

WYROK
z dnia 5 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2019 r. przez wykonawcę R. U., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. w Wieluniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy R. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy R. P. w Bydgoszczy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury we Wrocławiu – unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy R. U., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. w Wieluniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu 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 R. U., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. w Wieluniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – Rejonowego Zarządu Infrastruktury we Wrocławiu na rzecz wykonawcy R. U., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. w Wieluniu kwotę 11 151 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto

pięćdziesiąt jeden złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i uiszczonej opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 1151/19

Uzasadnienie

I. Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na remont sprzętu polowego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 marca 2019 r., nr 524767-N-2019 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 19 czerwca 2019 r. wykonawca R. U., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. P. TRUCK-CAMPER R. U. w Wieluniu (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i powodujący nierówne traktowanie wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych przez jego błędne i niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, iż Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub

rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

3) art 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z powodu jego wykluczenia;

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2019 r. wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych, stwierdzając, że Odwołujący złożył oświadczenie sprzeczne z prawdą, niezgodne z faktycznym stanem rzeczy w zakresie rzekomego spełnienia warunku doświadczenia określonego w SIWZ, które to działanie wprowadziło w błąd Zamawiającego. Zamawiający mianowicie uznał, że zakres prac Odwołującego wykonanych w ramach umowy 113/08/2017 wykonanie usługi w ramach umowy nr 113/08/2017 zawartej ze Stołecznym Zarządem Infrastruktury w Warszawie. nie obejmował, tak jak to stwierdził w oświadczeniu Odwołujący wymiany elementów brezentowych. Zamawiający stwierdził że w postępowaniu 113/08/2017 Odwołujący wykonał wymianę „tkaniny poliestrowej powlekanej PCV kolor khaki”, nie zaś elementów brezentowych wraz z elementami naciągu, jak określa to SIWZ Zamawiającego.

1) Wymiana elementów brezentowych

Odnosnie zarzutu braku wymiany elementów brezentowych, Odwołujący podnosił, że zarzut ten jest chybiony, gdyż z treści SIWZ zamówienia wykonanego na rzecz SZI Warszawa wynika jednoznacznie, iż przedmiotem usługi było: „d) montaż nowego kompletnego siedziska *brezentowego* odpowiedniego do wzoru stelaża, montaż kompletnego siedziska brezentowego BPT”. Ponadto Odwołujący kwestionował stanowisko Zamawiającego, że w przypadku łóżek polowych Odwołujący rzekomo nie dokonał wymiany elementów brezentowych, lecz „wymianę „tkaniny poliestrowej powlekanej PCV kolor khaki”.

Dostosowana tkanina poliestrowa powlekana PCV kolor khaki to właśnie brezent, co istotne, o specjalnych właściwościach, tj. wzmocniony włóknami syntetycznymi (poliester) oraz powlekany dodatkowo PCV.

Zgodnie z definicją: „Brezent to gruba tkanina lniana, niekiedy bawełniano-lniana lub z dodatkiem włókien syntetycznych, o dużej wytrzymałości na rozrywanie i ścieranie, nasycona środkami hydrofobowymi (wodoodporna)” (*źródło:* „*Słownik PWN*” <https://sjp.pwn.pl/slowniki/brezent.htm>). Skład brezentu może być zatem różny, zaś samo określenie ma charakter potoczny. Występuje zatem brezent lniany surowy, brezent lniany, brezent bawełniano-polipropylenowy, brezent bawełniano-poliestrowy, brezent bawełniany, brezent polipropylenowy, brezent poliestrowy. Przy wykonywaniu remontu łóżek polowych na

rzecz SZI Warszawa Odwołujący dokonał wymiany brezentu bawełniano-poliestrowego. Poliester oznacza grupę włókien syntetycznych (wiskoza, akryl, poliamid), Brezent wzmocniony włóknami syntetycznymi charakteryzuje się lepszą wytrzymałością na rozrywanie.

Stąd, kwestionowanie przez Zamawiającego faktu wykonania przez Odwołującego „wymiany elementów brezentowych” z tego powodu, że w SIWZ SZI Warszawa na określenie tkaniny brezentowej łożka polowego użyto precyzyjnego określenia materiału z którego składa się brezent, tj. „tkanina poliestrowa powlekana PCV” - uznać należy w ocenie Odwołującego za niedopuszczalną manipulację Zamawiającego.

Zamawiający nie określił w pkt III.1.3 „Zdolność techniczna lub zawodowa”, ust 1 „Doświadczenie” SIWZ, że warunkiem udziału jest wymiana brezent określonego rodzaju tj. o konkretnym składzie. Zresztą taki uściślenie byłoby kuriozalne, gdyż jakie znaczenie dla wykazania doświadczenia polegającego na wymianie materiału (tut, brezentu) ma z jakiego jest on materiału.

2) Wymiana elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty)

Odnosnie zarzutu, iż usługa na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie (dalej zwany „SZI Warszawa”) rzekomo nie obejmuje „wymiany elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny druty)”, Odwołujący wskazuje, iż jest to niezgodne z faktami, ponieważ stosownie do treści SIWZ wynika jednoznacznie iż z zakresem naprawy objęte było:

- 1) demontaż starego leżyska sprężyn i drucianych zaczepów,
- 2) prostowanie spawanie uzupełnienia elementów metalowych połączeniowych

Z powyższego wynika zatem, iż przedmiotem usługi była wymiana elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty), która polegała na zdemontowaniu elementów brezentowych oraz metalowych naciągu (sprężyny, druty). Odwołujący potwierdził, że wymienił te elementy na inne, które określone były w specyfikacji SZI Warszawa. Inną sprawą jest okoliczność, iż na życzenie Zamawiającego wymieniane elementy naciągu zostały zastąpione linką elastyczną. Dopuszczalność zastosowania rozwiązań technologicznie równoważnych przy zastosowaniu równoważnych materiałów, które spełniają wymagania określone przez zamawiającego, jest dopuszczalną formą realizacji zamówienia w zgodzie z zasadami konkurencyjności i równego traktowania. Potwierdza to wręcz szeroką wiedzę i doświadczenie Wykonawcy w zakresie napraw tego typu sprzętu kwaterunkowego, który daje rękojmię należytego i elastycznego wykonania zamówienia, przy zastosowaniu technologii nawet lepszej niż proponowana przez zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, zwrócić uwagę należy, że opis wymaganego doświadczenia zamieszczony w SIWZ pkt III.1.3 „Zdolność techniczna lub zawodowa” ust. 1

„Doświadczenie” nie obejmuje czynności „montażu elementów naciągu w technologii metalowej”. Takiego wymogu w zakresie doświadczenia po prostu nie ma w treści SIWZ. Niezależnie od tego Wykonawca oświadcza, że posiada doświadczenie także w tym zakresie, gdyż zamówienie zrealizowane na rzecz 16 WOG w Drawsku Pomorskim obejmowało m. in.: „montaż nowego leżyska i sprężyn”.

Podkreślić należy, że w wyjaśnieniach Odwołującego (pismo z dn. 11.06.2019 r.), nie znalazło się nigdzie stwierdzenie, iż w przypadku usługi wykonanej na rzecz SZI Warszawa, Odwołujący montował w miejsce zdemontowanych sprężyn, drutów elementy metalowe, lecz w zgodzie z faktami Odwołujący oświadczył Zamawiającemu, że „na życzenie Zamawiającego wymienione elementy naciągu zostały zastąpione linką elastyczną.”

Stąd, zarzut Zamawiającego, jakoby Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wprowadził w błąd Zamawiającego, wskazując rzekomo na czynności, których nie dokonał, jest całkowicie niezgodne z faktami oraz stanowi rażącą manipulację, skoro z treści wyjaśnień wynika zupełnie coś odmiennego.

3) Wymiana elementów laminatu

Zarzut ten jest zupełnie niezrozumiały. Odwołujący wyjaśnił w sposób wyczerpujący w piśmie z dn. 11.06.2019 r., iż wymiana elementów laminatu było przedmiotem usługi wykonanej na rzecz 16 WOG w Drawsku Pomorskim i nie była objęta usługą na rzecz SZI Warszawa, bo przedmiotem tej usługi nie były stoły połowę (cyt): *„Zamówienie wykonane na rzecz SZI Warszawa oczywiście nie mogło obejmować wymiany laminatów, ponieważ remont ten nie obejmował stołów, lecz dotyczył jedynie taboretów i łóżek połowych, gdzie laminaty nie występują”*.

Odwołujący zgłosił usługę wykonaną na rzecz SZI Warszawa w zakresie pozostałych czynności, tj. piaskowania elementów metalowych, malowania proszkowego elementów metalowych, wymiany elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty).

Natomiast na potwierdzenie doświadczenia polegającego na „wymianie laminatów” Odwołujący zgłosił usługę wykonaną na rzecz 16 WOG w Drawsku Pomorskim. Zresztą poza sporem jest, że taka usługa była objęta zamówieniem zrealizowanych na rzecz 16 WOG w Drawsku Pomorskim, gdyż wynika to wprost z e specyfikacji zamówienia, tj. (cyt):

Stół połowy

1) wymiana blatu stołu

a. blat wykonać zgodnie z wymiarami

b. grubość blatu minimum 7 mm

c. *materiał laminat* papierowo fenolowy PF CP 201 lub równoważny np. z laminatu konstrukcyjnego HPL,

- d. krawędzie boczne oszlifowane,
 - e. narożniki blatów zaokrąglone krzywizna o długości promienia $r=45$ mm f kolor płyty ciemny brąz
- 1) naprawa metalowej podstawy polegająca na:
 - a. wymianie uszkodzonych części,
 - b. piaskowania do I klasy czystości,
 - c. elementy metalowe lakierowane proszkowa farbą w sprayu zdrową RAL 60003
 - 2) montaż blatu do stelaża.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie dokonanej przez niego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym opłaty od skargi oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania. Wyjaśniał, że pismem z dnia 4 czerwca 2019 r. powołując się na art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego w formularzu nr 2 „Informacja o doświadczeniu Wykonawcy” oświadczenia dotyczącego spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo w związku z podejrzeniem, że w zaistniałej sytuacji zachodzą przesłanki wykluczenia Wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający powołując się na art. 24 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wezwał go również do przedstawienia dowodów na podjęcie środków gwarantujących jego rzetelność.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 11 czerwca 2019r. Robert Urbaniak oświadczył, iż zamówienie wykonane na rzecz SZI w Warszawie jest tożsame z przedmiotem postępowania prowadzonego przez RZI we Wrocławiu. Przy czym jednoznacznie stwierdził, iż „zamówienie wykonane na rzecz SZI Warszawa oczywiście nie mogło obejmować wymiany laminatów, ponieważ remont ten nie obejmował stołów, lecz dotyczył jedynie taboretów i łóżek polowych, gdzie laminaty nie występują”. Wykonawca tłumacząc swoje oświadczenie w zakresie wykonania na rzecz SZI wymiany elementów brezentowych wraz z

elementami naciągu tłumaczył, iż w treści SIWZ nie było wymogu, by Wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie „montażu elementów naciągu w technologii metalowej”.

Zamawiający podnosił, że jak podkreśla sam Odwołujący, wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wykonawca wiedział, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a mimo to na wezwanie Zamawiającego złożył „formularz nr 2” zgodnie z którego treścią oświadczył, iż dokonał naprawy sprzętu kwaterunkowego polowego wraz z ich odbiorem i dostawą do magazynu Zamawiającego, której zakres obejmował: piaskowanie elementów metalowych, malowanie proszkowe elementów metalowych, wymianę elementów z laminatów oraz wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu, na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie. Jak słusznie wskazuje odwołujący z treści referencji wystawionych przez Stołeczny Zarząd Infrastruktury nie wynikał zakres wykonanych prac. W związku z powyższym zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, Zamawiający przy ustaleniu czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu oparł się przede wszystkim na ww. formularzu, w którym Wykonawca jednoznacznie oświadczył, iż prace wykonane na rzecz SZI w Warszawie obejmowały całym swoim zakresem warunek udziału w postępowaniu, jakiego żądał Zamawiający. Gdyby nie informacja od R. P., zgodnie z którą zakres zrealizowanej przez R. U. usługi na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie nie odpowiadał warunkowi udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Wykonawcy, jakiego wymagał Zamawiający, Rejonowy Zarząd Infrastruktury uznałby za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez „TRUCK-CAMPER” pomimo, że Wykonawca składając nieprawdziwe oświadczenie, wprowadził tym samym Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

1) Wymiana elementów brezentowych.

W ocenie Zamawiającego, nie jest prawdą, że jak to twierdzi Odwołujący określenie „brezent” ma charakter potoczny i może to być każdy rodzaj materiału. Fakt, iż brezent może mieć różny skład nie oznacza, iż skład ten może być dowolny. Przede wszystkim warunkiem zakwalifikowania danej tkaniny do kategorii „brezent” jest jej duża wytrzymałość jak i wodoodporność. Przy czym wodoodporność wynika z odpowiedniej impregnacji tej tkaniny. Na uwagę zasługuje również fakt, iż w skład brezentu wchodzi włókna naturalne, a włókna syntetyczne mogą stanowić jedynie domieszkę do tkaniny naturalnej mając za zadanie jej wzmocnienie. Zgodnie z definicją zawartą na stronie internetowej www.brezent.pl (jest to blog technologiczny) „Brezent wojskowy jest jednym z rodzajów tkaniny brezentowej i charakteryzuje się nieprzemakalnością i dużą wytrzymałością mechaniczną. Dzięki połączeniu bawełny z włóknami syntetycznymi, takimi jak polipropylen, tkanina ta jest z powodzeniem wykorzystywana przez wojsko. Wśród różnych zastosowań używany jest

między innymi do produkcji łóżek polowych, potocznie zwanych kanadyjkami”. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia przedstawionego przez Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie, leżysko to materac którego zewnętrzna powłoka miała zostać wykonana z tkaniny poliestrowej powlekanej PCV. W żadnym miejscu SIWZ nie zostało napisane, że tkanina ta poza poliestrem ma zawierać również bawełnę. Przy czym sam Odwołujący na 5 stronie odwołania twierdzi, że dokonał wymiany brezentu bawełniano — poliestrowego”. Nawet gdyby przyjąć, że brezent może się składać w 100% z poliestru, to nie sposób uznać, że może on być powlekany PCV. W związku z powyższym to nie Zamawiający, a Odwołujący próbuje manipulować faktami, usilnie twierdząc, iż w użyte w SIWZ SZI w Warszawie określenie „tkanina poliestrowa powlekana PCV” stanowi precyzyjne określenie materiału, z którego składa się brezent.

2) Wymiana elementów brezentowych wraz z elementami naciągu.

Zdaniem Zamawiającego, nie sposób również przyjąć, iż ww. leżysko zostało wymienione jak twierdzi Odwołujący, wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty). Faktem jest, iż zgodnie z treścią SIWZ SZI w Warszawie przedmiotem zamówienia był demontaż starego leżyska, sprężyn i drucianych zaczepów, ale warunkiem udziału w postępowaniu jaki określił Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu było doświadczenie w zakresie wymiany tych elementów (tj. zastąpienie starych elementów naciągu tj. sprężyn i drutów nowymi), a nie jedynie ich demontaż. Zgodnie z SIWZ dostarczonym przez SZI w Warszawie mocowanie do stelaża miało zostać wykonane za pomocą sznurowania linką elastyczną pod spodem łóżka. Nawet gdyby przyjąć, jak podnosi Odwołujący, że „na życzenie Zamawiającego wymieniane elementy zostały zastąpione linką elastyczną” to tym bardziej potwierdza, to że Wykonawca wiedział od samego początku, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a mimo to złożył w pełni świadomie fałszywe oświadczenie dające Zamawiającemu podstawy do uznania, że prace przez niego wykonane obejmowały zakres wymagany przez Zamawiającego. W samym odwołaniu R. U. raz twierdzi, że dokonał wymiany elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny i druty), by za chwile podnieść, że Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu w opisie doświadczenia nie wymagał od Wykonawców „montażu elementów naciągu w technologii metalowej”, podczas gdy naciąg w technologii naciągu sprężynowego jest takim właśnie naciągiem. Zamawiający wykluczając Odwołującego z ww. postępowania wyraźnie wskazywał, że Wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie technologii naciągu linką elastyczną, a nie w zakresie technologii naciągu sprężynowo - metalowego. Użycie więc w odwołaniu skrótu „naciągu technologii metalowej” i podnoszenie, iż nie taki był warunek postawiony przez Zamawiającego, stanowi kolejną próbę manipulacji faktami przez Odwołującego.

Okoliczność, iż jak to podkreśla R. U. w wyjaśnieniach złożonych przez niego w dniu 11 czerwca 2019r. oświadczył, że „na życzenie Zamawiającego wymienione elementy naciągu zostały zastąpione linką elastyczną” tym bardziej potwierdza, że znając warunek udziału w postępowaniu, a mimo wszystko powołując się na doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji zadania na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie i wiedząc że nie obejmowało ono naciągu w technologii naciągu sprężynowego, w formularzu nr 2 Wykonawca celowo wprowadził Zamawiającego w błąd. I nie jest tak, że Zamawiający twierdzi, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wprowadził go błąd, jak to twierdzi Odwołujący, a składając formularz nr 2, który to formularz miał na celu potwierdzenie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

3) Wymiana elementów laminatu.

Jak już wcześniej wskazano, w formularz nr 2 (Informacja o doświadczeniu Wykonawcy) w kolumnie nr 1 w pkt 1, Wykonawca oświadczył, iż wykonał na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie naprawę sprzętu kwaterunkowego polowego wraz z jego odbiorem i dostawą do magazynu Zamawiającego, której zakres obejmował m.in. wymianę elementów z laminatów. Fakt, iż w samych wyjaśnieniach (kiedy Zamawiający poinformował go, że posiada już w tym zakresie informacje od SZI w Warszawie) Odwołujący wskazał, że „wymiana elementów laminatu była przedmiotem usługi wykonanej na rzecz 16 WOG w Drawsku Pomorskim i nie była objęta usługą na rzecz SZI Warszawa, bo przedmiotem tej usługi nie były stoły polowe”, potwierdza, iż przedkładając Zamawiającemu formularz nr 2, złożył on jednocześnie nieprawdziwe oświadczenie co do spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, Zamawiający stwierdzał, że Wykonawca R. U. „Truck-Camper” Z.P. R. U. nawet nie tyle, co w wyniku rażącego niedbalstwa, a zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co wypełnia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych i rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia takiego Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istotne w niniejszym stanie faktycznym jest również to, że gdyby nie informacja od R. P. zgodnie z którą zakres zrealizowanej przez R. U. usługi na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie nie odpowiadał warunkowi udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Wykonawcy, jakiego wymagał Zamawiający, Rejonowy Zarząd Infrastruktury uznałby za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez „TRUCK-CAMPER”. Zamawiający nie miałby nawet możliwości powzięcia samodzielnie wątpliwości co do oświadczenia złożonego przez Wykonawcę, bo przyjął, że Wykonawca, który wcześniej realizował zadania na rzecz Wojska Polskiego przedkładając na dowód tego pozytywne referencje, nie chciałby wprowadzić go w błąd. Mając na uwadze wyrok Krajowej

Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2018r. (sygn. akt 1865/18) należy podkreślić, iż „wprowadzenie w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością (...) Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem wyobrażenia o nim”. W niniejszym stanie faktyczny z taką sytuacją mamy do czynienia.

Nie mniej przed samym wykluczeniem tegoż Wykonawcy, Zamawiający wzywając go do wyjaśnień w zakresie treści złożonego przez niego formularza nr 2 dał mu jednocześnie szansę na samooczyszczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 8 Prawa zamówień publicznych. Wykonawca wiedząc, że Zamawiający dysponuje dowodami na to, że realizowane przez niego zamówienie na rzecz SZI w Warszawie nie odpowiada swym zakresem wymaganemu przez RZI we Wrocławiu doświadczeniu, nie tylko nie przedstawił dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność, o których mowa w art. 24 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, ale dalej twierdził, że na rzecz SZI dokonał wymiany elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty) tłumacząc przy tym jednocześnie, iż w treści SIWZ nie było wymogu, by Wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie „montażu elementów naciągu w technologii metalowej”. Odwołujący nie przyznał w żadnym zakresie, że wprowadził Zamawiającego w błąd, a to jest warunkiem samooczyszczenia. Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, że fakt, iż Wykonawca przedłożył dwie referencje, to Zamawiający w przypadku wątpliwości co do zakresu napraw wykonanych na rzecz SZI w Warszawie, powinien uwzględnić drugą referencję wykonaną na rzecz 16 WOG w Drawsku Pomorskim. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby odwoławczej z dnia 2 marca 2018 roku (sygn. akt KIO 297/18) „Niewątpliwym jest, że wykonawca każdą robotą/usługą Wykazu zamierza potwierdzać spełnienie warunku, więc każdą taką usługę czy robotę należy ocenić z taką samą starannością. Złożona oferta winna zawierać poprawne i prawdziwe informację w każdym zakresie”. W związku z powyższym Zamawiający nie miał prawa uznać referencji na wykonane przez Odwołującego prace na rzecz 16 WOG w Drawsku Pomorskim (nawet gdyby referencje te potwierdzałyby spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu) w sytuacji kiedy Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do zakresu zamówienia realizowanego na rzecz SZI w Warszawie. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie podkreśla się, iż wykluczenie Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych stanowi sankcję dla nieuczciwych Wykonawców (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 lutego 2018r. (sygn. akt 113/18). Wykonawca, który jest nieuczciwy już w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie daje w żaden sposób rękojmi należytego wykonania umowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca R. P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy R. P. w Bydgoszczy, (dalej: Przystępujący).

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego. Jeżeli pojęcie „brezent” zostało użyte w specyfikacji w opisie sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to nie w znaczeniu potocznym, ale w rozumianym przez specjalistów. Zresztą definicja ze strony internetowej przywołanej przez zamawiającego i definicja słownikowa są ze sobą zbieżne i wskazują, że brezent to tkanina z włókien naturalnych ewentualnie z dodatkiem włókien syntetycznych, wytrzymała i wodoodporna. Tkanina powlekana PCV to kodura i specjalista bez trudu odróżni kodurę od brezentu. Podkreśla że oświadczenie odwołującego z formularza nr 2 kolumna 1 pozycja 1 jest bezspornie niezgodne z rzeczywistością w odniesieniu do wymiany elementów z laminatów. Jeżeli odwołujący twierdzi, że skopiował nazwę przedsięwzięcia i ją omyłkowo wkleił to nie podaje źródła kopiowania. Ponadto w wyjaśnieniach z 11 czerwca 2019 nie dokonał samooczyszczenia. Podkreśla, że oświadczenie z formularza nr 2 jest istotnym oświadczeniem przesądzającym o udziale w postępowaniu. Zauważa, że sam odwołujący odróżnia w ramach zamówienia wykonanego dla Stołecznego Zarządu Infrastruktury siedziska brezentowe od leżysk wykonanych z innej tkaniny. Co do taboretów polowych Odwołujący nie wyjaśnił, w jakiej kwocie dokonano wymiany elementów brezentowych tychże taboretów - aby spełnić warunek wartość tej wymiany musi wynosić co najmniej 200 000 zł. Wskazywał, że wcześniejsze uwzględnienie odwołania nie przesądza, że przy powtórzeniu czynności i badania ofert wynik może być oparty na takich samych podstawach jak poprzednio.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z pkt III. 1.3 SIWZ „Zdolność techniczna lub zawodowa”, ust 1 „Doświadczenie” (kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach

postępowania), aby potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej dwie usługi na kwotę min. 75 000,00 zł brutto - każda z nich lub co najmniej jedną usługę na kwotę min. 150 000,00 zł brutto - polegające na remoncie sprzętu kwaterunkowego. którego zakres obejmował piaskowanie elementów metalowych, malowanie proszkowe elementów metalowych, wymianę elementów z laminatów oraz wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu (sprężyny, druty), wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu na rzecz którego została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających, czy powyższa usługa została wykonana należycie.

2. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu, zgodnie z formularzem nr 2 „Informacja o doświadczeniu wykonawcy”, wykaz wykonanych usług. W wykazie Odwołujący podał dwie usługi – nr 1 „naprawa sprzętu kwaterunkowego polowego wraz z ich odbiorem i dostawą do magazynu Zamawiający, zakres obejmował piaskowanie elementów metalowych, malowanie proszkowe elementów metalowych, wymianę elementów z laminatów oraz wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu”, wykonana dla Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie oraz nr 2 „remont sprzętu kwaterunkowego polowego wraz z ich odbiorem i dostawą do magazynu Zamawiający, zakres obejmował piaskowanie elementów metalowych, malowanie proszkowe elementów metalowych, wymianę elementów z laminatów oraz wymianę elementów brezentowych wraz z elementami naciągu”, wykonana dla 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim. Wartość obu usług przekraczała 200 tysięcy złotych

3. Do wykazu Odwołujący załączył dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie. Dla usługi nr 1 wskazano, że obejmowała na usługę „naprawy łóżek i taboretów polowych”.

4. Zamawiający w dniu 7 maja 2019 r. wykluczył Odwołującego, wskazując, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a według wiedzy Zamawiającego zakres prac wykonanych dla Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie nie obejmował piaskowania elementów metalowych, malowania proszkowego elementów metalowych, wymiany elementów z laminatów oraz wymiany elementów brezentowych wraz z elementami naciągu.

5. Odwołujący na powyższą czynność wniósł odwołanie, zarzucając m.in. naruszenie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych., które Zamawiający uwzględnił w całości, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie sygn. akt KIO 879/19.

6. Następnie Zamawiający w dniu 4 czerwca 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonego na formularzu nr 2 oświadczenia

o spełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że z korespondencji ze Stołecznym Zarządem Infrastruktury w Warszawie wynika, że zakres prac remontowych nie obejmował montażu elementów naciągu w technologii metalowej (wymiana sprężyn), lecz w technologii naciągu sznurem – linką elastyczną. Ponadto zakres prac obejmował tylko remont łóżek i taboretów polowych, a więc nie wykonano remontu stołów polowych, a zatem nie wymieniono elementów z laminatów. Zamawiający „w związku z podejrzeniem, że w zaistniałej sytuacji zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych”, Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wezwał Odwołującego do przedstawienia dowodów na podjęcie środków gwarantujących rzetelność wykonawcy.

7. Odwołujący w dniu 11 czerwca 2019 r. udzielił wyjaśnień, w których wskazał, że na potwierdzenie posiadanego doświadczenia legitymuje się wykonaniem usługi dla 16 WOG w Drawsku Pomorskim, a wykonanie usługi dla SZI w Warszawie zostało wskazane dodatkowo. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazywał, że usługa wykonana dla SZI w Warszawie nie obejmowała wymiany elementów z laminatów – ponieważ obejmowała naprawę łóżek i taboretów (a nie obejmowała stołów, których blaty wykonane są z laminatów). Zakres wykonanej usługi wynika z załączonej referencji, Odwołujący nie zamierzał wprowadzić Zamawiający w błąd opisując nazwę przedsięwzięcia, a jedynie wynikało to z omyłki (skopiowanie takiego samego opisu dla obu usług).

8. Zamawiający w dniu 14 czerwca 2019 r. wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych. W uzasadnieniu swej decyzji podał, że Odwołujący złożył oświadczenie sprzeczne z prawdą, niezgodne z faktycznym stanem rzeczy w zakresie rzekomego spełnienia warunku doświadczenia określonego w SIWZ, które to działanie wprowadziło w błąd Zamawiającego w zakresie istotnej informacji dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane. Odwołujący powołał się na wykonanie usługi w ramach umowy nr 113/08/2017 zawartej ze Stołecznym Zarządem Infrastruktury w Warszawie. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że zakres prac Odwołującego wykonanych w ramach umowy 113/08/2017 nie obejmował, tak jak to stwierdził w oświadczeniu Odwołujący wymiany elementów brezentowych. Zamawiający stwierdził że w postępowaniu 113/08/2017 Odwołujący wykonał wymianę „tkaniny poliestrowej powlekanej PCV kolor khaki”, nie zaś elementów brezentowych wraz z elementami naciągu. W ramach tej usługi nie zrealizowano również wymiany elementów naciągu w technologii „naciągu sprężynowego, metalowego”, ani wymiany elementów z laminatów.

9. Z decyzją Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i wniósł odwołanie, które zainicjowało niniejsze postępowanie odwoławcze.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić.

Jak słusznie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 1865/18, dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych muszą zostać kumulatywnie spełnione trzy przesłanki, aby ziszcza się przyczyna wykluczenia wykonawcy na tejże podstawie, tj.:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu,
3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Odwołujący przedstawił w wykazie dwie usługi – usługa wykonana dla SZI w Warszawie i 16 WOG w Drawsku Pomorskim.

Zamawiający opisując podstawy faktyczne wykluczenia w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych skoncentrował się wyłącznie na jednej z tych usług – usłudze wykonanej dla SZI w Warszawie

W uzasadnieniu wykluczenia z dnia 14 czerwca 2019 r. Zamawiający nie wskazuje żadnych okoliczności, związanych z drugą usługą, wykonaną na rzecz 16 WOG w Drawsku Pomorskim. Jeżeli druga usługa potwierdza, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, to w ocenie składu orzekającego nie mogła się ziszczyć przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych. Informacja niezgodna z rzeczywistością, wprowadzająca Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku w postępowaniu, musi w ocenie składu orzekającego przesądzać o tym, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jeżeli Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do drugiej usługi, która – być może – potwierdza spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, to w takich okolicznościach informacje podane przez Odwołującego w opisie pierwszej z usług są irrelewantne dla stwierdzenia, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. W konsekwencji opis nazwy przedsięwzięcia pierwszej z usług, dokonany przez Odwołującego na formularzu nr 2, nie może stać się podstawą wykluczenia go z postępowania.

Oczywiście wykonawca powinien składać ofertę, w tym opisywać usługi potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu ze szczególną starannością, jednak nie można wykluczyć, że popełni omyłkę czy błąd. W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia Odwołującego, że skopiował opis usługi – w obu pozycjach jest taki sam, jedynie w pierwszej pozycji wskazano, że usługa polegała, na naprawie a w drugiej, że na remoncie – przez co omyłkowo wskazano, że usługa nr 1 obejmuje wymianę laminatów, jest

przekonujące. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2019 r. jednoznacznie przyznał się do popełnienia omyłki. Odwołujący nie upiera się, że wykonał usługi w zakresie innym, niż zostały wykonane w rzeczywistości. Co do wymiany laminatów – bezsporne jest, że Odwołujący nie wykonał takiego zakresu prac w ramach usługi dla SZI w Warszawie. Zatem Zamawiający powinien zbadać, czy druga usługa - wykonana dla 16 WOG w Drawsku Pomorskim - może potwierdzać warunek udziału w postępowaniu. W piśmie uzasadniającym wykluczenie tymczasem nie znalazła się żadna wzmianka, wskazująca, że Zamawiający badał, czy usługa wykonana przez Odwołującego na rzecz 16 WOG w Drawsku Pomorskim potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odnosnie zagadnienia znaczenia pojęcia „brezent” oraz czy wykonanie naciągów z linki elastycznej potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, że strony w tym zakresie prezentują odmienne stanowiska. O ile warunek udziału w postępowaniu może podlegać różnym interpretacjom, i Odwołujący może trwać w mylnym, choć dającym się usprawiedliwić subiektywnym przekonaniu, że warunek ten spełnia, to w ocenie składu orzekającego, ostateczne ustalenia w tym zakresie nie mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych, a ewentualnie do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ Zamawiający nie wykluczył wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, a zarzuty odwołania były skorelowane z podstawą wykluczenia, Izba, jako że jest związana zarzutami odwołania zgodnie z 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, nie mogła badać w niniejszym postępowaniu odwoławczym, czy Odwołujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tj. Izba nie rozstrzygała o znaczeniu słowa „brezent” i rodzajach naciągów użytych przez Zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu).

Ponieważ Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych, Izba badała jedynie, czy ziściły się łącznie trzy przesłanki, podane wyżej. W ocenie Izby przesłanki te nie ziściły się łącznie – wskazanie w opisie usługi wykonanej dla SZI w Warszawie nie przesądzało, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Nie było sporne, że Odwołujący tenże zakres – wymianę elementów z laminatów – wykonał dla 16 WOG w Drawsku Pomorskim. Dlatego, nawet, gdyby twierdzić, że doszło do wprowadzenia Zamawiający w błąd co do zakresu wykonania tej usługi (co Odwołujący jednak wyjaśnił omyłką, i w ocenie Izby wyjaśnienie to jest przekonujące w kontekście zakresu usługi podanego w referencjach, towarzyszących wykazowi usług), to informacja ta nie mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd, polegający na przyjęciu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu – skoro w wykazie podano drugą usługę, której Zamawiający nie przeanalizował pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego nie ziszcila się przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....