

Sygn. akt: KIO 2209/11

## WYROK

z dnia 27 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2011 r. przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański sp. j. w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy: **KOM-BIS Sp. z o.o. w Gdańsku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zarządowi Dróg i Zieleni w Gdańsku unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez **KOM-BIS Sp. z o.o. w Gdańsku**, z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański sp. j. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Utrzymanie zimowe jezdni dróg gminnych i dróg wewnętrznych na terenie Miasta Gdańska – 5 zakresów*” zostało wszczęte przez Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, zwany dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 153-254694) w dniu 11 sierpnia 2011 r.

W dniu 6 października 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w części piątej postępowania o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w tejże części.

W dniu 14 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański sp. j. w Poznaniu, zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 17 października 2011 r. wykonawca: KOM-BIS Sp. z o.o. w Gdańsku, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

### Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części piątej zamówienia. Odwołujący twierdził, że Zamawiający, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Podnosił on, że powołany Wykonawca nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego bazą, bowiem teren wskazany w złożonej przez niego ofercie

nie jest wyposażony w wymagane wyposażenie warsztatowe, stąd też nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący zarzucał, iż przedstawione przez tegoż Wykonawcę wraz z ofertą referencje nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, nie zawierają w sobie bowiem informacji o należyтым wykonaniu usługi, do której się odnoszą. Zauważa on, iż w aktach sprawy brak wezwania do uzupełnienia powołanych referencji, a mimo to zostały one uzupełnione samodzielnie przez Przystępującego. W jego ocenie uzupełnione referencje zawierały nieprawdziwe informacje. Niemożliwym bowiem jest uznanie, że Przystępujący należycie wykonał usługę, którą wykazał w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak twierdził Odwołujący powołany wykonawca w toku realizacji tejże usługi obciążony został przez Zamawiającego karami umownymi, które uiścił. Okoliczność ta, zdaniem Odwołującego wyłącza możliwość przyjęcia, że usługa ta została wykonana należycie, a twierdzenia odmiennego nie będzie można uznać za prawdziwe. Tak też Odwołujący ocenił uzupełnione przez Przystępującego referencje. Fakt posłużenia się informacją nieprawdziwą, w uznaniu Odwołującego, wyłącza możliwość skorzystania przez Zamawiającego z procedury uzupełnienia dokumentów opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący zauważa, że w aktach sprawy znajdują się powołane już referencje, które złożone zostały Zamawiającemu po dacie składania ofert, z czego można domniemywać, że Zamawiający skorzystał już w odniesieniu to powołanych referencji z procedury uzupełnienia. Powoduje to, że nie może on skorzystać z tej procedury po raz drugi.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo faktu, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Twierdził on, iż wyjaśnienia złożone przez powołanego Wykonawcę w trybie art. 90 ustawy Pzp uznać należy za niewystarczające, nie odnosił się on w nich bowiem do elementów wyróżniających jego ofertę na tle innych Wykonawców.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu także naruszenie art. 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie na rozprawie przed Izłą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Oświadczył, że uznał pierwotnie złożone przez Przystępującego referencje za wystarczające, zaś Wykonawca ten jedynie z własnej inicjatywy przedłożył mu referencje z dnia 4 października 2011 r. Potwierdził, że to on jest wystawcą obu kwestionowanych przez Odwołującego referencji. Potwierdził także, że Przystępujący w toku realizacji umowy, której wykonanie poświadczają powołane referencje, został obciążony dwukrotnie obowiązkiem zapłacenia kary umownej. Kary te zostały przez tego Wykonawcę uiszczone. Wyjaśniał też, że powołane kary zostały naliczone, nie z powodu tego, że Wykonawca ten nie wykonał usługi, ale dlatego, że nie przystąpił on do jej wykonywania w przewidzianym umową terminie. Dlatego też, w ocenie Zamawiającego, uznać należy, że umowa ta została wykonana należycie. Podkreślał też, że sam fakt wystawienia przez niego referencji potwierdza, że uznał umowę, do której referencje te się odnoszą, za należycie wykonaną. W odniesieniu do kolejnego zarzutu, zaznaczał jedynie, że nie wymagał on w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), aby Wykonawcy wykazywali się posiadaniem odpowiednim wyposażeniem warsztatowym na terenie wskazywanej przez siebie bazy.

Niezależnie od powyższego, przyznał, że wobec rozbieżności pomiędzy cenami mu zaoferowanymi koniecznym było zbadanie, czy zaoferowana przez Przystępującego cena nie jest rażąco niska. Zaznaczał jednak przy tym, iż przedstawione przez tego Wykonawcę wyjaśnienia są wystarczające, aby uznać, że nie było podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty. Podkreślał, że Przystępujący już w ofercie zawarł dużo informacji odnoszących się do ustalenia ceny oferty. Ponadto oświadczył, że sam dokonał analizy oferowanych mu w ostatnich latach cen za realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia. Na podstawie jej wyników ustalił, że ceny te, wobec zwiększającej się konkurencji, są coraz niższe.

#### Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone w toku rozprawy przez Przystępującego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt III.1 SIWZ wymagał, aby Wykonawcy składając ofertę na piątą część zamówienia wykazali się wykonaniem „*zamówień o charakterze ciągłym lub okresowym nie krótszym niż 5 miesięcy z zakresu utrzymania zimowego jezdni dróg na powierzchni nie mniejszej niż 700 000 m<sup>2</sup>*”. Dalej w tym samym punkcie, Zamawiający wskazał, iż Wykonawcy powinni wykazać spełnienie tegoż warunku poprzez złożenie wykazu zrealizowanych usług oraz potwierdzenie realizacji usług dokumentami, np. referencjami, na dowód, że zostały wykonane należycie. W pkt III.3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wykazali, że dysponują bazą „*przystosowaną do stacjonowania sprzętu, magazynowania kruszywa, materiałów chemicznych i wyposażoną w środki łączności*”. Zamawiający wskazał tak też, że Wykonawcy powinni potwierdzić fakt dysponowania taką bazą poprzez wypełnienie i podpisanie oświadczenia zawartego w załączniku 1d do SIWZ.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła także, że Zamawiający ustalił wartość przedmiotu zamówienia w części piątej na kwotę 1 885 973 zł netto.

Przed upływem terminu składania ofert dwóch Wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty w części piątej zamówienia, tj. Odwołujący i Przystępujący. Zaoferowali oni odpowiednio 2 009 873,56 zł i 1 469 550,63 zł za realizację przedmiot zamówienia.

Przystępujący wraz ze swoją ofertą przedstawił wykaz zrealizowanych usług obejmujących dwie pozycje, w odniesieniu do każdej z nich przedstawiając referencje. W treści pierwszych z nich znajdowało się stwierdzenie, iż Zamawiający naliczył kary umowne z tytułu nieusunięcia uchybień, które to kary zostały zapłacone przez Wykonawcę. Drugi dokument potwierdzał jedynie fakt, iż Przystępujący wykonał usługę ujętą w wykazie zrealizowanych usług w pozycji drugiej.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający, pismem z dnia 22 września 2011 r., wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny wraz z dowodami wskazującymi na czynniki umożliwiającymi wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia zawarte w piśmie z 23 września 2011 r.

W dniu 6 października 2011 r. Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu w części piątej o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

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

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Jak to zostało już ustalone, w toku badania ofert, Zamawiający powziął wątpliwość, czy oferta złożona przez Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie kwestionował zasadności tego wezwania, wręcz przeciwnie, w odpowiedzi na nie złożył Zamawiającemu, wystarczające w swojej ocenie, wyjaśnienia. Nie kwestionował on zasadności tegoż wezwania także w toku postępowania odwoławczego.

Izba stanęła na stanowisku, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający, działając na podstawie art. 90 pkt. 2 ustawy Pzp, zobowiązany jest we właściwy sposób ocenić złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia.

W rozpatrywanym przypadku Przystępujący, w ocenie Izby, nie przedstawił wyczerpująco sposobu zgodnie, z którym dokonano kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaznaczyć należy, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen. Nie wykazał on jednak w sposób niebudzący wątpliwości, iż znajduje się w szczególnej sytuacji odróżniającej go w sposób wyraźny od innych Wykonawców występujących odpowiednio długo na rynku, co zasadnie podnosił Odwołujący. Istotnym jest, że Zamawiający już na etapie składania ofert oczekiwał od Wykonawców, iż ci złożą mu kalkulacje wszystkich cen jednostkowych zawierające podstawowe kosztorysowe składniki cenotwórcze, jak koszty robocizny, materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich i zysku (pkt 2 załącznika 4 do SIWZ). Przystępujący wraz z ofertą przedstawił kalkulacje każdej z cen jednostkowych, zgodnie z którymi na koszt świadczenia usług, w przypadku każdej z cen, składały się koszty najmu sprzętu oraz użytej mieszanki, narzut kosztów pośrednich 15% oraz zysk 5%. W wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 23 września 2011 r. posługiwał się argumentami ogólnej natury. Podnosił bowiem, że jest małym przedsiębiorcą, stąd też generuje niskie koszty, dysponuje kadrami o wieloletnim doświadczeniu zawodowym, a ponadto posiada umiejętność oszczędnej metody wykonania zamówienia za pomocą właściwej organizacji pracy i wydajności. Wskazywał także na posiadanie zakupionych po korzystnych cenach materiałów i sprzętu potrzebnego do wykonania zamówienia. Nie przedstawił jednak żadnej kalkulacji, chociażby uprawdopodobniającej zaoferowaną przez siebie cenę. Nie wykazał, w jaki sposób na wysokość oferowanej przez siebie ceny oddziaływała cena piasku, jak sam twierdził, zakupionego okazynie. Wskazywał na zatrudnienie pracowników na umowę zlecenie, co miało obniżyć koszt realizacji usługi, a zwiększyć wydajność. Nie przedstawił jednak na poparcie tego ogólnego twierdzenia żadnych dowodów. Nie wykazał jakie koszty robocizny uwzględnił przy kalkulacji ceny. Co istotne kosztów tych nie wyszczególnił także w kalkulacji cen jednostkowych załączonej do oferty. Wzmiankował o przydzielonych mu upustach na paliwo, jednak także w tym przypadku nie wykazał, jak oddziaływały one na zaoferowaną cenę.

W ocenie Izby Wykonawca powinien dążyć do przekonania Zamawiającego, iż jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. To na nim bowiem spoczywa obowiązek wykazania jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Istotą tych wyjaśnień musi być ich rzetelność. W rozpoznawanym przypadku w ocenie Izby wyjaśnienia przedłożone przez Przystępującego nie zasługiwały na uwzględnienie.



Na ustalenia te nie mogły mieć wpływu dokonane przez Zamawiającego analizy oferowanych mu w ostatnich latach cen realizacji usługi i wyciągnięte przez niego z wyników tych analiz wnioski. To nie Zamawiający bowiem ma poszukiwać we własnym zakresie uzasadnienia dla określenia przez Wykonawcę ceny na określonym poziomie, ale to na tym właśnie Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Zauważyć też należy, że porównanie poszczególnych cen na przestrzeni lat oferowanych przez różnych Wykonawców nie może stanowić jedynej podstawy dla uznania, że Przystępujący oparł własne wyliczenia na obiektywnych czynnikach. Szczególnie wobec ogólnego charakteru wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę. Nie wykazał on bowiem, że istnieją okoliczności uzasadniające zaoferowanie ceny, której wysokość, jak przyznał sam Zamawiający, obiegała od ceny zaoferowanej przez drugiego Wykonawcę oraz od szacunkowej wartości zamówienia.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba uznała, że Odwołujący zasadnie zarzucał Zamawiającemu, iż ten zaniechał odrzucenia złożonej przez Przystępującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Za niezastępujący na uwzględnienie uznała Izba zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 4 pkt 4) ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż nie dysponuje on bazą o odpowiednim zapleczu warsztatowym. W ocenie Izby z treści pkt III.3 SIWZ nie wynika, jak chciałby tego Odwołujący, obowiązek dysponowania bazą wyposażoną w jakiegokolwiek zaplecze warsztatowe. Jest tam zawarty jedynie wymóg, aby baza ta była dostosowana, co ważne, w niedookreślony sposób do stacjonowania sprzętu. Pojęcie „zaplecze warsztatowe” pojawiło się dopiero w treści załącznika 1d do SIWZ, stanowiącego formularz, na którym Wykonawcy mieli składać oświadczenie celem potwierdzenia spełniania warunku opisanego w pkt III.3 SIWZ. Zaznaczyć jednak należy, iż znajduje się tam stwierdzenie, iż powołane zaplecze warsztatowe spełnia wszystkie wymogi określone w pkt III.3 SIWZ, który to punkt, jak to już zaznaczono, nie określa żadnych warunków odnoszących się do takiegoż zaplecza – co więcej, w ogóle o nim nie wspomina. Stąd też zapis załącznika 1d do SIWZ należy uznać, za niemający oparcia w treści SIWZ, a zatem za taki, który nie mógł rodzić negatywnych konsekwencji dla Wykonawców. Dlatego też Izba uznała, że w tak ustalonym stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw ku temu, aby uznać, że powinien wykluczyć Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Przystępującego z udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, iż nie wykazał on, że spełnia

warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Tym samym Izba uznała, iż potwierdził się zarzut podnoszony w tym zakresie przez Odwołującego.

Wskazać w tym miejscu należy, iż zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp Wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dlatego to na nim spoczywa ciężar dowodu wykazania Zamawiającemu, że posiada on m.in. odpowiednią, wymaganą w SIWZ wiedzę i doświadczenie. Jest on zobowiązany tego dokonać co najmniej za pomocą dokumentów i oświadczeń żądanych przez Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający opisując warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób wyraźny zaznaczył, że obok wykazu zawierającego wskazanie na konkretne usługi mające potwierdzać spełnianie powołanego warunku oczekuje on od Wykonawców przedłożenia wraz z wykazem także dokumentów, które potwierdzać będą, że wskazane usługi zostały wykonane należycie. Tym samym Wykonawca składający ofertę w tym postępowaniu zobowiązany był przedłożyć Zamawiającemu, niezależnie od wykazu wykonanych usług, także dokument, który miał potwierdzać nie tylko, że usługi ujęte w wykazie zostały wykonane, ale że zostały one wykonane należycie. Faktem jest, iż dokument taki nie musi w sobie zawierać w każdym przypadku stwierdzenia, że „*usługi zostały wykonane należycie*”. Wynikać jednak z niego powinno, że usługi, do których się on odnosi zostały zrealizowane w sposób zgodny umową, prawidłowo i starannie. Tymczasem przedstawione przez Przystępującego wraz z ofertą referencje odnoszące się do usługi ujętej w drugiej pozycji wykazu wykonanych usług potwierdzają jedynie fakt wykonania przez Wykonawcę określonej usługi. Nie zawierają w sobie żadnego elementu oceny jakości wykonanych prac, czy chociażby wskazania, że usługa została wykonana zgodnie z umową. W ocenie składu orzekającego, zasadnie podnosi w tym zakresie Odwołujący, iż tak przedstawiony Zamawiającemu dokument nie potwierdza w sposób jednoznaczny, że usługa, do której się on odnosi, została wykonana w sposób należyty. A taka właśnie jest funkcja tegoż dokumentu. Jediną okolicznością, którą ma on potwierdzać, jest właśnie należyte wykonanie określonej usługi.

Zaznaczyć tu należy, że analogiczna ocena spotkała referencje przedstawione przez Przystępującego na potwierdzenie wykonania pracy ujętej w pozycji pierwszej wykazu wykonanych usług, z tą tylko różnicą, iż w tym przypadku, już z samych referencji wynikało, że Przystępujący nie usunął uchybień, których się dopuścił w trakcie realizacji usługi, dlatego też obciążony karami umownymi, które zostały przez niego zapłacone. Także w tych referencjach brak informacji o należyтым wykonaniu usługi, do której się one odnoszą.

Wobec uznania, iż przedstawione przez Przystępującego dokumenty nie potwierdzają, że wskazane usługi zostały należycie wykonane, Zamawiający zobowiązany był wezwać tegoż Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie jednak z powołanym przepisem Zamawiający odstępuje od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w przypadku, gdy oferta złożona przez tego Wykonawcę podlega odrzuceniu. Wobec ustalenia, że oferta złożona przez Przystępującego powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała, iż niezasadnym byłoby nakazywanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w powołanym zakresie.

Zauważyć należy, że uzupełnione po upływie terminu składania ofert nowe referencje, opatrzone datą 4 października 2011 r., odnoszące się do pracy ujętej w drugiej pozycji wykazu i zawierające wyraźne wskazanie, że usługa została wykonana należycie, nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę jako skutecznie uzupełnione. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie na wezwanie zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym. Bezspornym jest, że Zamawiający nie wzywał tego Wykonawcy do przedłożenia nowych referencji. Jak to zresztą ustalono, wezwanie takie, wobec istnienia obowiązku odrzucenia oferty Przystępującego, nie znajdowałoby uzasadnienia.

Uznanie przez Izbę, że pierwotnie przedstawione przez Przystępującego referencje nie potwierdzają należytego wykonania usług, do których się odnoszą, jak również uznanie, jako nieskutecznej próby samodzielnego uzupełnienia przez Przystępującego referencji z dnia 4 października 2011 r., pozwoliło, w ocenie Izby, nie uwzględniać zarzutów odnoszących się do treści referencji uzupełnionych przez Przystępującego z własnej inicjatywy. Samo uznanie bowiem próby uzupełnienia referencji za nieskuteczną, pozwala uznać te zarzuty za postawione jedynie z daleko posuniętej ostrożności i nie zasługujące na uwzględnienie w tak ustalonym stanie faktycznym. Izba uznała bowiem, iż na tym etapie postępowania, wobec nieprzedstawienia przez powołanego Wykonawcę dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, zbędnym jest rozstrzyganie o słuszności twierdzenia, że usługa ta została wykonana w sposób nienależyty, bowiem w trakcie jej świadczenia Wykonawca dwukrotnie został obciążony karami umownymi. Wystarczającym jest stwierdzenie, iż Przystępujący nie udowodnił za pomocą złożonych dokumentów spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz wykluczenie możliwości, wobec konieczności odrzucenia złożonej przez niego oferty, uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jako niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału z powodu złożenia przez niego nieprawdziwych informacji. Odwołujący odnosił ten zarzut do treści referencji, które jak zostało to już ustalone nie zostały skutecznie uzupełnione. W świetle powołanego art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp o nieprawdziwych informacjach można mówić jedynie w przypadku skutecznego ich złożenia Zamawiającemu, co w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca. Odwołujący nie kwestionował faktu wykonywania przez Przystępującego usługi, do której odnoszą się referencje złożone wraz z ofertą. Podważał on jedynie przyjęte przez Zamawiającego założenie, że referencje te potwierdzały należyte wykonanie usługi. Zarzut ten został uznany przez Izbę. Skoro zatem w odniesieniu do pierwotnie złożonych referencji nie można uznać, że zawierają one nieprawdziwe informacje, a analogiczne rozważania odnoszące się do referencji uzupełnionych przez Przystępującego, wobec faktu uznania ich za nieskutecznie uzupełnione, uznać należy za bezprzedmiotowe, Izba nie uznała, że Zamawiający naruszył powołany przepis ustawy Pzp. Odwołujący, chcąc wykazać, że usługa ta została wykonana nienależycie, twierdził, że uzupełnione referencje poświadczają nieprawdę. Izba oceniła jednak, że wobec referencji złożonych Zamawiającemu wraz z ofertą zarzut ten jest niezasadny, szczególnie wobec uznania przez Izbę ich ułomnego charakteru. Także za niezasługujący za uznanie uznać należy taki zarzut wobec referencji uzupełnionych, których treść, z uwagi na nieskuteczne ich uzupełnienie, nie mogła oddziaływać na ocenę wykazania przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....