

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2015 r. przez Odwołującego – TRANS-FORMERS KARPATIA sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miasta Tarnowa, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – TRANS-FORMERS KARPATIA sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – TRANS-FORMERS KARPATIA sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Tarnowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Tarnowa prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie czystości i porządku ulic, placów oraz przystanków autobusowych na terenie miasta Tarnowa w okresie letnim i zimowym w latach 2015-2016” (numer referencyjny: WUO-RMI.271.2.1.2015), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lutego 2015 r., pod nr 2015/S 027-045695.

W dniu 8 kwietnia Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą w części 1 zamówienia (Rejon nr 1 „Stare Miasto”) uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (lider konsorcjum), AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (członek konsorcjum), zwanych dalej „Konsorcjum AVR”.

W dniu 17 kwietnia 2015 r. wykonawca TRANS-FORMERS KARPATIA sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. zaniechanie wykluczenia ww. wykonawców z Postępowania oraz zaniechanie uznania złożonej przez nich oferty za odrzuconą,
2. bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum AVR jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, podczas gdy wykonawcy ci winni zostać wykluczeni, a ich oferta odrzucona,
3. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia,

tj. naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum AVR pomimo złożenia przez nie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia i wprowadzenie Zamawiającego w błąd,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum AVR pomimo braku spełnienia przez nie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

3. art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia oferty Konsorcjum AVR, podczas podlegało ono wykluczeniu z Postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum AVR w zakresie części 1 zamówienia,
2. wykluczenia Konsorcjum AVR,
3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia,

oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że wnosząc odwołanie ma interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem gdyby postępowanie Zamawiającego było zgodne z przepisami Pzp, to z Postępowania wykluczone zostałyby Konsorcjum AVR, a jego oferta uznana zostałaby za odrzuconą, zaś oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i z Odwołującym podpisana zostałaby umowa na realizację zamówienia. W wyniku zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany przepisami Pzp Odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz uzyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia. Oznacza to, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, może on ponieść szkodę.

Na uzasadnienie zarzutów Odwołujący podał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) Zamawiający sformułował warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z jego treścią, bez względu na liczbę zadań, na które składana była oferta, o zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – zrealizowali z należytą starannością, co najmniej 1 usługę polegającą na utrzymaniu czystości i porządku ulic w okresie letnim i zimowym w okresie minimum 12 miesięcy o wartości usługi minimum 600.000,00 zł brutto, w tym utrzymanie letnie o wartości min. 200.000,00 zł, a zimowe o wartości min. 400.000,00 zł.

W przypadku wykonywania świadczenia ciągłego (będącego w trakcie realizacji) wykonawca mógł się wykazać wykonywaną usługą polegającą na utrzymywaniu czystości i porządku ulic w okresie letnim i zimowym, przy czym wymagane było, aby wykonawca wykonywał już tą usługę z należytą starannością przez okres minimum 12 miesięcy, a wartość usługi w tym okresie wyniosła minimum 600.000,00 zł brutto, w tym utrzymanie letnie o wartości min. 200.000,00 zł, a zimowe o wartości min. 400.000,00 zł.

Zamawiający wymagał załączenia dowodów potwierdzających, że usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie. Usługi te mogły być wykazane w ramach jednego zamówienia, jak również w ramach odrębnych zamówień (np. osobno utrzymanie zimowe i osobno

letnie – w takim przypadku zamawiający miał sumować okresy trwania i kwoty poszczególnych zamówień).

Konsorcjum AVR dołączyło do oferty oświadczenie o posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz oświadczenie członka konsorcjum (AVR S.p.A.), że w okresie od dnia 1 lipca 2009 r. realizuje „Przetarg mieszany na świadczenie usług oraz wykonywanie robót z przewagą usług w zakresie Global Service odnośnie do zarządzania, gospodarowania, porządkowania i utrzymania gminnej sieci drogowej wraz z terenami przyległymi Gminy Piza na terenie miasta i gminy Piza”, a także wykaz usług zrealizowanych zarówno na terenie Polski przez Lidera konsorcjum (AVR sp. z o.o.), jak na terenie Włoch, a to w mieście Piza przez AVR S.p.A. Usługi zrealizowane na terenie Polski samodzielnie nie spełniały kryterium wartości dla utrzymania zarówno letniego, jak zimowego. Dopiero usługi zrealizowane w mieście Piza spełniały to kryterium. Utrzymanie czystości i porządku ulic w mieście Piza dotyczyło również okresu zimowego.

Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp – pismem z dnia 25 marca 2015 r. – wezwał Konsorcjum AVR do złożenia wyjaśnień. W wezwaniu podniósł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez niego w 2013 r. Konsorcjum AVR złożyło ofertę, w której wskazało w wykazie usług tą samą usługę świadczoną na rzecz Pisamo S.p.A. i na potwierdzenie należytego wykonania dołączyło dwa zaświadczenia. W związku z tym Zamawiający powziął wątpliwość, czy aktualnie występują i jakie są uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze, które spowodowały, że Konsorcjum AVR nie było w stanie uzyskać poświadczenia. W odpowiedzi Konsorcjum AVR złożyło pismo wyjaśniające z daty 27 marca 2015 r. oraz dołączyło korespondencję mailową z Pisamo S.p.A., z której wynikało, że na dzień 19 marca 2015 r. do godzin popołudniowych wystawienie poświadczenia nie było możliwe z przyczyn niezależnych od niego. Zamawiający w piśmie z dnia 31 marca 2015 r. stwierdził, że nie uznaje wyjaśnień Konsorcjum AVR datowanych na 27 marca 2015 r. i wezwał o przedłożenie poświadczenia należytego wykonania usługi na rzecz Pisamo S.p.A. W odpowiedzi Konsorcjum AVR – pismem z dnia 2 kwietnia 2015 r. – zakwestionowało samo żądanie potwierdzenia wykonania/wykonywania usługi (wbrew treści SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał na konieczność załączenia dowodów potwierdzających, że usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie), ale jednocześnie dołączyło wymagane poświadczenie wydane przez Pisamo S.p.A i noszące datę 20 marca 2015 r., a więc z daty przed wszystkimi wezwaniami Zamawiającego, jak również sprzed daty korespondencji mailowej prowadzonej przez Konsorcjum AVR z Pisamo S.p.A. Wynikać z tego może, że Pisamo S.p.A. mimo sporządzenia stosownego poświadczenia należytego wykonywania usług na dzień 20 marca 2015 r., jednocześnie w dniu 27 marca 2015 r. prowadziło korespondencję mailową, że nie mogła sporządzić w terminie tegoż poświadczenia. W przedmiotowym poświadczeniu Pisamo S.p.A. stwierdziła, że AVR S.p.A. należycie wykonywała usługi „[...]w zakresie Global Service odnośnie

do zarządzania, gospodarowania, porządkowania i utrzymania gminnej sieci drogowej wraz z terenami przyległymi Gminy Piza[...]. W dokumencie stwierdzono również, że: „[...]Usługi w zakresie utrzymania czystości i porządku ulic w okresie letnim, polegające na usługach utrzymaniu czystości ulic, utrzymaniu czystości i porządku na terenach miejskich oraz usługach powiązanych, usługach zamywania ulic, usługach wywozu odpadów, o wartości brutto powyżej 1.000.000 euro (jednego miliona euro) łącznie z VAT-em w okresie ostatnich trzech lat, czyli w okresie od 20 marca 2012 r. — 19 marca 2015 r. Usługi w zakresie utrzymania czystości i porządku ulic w okresie zimowym, polegające na odśnieżaniu i usuwaniu oblodzeń z ulic o wartości brutto powyżej 120.000,00 euro (stu dwudziestu tysięcy euro) łącznie z VAT-em w okresie ostatnich trzech lat, czyli w okresie 20 marca 2012 r. -19 marca 2015 r.[...]”.

Odwołujący podkreślił, że opisane powyżej okoliczności wynikłe w trakcie Postępowania mają znaczenie uzupełniające. Wprawdzie rodzą wątpliwości w zakresie spełniania przez Konsorcjum AVR warunku określonego w art. 22 ust. 1 Pzp w postaci posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia sprecyzowanego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówienie, a takie wątpliwości powziął również Zamawiający, jednakże nie wyjaśnił ich do końca dysponując wskazanymi powyżej oświadczeniami różnych podmiotów. Niemniej jednak istniejący obiektywnie stan faktyczny wskazuje nieodparcie, że oświadczenia Konsorcjum AVR, jak również poświadczenia wydane przez spółkę Pisamo S.p.A. są nieprawdziwe, a mianowicie poświadczają nieprawdę w zakresie wykonywania usługi utrzymania czystości i porządku ulic w okresie zimowym na terenie miasta Piza. Konsorcjant AVR S.p.A. zdawał sobie z tego sprawę, ponieważ to właśnie ta spółka miała rzekomo utrzymywać ulice w okresie zimowym, polegające na odśnieżaniu i usuwaniu oblodzenia. Należy pamiętać, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał m.in. na takie usługi jak: (1) usługi odśnieżania (kod CPV: 90620000), (2) usługi usuwania oblodzeń (kod CPV: 90630000), albowiem na tym polega utrzymanie zimowe. Warunek w postaci wykonywania usługi w tym zakresie, a tym samym posiadania doświadczenia jest oczywisty uwzględniając warunki klimatyczne w Polsce, a ponadto utrzymanie zimowe wykonywane według odpowiednich standardów przez wykonawcę mającego doświadczenie jest z kolei warunkiem bezpieczeństwa na drogach, a nie tylko utrzymaniem czystości. Konsorcjum AVR powołało się na wykonywanie usług zimowego utrzymania ulic w mieście Piza w wyniku wykonywania umowy zawartej z Pisamo S.p.A., na podstawie postępowania przetargowego, a umowa ta jest wykonywana od dnia 1 lipca 2009 r. i ma być wykonywana do 30 czerwca 2015 r.

Odwołujący przedstawił ogłoszenie o zamówieniu i o udzieleniu zamówienia zamieszczone w „Suplemencie do dziennika urzędowego Unii Europejskiej” wraz z tłumaczeniem przez biegłego tłumacza języka włoskiego. Z ogłoszenia o numerze Dz. U. UE 2009/S 132-192295 wynika, że:

1. ogłoszenie o postępowaniu przetargowym zostało zamieszczone w Dz. U. UE w dniu 24 grudnia 2008 r. pod numerem 2008/S 250-334304,
2. zamawiającym była Pisamo S.p.A.,

3. datą decyzji o udzieleniu zamówienia był 30 czerwca 2009 r., a więc jego wykonywanie rozpoczęło się rzeczywiście od dnia 1 lipca 2009 r.,
4. zamówienie nosiło nazwę „Global Service – usługi polegające na oczyszczaniu i utrzymaniu sieci dróg i ulic wraz z przyległościami”,
5. krótki opis zamówienia brzmiał: „[...]Global Service – usługi polegające na oczyszczaniu i utrzymaniu majątku miejskiego, w skład którego wchodzi plac, drogi i ulice, chodniki, sygnalizacja pozioma, pionowa i świetlna, oraz wpusty ściekowe. Usługa obejmuje również obsługę techniczną, monitoring i czynności nadzwyczajne, wynikające z potrzeb administracji, zgodnie ze szczegółową specyfikacją zamówienia[...]”,
6. Wspólny Słownik Zamówień (CPV) – 90612000,
7. wykonawcą, któremu udzielono zamówienia było konsorcjum, w skład którego wchodziła m.in. AVR S.p.A. będąca liderem.

Zdaniem Odwołującego z ogłoszeń wynika niewątpliwie, że AVR S.p.A. otrzymała zamówienie wraz z innymi podmiotami na wykonywanie usługi i pokrywa się to z oświadczeniem tej spółki złożonym w Postępowaniu, gdzie jest mowa o „[...]Przetargu mieszanym na świadczenie usług oraz wykonywanie robót z przewagą usług w zakresie Global Service odnośnie do zarządzania, gospodarowania, porządkowania i utrzymania gminnej sieci drogowej wraz z terenami przyległymi Gminy Piza na terenie miasta i gminy Piza[...]”. Jednak zachodzi okoliczność mająca fundamentalne znaczenie dla spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego. Jak bowiem wskazuje kod CPV przedmiotem zamówienia, które wykonywała i wykonuje AVR S.p.A. są usługi zamywania ulic. Natomiast kody CPV wymienionych w SIWZ usług są na tyle rozłączne w zakresie klasy i kategorii, że nie można uznać, nawet przy daleko idącej tolerancji, iż w ramach usługi zamywania ulic konsorcjum, w skład którego wchodzi AVR S.p.A. wykonało także usługę odśnieżania, czy usuwania oblodzeń, a które to czynności stanowią główny przedmiot niniejszego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że powszechnie dostępna wiedza i zasady logicznego rozumowania sprzeciwiają się przyjęciu, aby warunki atmosferyczne panujące w miesiącach zimowych w mieście Piza były związane z występowaniem opadów śniegu, czy oblodzeń. Oczywiście podmiot może twierdzić, że w okresie wskazanym przez Zamawiającego, a to w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a więc przed 20 marca 2015 r. wystąpiły warunki pogodowe, które skutkowały utrzymaniem zimowym ulic w Pizie, chociaż nie było to przedmiotem zamówienia. Jednak w tym zakresie Odwołujący pozyskał informację mailową od odpowiednika obrony cywilnej w mieście Piza, z której wynika, że opadów śniegu w Pizie w ostatnich 36 miesiącach nie zanotowano. Natomiast wystąpiły dwukrotnie w miesiącu styczniu i lutym 2012 r., a działania podjęte w tym zakresie nastąpiły w ramach planu obrony cywilnej. Potwierdza to dodatkowo brak świadczenia usług zimowego utrzymania dróg w ramach zamówienia publicznego. Z pozyskanych i udokumentowanych przez Odwołującego informacji wynika niezbicie, że Konsorcjum AVR nie spełniało i nie spełnia warunku udziału

w Postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, a dołączone przez te nie oświadczenia są nieprawdziwe, jak również że pozyskało ono poświadczenie spełniania warunku stwierdzające nieprawdę. AVR S.p.A. uczestnicząc w konsorcjum posiadała z natury rzeczy wiedzę, że w ramach zamówienia udzielonego między innymi jej, nie wykonywała usług związanych z utrzymaniem zimowym ulic w Pizie, ponieważ nie zachodzi tam konieczność świadczenia tego typu usług ze względu na warunki atmosferyczne panujące w miesiącach zimowych w tym mieście, jak również nie było to przedmiotem postępowania przetargowego oraz umowy. Tym samym Konsorcjum AVR powinno zostać wykluczone z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, co skutkuje odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący podał, że w doktrynie wskazuje się, że wykluczenie związane z przedkładaniem nieprawdziwych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie dwie przesłanki: wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Zdaniem Odwołującego bezsporne jest, że Konsorcjum AVR przedstawiło nieprawdziwe informacje oraz mają one wpływ na wynik Postępowania. Bez tych informacji nie spełniałoby ono warunku udziału w Postępowaniu, a więc również podlegałoby wykluczeniu, a w konsekwencji nie zostałaby wybrana jego oferta jako najkorzystniejsza w świetle kryteriów określonych w SIWZ przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania na uzasadnienie podając, że zarzut związany ze złożeniem nieprawdziwych informacji nie został udowodniony oraz, że jego uwzględnienie wymaga działania wykonawcy w warunkach umyślności.

Z kolei w doniesieniu do zarzutu niespełniania przez Konsorcjum AVR warunku udziału w Postępowaniu oświadczył, że nie miała dla niego znaczenia okoliczność w jakim wymiarze usługa podana przez Konsorcjum AVR w wykazie załączonym do oferty wykonywana była w okresie zimowym, skoro przedstawione przez konsorcjum poświadczenie obejmowało wyraźnie swą treścią także usługi zimowe.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum AVR, wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 28 kwietnia 2015 r. przedstawiło streszczoną poniżej argumentację na uzasadnienie tego wniosku.

Zgłaszające przystąpienie konsorcjum stwierdziło, że rodzaj zamawianych usług determinuje opis przedmiotu zamówienia, nie zaś kody CPV. Na podstawie załączonego do pisma wyciągu z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Pisamo S.p.A. stwierdziło, że zamówienie realizowane na terenie Gminy Piza obejmowało również utrzymanie zimowe i interwencje w nagłych sytuacjach. Podkreśliło, że przedmiotem zamówienia była tzw. usługa „global service”, czyli usługa kompleksowa, obejmująca szereg czynności. Konsorcjum AVR podało również,

że poświadczenie z dnia 20 marca 2015 r. stwierdza m.in. iż AVR S.p.A. wykonało w ramach kontraktu „[...]usługi w zakresie utrzymania czystości i porządku ulic w okresie zimowym polegające na odśnieżeniu i usuwaniu oblodzeń z ulic[...]”.

Konsorcjum AVR zwróciło uwagę, że Odwołujący kierował zapytania załączone do odwołania do Obrony Cywilnej miasta Piza, a powinien był zwrócić się do Zamawiającego – Pisamo S.p.A. Zasygnalizowało, że ze strony internetowej wspomnianej formacji, której tłumaczenie załączyło do pisma można dowiedzieć się, że zajmuje się ona sytuacjami kryzysowymi (klęskami żywiołowymi), nie zaś zwykłymi zjawiskami atmosferycznymi. Zgłaszające przystąpienie konsorcjum wskazało, że dowodami na potwierdzenie występowania opadów śniegu w Pizie są załączone do pisma procesowego artykuły z prasy lokalnej z 2013 r.

Co równie ważne, a czego Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, weryfikacja spełnienia warunku określonego w rozdziale IV pkt 1.2, SIWZ następuje w oparciu o analizę treści oświadczenia i dokumentu – rozdział V ust 1 pkt 1.1. i 1.3 SIWZ, z zastrzeżeniem zapisu w rozdziale V ust. 10 (str. 4 SIWZ), a więc oświadczeń o spełnianiu warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp (załącznik nr 2 do SIWZ) i wykazu usług (załącznik nr 3 do SIWZ). Jak wynika z oświadczenia złożonego przez Konsorcjum AVR usługa wykonywana w mieście Piza jest usługą ciągłą, trwa od 2009 r. do chwili obecnej i dlatego okres „badania” tej usługi winien uwzględniać cały okres jej trwania, a nie tylko okres zawarty w poświadczeniu, które przedkłada się tylko dla celów wykazania, że usługa realizowana jest w sposób należyty. Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp nie może się ostać.

Odnosząc się do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji Konsorcjum AVR podkreśliło, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zwinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Ponadto zgłaszające przystąpienie konsorcjum stwierdziło, że obowiązkiem spoczywającym na Odwołującym było udowodnienie okoliczności uzasadniających wykluczenie go z Postępowania, a swoje wywody poparło cytatami z orzeczeń Izby i sądów okręgowych.

Odwołujący złożył pismo procesowe zawierające dodatkową argumentację i załączniki w postaci: dokumentu pn.: „Plan gminnej obrony cywilnej – zarządzanie kryzysowe w przypadku opadów śniegu”, komunikatu prasowego Urzędu Obrony Cywilnej Gminy Piza dotyczący nowego sprzętu do odśnieżania na 2012 r. oraz informacji z dnia 13 stycznia 2013 r. zamieszczonej na portalu internetowym, dotyczącej zakupu przez Gminę Piza dodatkowego sprzętu do odśnieżania.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści korespondencji poczty elektronicznej z dnia 28 kwietnia 2015 r. pomiędzy prezesem zarządu lidera konsorcjum, a Kierownikiem Biura Obrony Cywilnej Gminy Piza na okoliczność okresu i zakresu usług wykonywanych przez AVR S.p.A. oraz występowania zimowych warunków pogodowych w czasie trwania zawartej z ww. podmiotem umowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww., zawarte w odwołaniu, piśmie procesowym Konsorcjum AVR, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum AVR (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba, na podstawie dokumentacji Postępowania ustaliła następującą chronologię zdarzeń.

W Rozdziale IV, ust. 1.2 SIWZ Zamawiający sformułował warunek udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oczekując wykazania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowania z należytą starannością co najmniej jednej usługi polegającej na utrzymaniu czystości i porządku ulic w okresie letnim i zimowym o określonej wartości. W przypadku wykonywania świadczenia ciągłego (będącego w trakcie realizacji) należało wykazać wykonywaną usługę o cechach opisanych powyżej.

Przystępujący złożył ofertę, do której załączył wykaz głównych usług, w którym wskazał na usługę zarządzania, gospodarowania, porządkowania i utrzymania gminnej sieci drogowej wraz z przynależnościami na terenie Gminy Piza realizowaną na rzecz Pisamo S.p.A. począwszy od dnia 1 lipca 2009 r. Do oferty załączone zostało również oświadczenie Konsorcjum AVR z dnia 19 marca 2015 r., w którym potwierdzono zakres, wartość i należyte wykonywanie usługi oraz wskazano, że z obiektywnych przyczyn Przystępujący nie był w stanie uzyskać do upływu terminu składania ofert stosownego poświadczenia.

Zamawiający – pismem z dnia 25 marca 2014 r. – wezwał Konsorcjum AVR do wyjaśnienia treści załączonego do wykazu usług oświadczenia, powołując się na okoliczność, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zamawiającego w 2013 r., Przystępujący powołał się na identyczną usługę, ale na potwierdzenie jej należytego wykonywania złożył poświadczenie w miejsce oświadczenia.

W odpowiedzi, pismem z dnia 27 marca 2015 r., Konsorcjum AVR wyjaśniło przyczyny złożenia dokumentu oświadczenia, załączając korespondencję prowadzoną z Pisamo S.p.A., z której wynikało, że niemożliwość wystawienia poświadczenia wyniknęła z przyczyn niezależnych od Przystępującego.

Zamawiający stwierdził, że nie uznaje złożonych mu wyjaśnień i pismem z dnia 31 marca 2015 r. wezwał Przystępującego do przedłożenia poświadczenia należytego wykonania usługi wpisanej do wykazu załączonego do oferty.

Konsorcjum AVR zakwestionowało zasadność otrzymanego wezwania, tym niemniej załączyło oczekiwane przez Zamawiającego poświadczenie (pismo z dnia 2 kwietnia 2015 r.), co w konsekwencji doprowadziło do wyboru jego oferty w części 1 zamówienia.

W świetle ustalonego przez Izbę stanu faktycznego zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Złożenie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji

Przez nieprawdziwe informacje, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, rozumieć należy informacje niezgodne z rzeczywistością. Innymi słowy określona informacja jest nieprawdziwa, jeżeli nie znajduje potwierdzenia w istniejącym stanie rzeczy.

Izba na podstawie treści zarzutu uznała, że oparty został na prezentowanym przez Odwołującego rozumieniu treści warunku udziału w Postępowaniu. W przekonaniu Odwołującego miał on dotyczyć wszystkich czynności składających się na opis przedmiotu zamówienia odnoszący się do zimowego utrzymania dróg (por. Rozdział I, ust. 3.2 i 3.3 SIWZ). Powyższego zapatrywania nie sposób jednak oprzeć na brzmieniu postanowienia Rozdziału IV, ust. 1.2 SIWZ, który posługiwał się jedynie bliżej niesprecyzowanym pojęciem „utrzymania czystości i porządku ulic w okresie letnim i zimowym”. Nie należy utożsamiać go bowiem wprost z całym zakresem zamówienia scharakteryzowanym szczegółowo w części poświęconej opisowi przedmiotu zamówienia i na tej podstawie twierdzić, że skoro Konsorcjum AVR przedstawiło dokumenty potwierdzające ogólnie wykonywanie przez konsorcjanta usług utrzymania czystości i porządku ulic w okresie letnim i zimowym, to nie wykonywał on oznaczonych w odwołaniu czynności (odśnieżanie i usuwanie oblodzeni) i w tym sensie złożone w Postępowaniu dokumenty zawierają nieprawdziwe informacje. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia gdyby Zamawiający szczegółowo opisał w treści warunku jakie czynności uznaje za zimowe utrzymanie dróg, Konsorcjum AVR przedstawiłoby dokument, z którego wynikałoby wykonywanie takich czynności, ale okazałoby się następnie, że chociażby jedna z nich rzeczywiście nie była wykonywana. Niemniej jednak, wobec ogólnego brzmienia wzmiankowanego warunku udziału w Postępowaniu, nie sposób było twierdzić, że do złożenia nieprawdziwych informacji doszło, skoro czynności, których niewykonywanie Odwołujący zarzucał Przystępującemu (odśnieżanie, usuwanie oblodzeń) nie były ujęte w treści warunku. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że skuteczność omawianego zarzutu uzależniona

była od udowodnienia przez Odwołującego albo okoliczności, że zimowe utrzymanie dróg w ogóle nie wchodziło w zakres zamówienia wpisanego do wykazu usług załączonego do oferty, względnie – że pomimo objęcia przedmiotem wykazanego zamówienia takich usług nie były one w ogóle świadczone. W takich bowiem sytuacjach zachodziłaby sprzeczność informacji wynikających z przedstawianych Zamawiającemu dokumentów z rzeczywistym stanem rzeczy.

W zakresie pierwszej okoliczności Odwołujący, w wykonaniu spoczywającego na nim obowiązku dowodzenia faktów, z których wywodził skutki prawne (art. 190 ust. 1 Pzp), przedstawił dowody, których wiarygodność była, w ocenie Izby wątpliwa, a nadto część z nich nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Należy mieć bowiem na względzie, że – po pierwsze – Odwołujący oparł się na oświadczeniach przedstawiciela podmiotu, który nie mógł mieć pełnej wiedzy na temat zakresu zamówienia udzielonego AVR S.p.A. przez Pisamo S.p.A., a to Kierownika Biura Obrony Cywilnej Gminy Piza, podczas gdy wiarygodne i kompletne informacje w tej kwestii mogły mieć wyłącznie strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. ww. podmioty. Po drugie – już z informacji uzyskanych przez Odwołującego od wspomnianego funkcjonariusza wynikało, że na terenie Gminy Piza AVR S.p.A. była przewidziana do odśnieżania dróg gminnych w razie opadów śniegu.

Co zaś dotyczy załączonych do odwołania ogłoszenia o zamówieniu i o udzieleniu zamówienia nie mogły mieć one, zdaniem składu orzekającego, znaczenia przesądzającego dla ustalenia zakresu usługi. Trafnie argumentował Zamawiający, że opisujące przedmiot zamówienia kody CPV mają wyłącznie pomocnicze znaczenie i nie przesądzają o zakresie świadczeń wykonawcy wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto Izba zauważyła, że treść tych dokumentów odnosi się do tzw. usługi „global service”, która miała być świadczona zgodnie z SIWZ (pkt II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu i II.1.4 ogłoszenia o udzieleniu zamówienia). Z powyższego wynika, że znaczenie przesądzające dla ustalenia zakresu usługi wskazanej w wykazie załączonym do oferty Przystępującego mógł mieć wyłącznie opis przedmiotu zamówienia zawarty w treści SIWZ, z którego jednoznacznie wynikało, że udzielone konsorcjantowi zamówienie obejmowało m.in. zimowe utrzymanie dróg i interwencje w nagłych przypadkach (*vide* wyciąg z SIWZ na „Global service odnośnie do zarządzania, sprzątania i utrzymania dróg Gminy Piza” załączony do pisma procesowego Przystępującego).

Druga ze wspomnianych okoliczności również nie została przez Odwołującego udowodniona. Przedstawione na jej potwierdzenie informacje pochodzące od Kierownika Biura Obrony Cywilnej Gminy Piza o panujących na jej terenie warunkach pogodowych, zawarte w treści korespondencji poczty elektronicznej załączonej do odwołania, ocenić należało jako mało wiarygodne, skoro w odpowiedzi na pytania zadane przez Przystępującego przekazał on informacje, które nie korespondowały z informacjami udzielonymi uprzednio Odwołującemu (wydruk korespondencji poczty elektronicznej z dnia 28 kwietnia 2015 r., pkt 3, zd. pierwsze – odpowiedź udzielona Przystępującemu oraz wydruk korespondencji poczty elektronicznej z dnia

15 kwietnia 2015 r. – odpowiedź udzielona Odwołującemu). Niezależnie od powyższego ponownie należy podkreślić, że także i w tym przypadku należało się zwrócić do podmiotu, który udzielił zamówienia (Pisamo S.p.A.), gdyż to on musi mieć najpełniejszą wiedzę o rodzajach faktycznie wykonywanych przez AVR S.p.A. usług, skoro ponosi z ich tytułu określone wydatki (wyplaca wynagrodzenie). *Nota bene*, przy bliżej nieskonkretyzowanej treści warunku udziału w Postępowaniu, potwierdzeniem wykonywania usług utrzymania czystości i porządku ulic w okresie zimowym jest już sam fakt świadczenia ich nieprzerwanie od 1 lipca 2009 r., a więc także w okresach zimowych.

Pozostałe dowody przedstawione przez Odwołującego na rozprawie (dokument pn.: „Plan gminnej obrony cywilnej – zarządzanie kryzysowe w Przypadku opadów śniegu”, komunikat prasowy Urzędu Obrony Cywilnej Gminy Piza dotyczący nowego sprzętu do odśnieżania na 2012 r. oraz informacja zamieszczona na portalu internetowym z dnia 13 stycznia 2013 r. dotycząca zakupu przez Gminę Piza dodatkowego sprzętu do odśnieżania) nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzucie związanym ze złożeniem przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. Okoliczności jakim zapleczem technicznym do przeciwdziałania zjawiskom atmosferycznym w okresie zimowym dysponuje gmina oraz w jakim zakresie AVR S.p.A. partycypowała (lub partycypuje) w realizacji zadań obrony cywilnej na terenie wspomnianej jednostki samorządu terytorialnego nie odnoszą się do zakresu usług wynikających z zawartej z Pisamo S.p.A. umowy.

Podsumowując – Izba uznała, że do złożenia nieprawdziwych informacji przez Przystępującego nie doszło, a Odwołujący nie zaofiarował dowodów mogących zmienić takie zapatrywanie. W istocie w niniejszym postępowaniu odwoławczym zaistniała sytuacja, w której nie tyle Odwołujący dowodził, że złożone informacje są nieprawdziwe (co było jego obowiązkiem z uwagi na przewidziany przepisem art. 190 ust. 1 Pzp rozkład ciężaru dowodu), ile Przystępujący wykazywał, że informacje nieprawdziwymi nie są. Załączone do pisma procesowego dowody (korespondencja poczty elektronicznej z dnia 27 kwietnia 2015 r., aneks z dnia 1 października 2010 r. do umowy global service na usługi zarządzania, administrowania, sprzątnięcia i utrzymania sieci drogowej w Gminie Piza) rozstrzygały w wiarygodny sposób wątpliwości podniesione w odwołaniu.

Ze wskazanych powyżej przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, niezależnie od pozostałych kwestii związanych z dyspozycją pierwszego z wymienionych przepisów, nie potwierdził się.

Niespełnianie przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu

W konsekwencji powyższych ustaleń nie mógł również odnieść skutku zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ usługa, na którą powołało się Konsorcjum AVR w załączonym do oferty wykazie wpisywała się w treść warunku związanego

z posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia, a dotyczącego wykonania/wykonywania usługi polegającej na utrzymaniu czystości i porządku ulic w okresie letnim i zimowym.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący:.....