.), wskazując w swoim stanowisku również na okoliczność braku przedłożenia odpowiedzi ZDM w Warszawie na pismo. Ponadto Zamawiający odniósł się do złożonych dokumentów wskazując w odniesieniu do protokołów, iż nie potwierdzają one należytego wykonania usług. Trzy z przesłanych kilkudziesięciu protokołów nie były podpisane przez ZDM w Warszawie, co miało dowodzić braku ciągłości należytego wykonania usług. Każdy z załączonych protokołów zawiera stwierdzenie, iż „zakres wykonanych robót objętych protokołem jest zgodny z zapisami zawartej umowy”. Odwołujący

posiada trzy protokoły, które zostały podpisane przez przedstawicieli wszystkich stron, a do Zamawiającego omyłkowo przesłał dokumenty niepodpisane. Dowodzą one zatem należytego wykonania robót w nich ujętych, a zarzuty Zamawiającego w tym zakresie są chybione.

Zdaniem Zamawiającego ZDM w Warszawie mogło wystąpić z wnioskiem o korektę faktury w przypadku, gdy przysługiwałoby jej prawo do odliczeń, a wskutek zamazania treści części protokołów nie sposób było ustalić, czy ZDM w Warszawie z tego prawa korzystał, czy też nie. Odwołujący do faktur załączył dowody ich zapłaty, a z treści dokumentów nie wynika, aby takie korekty były wystawiane.

Odwołujący informował Zamawiającego, iż nie uzyskał pisemnej odpowiedzi na kierowy wniosek, a sam nie dysponuje możliwością zmuszenia podmiotu do składania jakichkolwiek dokumentów czy oświadczeń związanych z należyтым świadczeniem usługi. Natomiast Zamawiający może zażądać przedłożenia informacji na podstawie § 2 ust. 6 Rozporządzenia i z tego prawa nie skorzystał.

Niezależnie od treści dokumentów Zamawiający przed wykluczeniem powinien był w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy wezwać Odwołującego do uzupełnienia nowozłożonych dokumentów, względnie złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy.

Podsumowując, Zamawiający dopuścić miał się licznych nieprawidłowości w zakresie oceny oferty Odwołującego. W pierwszej kolejności arbitralnie rozstrzygnął o nieprawdziwości oświadczenia Odwołującego, nie dając mu możliwości udzielenia wyjaśnień lub podjęcia obrony swojego stanowiska. Następnie w sposób nieprawidłowy sformułował wezwanie do Wykonawcy oczekując przedłożenia innego wykazu usług, niż wskazane przez Odwołującego. W sposób niejasny i nieprecyzyjny wyraził swoje stanowisko w przedmiocie złożonego oświadczenia. Następnie po otrzymaniu nowych dokumentów błędnie odczytał część z nich, a inne całkowicie zignorował. W toku postępowania Zamawiający nie żądał jakichkolwiek wyjaśnień od Odwołującego, uniemożliwiając mu obronę swoich praw i jednocześnie nie dążył do rzetelnej i uczciwej weryfikacji oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca, którego oferta została wskazana jako najkorzystniejsza, złożona przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której prezentował argumenty mające uzasadniać oddalenie odwołania w całości. Zamawiający zwracał uwagę na brak wykazania przez Odwołującego doświadczenia w przeszkoleniu w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS oraz brak wykazania oświadczeniem własnym należytego wykonania usługi realizowanej na rzecz ZDM w Warszawie. Zamawiający nie mógł uznać, iż oświadczenie to jest aktualne na dzień jego złożenia (brak daty). Zamawiający przyznał, iż

Odwołujący posiada doświadczenie w realizacji usługi realizowanej w ramach umowy z ZDM w Warszawie, natomiast dokumenty jakie przedłożył w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27.03.2018 r. nie potwierdzają należytej jej realizacji oraz nie potwierdzają przeszkolenia w zakresie obsługi sterowników CROSS. Protokoły uniemożliwiły Zamawiającemu zweryfikowanie, czy ZDM w Warszawie nie dokonał odliczeń od wynagrodzenia z powodu nienależytego wykonania usługi. Również przedłożone dowody płatności nie potwierdzały należytej realizacji prac (brak informacji w tym zakresie). Załączone do odwołania trzy protokoły prezentujące kwoty odliczeń potwierdzają, w ocenie Zamawiającego, fakt dokonywania potrąceń od należnego wynagrodzenia. W odwołaniu Wykonawca nie odniósł się do przyczyn dokonywanych odliczeń, co utwierdza Zamawiającego w przekonaniu, iż ukrywając informacje o wysokości odliczeń nie chciał wyjawic, iż były one wynikiem nienależytej realizacji prac. Ponieważ Wykonawca posiadał protokoły odbioru, nie mógł zastąpić tych dokumentów oświadczeniem własnym. Ponieważ Zamawiający raz już wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać wymagane doświadczenie, ponowne wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy stawiałoby tego Wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji. Zamawiający nie był również uprawniony do wezwania o złożenie wyjaśnień dotyczących treści protokołów, co stawiałoby Wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji. Ponadto wyjaśnienia nie mogły prowadzić do uzupełnienia treści dokumentu zaciemnionej przed Zamawiającym.

W ocenie Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia wykazu usług było zasadne, gdyż wcześniejszy wykaz nie potwierdzał doświadczenia w przeszkoleniu w zakresie obsługi sterowników firmy Cross. Wezwanie to umożliwiło Wykonawcy uzupełnienia prawidłowo sporządzonego oświadczenia własnego wraz z wykazaniem uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze, z powodu której nie był w stanie uzyskać referencji, bądź innych dokumentów wystawionych przez ZDM w Warszawie. Wówczas Zamawiający mógłby skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 4 Ustawy. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie przedłożył wykazu usług, tym samym nie wykazał doświadczenia w przeszkoleniu w zakresie obsługi sterowników firmy Cross.

Odwołujący nie wykazał w ocenie Zamawiającego należytej staranności w uzyskaniu referencji od ZDM w Warszawie w okresie poprzedzającym złożenie oferty. Dopiero po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego poczynił kroki w celu ich uzyskania. Zamawiający skontaktował się drogą telefoniczną z Naczelnikiem Wydziału Sygnalizacji ZDM w Warszawie w dniu 26.03.2018 r. i uzyskał potwierdzenie, że ZDM nie wydaje referencji przed zakończeniem obowiązywania umowy, ale na wniosek wykonawcy może wydać poświadczenie w trakcie jej realizacji. Informacja ta utwierdziła Zamawiającego w

przekonaniu, że Odwołujący miał jednak możliwość uzyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonywanie usługi na rzecz ZDM w Warszawie.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanej czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania. W postępowaniu złożone zostały dwie oferty, z których najwyższą ocenioną była oferta Odwołującego. Czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu doprowadziły do ustalenia wyniku postępowania, w którym oferta Odwołującego nie została wybrana, gdyż Wykonawca został wykluczony z postępowania. Okoliczności sprawy wskazywały zatem, iż Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 179 Ustawy uprawniających do stwierdzenia, że czynności i zaniechania jakich dopuścić się miał Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego mogły naruszać jego interes w uzyskaniu zamówienia oraz prowadziły (mogłyby prowadzić) do poniesienia przez niego szkody. Wykluczenie Wykonawcy z postępowania skutkowało uznaniem jego oferty za odrzuconą, a tym samym tracił on możliwość uzyskania zamówienia, co wyczerpuje przesłanki do skutecznego wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), złożonych w postępowaniu dokumentów i oświadczeń oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia było odniesienie się do podstawy wskazanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji z dnia 30.03.2018 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy. Odwołujący kwestionował prawidłowość stanowiska Zamawiającego, który wskazał na brak wykazania złożonymi dokumentami należytej realizacji usługi wskazanej na potwierdzenie posiadania



wymaganego doświadczenia, jak również poprawności procedury weryfikacji oświadczenia własnego Wykonawcy.

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem procedury opisanej w art. 24aa Ustawy i pismem z dnia 19.03.2018 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2 Ustawy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego doświadczenia w realizacji:

- przez co najmniej 1 rok utrzymania jednego układu sygnalizacji świetlnej, złożonego co najmniej z 14 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną pracujących w koordynacji,
- utrzymania w jednym mieście przez co najmniej 1 rok, co najmniej 35 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną,
- przeszkolenia w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS.

Przed udzieleniem zamówienia Zamawiający, zgodnie z pkt VI.5 siwz, wezwał wykonawcę, którego ofertę najwyżej ocenił do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów: wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego 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 powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.*

Odwołujący złożył wykaz usług z dnia 21.03.2018 r., w którym okazał się doświadczeniem zdobytym przy realizacji usługi konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa – obszar III – prawobrzeżna część Warszawy, wykonywanej na podstawie umowy wieloletniej zawartej 18.05.2016 r. z terminem realizacji do 30.11.2019 r. (umowa nr DZP/48/PN/42/15). Na potwierdzenie należytej realizacji usługi Wykonawca przedłożył oświadczenie własne sporządzone na załączniku nr 3 do siwz. Oświadczenie to zastępowało dokument od odbiorcy, który nie wystawia poświadczenia wykonania w trakcie obowiązywania umowy.

Zamawiający pismem z dnia 27.03.2018r. na podstawie art. 26 ust. 2f i ust. 3 Ustawy wezwał Odwołującego do uzupełnienia i złożenia dokumentów, w tym wykazu wykonanych prac, *ponieważ złożone przez Was „Oświadczenie o należyтым wykonaniu przedmiotu zamówienia” budzi nasze zastrzeżenia.* Według informacji uzyskanej przez Zamawiającego z ZDM w Warszawie, na wniosek wykonawcy wystawiane są poświadczenia o wykonywanych

robotach. Tym samym nie było uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze, ażeby wykonawca nie był w stanie uzyskać takiego dokumentu.

W odpowiedzi z dnia 29.03.2018 r. Odwołujący przyznał, iż informacja pozyskana przez Zamawiającego nie pozostaje w sprzeczności z okolicznością obiektywnego braku możliwości uzyskania referencji od ZDM w Warszawie. Wyjaśnił, iż *problem z uzyskaniem przez Wykonawcę referencji wynika z faktu, iż umowa zawarta pomiędzy Zarządem Dróg Miejskich a Wykonawcą nie została jeszcze w całości wykonana, a Zamawiający wystawia referencje dopiero po dokonaniu odbioru końcowego robót (...)* Wykonawca dołożył należytej staranności w zakresie uzyskania referencji, albowiem już w listopadzie 2016 r. wystąpił o takowe do Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie, na dowód czego przedłożył odpis pisma, na które nie otrzymał odpowiedzi pomimo kontaktów bezpośrednich z przedstawicielami Zamawiającego. Wobec podniesionych zastrzeżeń Zamawiającego Wykonawca załączył komplet protokołów odbioru wykonanych usług realizowanych od maja 2016 r. i odbieranych w okresach miesięcznych. Kopie protokołów sporządzone zostały w sposób uniemożliwiający poznanie kwot płatności, w tym wielkości odliczeń za nieprawidłowości. Do protokołów załączone zostało zestawienie faktur wystawionych w okresie od czerwca 2016 r. do lutego 2018 r. z potwierdzeniem dokonanych płatności na rzecz wykonawcy. Wraz z dokumentami dotyczącymi realizacji usługi Wykonawca przedłożył kopię umowy nr DZP/48/PN/42/15 – część III zawarta w dniu 18.05.2016 r. W par. 4 i 6 umowy wskazane zostały zasady rozliczenia wykonanych prac, w tym procedura zgłaszania przez Zamawiającego uwag lub zastrzeżeń wynikających między innymi z dokonanych czynności kontrolnych oraz dokonanych odliczeń od wynagrodzenia lub naliczenia kar umownych według zasad określonych w pkt III.F Specyfikacji Technicznej.

Oceniając przedłożone oświadczenie oraz dokumenty Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie przedstawił on referencji potwierdzających, iż usługa świadczona na rzecz ZDM w Warszawie jest realizowana należycie. Zamawiający zakwestionował trzy spośród złożonych protokołów odbioru, gdyż nie zawierały one podpisów ZDM, co wskazywało, iż Wykonawca nie udokumentował należytego wykonania usługi przez co najmniej rok. Ponadto, z przedłożonych protokołów nie wynika, iż odbierane usługi zostały wykonane należycie. Ponieważ we wszystkich protokołach zostały usunięte informacje dotyczące wartości kwot należnych oraz kwot po odliczeniach od wynagrodzenia, dokumenty te nie potwierdzały należytego wykonania usługi, gdyż uniemożliwiały zweryfikowanie, czy ZDM w Warszawie nie dokonał odliczeń od wynagrodzenia z powodu nienależytego wykonania usług. Ponieważ Wykonawca nie złożył odpowiedzi na pismo z 30.11.2016 r. Zamawiający nie mógł być pewny czy ZDM w Warszawie faktycznie odmówił wystawienia referencji, zwłaszcza w świetle uzyskanych

informacji. Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania, a jego ofertę uznał za odrzuconą (na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy).

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył notatkę służbową sporządzoną z przebiegu rozmowy jego pracownika z Naczelnikiem Wydziału Sygnalizacji w ZDM Warszawa z dnia 26.03.2018 r. Zamawiający uzyskał potwierdzenie, że ZDM Warszawa nie wydaje „referencji” za prace wykonywane w trakcie obowiązywania i realizacji danej umowy (przed zakończeniem jej obowiązywania), a także, że istnieje możliwość wydania poświadczenia o realizacji umowy na wniosek Wykonawcy, z jakim EQOS nie wystąpił.

Do odwołania Wykonawca załączył trzy protokoły, które zostały przekazane wcześniej w kopii Zamawiającemu bez podpisów, zawierające pełną informację o kwotach rozliczonych za okres zrealizowanej usługi, w tym odliczeniach, podpisane przez przedstawicieli stron umowy.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadniczą w sprawie nie była ocena samego doświadczenia zdobytego przy realizacji wieloletniej umowy obejmującej zakresem prace odpowiadające doświadczeniu opisanemu w treści warunku udziału w postępowaniu. Decydującym o wykluczeniu z postępowania było bowiem stwierdzenie przez Zamawiającego, iż oświadczenie własne Wykonawcy mające zastępować referencje wystawiane przez odbiorcę usługi nie mogło zastępować tego dokumentu, a przedłożone dodatkowo protokoły odbioru usługi nie potwierdzały należytego wykonania usługi, gdyż uniemożliwiały zweryfikowanie przyczyn dokonanych odliczeń od wynagrodzenia wykonawcy i ustalenia, że były one wywołane nienależytym wykonaniem usługi. Zamawiający zakwestionował zatem samą możliwość złożenia oświadczenia własnego wykonawcy, w którym potwierdzał on fakt należytej realizacji usługi i jednocześnie ocenił negatywnie dodatkowe dokumenty wskazujące na dokonane odbiory prac oraz zrealizowane płatności za wykonane prace, jako niepotwierdzające należytej realizacji usługi. Zastrzeżenia Zamawiającego były wywołane brakiem wiedzy co do wielkości odliczeń od wynagrodzenia, jak i przyczyn, dla których ZDM Warszawa dokonało potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy. Z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie wynika, aby referencyjna usługa była kwestionowana w związku z brakiem potwierdzenia przeszkolenia w zakresie obsługi sterowników CROSS. Podniesione w odpowiedzi na odwołanie argumenty dotyczące tego elementu doświadczenia nie miały zatem znaczenia dla oceny czynności podjętej w okolicznościach opisanych w uzasadnieniu przekazanym Wykonawcy. Zamawiający nie mógł skutecznie rozszerzyć dopiero na etapie postępowania odwoławczego uzasadnienia dla utrzymania w mocy decyzji o wykluczeniu z postępowania, co prowadziłoby do naruszenia zasady przejrzystości w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca musi mieć pełną wiedzę co do podstaw decyzji dotyczących jego udziału w postępowaniu, tak aby móc podejmować się skutecznej obrony swoich praw. W tej sytuacji Izba pominęła okoliczność i argumenty Zamawiającego dotyczące braku potwierdzenia doświadczenia w przeszkoleniu z zakresu obsługi sterowników CROSS.

Uwzględniając odwołanie Izba uznała, iż decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania została podjęta w sposób naruszający przepisy Ustawy nakazujące Zamawiającemu wyjaśnienie wątpliwości, jakie poweźmie przy ocenie dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przed podjęciem decyzji o wykluczeniu z postępowania. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 Ustawy Zamawiający jest zobowiązany nie tylko do wezwania o uzupełnienie brakujących lub zawierających błędy dokumentów i oświadczeń, ale także do ich wyjaśnienia w terminie przez siebie wskazanym. Zaniechanie podjęcia w tym zakresie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień spowodowało po pierwsze brak możliwości odniesienia się przez Wykonawcę do wątpliwości związanych z oceną złożonego oświadczenia mającego zastępować referencje wystawiane przez odbiorcę, jak również doprowadziło do stanu sprawy, w której decyzja o wykluczeniu z postępowania nie miała uzasadnienia w niebudzących wątpliwości okolicznościach dotyczących sposobu realizacji usługi. Wezwanie skierowane do Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy wyznaczało zakres uzupełnienia ograniczony zasadniczo do złożenia nowego wykazu usług, a jedynym uzasadnieniem dla tego wezwania były zastrzeżenia wywołane informacją uzyskaną przez Zamawiającego od ZDM Warszawa co do możliwości uzyskania poświadczenia o wykonanych robotach.

Oceniając taki stan faktyczny Izba doszła do przekonania, iż Wykonawca napotkał trudności w uzyskaniu referencji od odbiorcy usługi, na co wskazywał Zamawiającemu w odpowiedzi na kierowane do niego wezwania, co również potwierdził Zamawiający w rozmowie telefonicznej z przedstawicielem ZDM Warszawa. Na podstawie informacji utrwalonej w notatce służbowej Izba przyjęła za niesporną okoliczność istnienia obiektywnej przeszkody w uzyskaniu przez Wykonawcę dokumentu, w którym odbiorca usługi potwierdziłby należyte wykonanie usługi przed zakończeniem realizacji umowy, co nastąpi dopiero 30.11.2019 r. Zgodnie z siwz, Zamawiający wymagał złożenia referencji wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Postępowanie rozpoznawcze wykazało, iż Wykonawca nie miał obiektywnej możliwości uzyskania referencji od odbiorcy i w tej sytuacji Zamawiający nie mógł, jako uzasadnienia dla wykluczenia z postępowania, wskazywać na brak referencji od odbiorcy usługi i powinien dokonać oceny realizacji usługi w oparciu o złożone oświadczenie wraz z dodatkowymi dokumentami. W sytuacji, gdy oświadczenie własne Wykonawcy budziło zastrzeżenia w związku z przedłożonymi dodatkowo protokołami

odbioru, obowiązkiem Zamawiającego było wyjaśnienie okoliczności dotyczących dokonanych odliczeń od wynagrodzenia. Zamawiający tymczasem zaniechał dalszych czynności pozwalających na ocenę oświadczenia własnego Wykonawcy, co faktycznie doprowadziło do podjęcia negatywnej dla tego Wykonawcy decyzji proceduralnej o wykluczeniu go z postępowania. Należy zauważyć, iż po stronie Zamawiającego spoczywał w tej sytuacji ciężar wykazania zasadności podjętej w postępowaniu czynności, co oznaczało konieczność wykazania zasadności dokonanej oceny o braku wykazania należytego wykonania prac. Takim argumentem nie mogło być wskazanie w uzasadnieniu wykluczenia z postępowania na brak możliwości zweryfikowania, czy ZDM w Warszawie nie dokonał odliczeń od wynagrodzenia należnego EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z powodu nienależytego wykonania usług. Skoro dokumenty nie pozwalały na zweryfikowanie przyczyn dokonanych odliczeń, to Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że wynikały one z braku należytego wykonania umowy. Zgodnie z § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), Zamawiający mógł wystąpić bezpośrednio do ZDM w Warszawie o dodatkowe informacje pozwalające na rozwianie wątpliwości co do przyczyn, które doprowadziły do dokonania potrąceń z wynagrodzenia Wykonawcy. Ponieważ Wykonawca nie został wezwany do wyjaśnienia tej okoliczności w toku badania jego oferty, a Zamawiający również zaniechał inicjatywy w tym zakresie, Izba nie mogła odnieść się do tej kwestii przy rozpoznawaniu odwołania. Dopiero uzupełnienie oceny dokonane w toku ponownych czynności Zamawiającego w postępowaniu pozwoli na ustalenie, czy oświadczenie własne wykonawcy potwierdza rzeczywiście fakt należytej realizacji prac i wyznaczy dalszy kierunek czynności, jakie powinien podjąć Zamawiający w postępowaniu. Przywoływane w toku rozprawy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania, w ramach którego doszło do zawarcia umowy nr DZP/48/PN/42/15 – część III z dnia 18.05.2016 r., wskazują na potrzebę uwzględnienia zasad dokonywania odliczeń od wynagrodzenia opisanych postanowieniami pkt III.F specyfikacji technicznej, do których odwołuje się umowa w zapisach paragrafu 4 i 6. Ponieważ Zamawiający takiej oceny nie dokonał, a jedynym uzasadnieniem dla wykluczenia z postępowania Odwołującego było stwierdzenie braku referencji Izba stwierdziła, iż koniecznym jest powtórzenie czynności w postępowaniu poprzez wyjaśnienie okoliczności dotyczących dokonanych potrąceń przez ZDM w Warszawie.

Izba oceniła jako niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia brak opatrzenia oświadczenia Wykonawcy datą. Decydującą była bowiem treść i cel złożenia oświadczenia Zamawiającemu, jako dokumentu mającego zastępować referencje wystawione przez

odbiorcę usługi. Odnośnie pozostałych argumentów związanych z przedłożonymi protokołami odbioru Izba uznała, iż fakt zaciemnienia części informacji dotyczących kwot odliczeń od wynagrodzenia wykonawcy, jak i wielkości wynagrodzenia ustalonej w danym miesiącu świadczenia usługi, nie miał wpływu na ocenę dokumentów, gdyż informacje te nie odnosiły się do istotnej wątpliwości, jaką powziął Zamawiający, związanej z przyczynami dokonanych odliczeń. Ponownie w tym miejscu należy wskazać, iż obowiązkiem Zamawiającego było wystąpienie o wyjaśnienie tych okoliczności przez Wykonawcę lub bezpośrednio przez ZDM w Warszawie (§ 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Podjęcie decyzji o wykluczeniu bez umożliwienia Wykonawcy odniesienia się do wątpliwości Zamawiającego prowadziło do naruszenia zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy było jednoznaczne w swej treści i nie wskazywało na żądanie wyjaśnienia okoliczności dotyczących braku możliwości uzyskania referencji. Żądanie przedłożenia nowego wykazu usług oznaczało, iż Zamawiający oczekiwał wskazania nowej usługi, tylko na tej podstawie, że uznał za niewiarygodne istnienie przyczyn o obiektywnym charakterze, które czyniły niemożliwym uzyskanie referencji od odbiorcy usługi. Skoro Zamawiający sam ustalił z ZDM w Warszawie, iż podmiot ten nie wystawi referencji do czasu zakończenia umowy, to brak było uzasadnienia dla wzywania wykonawcy o uzupełnienie wykazu usług, a właściwym było podjęcie działań, które doprowadziłyby do wyjaśnienia okoliczności dotyczących zrealizowanych prac, skoro te budziły wątpliwości Zamawiającego. Dopiero po przeprowadzeniu tej procedury Zamawiający mógłby ustalić, czy wykaz usług rzeczywiście podlegał uzupełnieniu i dlaczego.

W świetle powyższego odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. i obciążyła nimi Zamawiającego. Ponieważ Odwołujący nie złożył rachunków wykazujących inne koszty poniesione w związku z postępowaniem odwoławczym, Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa oraz dojazdu, w wysokości 618 zł.

**Przewodniczący: .....**