

Sygn. akt: KIO 459/19

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 27 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2019 r. przez wykonawcę **Raj-Inwest Sp. z o.o., ul. Grzybowa 14, 44-200 Rybnik** postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** przy udziale wykonawcy **BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o., Brzezna 576, 33-386 Podegrodzie** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 459/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Raj-Inwest Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 459/19

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "Wykonanie pasów przeciwpożarowych wraz z wycinką drzew i krzewów na terenie Zakładu Linii Kolejowych we Wrocławiu wzdłuż wyznaczonych linii kolejowych" ("Postępowanie") Nr referencyjny: IZSPc-4415-72/2018

Odwołujący: Raj-Inwest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku wniósł odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy z przedłożonych dokumentów, a następnie złożonych wyjaśnień wynika, iż warunki te spełnia;
2. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP - przez ich błędne zastosowanie i odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, gdy przepisy te stanowią podstawę do ewentualnego wykluczenia wykonawcy, a nie do odrzucenia oferty;
3. art. 91 ust. 1 - PZP poprzez jego naruszenie i wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta była w świetle postawionych kryteriów oceny drugą w kolejności;

z ostrożności procesowej również:

4. art. 26 ust. 3 PZP przez jego niezastosowanie i nie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanego potencjału technicznego i zawodowego w sferze wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy Zamawiający uznał, iż w jego ocenie informacje przedłożone w dokumentach złożonych przez Odwołującego budzą wątpliwości co do spełnienia tego warunku.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; oraz nakazanie Zamawiającemu:
3. dokonania, ponownej oceny ofert;
4. uwzględnienia w toku badania ofert przedstawianego przez Odwołującego doświadczenia i wiedzy za potwierdzające spełnienie postawionych warunków udziału w Postępowaniu;
5. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty; z ostrożności procesowej, ewentualnie:
6. dokonania ponownej oceny ofert i wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zdolność techniczną i zawodową w zakresie wiedzy i doświadczenia .

UZASADNIENIE

Odwołujący posiada interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 PZP, we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, iż jego oferta jest najbardziej korzystna w świetle przedstawianych przez Zamawiającego kryteriów oceny, co pozwoli mu uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Zgodnie z treścią Rozdziału XI pkt 3 SIWZ Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu pod kątem zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na:

- a) wykonaniu 4 metrowych pasów przeciwpożarowych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 7 sierpnia 2008 r. zlokalizowanych wzdłuż linii kolejowych w ilości co najmniej 20 km w okresie ostatnich trzech lat.
- b) wycince drzew w ilości co najmniej 5 000 szt. w okresie ostatnich trzech lat.

Odwołujący w swojej ofercie, tak w JEDZ, jak i w Wykazie wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat wskazał za mówię nie pn. "Wycinka drzew i krzewów oraz wykonanie prac związanych z poszerzeniem istniejącego pasa p.poż. do szerokości 4m na terenie ZLK w Tarnowskich Górach". W ramach tego zamówienia wykonano 33,29 km nowego pasa p.poż. oraz dokonano wycinki 27623 drzew. Wskazane zamówienie realizowane było przez konsorcjum wykonawców w składzie Usługi w Zakresie Zieleni Wysokiej R. S. (dalej "UZZW R. S.") oraz Zakład Kształtowania i Utrzymania Terenów Zieleni "RAJGRAS" D. S. (dalej "RAJGRAS"). Przedsiębiorstwo UZZW R. S. zostało przekształcone z dniem 13 mar 2016 r. w Raj-Inwest Sp. z o.o. Okoliczność tą potwierdza wypis z Rejestru, Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego spółki, gdzie w Dziale I Rubryka 6 wskazano sposób jej powstania. RAJGRAS natomiast jest podmiotem, z którym Odwołujący utrzymuje ścisłą i bardzo bliską współpracę. Współpraca ta realizowana była zarówno przed przekształceniem UZZW R. S. w RAJ-INWEST sp. z o.o. jak i po, o czym świadczą przedłożone referencje oraz fakt, iż również w niniejszym postępowaniu RAJGRAS występuje względem Odwołującego jako podwykonawca oraz podmiot, o którym mowa w art. 22a PZP. Na okoliczność należytego wykonania przedmiotowej usługi Odwołujący przedłożył oświadczenie PKP PLK Zakładu Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach z dnia 11 stycznia 2018 r. Pod względem przedmiotowym zamówienie to niewątpliwie potwierdza spełnienie postawionego warunku. W aspekcie podmiotowym natomiast Zamawiający, pismem z dnia 18 lutego 2019 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści "przedstawionych referencji". Z niezrozumiałych przyczyn wezwanie to nastąpiło w trybie art. 87 ust. 1 PZP zamiast 26 ust.3 lub 4 PZP1 dotyczyło referencji, które zgodnie z treścią § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mają jedynie potwierdzać fakt należytego wykonania usługi. Abstrahując jednak od powyższych błędów formalnych, Odwołujący pismem z dnia 21 lutego 2019 r. wyjaśnił wskazane wątpliwości. Zamawiający jednak nie uwzględnił przedmiotowych wyjaśnień i w sposób bardzo lakoniczny poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazując; że „nie wykazano siłę ilością samodzielnie wykonanych pasów przeciwpożarowych”.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że z uwagi na ścisłą współpracę UZZW R. S. oraz RAJGRAS w okresie wykonywania przedmiotowych usług, konsorcjum to realizowało też liczne inne prace o tożsamym charakterze. Usługi wykonywane jednak w ramach zamówienia pn. "Wycinka drzew i krzewów oraz wykonanie prac związanych z poszerzeniem istniejącego pasa p.poż. do szerokości 4m na terenie ZLK w Tarnowskich Górach" wykonywane były praktycznie w całości samodzielnie przez UZZW R. S. . Współdziałal RAJGRAS w tym przypadku dotyczył skorzystania z jego sprzętu. W związku ze ścisłą współpracą pomiędzy członkami konsorcjum zakres prac wykonywanych w ramach zamówień realizowanych wspólnie określany był na bieżąco w drodze ustaleń ustnych. W tym aspekcie absolutnie nie ma wymogu pisemnego ustalania przedmiotowych kwestii, a ze względu na specyfikę tego typu prac w praktyce byłoby to bardzo trudne. Wewnętrzna organizacja pracy w konsorcjum pozostaje indywidualną kwestią pomiędzy jego członkami i Zamawiający nie ma podstaw, aby w tą sferę ingerować. Stanowisko takie nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”), która stwierdziła między innymi, że ukształtowanie treści takiej umowy jest prawem wytycznym stron umowy, w tym przypadku wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie zamawiającego, który nie jest uprawniony do ingerowania w jej treść” (Wyrok z 19 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 749/13). W konsekwencji powyższego Zamawiający jest zobligowany polegać na oświadczeniach wykonawców, którzy w świetle art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP zobowiązani są do składania oświadczeń zgodnych z prawdą. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż przepisy PZP w wielu miejscach odwołują się do oświadczeń wykonawców, które stanowią podstawę do badania oferty i sytuacji wykonawcy przez Zamawiającego. Dla przykładu, na gruncie niniejszego postępowania, można tu wskazać choćby oświadczenia w zakresie braku orzeczenia wobec wykonawcy środka zapobiegawczego w postaci zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne lub o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych. W tych przypadkach Zamawiający również dokonuje oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy. W niniejszym postępowaniu o fakcie samodzielnego wykonania prac przez UZZW R. S. Odwołujący poinformował Zamawiającego w wyjaśnieniach z 20 lutego 2019 r. Okoliczność ta została jednak pominięta przez Zamawiającego, który w informacji o odrzuceniu wskazał jedynie, iż "w przedłożonych wyjaśnieniach nie wykazano się ilością samodzielnie wykonanych pasów przeciwpożarowych". Zamawiający nie podał przyczyny, z której nie uwzględnił przedmiotowego oświadczenia Odwołującego i w żaden sposób tego nie uzasadnił.

Poza przywoływanym oświadczeniem Odwołującego, fakt należytego wykonania prac potwierdzają między innymi faktury częściowe wystawione przez UZZW R. S., a także przede wszystkim protokoły odbioru prac, gdzie ze strony Wykonawcy występował tylko Pan R. S. . Ustosunkowując się natomiast do podnoszonego przez Zamawiającego argumentu, iż z tych dokumentów nie wynika wykonanie pasów przeciwpożarowych, a jedynie wycinka drzew i mineralizacja tych pasów, abstrahując od braku jakiegokolwiek uzasadnienia Zamawiającego w tym przedmiocie, należy wskazać, iż stanowisko to jest nielogiczne. Z przedmiotowych dokumentów wynika, iż prace tak w zakresie wycinki, jak i wykonywania pasów przeciwpożarowych były wykonywane zgodnie z umową i harmonogramem rzeczowym. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że z załączonych protokołów i faktur nie wynika wykonanie pasów przeciwpożarowych. Odwołanie do harmonogramu prac; przesądza o tym, że jeśli prace zostały wykonane, to były one wykonane tak w zakresie wycinki, jak i urządzenia nowych pasów. Również w świetle wystawionych referencji nie ma wątpliwości, iż pasy przeciwpożarowe zostały wykonane prawidłowo. W innym przypadku nie byłoby możliwości uznania całości umowy za wykonaną należycie.

Na marginesie należy w tym miejscu zaznaczyć również, że Odwołujący w niniejszym postępowaniu skorzystał z możliwości polegania na potencjale podmiotu trzeciego, a dokładnie na potencjale RAJGRAS, jednak jedynie w zakresie zasobów technicznych i ludzkich. Pomimo faktu, iż RAJGRAS został wskazany w JEDZ jako podwykonawca część niniejszego zamówienia, to nie udostępnił potencjału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sferze wiedzy i doświadczenia, bo nie realizował „samodzielnie” zamówienia pn. "Wycinka drzew i krzewów oraz wykonanie prac związanych z poszerzeniem istniejącego pasa p.poż. do szerokości 4m na terenie ZLK w Tarnowskich Górach". Z tego względu, nawet uwzględniając bardzo wątpliwe stanowisko Zamawiającego w tym zakresie, RAJGRAS będąc podwykonawcą przedmiotowego zamówienia i jednocześnie drugim członkiem konsorcjum, które formalnie realizowało zamówienie na rzecz ZLK Tarnowskie Góry, gwarantuje z formalnego punktu widzenia niezbędne na potrzeby niniejszego zamówienia doświadczenie.

Konkludując należy stwierdzić, iż Odwołujący wykazał, że na potrzeby niniejszego zamówienia może skutecznie legitymować się doświadczeniem nabytym poprzez wykonanie zamówienia pn. "Wycinka drzew i krzewów oraz

wykonanie prac związanych z poszerzeniem istniejącego pasa p.poż. do szerokości 4m na terenie ZLK w Tarnowskich Górach". Co za tym idzie wykazał, że spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu.

Kolejnym aspektem, który należy podnieść jest fakt, że przesłanką wykluczenia wykonawcy, o której, mowa jest w art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP jest niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przed przejściem do merytorycznej analizy tego zagadnienia, należy zwrócić uwagę na kwestię formalną. Mianowicie na fakt, że Zamawiający opierając się na powyższym przepisie, dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy przepis ten stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy. W odniesieniu do błędu dotyczącego złej podstawy prawnej podanej przez Zamawiającego należy wskazać, że z formalnego punktu widzenia „ustawodawca rozróżnia odrzucenie oferty i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4. Przepis żart. 89 ust 1 pkt 5 dotyczy możliwości odrzucenia oferty w postępowaniu wieloetapowym, w którym dokonuje się oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odrębnie ocenę złożonych ofert. W takim postępowaniu wykonawca, który nie spełni warunków udziału w postępowaniu, podlega wykluczeniu i nie zostaje zaproszony do składania ofert, a gdyby mimo to ofertę złożył, to taka oferta podlega na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 odrzuceniu". Przedmiotowe postępowanie nie jest postępowaniem wieloetapowym, toteż rzekome nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu mogłoby stanowić przesłankę do hipotetycznego wykluczenia wykonawcy, a nie odrzucenia oferty. Co za tym idzie Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art 24 ust. 1 pkt 12 naruszył przepisy PZP, traktując ten przepis jako podstawę odrzucenia oferty.

Fakt podania błędnej podstawy prawnej przez Zamawiającego, niewątpliwie istotny, ma jednak drugorzędne znaczenie w tej sytuacji, gdyż przede wszystkim należy stwierdzić, iż przesłanka ta występuje tylko w sytuacji nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, pomimo omówionej powyżej kwestii oświadczenia Odwołującego oraz załączonych faktur i protokołów, na których powinien się oprzeć, stwierdził, że nie wykazano ilości samodzielnie wykonanych prac przez UZZW R. S. . Nie jest to jednak jednoznaczne ze stwierdzeniem, że warunek ten nie został spełniony. Jeśli tak miałyby być, to Zamawiający musiałby uznać wyjaśnienia Odwołującego za nieprawdziwe. Ponadto, w takim przypadku, powinien wykazać i uzasadnić, na czym oparł takie twierdzenie o nieprawdziwości złożonego oświadczenia, czego również nie uczynił. Powyższe wskazuje na brak spójności i konsekwencji w i tak nad wyraz lakonicznej argumentacji Zamawiającego. Przede wszystkim jednak wskazuje na brak przesłanek do wykluczenia Odwołującego na tej podstawie.

Niezależnie jednak od przedstawionych powyżej okoliczności co do faktu wykonania przedmiotowego zamówienia samodzielnie przez UZZW R. S., zasadne wydaje się również zwrócenie uwagi na błędne przyjęcie przez Zamawiającego jakoby „uniwersalnego” zakazu powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie nabyte w realizacji zamówienia w ramach konsorcjum. Jak już wskazano w wyjaśnieniach z dnia 20 lutego 2019 r. w świetle dorobku orzecznictwa tak KIO, jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej "TSUE"), nie tylko samodzielnie i faktyczne wykonywanie danych czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia przez członka konsorcjum daje możliwość legitymowania się przez niego danym doświadczeniem. „Poprzez doświadczenie należy rozumieć potwierdzone w praktyce posiadanie powtarzalnych umiejętności niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Jak słusznie wskazał TSUE warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum. Czyli doświadczenie konsorcjanta należy rozumieć również jako doświadczenie w postaci umiejętności zarządzania, administrowania określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć" (Wyrok TSUE z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/D5).

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w aktualnym orzecznictwie KIO, z którego jasno wynika, że „każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy" (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r. sygn. akt KIO 1854/17). Trafną analogią w tym zakresie wydaje się odwołanie do zagadnienia realizacji zamówienia przez podwykonawców. Nie można bowiem uznać, iż wykonawca, który realizował zamówienie przy udziale podwykonawców, nie nabył doświadczenia w realizacji danej inwestycji i nie może legitymować się takim doświadczeniem. Udowodnił on przecież, że jego umiejętności, w sferze koordynowania prac i organizacji wykonywanych czynności, a także odpowiedzialności za podejmowane decyzje, doprowadziły do osiągnięcia pozytywnego efektu w postaci należytej realizacji zamówienia. Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tym jednak przypadku należy mieć na uwadze pewne odrębności w tym zakresie, dotyczące przede wszystkim charakteru i specyfiki zamówienia, jak i zakresu regulującego zasady współpracy pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum. W przypadku zamówień składających się z wielu różniących się od siebie elementów składowych, a na dodatek mających w efekcie stworzyć pewną funkcjonalną całość, uzasadnione jest przyjęcie, iż poszczególni członkowie konsorcjum nabywają doświadczenie w zakresie skonkretyzowanej i wyodrębnionej części. Taka sytuacja często może mieć miejsce w przypadku robót budowlanych, gdzie niejednokrotnie poszczególne elementy wymagają, wiedzy, doświadczenia, a często także konkretnych uprawnień w różnych zakresach specjalizacji. W przypadku jednak takich usług jak w niniejszym postępowaniu, poszczególne czynności nie, różnią się od siebie zbyt, a co więcej nie wymagają szczególnych uprawnień. Dodatkowo należy stwierdzić, iż nie tworzą one funkcjonalnej całości, w której poprawność danego elementu warunkuje poprawność innego. Aby zamówienie było wykonane należyście, to pasy przeciwpożarowe muszą być wykonane zgodnie z wymogami przepisów powszechnie obowiązujących w każdym fragmencie niezależnie.

Z tego względu, abstrahując od faktu, że w niniejszym przypadku analizowane zamówienie było wykonywane samodzielnie przez UZZW R. S., uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że przy tak ścisłej współpracy między członkami konsorcjum, sam fakt koordynowania i organizowania prac oraz odpowiedzialność za ich poprawność, pozwala legitymować się doświadczeniem nabytym w ramach takiego zamówienia przez każdego z członków konsorcjum.

Ustosunkowując się natomiast do podnoszonego z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 PZP, gdyby Izba nie podzieliła powyższej argumentacji, należy stwierdzić następująco. Jeżeli Zamawiający po analizie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego nie podzielił przedstawionej argumentacji i w konsekwencji mając wątpliwości uznał, iż wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sferze doświadczenia, to miał obowiązek wezwać do uzupełnienia tego braku. Takie stanowisko jest ugruntowane w doktrynie, gdzie stwierdza się między innymi, że „Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów i oświadczeń złożonych fizycznie, lecz

nieodpowiadających wymaganiom określonym przez zamawiającego zarówno co do treści, jak i formy, udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, co do których zamawiający powziął wątpliwości." Wskazano również, „że wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć”. Stanowisko to znajduje również poparcie w orzecznictwie KIO, która stwierdziła między innymi, że „Art. 26 ust. 3 pzp wyznacza obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, m.in. w sytuacji, gdy uprzednio złożone oświadczenia lub dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania bez umożliwienia mu uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, za pomocą których wykaże on, że spełnia opisane warunki. Wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, z pominięciem obowiązku wynikającego z art. 26 ust 3 pzp, tj. z pominięciem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, powoduje, że wykluczenie staje się przedwczesne i bezzasadne”. Bez znaczenia pozostaje również fakt przewidywań Zamawiającego co do tego, jak wykonawca ustosunkuje się do takiego wezwania. Jak wskazała KIO „Obowiązek określony w art. 26 ust 3 pzp nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni.”

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający zupełnie zlekceważył ciążyący na nim obowiązek i po błędnym w ocenie Odwołującego nie uwzględnieniu jego wyjaśnień, od razu wyeliminował Odwołującego z Postępowania. Działanie to było niewątpliwie niewłaściwe i naruszające przepis PZP.

Podsumowując przedstawione powyżej argumenty, działanie Zamawiającego było błędne i sprzeczne z przepisami PZP. W konsekwencji doprowadziło ono do naruszenia art. 91 ust. 1 PZP i wybrania oferty, która nie była najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ.

Załączono treść pisma Odwołującego z 21 lutego 2019 r., Umowę nr 44/208/0030/17/Z/0 z 30 marca 2017 r. harmonogram prac oraz faktury z dnia 24 lipca 2017 r. nr FV 22/2017, z dnia 24 lipca 2017 r. nr FV 23/2017, z dnia 25 sierpnia 2017 r. nr FV 26/2017, z 28 listopada 2017 r. nr FV 44/2017, z 28 listopada 2017 r., nr FV 45/2017, z 28 listopada 2017 r., nr FV 46/2017 i protokoły odbioru wykonania usługi z dnia 23 lutego 2017 r., z 21 listopada 2017 r.

z 26 października 2017 r., z 20 lipca 2017 r., z 27 kwietnia 2017 r., z 27 kwietnia 2017 r. i

z 26 stycznia 2018 r.

Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 pzp stwierdził, że wystąpiła przesłanka wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp wobec nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazał, że na podstawie art. 87 ust. 1 wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dot. treści przedstawionych referencji zgodnie z rozdziałem X ust. 2 pkt 3 siwz.

W odpowiedzi dot. referencji dla konsorcjum firm Usługi w Zakresie Zieleni Wysokiej R. S. oraz Zakład Kształtowania i Utrzymania Terenów Zieleni RAJGRAS nie wykazano się brakującymi 6 km – wykonania 4 metrowych pasów przeciwpożarowych, tylko w załączonych protokołach i fakturach wykazano procentowe wykonanie zadań, wycinkę drzew oraz mineralizację, gdzie nie ma nic na temat wykonania pasów przeciwpożarowych. W przedłożonych wyjaśnieniach nie wykazano się ilością samodzielnie wykonanych pasów przeciwpożarowych, co skutkuje brakiem spełnienia warunków.

Powołano wyrok KIO 568/18, gdzie Izba stwierdziła, że przystępujący nie był samodzielnym wykonawcą tych umów, co wprost wynika z referencji wystawionych na podmioty działające w konsorcjum. W kontekście poglądów wyrażonych w wyroku TSUE nie ma więc podstaw twierdzić że przystępujący nabył całość doświadczenia związanego z realizacją tych umów, zamawiający natomiast mimo wiedzy o wykonaniu zadań referencyjnych w konsorcjum bezkrytycznie przyjął, że oba te zadania w całości stanowią doświadczenie przystępującego i potwierdzając spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu.”

Problematyka doświadczenia zdobytego jako członek konsorcjum była też analizowana przez NSA w wyroku z 1 lutego 2018 r. II GSK 4133/17 stwierdzono: „Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez każdego z uczestników. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. Trafnie stwierdził sąd I instancji, że doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych, a nie prawnych. Powyższe wynika z istoty art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów. Fakt solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum nie przekłada się na nabycie doświadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Podzielić należy również pogląd Sądu I instancji w tym, że fakt, iż wykonawca działał w ramach konsorcjum i pozytywnie oceniono wykonanie zadania przez konsorcjum, nie determinuje przyjęcia za właściwe założenia, że wykonawca wykonał swoje zadania prawidłowo z dochowaniem zasad należytej staranności. Pozytywna ocena wykonania powierzonego zadania przez konsorcjum nie jest równoznaczna z przyjęciem, że każdy podmiot działający w ramach konsorcjum w taki sam prawidłowy sposób zrealizował swoje zadanie.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał na postanowienia siwz określające warunki udziału wykonawców postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej opisane w Rozdziale X ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 3 (przytoczone wyżej i przedstawione w treści odwołania).

Następnie w R. XII ust. 9 i 10 siwz – Oświadczenia i dokumenty, jakie powinni dostarczyć wykonawcy /.../ wskazano, że:

„9. Przed udzieleniem zamówienia zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia (art. 26 ust. 1 ustawy). Wykaz dokumentów i oświadczeń zamawiający zawarł w ust. 10. Jeżeli jest to

niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, zamawiający może na każdym etapie wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu lub spełniają warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli zachodzą podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów (art. 26 ust. 2f ustawy).

10. Na żądanie zamawiającego, o którym mowa w ust. 9, skierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 lub ust. 2f, wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące dokumenty:

a/ wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert /.../ (wzór wykazu – zał. Nr 10)

b/ dowody (referencje lub inne dokumenty) potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie. Dowodami są referencje, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli z przyczyn o obiektywny charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji, składa oświadczenie, wraz z protokołami odbioru w/w usług,

c/ inne dokumenty jeżeli wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów o których mowa w pkt b.

Zamawiający podnosi, że w pierwszej kolejności dokonał wyboru oferty Raj-Inwest sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Następnie po zawiadomieniu wykonawców o wyborze, BKW Usługi Komunalne sp. z o.o. pismem z dnia 12.02.2019 r. poinformowało zamawiającego, że w wykazie usług zał. 10 w poz. 2 i 3 Raj-Inwest wskazała wyłącznie siebie jako podmiot wykonujący usługi referencyjne i przypisała sobie 100% wartości realizacji usług referencyjnych, tym samym wykaz zawiera nieprawdziwe informacje, mające istotny wpływ na wynik postępowania. Ze złożonych referencji z 11.01.2018 r. wynika, że w zakresie usług referencyjnych dotyczą one umowy zawartej nie z wykonawcą (przed jego przekształceniem w sp. z o.o.), lecz umowy zawartej z konsorcjum firm złożonym z: 1) R. S. oraz 2) D. S. . Jednocześnie wykonawca nie złożył oświadczenia o tym, że D. S. używa mu na potrzeby niniejszego postępowania wiedzy i doświadczenia zdobytego w wykazie usług referencyjnych.

BKW Usługi Komunalne podkreśliło, że obie usługi referencyjne były wykonywane przez wykonawcę w konsorcjum z innym wykonawcą, a złożony wykaz nie zawiera charakterystyki zamówienia ani żadnych informacji potwierdzających, jakie elementy zamówienia były wykonywane przez każdego z konsorcjantów, w szczególności jakie czynności w ramach tych usług były wykonywane przez Raj-Inwest sp. z o.o.

Jednocześnie BKW wskazała, że obowiązkiem zamawiającego było wezwanie oferenta do wskazania, które z wykazanych w załączniku usług są jego wyłącznym własnym doświadczeniem, jakie nabył przez samodzielne realizowanie wskazanych umów. W/w ustalenie zakresu prac zrealizowanych przez oferenta było bowiem niezbędne do ustalenia czy posiada on wymaganą wiedzę i doświadczenie zgodnie z R. XI ust. 3 siwz.

BKW podkreśliła również, że Raj-Inwest nie spełnia warunków udziału z powodu braku wymaganej wiedzy i doświadczenia, a nadto w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do istotnych informacji dotyczących jego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W celu wyjaśnienia powstałych wątpliwości, zamawiający unieważnił wybór oferty i powtórzył czynność badania i oceny ofert wzywając pismem z 18.02.2019 r. Raj-Inwest do wyjaśnienia treści przedstawionych referencji tj. załącznika nr 10 do wykazu usług, w tym do wskazania jakie usługi są własnym doświadczeniem oferenta nabytym poprzez samodzielne ich realizowanie, a także wskazania jakie czynności były wykonywane przez niego w ramach tych usług. Dalej wskazując, że w przedstawionym załączniku wykazano się referencjami konsorcjum, co budzi wątpliwości i nie potwierdza faktycznie wykonanych prac, potrzebnych w celu spełnienia warunków siwz. Wezwanie skierowano pod rygorem odrzucenia oferty.

Zamawiający zauważa, że Raj-Inwest nie zakwestionował czynności unieważnienia wyboru i powtórzenia badania i oceny, jak i samego wezwania, a zatem podnoszenie na tym etapie jakichkolwiek rzekomych uchybień zamawiającego w zakresie wywiedzonego odwołania jest co najmniej spóźnione.

Zamawiający wskazuje, że w odpowiedzi na wezwanie Raj-Inwest pismem z 21.02.2019 r. nie udzieliła szczegółowych wyjaśnień w zakresie wskazanym w wezwaniu, polemizując jedynie z treścią wezwania, wskazując że pogląd zamawiającego o konieczności wykazania się faktyczną ilością wykonywanych przez oferenta usług jest chybiony, oraz podkreślając, że „praktycznie całość tych prac” samodzielnie wykonał R. S., bez wskazania jednak jakie to były konkretnie prace oraz w jakiej ilości.

Z treści przedłożonych przez oferenta dokumentów stanowiących załącznik do pisma z 21.02. nie wynikało, czy R. S. faktycznie wykonywał jakiegokolwiek prace objęte przedłożonymi protokołami, oraz jak była jego faktyczna rola w konsorcjum.

Ponadto niektóre z przedłożonych protokołów nie wymieniały w ogóle przedstawiciela wykonawcy, a także wskazywały, że prace zostały wykonane jedynie w 80% (vide protokół z 20.07.2017 r.); w 90% (protokół z 21.08.2017 r.); lub zawierały uwagi o niewykonaniu pasów przeciwpożarowych i wycinki drzew w niektórych lokalizacjach (protokół z 21.11.2017 r. i z 23.11.2017 r.).

W/w protokoły poza tym, że wymieniały osobę przedstawiciela wykonawcy nie wskazywały także konkretnie wykonanych prac.

Po przeanalizowaniu odpowiedzi Raj-Inwest i zbadaniu treści samodzielnie przedłożonych przez wykonawcę dokumentów jako zał. do pisma, zamawiający stwierdził, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Wykluczył Raj-Inwest sp. z o.o. i odrzucił złożoną ofertę.

Zamawiający wskazuje, że dochował należytej staranności w postępowaniu zwracając się z wezwaniem dnia 18.02.2019 r. Zwracanie się kolejny raz do uzupełnienia przedłożonego wykazu usług naruszałoby zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Jednocześnie pomijając fakt, że został wprowadzony w błąd przez wykonawcę, który w wykazie usług wskazał, że

wykonał 100% usług, aby następnie w piśmie z 21.02.2019 r. stwierdzić, że wykonał praktycznie całość prac, bez wymieniania ich zakresu i rodzaju, załączając protokoły, z których wynikało, że prace nie zostały wykonane w całości.

Zauważył zamawiający, że wg art. 26 ust. 3 nie wzywa się o uzupełnienie dokumentów, jeżeli mimo uzupełnienia oferta podlega odrzuceniu.

Skoro odwołujący przedkładając wykaz usług w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego co do istotnych informacji dotyczących jego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, to jego ofert i tak podlegałyby odrzuceniu, tym samym niecelowe byłoby wzywaniem go do uzupełnienia przedłożonego wykazu, po to by następnie wykluczyć go z postępowania i odrzucić jego ofertę.

Wskazał, że odwołujący samodzielnie, na własne ryzyko, w odpowiedzi z 18.02. uzupełnił złożone wcześniej dokumenty o protokoły wykonania prac i faktury, które utwierdziły zamawiającego w przekonaniu, że zarzuty BKW w piśmie z 12.02. są uzasadnione – mianowicie Raj-Inwest nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wobec braku wymaganej wiedzy i doświadczenia, a nadto wprowadził w błąd zamawiającego w tym przedmiocie.

Zamawiający podnosi, że wykonawca nie odniósł się szczegółowo do wezwania polemizując jedynie z jego treścią. Stwierdzenie, że wykonał praktycznie całość prac samodzielnie jest przyznaniem, iż wykaz, w którym przypisano sobie 100% wykonania nie jest prawdziwy. Nadto protokoły potwierdzają, że prace nie zostały wykonane w całości.

Odnosząc się do poruszonej w odwołaniu kwestii będącej podstawą sporu między stronami tj. możliwości posługiwania się doświadczeniem całego konsorcjum, wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołania, na odwołującym spoczywał obowiązek wykazania usług, które są własnym doświadczeniem oferenta nabytym przez samodzielne ich realizowanie, a także wskazania jakie czynności były wykonywane przez niego w ramach tych usług.

Na poparcie stanowiska zamawiający przywołał orzecznictwo KIO, w tym oparte na wyroku TSUE C 387/14 Esaprojekt, Archus C-131/17 a także wyrok NSA z dnia 1 lutego 2018 r. II GSK 4133/17 i tezy z piśmiennictwa.

Zamawiający podnosi, że doświadczenie wykonawcy powinno być doświadczeniem realnym, a wykonawca winien wykazać faktyczny udział w realizacji takiego zamówienia, a nie tylko udział blankietowy w postaci podpisywana protokołów lub wystawiania faktur, ewentualnie powołując się na doświadczenie całego konsorcjum powinien uzyskać zobowiązanie wszystkich członków konsorcjum do udostępnienia doświadczenia na potrzeby wykonania zamówienia publicznego.

Z treści pisma z dnia 21.02. złożonego w odpowiedzi na wezwanie, a w szczególności z załączonych dokumentów /protokołów i faktur/ nie wynikało, że wykonawca samodzielnie wykonał zamówienie przypisując sobie w wykazie 100% realizacji, pomimo tego, że referencje były wystawione na konsorcjum firm, a nie na jednego wykonawcę.

Wskazał, że uzupełniane dokumenty powinny dotyczyć złożonych pierwotnie, co wynika z zasady równego traktowania wykonawców i jest zgodne z aktualną wykładnią art. 26 ust. 3 pzp, którego tryb może prowadzić jedynie do wyjaśnienia informacji już przedstawionych w tym co do pierwotnie wskazanych wykonanych zamówień przez np. uzupełnienie wartości, dat wykonania, zakresu, lub pierwotnie wskazanych osób o informacje o stanowisku itp.

W orzeczeniach wyraźnie wskazano, że niedopuszczalne jest powoływanie się na pełen zakres doświadczenia (referencji) zdobytego w ramach konsorcjum, w takim przypadku wykonawca może powoływać się jedynie na doświadczenie wynikające z realizacji tej części zamówienia, którą faktycznie samodzielnie wykonał.

Przystępujący do postępowania wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie lub oddalenie odwołania.

Wskazał na stan faktyczny sprawy, przypominając, że 15.02.2019 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty w wyniku otrzymania dnia 13.02.2019 r. informacji o ewentualnych nieprawidłowościach w ofercie wybranej, jako najkorzystniejszej „w oparciu o oświadczenia i informacje złożone wraz z ofertą przez Wykonawcę – Raj-Inwest sp. z o.o. z Rybnika.”

Na wezwania zamawiającego wykonawca złoży dnia 21.02.2019 r. wyjaśnienia, w których 2 strony zawierały argumentację prawną dot. możliwości posługiwania się doświadczeniem uzyskanym przez konsorcjum. Jedynie na końcu z ostrożności odwołujący wskazał, że prace w odniesieniu do umowy z 30.03.2017 r. wykonał „praktycznie samodzielnie.”

Przystępujący wskazał, że odwołujący mógł wnieść odwołanie już 15 lutego, a najpóźniej 18 lutego 2019 r. wiedząc, że zamawiający negatywnie ocenia jego oświadczenia.

Przystępujący wskazał na przesłanki oddalenia odwołania wobec braku wpływu naruszeń wskazanych w odwołaniu na wynik postępowania.

Zauważył, że uwzględnienie zarzutów nie będzie miało nawet potencjalnego wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej

Raj-Inwest został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pzp. Zamawiający nie ograniczył wykluczenia odwołującego do przesłanek wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp. Z dokumentacji postępowania wprost wynika, iż zamawiający miał przede wszystkim wątpliwości co do prawdziwości i rzetelności oświadczeń wykonawcy.

Zatem, aby wzruszyć wykluczenie z postępowania należało zaskarżyć czynność wykluczenia odwołującego przynajmniej na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 pzp.

Tymczasem odwołujący nie tylko nie zarzucił naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ani pkt 17 ale dodatkowo potwierdził naruszenie w/w przepisów w treści odwołania, przez wskazanie, iż wbrew pierwotnym oświadczeniom nie zrealizował samodzielnie umowy z 30 marca 2017 r.

Podniósł, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu nie powołał się wyłącznie własne faktycznie wykonane czynności i zaliczał prace wykonane przez drugiego członka konsorcjum. Wskazał na treść załącznika nr 10 do oferty i fakt, że w rzeczywistości wykonawca mimo deklaracji nie wykonał prac referencyjnych samodzielnie, co przyznano także w treści odwołania.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 uznał za nieuzasadniony wobec braku podstaw do stosowania kolejnego wezwania w sprawie. Zauważył też, iż odwołujący potwierdza i kontynuuje przekazywanie zamawiającemu nierzetelnych informacji.

Dopiero w odwołaniu przyznał bowiem, że był konsorcjantem w realizacji zamówienia, Należało to wyjaśnić w ofercie lub przynajmniej po wezwaniu w ramach samooczcyszczenia.

Po drugie odwołujący mija się z prawdą twierdząc, że R. S. wykonał praktycznie samodzielnie zamówienie referencyjne.

Uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili w toku rozprawy stanowiska.

Odwołujący wskazał na treść wezwania Zamawiającego z 18.02.2019 r., w którym żądano złożenia wyjaśnień. Przypomniał treść decyzji Zamawiającego i wskazaną podstawę prawną wykluczenia, jako 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP. Tym samym wskazał, iż nie ma podstaw do podnoszenia obecnie zarzutów dot. nieprawdziwych informacji lub wprowadzenia w błąd (pkt 16 i 17 art. 24). Stwierdził, że informacja o wykonywaniu usługi referencyjnej w ramach konsorcjum nie była zatajana w toku postępowania i nie budziła wątpliwości. Zauważył, że ze względu na rodzaj usługi jest to zamówienie o charakterze jednorodnym niewymagającym kwalifikacji zawodowych, odrębnych umiejętności i uprawnień dla określonej części zamówienia. Przypomniał, że udział konsorcjanta ograniczał się do przekazania sprzętu. Użyte w wyjaśnieniach sformułowanie „praktycznie samodzielnie wykonał usługę” wynikało z faktu, że korzystał ze sprzętu udostępnionego przez drugiego konsorcjanta. Stwierdził, iż oczywiste jest, że sformułowanie to oznacza wykonanie przez potencjał ludzki i maszynowy, jakim się dysponuje. Zauważył, że w analogicznym postępowaniu Zamawiający uznał, jako potwierdzające spełnienie warunku te same referencje, które wskazano w obecnym. Poddał w wątpliwość zasadność powoływania orzecznictwa w odmiennych stanach faktycznych. Stwierdził, iż w toku postępowania nie doszło do autouzupelniania czy samouzupelniania dokumentów, lecz zostało udzielone wyjaśnienie na wezwanie Zamawiającego, a Zamawiający miał obowiązek wezwać do uzupełnienia dokumentów, jeżeli w jego ocenie przedstawione nie wykazywały spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że złożone dokumenty potwierdziły spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Przypomniał sformułowany w petitum wniosek ewentualny. Stwierdził, że jako przedsiębiorca wykazał wymagane doświadczenie w wykonywaniu usług i dotyczy to w sposób oczywisty prac wykonywanych przez pracowników lub podwykonawców. Zauważył, że bezpodstawne jest wskazywanie na przesłanki wykluczenia nowo powołane w treści odpowiedzi na odwołanie, a także twierdzenie o przedstawieniu nieprawdziwych informacji. Stwierdził, że w toku postępowania składał Zamawiającemu wymagane wyjaśnienia i nie zmieniał treści oferty. Zauważył, że fakt, iż Przystępujący złożył kopię umowy wykonawczej dotyczącą poz. 3 wykazu, w której doszło do zmiany struktury konsorcjum tj. zamiany lidera z partnerem w żaden sposób nie rzutuje na faktyczny sposób wykonywania usługi przez konsorcjum.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w złożonym piśmie. Stwierdził, iż w odpowiedzi na wezwanie z 18.02.2019 r. wykonawca nie potwierdził, iż samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu i wykonał przedstawione usługi referencyjne. Tym samym nie wykazano jednoznacznie zakresu samodzielnego wykonania tych usług. Przypomniał stwierdzenie z pisma o wprowadzeniu w błąd. Stwierdził, że nie ma podstaw do wezwania wykonawcy o przedstawienie kolejnego wykazu usług i uznał, że w złożonych wyjaśnieniach ze względu na ich treść nastąpiło uzupełnienie treści oferty, co jest niedopuszczalne.

Przypomniał, że wykonawca nie wskazał wykonanej długości pasów przeciwpożarowych samodzielnie wykonanych wobec braku 6 km z 20 km wymaganych (co dotyczy poz. 3).

Przystępujący przypomniał, że Odwołujący przedstawił w wykazie usług 3 pozycje, a spór dotyczy pozycji 2, co do której do odwołania załączono treść umowy i dokumenty. Z ostrożności złożył do akt umowę realizacyjną dotyczącą poz. Nr 3. Stwierdził, że w realizacji umowy w poz. 2 uczestniczył podwykonawca przewidziany jako ewentualny w § 4 umowy. Złożył kopię poświadczenia tego podwykonawcy o uregulowaniu należności z umowy. Zauważył, że w odpowiedzi na wezwanie Odwołujący nie przedstawił usług wykonanych zasobami własnymi, tj. samodzielnie. Przypomniał, że w wezwaniu o wyjaśnienia zawarto także stwierdzenie o braku potwierdzenia wykonanych prac („nie potwierdza faktycznie wykonanych prac”). Wskazał na treść zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 marca 2019 r. doręczoną uczestnikom oraz Odwołującemu, któremu jako jednemu wskazano podstawę sprecyzowaną, jako art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy pzp, a nie art. 24 ust. 1.

Podtrzymał twierdzenie o braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego w oparciu o zasoby własne, a za takie nie uznaje podwykonawstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została przesłanka odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, w szczególności wskazana przez przystępującego do postępowania odwoławczego. W tym zakresie skład orzekający przyznaje rację odwołującemu, iż niniejsze odwołanie zostało wniesione dnia 18 marca 2018 r. od czynności wykluczenia go z postępowania ze skutkiem prawnym w postaci odrzucenia oferty, która to czynność, jest czynnością nową i została dokonana w następstwie ponownego badania i oceny ofert po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Unieważnienie pierwotnej czynności wyboru oferty nastąpiło wskutek wykazania przez innego wykonawcy okoliczności, które mogły mieć istotny wpływ na ocenę prawidłowości ustalenia wyniku postępowania. W ocenie Izby zamawiający jako prowadzący postępowanie jest uprawniony do weryfikacji poprawności dokonywanych czynności, których celem jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia publicznego w zgodzie i na podstawie przepisów prawa.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Jest oczywiste, że niemożność uzyskania zamówienia wskutek wykluczenia wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą może prowadzić do realnej szkody po stronie tego wykonawcy, który nie będzie realizował umowy na przewidywanych korzystnych dla siebie warunkach.

Ocenie składu orzekającego podlega w sprawie czynność wykluczenia wykonawcy na podstawie prawnej podanej w informacji zamawiającego przekazanej wykonawcy tj. jako 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp ze skutkiem prawnym

przewidzianym w art. 24 ust. 4 ustawy pzp. Tym samym argumentacja przedstawiana przez zamawiającego i przystępującego oparta na zarzutach 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp nie może być brana pod uwagę, jakkolwiek wskazywanie jej przez przystępującego może być zrozumiałe, jako że wykonawca ten otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 bez bliższego sprecyzowania podstawy prawnej.

W ocenie składu orzekającego zamawiający miał podstawy do podjęcia zaskarżonej czynności, wobec czego odwołanie zostało uznane za niezasadne.

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, co następuje.

Zamawiający w pierwszej kolejności dokonał wyboru oferty Raj-Inwest sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Po zawiadomieniu wykonawców o tym wyborze otrzymał pismo od obecnego przystępującego, z dnia 12.02.2019 r. z informacją, że w wykazie usług zał. 10 w poz. 2 i 3 Raj-Inwest sp. z o.o. wskazała wyłącznie siebie jako podmiot wykonujący usługi referencyjne i przypisała sobie 100% wartości realizacji usług referencyjnych, tym samym wykaz zawiera nieprawdziwe informacje, mające istotny wpływ na wynik postępowania. Ze złożonych referencji z 11.01.2018 r. wynikało, że w zakresie usług referencyjnych dotyczą one umowy zawartej nie z wykonawcą (przed jego przekształceniem w sp. z o.o. będącą obecnie odwołującym), lecz umowy zawartej z konsorcjum firm złożonym z: 1) R. S. (poprzednik prawny Raj-Inwest sp. z o. o.) oraz 2) D. S. .

Obie usługi referencyjne wskazane w dwóch pozycjach wykazu były w rzeczywistości wykonywane przez wykonawcę w konsorcjum z innym wykonawcą, a złożony wykaz nie zawierał charakterystyki zamówienia ani żadnych informacji potwierdzających, jakie elementy zamówienia były wykonywane przez każdego z konsorcjantów, w szczególności jakie czynności w ramach tych usług były wykonywane przez Raj-Inwest sp. z o. o.

Po unieważnieniu czynności wyboru zamawiający powtórzył badanie i ocenę ofert wzywając pismem z 18.02.2019 r. Raj-Inwest do wyjaśnienia treści przedstawionych referencji tj. załącznika nr 10 do wykazu usług, w tym do wskazania, jakie usługi są własnym doświadczeniem oferenta nabytym poprzez samodzielne ich realizowanie, a także wskazania, jakie czynności były wykonywane przez niego w ramach tych usług. Dalej wskazano, że w przedstawionym załączniku wykazano się referencjami dotyczącymi konsorcjum, co budzi wątpliwości i nie potwierdza faktycznie wykonanych prac, potrzebnych w celu spełnienia warunków siwz. Raj-Inwest nie zakwestionował czynności powtórzenia badania i oceny oraz samego wezwania.

W odpowiedzi na wezwanie Raj-Inwest w piśmie z 21.02.2019 r. wskazał, że pogląd zamawiającego o konieczności wykazania się faktyczną ilością wykonywanych przez oferenta usług jest chybiony i podkreślił, że „praktycznie całość tych prac” samodzielnie wykonał R. S. . Poza zacytowanym sformułowaniem nie wskazano jednak zakresu prac wykonanych przez konsorcjanta, ani co do zakresu przedmiotowego, ani wartościowego.

Skład orzekający podziela w tym miejscu stanowisko zamawiającego, że z treści przedłożonych dokumentów stanowiących załącznik do pisma nie wynikało, jakie realnie prace objęte przedłożonymi protokołami faktycznie wykonywał R. S. i jaka była jego rola w konsorcjum. Ponadto niektóre z przedłożonych protokołów nie wymieniały w ogóle przedstawiciela wykonawcy, a także wskazywały, że prace zostały wykonane jedynie w 80% (np. protokół z 20.07.2017 r.); w 90% (protokół z 21.08.2017 r.); lub zawierały uwagi o niewykonaniu pasów przeciwpożarowych i wycinki drzew w niektórych lokalizacjach (protokół z 21.11.2017 r. i z 23.11.2017 r.). W/w protokoły poza tym, że wymieniały osobę przedstawiciela wykonawcy nie wskazywały także konkretnie wykonanych prac. Analiza treści dokumentów złożonych uprzednio, jak i na wezwania prowadzi do wniosku, że w relacji do oświadczenia są one w swej treści niespójne. Prace referencyjne wbrew pierwotnej informacji nie były wykonywane samodzielnie i w całości przez wykonawcę, lecz w ramach konsorcjum.

Stwierdzenie wykonawcy w wyjaśnieniach, że wykonał praktycznie całość prac samodzielnie jest w istocie przyznaniem okoliczności, iż wykaz, w którym przypisano jednemu wykonawcy 100% realizacji usługi nie jest spójny. Nadto protokoły potwierdzają, że prace nie zostały wykonane w całości.

Odnosząc się do poruszonej w odwołaniu kwestii możliwości posługiwania się doświadczeniem całego konsorcjum, należy zauważyć, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania usług, które są własnym doświadczeniem oferenta nabytym przez samodzielne ich realizowanie, a także wskazanie jakie czynności były wykonywane przez niego w ramach tych usług, które jak wynikało w toku postępowania, stanowiły efekt prac konsorcjum. W rozpatrywanej sprawie, w toku rozprawy wskazano także na udział w wykonywaniu usługi przedstawionej w poz. 2 wykazu, przez kolejny podmiot tj. podwykonawcę. Brak jakichkolwiek dodatkowych informacji co do zakresu, rodzaju i wartości prac podwykonawcy nie daje podstaw do wykazania wpływu tej dodatkowej okoliczności na ocenę sprawy poza wskazaniem, że nie negując co do zasady ewentualnej możliwości powoływania się na doświadczenie w takiej sytuacji przez wykonawcę, w sprawie rozpatrywanej nie ma ona wpływu na konkluzję końcową.

Nie kwestionując udziału odwołującego, nawet znaczącego, w wykonywaniu usług, zamawiający pomimo wynikającego z procedury faktu ponownego złożenia dokumentów i wyjaśnień na potwierdzenie spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu, nie otrzymał takiego potwierdzenia.

W konsekwencji zasadnie stwierdził, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. W ocenie Izby zamawiający dochował należytej staranności w postępowaniu zwracając się z wezwaniem dnia 18.02.2019 r., a zwracanie się kolejny raz do uzupełnienia przedłożonego wykazu usług naruszało zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

W takim stanie rzeczy zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu nie znalazł zdaniem Izby potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....