

WYROK
z dnia 18 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Przemysław Dzierzędzki
Marek Szafraniec

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2016 r. przez wykonawcę „N.R.” Sp. z o.o z siedzibą w Łodzi, ul. Kopcińskiego 56 w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104 90-926 Łódź przy udziale wykonawcy D.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.W. „DAR” z siedzibą w Łodzi przy ul. Kosodrzewiny 88 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1780/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, które będzie poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym w trybie przepisu art.26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.) i w trybie przepisu § 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu wyroku,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.W. „DAR” z siedzibą w Łodzi przy ul. Kosodrzewiny 88 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „N.R.” Sp. z o.o z siedzibą w Łodzi, ul. Kopcińskiego 56 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.W. „DAR” z siedzibą w Łodzi przy ul. Kosodrzewiny 88 na rzecz wykonawcy „N.R.” Sp. z o.o z siedzibą w Łodzi, ul. Kopcińskiego 56 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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 Łodzi.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Sygn. akt: KIO 1780/16

Zamawiający: Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104 90-926 Łódź wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016-2019”, w podziale na 13 części, w tym część 1 - Rejon I - obejmujący obszar Zimna Woda – Żabieniec, część 10 -Rejon X - obejmujący obszar Dąbrowa – Zarzew, część 11 - Rejon XI - obejmujący obszar Olechów - Andrzejów część 12 - Rejon XII - obejmujący obszar Kurak - Ruda Pabianicka, oznaczone znakiem: DOA-ZP-VIII.271.12.2016.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 kwietnia 2016r. pod numerem 2016/S 067-117408.

W dniu 14 września 2016 r. Odwołujący: „N.R.” Sp. z o.o z siedzibą w Łodzi, ul. Kopcińskiego 56 powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 12 złożonej przez Wykonawcę: D.W.a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.W. „DAR” z siedzibą w Łodzi przy ul. Kosodrzewiny 88, zwanego dalej DAR lub D.W..

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 23 września 2016r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na wadliwe czynności badania i ocen ofert w części 12 złożonych w postępowaniu, które to czynności doprowadziły do nieprawidłowego uznania, że oferta złożona przez DAR jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu oraz odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, chociaż w rzeczywistości tak nie jest, a w konsekwencji wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej, pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych - podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz jego oferta podlegała odrzuceniu, a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał jego wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

A. art. 24 ust. 2) pkt. 3) ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1) pkt. 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia czynności wykluczenia z udziału w

postępowaniu Wykonawcy D.W.a, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia pomimo tego, że zaistniały ku temu przesłanki faktyczne i prawne.

Z ostrożności procesowej w przypadku nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu opisanej w pkt. A zarzucił:

B. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w związku podstawie § 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (w dalszej części zwanym Rozporządzeniem o dokumentach) poprzez zaniechanie wezwania Zamawiającego Wybranego Wykonawcy do złożenie wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem pomimo tego, że zaistniały ku temu przesłanki faktyczne i prawne.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez D.W.a,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu ramach której Zamawiający zobowiązany będzie do wykluczenia z udziału w postępowaniu D.W.a oraz jego ofertę odrzucić,

Z ostrożności procesowej wnosil o:

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w ramach której Zamawiający zobowiązany będzie do wezwania Wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W zakresie podniesionego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2) pkt. 3) ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zwrócił uwagę, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie (art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp), a o tym, jaka wiedza i doświadczenie jest w okolicznościach danego zamówienia niezbędna, aby dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia decyduje zamawiający dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu.

Zauważył, że zgodnie z Rozdziałem 5 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania Zamawiający w następujący sposób sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i

doświadczenia:

5.1.2 posiadania wiedzy i doświadczenia - Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał należycie lub wykonuje należycie:

dotyczy każdej części zamówienia (części 1-13 zamówienia)

5.1.2.1 co najmniej 2 usługi w zakresie mechanicznego, zimowego utrzymania utwardzonych dróg o łącznej długości pasów ruchu minimum 100 km w okresie nie krótszym niż 3 miesiące w sposób ciągły

oraz

5.1.2.2 co najmniej 1 usługę w zakresie mechanicznego oczyszczania utwardzonych dróg o łącznej długości strefy przykrawężnikowej minimum 70 km

oraz

5.1.2.3 co najmniej 1 usługę w zakresie ręcznego oczyszczania terenów o powierzchni nie mniejszej niż 150 000 m².

Uwaga

(...)

3) Jeżeli Wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedną część zamówienia (maksymalnie na dwie części), na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 5.1.2.2 SIWZ - winien wykazać się usługą / usługami odpowiadającą / odpowiadającymi sumie długości strefy przykrawężnikowej dla danych części zamówienia. Usługi nie mogą się powtarzać. Np. wykonawca składając ofertę na 2 części zamówienia winien wykazać się, co najmniej usługą /usługami o łącznej długości strefy przykrawężnikowej minimum 140 km.

Odwołujący wskazał, że wybrany Wykonawca celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego - R.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Transport-Handel R.C. z siedzibą w miejscowości Jasień 230 97-217 Lubochnia, zwanym w dalszej części odwołania R.C. do udostępnienia potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz Wykaz Głównych Usług sporządzony zgodnie z formularzu Nr 6 stanowiącym załącznik do SIWZ.

Zaznaczył, że w treści wykazu Usług Wybrany Wykonawca, jako usługę potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu zadeklarował, w zakresie części 12 zadanie pn.: „Pozimowe oczyszczanie i sprzątanie dróg oraz czyszczenie i regulacja studzienek deszczowych i kanalizacyjnych na odcinku 75,5 km”.

Wyjaśnił również, że celem potwierdzenia, że wskazana w Wykazie usługa została

wykonana należycie D.W. przedłożył dowód w postaci dokumentu pn. „Referencje” z dnia 30 maja 2016 wystawionego przez Zakład Gospodarki Odpadami EKORD W. i L. Sp. j. z siedzibą w Kutnie (99 - 300 Kutno) przy ul. Majdany 10, w dalszej części zwanej EKORD.

Według Odwołującego z treści ww. dokumentu wynikają następujące okoliczności:

- Transport Handel R.C. Jasień 23 97-217 Lubochnia wykonał prace w zakresie pozimowego oczyszczania i sprzątnięcia dróg oraz czyszczenia i regulacji studzienek deszczowych i kanalizacyjnych łącznie na odcinku 75,5 km - zlecenie wykonał zgodnie z umową zawartą w dniu 1 -05-2016 nr umowy 04/2016 -prace zostały wykonane zgodnie z umową , w wyznaczonym terminie wykonania, jakość wykonanego zlecenia oceniam na bardzo dobrą(...),

- prace zostały wykonywane na drogach gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych oraz autostradach.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że celem potwierdzenia spełniania powyższego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia - mechanicznego oczyszczania utwardzonych dróg w zakresie części 10 postępowania wybrany Wykonawca przedstawił tożsame zobowiązanie podmiotu trzeciego - R.C. oraz dokument pn. „Referencje” wystawiony w dniu 9 maja 2016 r. przez EKORD, z którego wynika wykonanie usługi mechanicznego oczyszczania utwardzonych dróg gminnych, osiedlowych, powiatowych i autostrad o łącznej długości strefy przy krawężnikowej 110 km.

Prace te miały być wykonane na podstawie umowy zawartej dniu 8 kwietnia 2016 r.

Podsumowując, zdaniem Odwołującego EKORD poświadczył, że R.C. w okresie od 8 kwietnia 2016 r. do 30 maja 2016 wykonał na jego rzecz łącznie 185,5 km oczyszczania dróg gminnych, osiedlowych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych i autostrad.

Podkreślił przy tym, że wskazany zakres i rodzaj wymienionych w referencji dróg wskazuje na konieczność uzyskania zamówienia publicznego od wielu zarządców dróg tj.

- 1) autostrady i drogi krajowe - wyłączny zarządca - GDDKiA,
- 2) drogi wojewódzkie - wyłączny zarządca -Wojewódzki Zarząd Dróg
- 3) drogi powiatowe - wyłączny zarządca -Starostwa Powiatowe
- 4) drogi gminne - wyłączny zarządca - Urzędy Gmin i Miast.

W ocenie Odwołującego - z załączonych do oferty referencji wprost nie wynika na jakich drogach (odcinkach, miejscowościach,) i na czyją rzecz - jakiego zarządcy drogi powyższe prace zostały wykonane (tak jak miało to miejsce w przypadku referencji wystawionej przez PRDiM z Piotrkowa Trybunalskiego oraz załączonej do oferty), co

wzbudziło wątpliwości Odwołującego, który jako firma od kilkunastu lat zajmując się utrzymaniem letnim i zimowym dróg, na terenie zarówno woj. łódzkiego i mazowieckiego, jak i całego kraju, nie posiada wiedzy na temat faktu, by firma EKORD składała oferty oraz uzyskiwała zamówienia publiczne w zakresie mechanicznego utrzymania dróg utwardzonych w tym gminnych, osiedlowych, powiatowych, krajowych i autostrad.

Dalej argumentował, że gdyby spółka EKORD uzyskała zamówienie publiczne w zakresie zgodnym z warunkiem udziału w postępowaniu lub zbliżonym musiałoby to znaleźć swój ślad w odpowiednich, publicznie dostępnych publikatorach.

Odwołujący stanął na stanowisku, że skonstruowane w ten sposób referencje powinny przede wszystkim wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, który na podstawie § 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane powinien zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Zauważył, że Zamawiający z uprawnienia tego skorzystał wielokrotnie w przedmiotowym postępowaniu, lecz w części XII stanowiącej przedmiot niniejszego odwołania z nieznanymi przyczynami zaniechał jednak podjęcia ww. czynności sprawdzających.

Dodatkowo, Odwołujący wyjaśnił, że w celu rozwiania powstałych po analizie referencji wątpliwości Odwołującego co do ich prawdziwości oraz przeprowadzeniu szczegółowej procedury rozeznania informacji o organizowanych przetargach przez zarządców dróg, którzy z oczywistych przyczyn zobowiązani są przy udzielaniu zamówień do stosowania przepisów ustawy Pzp, a co za tym idzie publikowania na swoich stronach internetowych informacji (ogłoszenia) wyborze najkorzystniejszych ofert, o zawarciu umów oraz o podmiotach, którym zlecają prace, Odwołujący (za pośrednictwem GNOM sp. z o. o. należącej do tej samej grupy kapitałowej) w trybie informacji publicznej w dniu 16 września 2016 r. zwrócił się do podmiotów odpowiedzialnych za utrzymanie dróg z zapytaniem czy podmiot EKORD świadczył na ich rzecz usługi mechanicznego oczyszczania dróg lub czy był zgłoszona, jako podwykonawca.

Ponadto, wywodził, że gdyby spółka EKORD uzyskała zamówienie publiczne w zakresie zgodnym z warunkiem udziału w postępowaniu lub zbliżonym musiałoby to znaleźć swój ślad w odpowiednich publikatorach, a do dnia złożenia niniejszego odwołania, żaden podmiot odpowiedzialny za utrzymanie dróg nie potwierdził, że zlecił firmie EKORD

mechaniczne oczyszczanie dróg.

Poza tym, wskazał na okoliczność, że spółka EKORD na swojej ogólnodostępnej stronie internetowej informuje, że specjalizuje się wyłącznie w zagospodarowaniu odpadów, w tym odpadów niebezpiecznych.

W przetargach, których przedmiotem był podany na stronie internetowej zakres działalności składała oferty i uzyskiwała zamówienia publiczne.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego - niemożliwe jest by firma EKORD sama nie uzyskawszy zleceń na wykonanie usługi oczyszczania dróg, podzleciła Robertowi Czapnikowi wykonanie ww. prac wskazanych w Referencji, zobowiązaniu oraz Wykazie głównych usług, których realizacja była warunkiem udziału w postępowaniu określonym w ogłoszeniu oraz w SIWZ.

Konsekwencją powyższego podmiot trzeci - R.C., na którego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia powołuje się wybrany Wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, w okresie wskazanym w Wykazie usług i załączonych Referencjach nie mógł – zdaniem Odwołującego - wykonać usług określonych w warunku udziału w postępowaniu w zakresie mechanicznego oczyszczania utwardzonych dróg.

W konsekwencji, w opinii Odwołującego - wybrany Wykonawca wskazując w Wykazie usług, którego przedłożenie ma służyć potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, wykonania zadania polegającego na wykonaniu co najmniej 1 usługi w zakresie mechanicznego oczyszczania utwardzonych dróg o łącznej długości strefy przykrawężnikowej minimum 70 km, którego realizacja zakończyła się 30.05.2016 r. złożył nieprawdziwe informacje, które miały istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem ich złożenie skutkowało wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, co do oceny spełniania przez Wybranego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w 2 częściach postępowania.

Wskazał, że od samego wykonawcy, który jako profesjonalista działający w obrocie gospodarczym zależy, jakie dane zawrze w Wykazie usług/dostaw /robót budowlanych, które będą potwierdzać /nie potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym w omawianym przypadku nie ma znaczenia, że takie dane zawarte są w przedłożonej wraz z w/w Wykazem Referencji wystawionej dla R.C. przez EKORD, ponieważ referencje mają za zadanie potwierdzić należyte wykonanie usługi i nie

jest właściwe prezentowanie stanowiska zgodnie, z którym referencje winny zawierać elementy odnoszące się do brzmienia warunku. Referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjny, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania.

Także w przypadku, gdy wykonawca powołuje się w swojej ofercie na zasoby podmiotu trzeciego, ocenie czy wykonawca spełnia / nie spełnia warunku udziału w postępowaniu podlega treść oświadczenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego przedłożone w Wykazie usług w treści, którego powinien dokładnie wykazać, jakim doświadczeniem dysponuje podmiot to doświadczenie udostępniający.

Zdaniem Odwołującego konkurent zobowiązany jest do dołożenia staranności przy doborze partnerów - podmiotów trzecich, na których zasoby zamierza się powołać składając ofertę oraz dokładności i szczegółowego zbadania informacji i dokumentów pochodzących od tych podmiotów np. poprzez wpisanie kluczowej frazy w wyszukiwarkę internetową, sprawdzenie informacji na stronie podmiotu, na rzecz której została zrealizowana usługa.

Według Odwołującego sankcji wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu podlegają nie tylko wykonawcy działający z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale także tacy, którzy podali takie informacje w wyniku ich niedbalstwa oraz tzw. winy w nadzorze nad podmiotem trzecim.

W przypadku podawania informacji pochodzących od podmiotu trzeciego Wykonawca ponosi – zdaniem Odwołującego - winę w nadzorze i w pełni odpowiada za informacje uzyskiwane od podmiotów, których potencjałem się posługuje, a także jest zobowiązany dołożyć należytej, a nawet podwyższonej staranności przy podawaniu takich informacji zamawiającym, czyli podawać jedynie informacje precyzyjne, wiarygodne i w pełni sprawdzone.

W tym kontekście i znaczeniu Wykonawca był winien poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W przypadku podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, które miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, dokumenty, które obarczone są wadą nie mogą być uzupełnione na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia publicznego wypełnia znamiona czynu zabronionego opisanego w

art. 297 § 1 Kodeksu karnego Odwołujący oświadczył, że złożył do Prokuratury Rejonowa Łódź - Polesie zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa.

W związku z powyższym, w świetle przedstawionej powyżej argumentacji, Odwołujący stwierdził, że Wykonawca D.W.:

- 1) po pierwsze złożył nieprawdziwe informacje,
- 2) po drugie stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 3) po trzecie wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa

Mając powyższe na uwadze podniósł, że w opisanej sytuacji spełniła się przesłanka do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, określona w art. 24 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

W dniu 26 września 2016r. D.W. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na rzecz wykonawcy kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, a także przeprowadzenie dowodów z zeznań świadka celem stwierdzenia, iż w przypadku, gdy dokument referencji potwierdzające wykonywanie przez R.C. na rzecz Zakładu Gospodarowania Odpadami Ekord W. i L. sp. j. usług w zakresie poziomego oczyszczania i sprzątnięcia dróg oraz oczyszczania regulacji studzienek deszczowych i kanalizacyjnych łącznie na odcinku 75,5 km zawierały nieprawdziwe informacje to wykonawca nie posiadał świadomości co do ich nieprawdziwości i nie działał z zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego oraz celem stwierdzenia, iż wykonawca posiada należyłą wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia poprzez jej udostępnienie od innego podmiotu i spełnia warunki udziału w postępowaniu a jego usługi spełniają warunki określone przez Zamawiającego.

D.W. wnosił również o przeprowadzenie dowodów z referencji innego podmiotu wraz ze zobowiązaniem do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym w SIWZ celem stwierdzenia, iż posiada on należyłą wiedzę i doświadczenie do wykonania przedmiotu zamówienia w postępowaniu a jego usługi spełniają warunki określone przez Zamawiającego.

D.W. stwierdził, że z przedstawionych przez Odwołującego informacji wynika jedynie, iż Ekord nie wykonywał usług wskazanych w referencjach tylko na rzecz innych podmiotów do których zwrócił się Odwołujący, podczas gdy liczba podmiotów zlecających takie usługi

jest znaczna.

Niezależnie od powyższego podniósł, że nawet jeżeli referencje przedstawiały nieprawdziwe informacje to wykonawca nie posiadał o tym wiedzy ani nie miał świadomości.

Zdaniem Przystępującego jedynie podanie nieprawdziwych informacji w warunkach winy umyślnej wykonawcy może uzasadniać wykluczenie go z przetargu.

Pismem z dnia 10 października 2016r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uznaje odwołanie w całości, a na posiedzeniu przed Izbą potwierdził, że uwzględnił odwołanie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 25 września 2016r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 10 października 2016r. uwzględniającej w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 24 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art.22 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp, jednak stwierdziła naruszenie przez niego przepisu art.26 ust.4 ustawy Pzp w związku z art.22 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp w związku z przepisem § 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem

odrzućenia jego oferty z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a także czy Zamawiający w sposób dostateczny wyjaśnił złożone przy ofercie Przystępującego dokumenty potwierdzające spełniania warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła w zakresie rozpoznawanej sprawy, że Zamawiający w pkt. 5.1.2 SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia – Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał należycie lub wykonuje należycie: dotyczy każdej części zamówienia (części 1-13 zamówienia) 5.1.2.1 co najmniej 2 usługi w zakresie mechanicznego, zimowego utrzymania utwardzonych dróg o łącznej długości pasów ruchu minimum 100 km w okresie nie krótszym niż 3 miesiące w sposób ciągły oraz 5.1.2.2 co najmniej 1 usługę w zakresie a) mechanicznego oczyszczania utwardzonych dróg o łącznej długości strefy przykrawężnikowej minimum 70 km oraz b) ręcznego oczyszczania terenów o powierzchni nie mniejszej niż 150 000 m². Uwaga: 1) W przypadku użycia w w/w warunkach pojęcia „droga”, należy je rozumieć zgodnie z ustawą z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz.U. 2015 poz. 460) tj: a) droga – budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym; W pozostałym zakresie w/w pojęcia należy rozumieć zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia. 2) Jeżeli Wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedną część zamówienia (maksymalnie na dwie części), na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt. 5.1.2.1 SIWZ - winien wykazać się usługami odpowiadającymi sumie długości pasów ruchu wymaganych dla danych części zamówienia. Usługi nie mogą się powtarzać. Np. wykonawca składając ofertę na 2 części zamówienia winien wykazać co najmniej 2 usługami o łącznej długości pasów ruchu minimum 200 km. 3) Jeżeli Wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedną część zamówienia (maksymalnie na dwie części), na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt. 5.1.2.2 SIWZ - winien wykazać się usługą / usługami odpowiadającą / odpowiadającymi sumie długości strefy przykrawężnikowej oraz sumie powierzchni ręcznego oczyszczania terenów dla danych części zamówienia. Usługi nie mogą się powtarzać. Np. wykonawca składając ofertę na 2 części zamówienia winien wykazać się

co najmniej usługą /usługami o łącznej długości strefy przykrawężnikowej minimum 140 km oraz ręcznego oczyszczania terenów o powierzchni minimum 300 000m². 4) Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt. 5.1.2.1 SIWZ oraz 5.1.2.2 SIWZ może

wykazać tą samą usługą (w ramach jednej umowy), jednakże tylko dla jednej części zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę. 5) Zamawiający nie dopuszcza wskazania usługi, która potwierdza spełnianie warunku opisanego w pkt. 5.1.2.1 SIWZ oraz 5.1.2.2 SIWZ w kilku (maksymalnie dwóch) częściach zamówienia, na które wykonawca składa ofertę.

Izba stwierdziła również, w spornym zakresie, że w wykonaniu powyższego warunku dotyczącego wykonania co najmniej 1 usługi w zakresie mechanicznego oczyszczania utwardzonych dróg o łącznej długości strefy przykrawężnikowej minimum 70 km Przystępujący na stronie 15 oferty złożył pod poz. 2 oświadczenie o wykonaniu usługi przez podmiot trzeci w dniach 1 maja do 31 maja 2016r. na rzecz jej odbiorcy Zakładu Gospodarowania Odpadami Ekord 75,5 km.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Przystępujący na stronie 18 swojej oferty załączył referencje poziomego sprzętania i utrzymania dróg gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych i autostrad z dnia 30 maja 2016r. wystawioną przez Ekord na rzecz firmy Transport - Handel R.C. Jasień 23C, 97-217 Lubochnia z której wynika, że ten wykonał prace w zakresie poziomowego oczyszczania i sprzętania dróg oraz czyszczenia i regulacji studzienek deszczowych i kanalizacyjnych łącznie na odcinku 75,5 km. Zlecenie wykonał zgodnie z umową zawartą w dniu 1 maja 2016r. nr umowy 04/2016. Prace zostały wykonane zgodnie z umową, w wyznaczonym terminie wykonania, jakość wykonanego zlecenia została oceniona na bardzo dobrą.

Dodatkowo według ustaleń Izby Przystępujący na stronach 24 i 25 swojej oferty załączył zobowiązanie z dnia 15 maja 2016r. firmy Transport - Handel R.C. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania sprawy Izba korzystając z odesłania zawartego w art.14 ustawy Pzp na grunt kodeksu cywilnego, doszła do przekonania, że stosownie do przepisu art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Tak też stanowi przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie zatem udowodnienie okoliczności podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, o których mowa w art.26 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp obciąża Odwołującego.

Dokonując oceny wszystkich złożonych przez Odwołującego dokumentów, w tym informacji dotyczących realizacji Zakładu Gospodarowania Odpadami Ekord W. i L. sp. j. na rzecz Zamawiających, Izba uznała, że nie wykazał on wszystkich możliwych wariantów, w jakich Przystępujący mógł posłużyć się doświadczeniem podmiotu trzeciego, to jest wykonaniem zadania realizowanego przez R.C. na rzecz Zakładu Gospodarowania Odpadami Ekord W. i L. sp. j. i w konsekwencji na rzecz innego Zamawiającego.

Słuszny wydaje się pogląd, że przeprowadzenie dowodu na okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji w tym stanie faktyczno-prawnym wymagałaby jej wyjaśnienia przez wszystkie podmioty będące zarządcami wszystkich rodzajów dróg, a także ich ewentualnych podwykonawców, co wydaje się mało prawdopodobne.

Niemniej jednak Przystępujący w ramach postępowania odwoławczego starał się wykazać, że okoliczność potwierdzająca spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, to wykonanie spornej usługi przez R.C. na rzecz Zakładu Gospodarowania Odpadami Ekord W. i L. sp. j., a tego z kolei na rzecz FHU R.J. B.J. s.c., który w efekcie docelowo miał wykonać tę usługę na rzecz GDDKiA.

Poza tym Izba zauważyła, że złożona referencja literalnie odnosiła się do dróg gminnych osiedlowych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych i autostrad.

W kontekście powyższego Izba uznała, że Zamawiający dokonując oceny spornej pozycji wykazu i referencji powinien był zwrócić uwagę na powyższą okoliczność zadedykowania referencji z dnia 30 maja 2016r. do dróg gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych i autostrad, których zarządcą nie jest Zakład Gospodarowania Odpadami Ekord W. i L. sp. j.

W związku z tym Odwołujący powinien wyjaśnić wszelkie kwestie związane z przedmiotową referencją, między innymi w aspekcie wykonania zadania, na które się w niej powołano, sprawdzenia terminu jego realizacji, jakości wykonania, a także na rzecz jakiego podmiotu było ono wykonane.

Zgodnie z § 1 ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz

form, w jakich te dokumenty mogą być składane w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Jednocześnie w myśl przepisu art.26 ust.4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

W zależności od wyników dokonanych przez Zamawiającego ustaleń opartych o wyjaśnienia Przystępującego we wskazanym zakresie Zamawiający dokona oceny czy przedłożona referencja potwierdza oświadczenie złożone w wykazie usług pod kątem jego prawdziwości.

W następstwie tej czynności może okazać się, że oświadczenie potwierdza warunek lub, że zostały złożone nieprawdziwe informacje, które zostały pozyskane w warunkach winy umyślnej albo niedbalstwa.

Według zapatrywania Izby, jedynie umyślnie zawinione lub niedbale przekazane Zamawiającemu informacje mogą stanowić podstawę do zastosowania przepisu art.24 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Przystępującego, bez uprzedniego skorzystania z przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Jeżeli jednak przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające nie wykaże złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, a także jeżeli nieprawdziwe informacje nie będą wynikiem umyślnego działania Przystępującego bądź nie będą następstwem jego niedbalstwa, w takim przypadku nie zaktualizuje się przesłanka określona w art. 24 ust.2 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do złożonych wniosków dowodowych Izba postanowiła oddalić wniosek Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka na okoliczności wskazane w przystąpieniu oraz na rozprawie z tego powodu, że - zdaniem Izby - wniosek ten został powołany jedynie dla zwłoki.

Poza tym Izba oddaliła wniosek Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z nowych referencji innego podmiotu wraz z zobowiązaniem, ponieważ przeprowadzenie

takiego dowodu może być dopuszczalne jedynie w sytuacji złożenia takich dokumentów w postępowaniu przetargowym.

Izba oddaliła również dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie w postaci kopii dokumentów, a nie odpisów potwierdzonych za zgodność z oryginałem, uznając ich treść za zbyt ogólną.

Izba nie skorzystała również z oświadczenia Zakładu Gospodarowania Odpadami Ekord W. i L. sp. j. uznając, że jego treść może, co najwyżej wskazywać na istniejącą umowę pomiędzy przedstawicielami FHU R.J. B.J. s.c. i właściwą jednostką GDDKiA na rzecz, której była realizowana usługa, której istnienie wymaga potwierdzenia przez te dwa podmioty.

Nadto, oświadczenie to – w ocenie Izby - nie przesądza o tym, że Zakład Gospodarowania Odpadami Ekord W. i L. sp. j. na zlecenie FHU R.J. B.J. s.c. świadczył podobne usługi na drogach gminnych, osiedlowych, powiatowych, wojewódzkich.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....

.....

.....