

Sygn. akt: KIO 2006/18

WYROK
z dnia 16 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2018 r. przez Odwołującego: J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą NTW J. S. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy (ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze) przy udziale wykonawcy: K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. K. LIRECO, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2006/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy (ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze) („Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kompleksowa obsługa urządzeń uzdatniania wody basenu wraz z jacuzzi w kompleksie wychowania fizycznego Centrum Szkolenia Łączności i Informatyki w Zegrzu (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 września 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 613150-N-2018.

I. W dniu 2 października 2018 r. Odwołujący – J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą NTW J, S, („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na czynność polegającą na nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę K. K. działającego pod nazwą K. K. Lireco (dalej „Wybrany Wykonawca”) i w konsekwencji niezasadnym wyborze oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej, a ponadto na zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z udziału w Postępowaniu Wybranego Wykonawcy pomimo niespełnienia przez niego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. nieposiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej dwóch usług w zakresie obsługi uzdatniania wody basenu wraz z jacuzzi o wartości nie mniejszej niż - 280.000,00 zł brutto każda rocznie; Ponadto i w związku z powyższym:
- 2) art 24 ust 1 pkt 16) i pkt 17) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z udziału w Postępowaniu Wybranego

Wykonawcy, pomimo iż w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, oświadczając, iż spełnia on warunki udziału w Postępowaniu oraz przedstawiając informacje, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w dokumentach składanych na potwierdzenie wykonania usługi wprowadzając tym samym świadomie w błąd Zamawiającego, co powinno skutkować wprost wykluczeniem z Postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16) i pkt 17) ustawy Pzp; 3) i w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny oferty Wybranego Wykonawcy skutkujących wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Zamawiający wymagał od Wykonawców wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. udokumentowania wykonania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których były wykonywane, co najmniej dwóch usług w zakresie obsługi uzdatniania wody basenu wraz z jacuzzi o wartości nie mniejszej niż - 280,000,00 zł brutto każda rocznie. Zamawiający ponadto wymagał załączenia dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe usługi miały być wskazane w wykazie usług stanowiących Załącznik nr 4 do SIWZ [dowód: postanowienia SIWZ - w aktach Postępowania].

Wybrany Wykonawca w zakresie wykazania powyższego warunku przedstawił w wykazie usług (Załącznik nr 4 do SIWZ) realizację 2 usług, w tym jedną wykonywaną na rzecz K. K. RELAX CENTER Punkt Rekreacji Hotel Mercure Gdynia w okresie od 01.01.2016 r. do

31.12.2017 r. Wybrany wykonawca oświadczył w wykazie, iż usługa dla powyższego Zleceniodawcy (w Punkcie Rekreacji Hotelu Mercure w Gdyni) obejmowała m.in. całonocową obsługę stacji uzdatniania wody basenowej, czyszczenie niecek basenowych, obsługę i konserwację sauny oraz wanny z hydromasażem. Powyższe potwierdziła załączona do wykazu usług referencja z dnia 09.01.2018 r.

Wybrany Wykonawca złożył również w treści formularza oferty w pkt 14 (str. 3 Oferty) oświadczenie złożone pod groźbą odpowiedzialności karnej i wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne za złożenie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, że załączone do oferty dokumenty są prawdziwe i opisują stan prawny i faktyczny, aktualny na dzień składania ofert [dowód: Oferta Wybranego Wykonawcy (w aktach postępowania)].

Pomimo powyższego, jak udało się z łatwością ustalić Odwołującemu, w trakcie świadczenia usługi w Punkcie Rekreacji Hotelu Mercure w Gdyni nie było możliwe świadczenie usługi polegającej na obsłudze jacuzzi ani nawet wanny z hydromasażem, gdyż jak wynika z dostępnej na stronach internetowych informacji, obiekt ten nie jest wyposażony ani w jacuzzi, ani w wannę z hydromasażem [dowód: print screeny ze strony internetowej Punktu Rekreacji Hotelu Mercure w Gdyni zawierające informacje o ofercie rekreacyjnej].

Powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego wyraźnie wskazują, iż Wybrany Wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z racji niespełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznych, który to zarzut pozostaje w bezpośrednim związku z przedkładaniem przez niego nieprawdziwych informacji w złożonych dokumentach ofertowych. Zdaniem Odwołującego obecny stan prawny, w porównaniu z uchylonym art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, nie przewiduje konieczności wykazywania winy wykonawcy w działaniu zmierzającym do przekazania nieprawdziwych informacji. Wystarczające jest jedynie wykazanie, iż działanie wykonawcy było lekkomyślne lub niedbałe. W kontekście art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp obecnie zrezygnowano z dawnej przesłanki „wpływu na wynik postępowania” i zastąpiono ją przesłanką o ogólniejszym charakterze – „wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego”. Nowe regulacje korespondują z art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi o wykluczeniu wykonawcy, który przedstawił wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia. Można zatem przyjąć, iż wykluczeniu podlega wykonawca, który przez złożenie

nieprawdziwych informacji w sposób istotny wpłynął na decyzje zamawiającego, ale niekoniecznie miał przez to wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Odwoływającego sytuacja zaistniała w Postępowaniu wypełnia również przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp pozwalającego na wykluczenie wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, w przypadku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a ponadto dotyczy także sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. W art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp już wprost wskazano, iż nieprawdziwe informacje dotyczyć mogą tego czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji.

Odwołujący stwierdził, iż z taką sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu, gdzie Wybrany Wykonawca, można prawie z pewnością przyjąć, że całkowicie świadomie, wskazał w Wykazie prac i w oświadczeniach zarówno w formularzu oferty jak i w pozostałych oświadczeniach składanych w dokumentach ofertowych, że spełnia warunki wymagane w SIWZ, pomimo, iż wiedział że wskazana przez niego usługa na rzecz Punktu Rekreacji w Hotelu Mercure w Gdyni nie obejmowała obsługi i konserwacji jacuzzi ani wanny z hydromasażem. A nie sposób przyjąć, iż wykonując usługę przez 2 lata nie posiadał wystarczającej wiedzy co do jej zakresu.

Podkreślić należy, iż Wybrany Wykonawca nie kwestionował warunku udziału w Postępowaniu, nie powoływał się na niezrozumienie treści SIWZ, które mogłyby stanowić przyczynę ewentualnie wyłączającą jego świadome działanie w kontekście przedłożenia informacji nie potwierdzających oczekiwań Zamawiającego. W tej sytuacji Zamawiający powinien bezsprzecznie dokonać wykluczenia Wybranego Wykonawcy. Wskazać dodatkowo z ostrożności należy, iż nie ma podstaw do wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Wykładnia przepisów, co do autonomiczności przesłanki wykluczenia wykonawców, z powodu składania nieprawdziwych informacji w postępowaniu pozostaje aktualna również w obliczu nowych regulacji, czego skutkiem jest niemożliwość wzywania do uzupełnienia.

Odwołujący przywołał stanowiska przedstawione w wyrokach Izby: z dnia 19 czerwca 2017 r. KIO 1058/17, z dnia 23 marca 2018 r. KIO 456/18 oraz z dnia 26 stycznia 2016 r. KIO 1/16.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż Wybrany Wykonawca nie spełnił warunku udziału dla wiedzy i doświadczenia (zdolności technicznych) w zakresie wymaganym SIWZ, a przede wszystkim w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, oświadczając, iż spełnia on warunki udziału w Postępowaniu oraz przedstawiając informacje, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w dokumentach składanych na potwierdzenie wykonania usługi wprowadzając tym samym świadomie w błąd Zamawiającego, co powinno skutkować wprost w wykluczeniem z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i pkt 17) ustawy Pzp.

II. Pismem z dnia 11 października 2018 r. (wniesionym w dniu 12 października 2018 r.) Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

III. W dniu 5 października 2018 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. K. LIRECO.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy

Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. K. LIRECO (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zgodnie z postanowieniem zawartym w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1 lit. c) SIWZ warunek zdolności technicznej lub

zawodowej został opisany w następujący sposób: „O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. udokumentują wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wykażą co najmniej dwie usługi w zakresie obsługi uzdatniania wody basenu wraz z jacuzzi o wartości nie mniejszej niż - 280.000,00 zł brutto każda rocznie. Wykaz usług stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ.”

Zgodnie z postanowieniem zawartym w Rozdziale VI Etap III pkt 1 lit. b) Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj.: wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załącznikiem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie Wykonawcy - wg załącznika nr 4 do SIWZ. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.”

W Postępowaniu zostały złożone oferty przez dwóch wykonawców: Odwołującego i Przystępującego.

Pismem z dnia 17 września 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący złożył między innymi wykaz usług („Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług z ostatnich trzech lat”) wraz z dowodami, w tym dokumentem zatytułowanym „POTWIERDZENIE Należytego wykonania usługi” z dnia 9 stycznia 2018 r. i podpisanym przez K, K, (Punkt Rekreacji Hotel Mercure Gdynia K,K.).

W wykazie usług została wskazana między innymi następująca usługa: „Kompleksowa obsługa utrzymania kompleksu rekreacyjnego z basenem, sauną, wanną z hydromasażem w Relaxcenter Hotel Mercure Gdynia”; termin wykonania: 1.01.2016 – 31.12.2017; podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana: Relaxcenter Punkt Rekreacji Hotel Mercure Gdynia.

W treści ww. pisma zatytułowanego „POTWIERDZENIE Należytego wykonania usług” z dnia 9 stycznia 2018 r. zostało zawarte oświadczenie złożone przez Pan K. K., między innymi w następującym zakresie: „Potwierdzamy, iż firma „LIRECO” K, K, z siedzibą w Gdyni przy ul. Grochowa 10, 81-017, wykonywała we wskazanym okresie kompleksową obsługę utrzymania naszego zasobu.” Jako jedną z pozycji wymienionych w ramach zakresu ww.

usługi wskazano: „obsługa i konserwacja sauny oraz wanny z hydromasażem”.

Pismem z dnia 24 września 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do drugiej z usług wskazanych w wykazie usług (odpowiedź została przez Przystępującego udzielona pismem z dnia 26 września 2018 r.).

Pismem z dnia 28 września 2018 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 54/12 należy wskazać, iż „Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których

wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11)."

Ponadto, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w trakcie postępowania odwoławczego to odwołujący kwestionuje podjęte przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na odwołującym, w pierwszej kolejności, ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy należy wskazać, iż w odwołaniu został postawiony zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z udziału w Postępowaniu wybranego wykonawcy pomimo niespełnienia przez niego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do wskazanej, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, usługi wykonanej na rzecz K. K. RELAX CENTER Punkt Rekreacji Hotel Mercure Gdynia, z uwagi na fakt, iż ww. obiekt nie jest wyposażony ani w jacuzzi ani w wannę z hydromasażem. Jednocześnie Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z udziału w Postępowaniu wybranego wykonawcy, pomimo iż w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd oświadczając, iż spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co – mając na uwadze treść uzasadnienia odwołania – odnieść należy do ww. warunku udziału w Postępowaniu i podnoszonej przez Odwołującego okoliczności braku wyposażenia obiektu RELAX CENTER Punkt Rekreacji Hotel Mercure Gdynia w jacuzzi lub w wannę z hydromasażem. W świetle tak postawionych zarzutów

Odwołujący był zatem obowiązany udowodnić, iż wskazana przez Przystępującego usługa wykonana na rzecz K. K. RELAX CENTER Punkt Rekreacji Hotel Mercure Gdynia nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ z uwagi na to, iż w okresie jej wykonywania ww. obiekt nie był wyposażony w jacuzzi lub wannę z hydromasażem. W ocenie składu orzekającego Izby Odwoławczej nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodu.

W toku Postępowania Przystępujący złożył dokumenty wymagane treścią SIWZ na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykaz usług zawierający informacje na temat ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, tj. w odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz K. K. RELAX CENTER Punkt Rekreacji Hotel Mercure Gdynia – dokumentem zatytułowanym *"POTWIERDZENIE Należytego wykonania usługi"* z dnia 9 stycznia 2018 r., podpisanym przez Pana K. K. Treścią ww. dokumentu objęta została kompleksowa usługa, na którą składało się między innymi zadanie polegające na obsłudze i konserwacji sauny oraz wanny z hydromasażem.

Mając na uwadze treść ww. dokumentów, w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający nie miał powodów, aby mieć wątpliwości co do spełnienia przez ww. usługę wymogu SIWZ dotyczącego objęcia obsługą utrzymania kompleksu rekreacyjnego także elementu wanny z hydromasażem. Z drugiej strony złożone przez Odwołującego dowody nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia odmiennego stanowiska.

Dokonując oceny dowodów przedstawionych przez Odwołującego należy stwierdzić, iż wydruki internetowe załączone przez Odwołującego do odwołania zawierają informacje odnoszące się jedynie do stanu aktualnego, a nie potwierdzają stanu istniejącego z okresu wykonywania usługi objętej ww. referencjami. Tezy prezentowanej przez Odwołującego nie potwierdza również złożona na rozprawie korespondencja emailowa z Panią D. C. - co najwyżej mogłaby ona stanowić potwierdzenie wiedzy posiadanej w tym zakresie przez tą osobę. Nie jest jednak wiadome, czy osoba ta była zatrudniona w hotelu w okresie wykonywania usługi wskazywanej przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, jak również czy jest uprawniona do wypowiedzania się w imieniu swojego pracodawcy. Odwołujący nie przedstawił podstawowych – w kontekście postawionej tezy dowodowej - informacji na temat tej osoby, co w ocenie Izby bezwzględnie powinno mieć miejsce skoro ww. dowód miałby świadczyć o złożeniu przez innego

wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak można domniemywać na podstawie nazwy stanowiska pracy zawartego w korespondencji emailowej (Front Office Shift Leader) ww. osoba jest pracownikiem (kierownikiem zmiany) recepcji, a na podstawie adresu emailowego wskazanego w ww. korespondencji (H3417-F01@accor.com) można wnosić, iż zapytanie do hotelu zostało wysłane za pomocą formularza kontaktowego znajdującego się na stronie internetowej hotelu. Powyższe stanowi jedynie domysły składu orzekającego Izby. Wymaga podkreślenia, iż Pani D. C. nie została poinformowana przez zadającą pytanie, iż udzielona przez nią odpowiedź ma być przedstawiona jako dowód w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak i ewentualnie w postępowaniu sądowym. Nie miała zatem wiedzy co do wagi przekazywanych informacji, a w kontekście okoliczności zadanego pytania przez potencjalnego klienta hotelu, mającego zamiar skorzystać z usługi hotelowej, za jedyną istotną informację należy uznać aktualny brak wyposażenia hotelu w jacuzzi/wannę z hydromasażem, a nie stan jaki miał miejsce w przeszłości. Ponadto, skład orzekający Izby podzielił stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż podstawowym źródłem informacji o zakresie zrealizowanej usługi winien być podmiot, na rzecz którego usługa ta została zrealizowana. Jak bowiem wynika z dokumentów złożonych przez Przystępującego w powiązaniu z wyjaśnieniami przedstawionymi na rozprawie (co dodatkowo nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego) kompleks rekreacyjny prowadzony jest przez K. K. (Punkt Rekreacji Hotel Mercure Gdynia K. K.), a nie Hotel Mercure Gdynia Centrum.

Na podstawie przepisu art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z zeznań świadków tj. Pana K. K. oraz Pani D. C. . Zgodnie z treścią wniosku dowodowego Odwołującego okolicznością, jaka miała zostać stwierdzona na podstawie ww. dowodów, miało być to czy wanna z hydromasażem znajdowała się w obiekcie Relaxcenter - Hotel Mercure Gdynia w okresie 2016 r. – 2017 r. Uzasadniając oddalenie wniosku dowodowego w odniesieniu do pierwszej z ww. osób, tj. Pana K. K., należy przede wszystkim wskazać, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem przeprowadzanym na podstawie dokumentów. Okoliczności mające znaczenia dla postępowania ustalane są na podstawie dokumentów przygotowywanych i składanych w ramach postępowania. W przypadku, gdy w postępowaniu został złożony wymagany postanowieniami SIWZ dokument, zawierający określone oświadczenie, którego treść potwierdza postawione w postępowaniu wymagania, wezwanie osoby, która złożyła dane oświadczenie, do potwierdzenia jego treści jest całkowicie zbędne i nie znajduje podstawy w przepisach ustawy Pzp. Powyższe należy również przenieść na postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przedmiotem rozpoznania Izby są bowiem zarzuty dotyczące niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, który przeprowadzając czynności opiera się na obowiązujących i złożonych w ramach postępowania dokumentach. W ramach Postępowania został złożony dokument zawierający oświadczenie Pana K. K. i w ocenie Izby jego treść – w zakresie odnoszącym się do postawionego zarzutu i określonej przez Odwołującego tezy dowodowej – została przez

Zamawiającego prawidłowo oceniona. Okoliczność wyposażenia obiektu Relaxcenter - Hotel Mercure Gdynia w wannę z hydromasażem w okresie od 01.01.2016 r. do 30.04.2017 r. została również potwierdzona w korespondencji mailowej z Zamawiającym (dowód złożony przez Zamawiającego) oraz w dodatkowym oświadczeniu złożonym przez ww. osobę (dowód złożony przez Przystępującego). W konsekwencji Izba uznała, iż przeprowadzenie dowodu z zeznań ww. świadka na okoliczność, która była już przedmiotem złożonych przez niego oświadczeń, jest zbędne i skutkowałoby nieuzasadnioną zwłoką postępowania. Dopuszczenie ww. dowodu mogłoby być uzasadnione w przypadku przedstawienia przez

Odwołującego wiarygodnych dowodów podważających treść złożonych oświadczeń, co jednak w ocenie Izby nie miało miejsca.

Argumenty, jakie stanowią uzasadnienie odmowy dopuszczenia dowodu z zeznań świadka – Pani D. C. są zbieżne z tymi, jakie zostały przedstawione w odniesieniu do złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci korespondencji emailowej z tą osobą. Ze wskazanych powyżej przyczyn nie można było uznać, iż Odwołujący wykazał, że przeprowadzenie tego dowodu jest celowe i zasadne i w związku z tym nie spowoduje nieuzasadnionej zwłoki w postępowaniu odwoławczym. Należy przy tym wskazać, iż wykazanie przydatności dowodu z zeznań świadka na etapie składania wniosku dowodowego ma szczególnie istotne znaczenie w sytuacji, w której w celu przeprowadzenia tego dowodu konieczne byłoby odroczenie rozprawy przed Izbą. Postępowanie odwoławcze przed Izbą jest bowiem postępowaniem co do zasady „jednoterminowym”, co podyktowane jest tym, iż dotyczy ono prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi natomiast sformalizowaną procedurę zakupową i z tego właśnie powodu nie powinno być przedłużane bez

uzasadnionych powodów. Należy zatem poddać ocenie także przyczyny złożenia wniosku dowodowego dopiero na rozprawie, a nie w terminie wcześniejszym. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie nie zaistniały żadne okoliczności, które usprawiedliwiłyby złożenie wniosku dowodowego dopiero w dniu rozprawy. W konsekwencji Izba uznała, iż przeprowadzenie ww. dowodu spowodowałoby jedynie nieuzasadnioną zwłokę w postępowaniu.

Izba nie rozpoznała nowego zarzutu podniesionego dopiero na rozprawie, tj. zarzutu zaniechania wyjaśnienia wartości wskazanej przez Przystępującego usługi wykonanej na rzecz K. K. RELAX CENTER Punkt Rekreacji Hotel Mercur Gdynia. Jak wynika z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jednocześnie należy uwzględnić, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem

Krajowej Izby Odwoławczej pojęcie zarzutu należy utożsamiać nie tylko ze wskazanymi przepisami prawa, których naruszenie odwołujący zarzuca zamawiającemu, jak również z konkretnymi okolicznościami faktycznymi mającymi uzasadniać wskazywane naruszenie. W treści odwołania został postawiony zarzut w zakresie wykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz K. K. RELAX CENTER Punkt Rekreacji Hotel Mercure Gdynia, jednakże jedyni w zakresie braku wyposażenia ww. obiektu w wannę z hydromasażem, a nie w odniesieniu do wartości usługi. Ponadto, jeżeli chodzi o podstawę prawną, to nie został sformułowany zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień, tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Jak bowiem wynika z przepisu § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę: 1) Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2; 2) jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw koszty, o których mowa w § 3 pkt 2. Natomiast w myśl § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmują w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł. Z ww. przepisów rozporządzenia wynika zatem, iż w przypadku oddalenia odwołania Izba może zasądzić od odwołującego na rzecz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego koszty wynagrodzenia pełnomocnika jedynie w przypadku wniesienia przez tego wykonawcę sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego całości lub części zarzutów odwołania. Taka sytuacja nie wystąpiła w ramach niniejszego postępowania odwoławczego. Tym samym złożony przez Przystępującego wniosek należało uznać za bezpodstawny.

Przewodniczący: