

WYROK
z dnia 28 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2020r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Drobud” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wąbrzeźnie, ul. 1 Maja 61** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Kujawsko-Pomorskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 2** orzeka :

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy i nakazuje zamawiającemu skierowanie do M. W. prowadzącego działalność pod firmą FHUT SPEED-MAR M. W. wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do wyjaśnienia:

- 1. w jaki sposób i przez kogo został podpisany dokument referencji z dnia 1 września 2020r. i uzupełnienia braku pochodzenia dokumentu,**
 - 2. powodów, dla których w wykazie w poz. 1 wykonawca wskazał zakres czasowy usługi zimowego utrzymania dróg jako 1 listopada – 31 marca 2016r. podczas, gdy z referencji z dnia 1 września 2020r. wynika, że usługi o wartości 820 000zł. zostały mu zlecone w latach 2016-2017 oraz wyjaśnienia czy wskazana wartość usług została wykonawcy zlecona w ramach jednego czy dwóch sezonów zimowego utrzymania dróg i w zależności od złożonych wyjaśnień ewentualnego poprawienia lub złożenia prawidłowego wykazu lub odpowiadającej mu referencji,**
 - 3. jakie wartości miały usługi świadczone przez niego w związku ze zleceniem przez P. N. usług zimowego odśnieżania dróg w rozbiciu na drogi Gminy Bobrowo, drogi Gminy Jabłonowo Pomorskie i drogi powiatowe Powiatu Brodnica w sezonie/sezonach podzleconych mu przez P. N. i z czego wynika oświadczenie Gminy Bobrowo i Gminy Jabłonowo Pomorskie, że w sezonie 2016/17 P. N. nie świadczył usług zimowego odśnieżania dróg na ich rzecz,**
- w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Kujawsko-Pomorskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 2 i:

- 2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Drobud” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wąbrzeźnie, ul. 1 Maja 61 tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od zamawiającego Województwo Kujawsko-Pomorskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 2 na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Drobud” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wąbrzeźnie, ul. 1 Maja 61 kwotę 19 932 zł. 58 gr. (słownie: dziewiętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści dwa złote pięćdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu, zastępstwa prawnego i dojazdu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3281/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi zimowego utrzymania dróg administrowanych przez jednostki należące do struktury Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy w sezonach zimowych 2020/2021, 2021/2022, 2022/2023 roku zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia za numerem 2020/S 168-407452.

W dniu 30 listopada 2020r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 10 grudnia 2020r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Drobud” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wąbrzeźnie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 grudnia 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 grudnia 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy w zw. z art. 26 ustawy w tym w szczególności w ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania M. W. mimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez podanie informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatajenie tych informacji lub brak możliwości przedstawienia wymaganych dokumentów i zaniechaniu odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy przez dokonanie wyboru i zawiadomienie w dniu 30.11.2020 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty M. W. – w zakresie zadania nr 11;
- art. 7 ust. 1 ustawy polegające na niezgodnym z przepisami ustawy wyborze oferty M. W. – w zakresie zadania nr 11, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert, w tym w szczególności na wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 11 oferty M. W. oraz zaniechaniu jej odrzucenia, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
- 2) nakazania zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty M. W.,

jako oferty podlegającej odrzuceniu, w tym jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, bądź ewentualnie z wezwaniem M. W. do złożenia wyjaśnień mających na celu ustalenia zakresu doświadczenia, którym wykazuje się ww. wykonawca, a także dokładnego przedmiotu i wartości faktycznie wykonanych usług w ramach zdobytego doświadczenia, a to na podstawie art. 26 ustawy (we właściwych ustępach – jeżeli znajdowałyby zastosowanie) lub art. 87, a po udzieleniu wyjaśnień, wykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył ww. ofertę, a następnie ogłoszenie o wyborze w postępowaniu najkorzystniejszej oferty,

3) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący domaga się nakazania zamawiającemu dokonania czynności, w wyniku których zostanie ponownie zbadana i oceniona oferta złożona przez M. W., która została wybrana w postępowaniu (w zakresie zadania nr 11) jako najkorzystniejsza zgodnie z zawiadomieniem zamawiającego z dnia 30 listopada 2020 r.

Tym czasem w ocenie odwołującego oferta ta została błędnie uznana za najkorzystniejszą, ponieważ wykazane przez ww. doświadczenie jest nierealne, a wystawione listy referencyjne są nierzetelne.

Odwołujący domaga się nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty M. W. po uprzednim wykluczeniu z postępowania M. W. i odrzuceniu oferty złożonej przez M. W. .

W konsekwencji korzystniejsza od aktualnie zwycięskiej pod względem kryteriów oceny ofert w zadaniu nr 11 oferta odwołującego, która nie podlega odrzuceniu, winna być uznana za najkorzystniejszą.

Oznacza to, że odwołujący, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, które miał możliwość uzyskać. Odwołujący odwołał się do wyroku z dnia 20 lipca 2017 r. Krajowej Izby Odwoławczej

(KIO/UZP 1364/17 i 1365/17).

Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty M. W. w dniu 30 listopada 2018 r. w zakresie zadania nr 11. Na podstawie złożonych wraz z przedmiotową ofertą dokumentów zamawiający uznał, iż M. W. należy wykonać usługi zimowego utrzymania dróg, pomimo, że zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w celu zweryfikowania przez zamawiającego zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia oraz oceny spełnienia warunku wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał lub wykonuje należycie przynajmniej jedno zamówienie polegającą na wykonaniu usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg o łącznej wartości usług minimum: dla części nr 11: 1.600.000,00 zł brutto.

M. W. przedstawił wykaz usług, a załączył dwa listy referencyjne mające poświadczać, że spełnił ww. warunek udziału w postępowaniu. Dokumenty te pozostają ze sobą w sprzeczności i ich oczywiście nieprawdziwe treści winny skutkować poszerzeniem czynności badania i oceny ofert, albowiem wartości wykonanych usług są w połączeniu z podmiotami, na rzecz których usługi te miałyby być wykonane prowadzą do wniosku, że podane informacje są oczywiście nieprawdziwe.

Wykazane doświadczenie oraz listy referencyjne świadczą jednoznacznie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a złożone przez niego dokumenty wprowadzają zamawiającego w błąd. Podane przez ww. wykonawcę kwoty wynagrodzenia są nierealne w warunkach rynkowych zamówień na zimowe utrzymanie dróg w gminie Bobrowo, Gminie Jabłonowo Pomorskie i na drogach powiatowych powiatu Bródno oraz w zakresie bliżej niesprecyzowanych co do instytucji zamawiającej usług zimowego utrzymania dróg na zlecenia P. W. (WEGTRANS P. W.), który – według wiedzy odwołującego – sam nie wykonywał zamówień publicznych o tej wartości na zimowe utrzymanie dróg w deklarowanym okresie czasu. W tym zakresie zamawiający winien zażądać od M.W. dowodów w postaci kopii zawartych umów / zleceń, wystawionych faktur i dowodów ich rozliczenia, a także ustalić które konkretnie drogi w okresie zimowym utrzymywał P. W. (i P. N.) i jaka była wartość zawartych z nim umów w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego na zimowe utrzymanie dróg.

Nadto ustalenia wymaga kwestia okresu wykonywania zadeklarowanych usług. W listach referencyjnych ogólnie wskazano na okres wykonywania usług: „w latach 2016 – 2017” oraz „od 2018 do 2019”. Natomiast w wykazie doświadczenia wskazano na: „Daty wykonywania” w sposób nierealny, tj. „01.11 – 31.03.2016” i „01.11 – 31.03.2017” oraz „01.11 – 30.04.2018” i „01.11 – 30.04.2019”. Prawdopodobnie intencją M. W. było wykazanie okresów zimowych trwających faktycznie od 01 listopada (lub 01 października) poprzedniego roku do końca marca lub kwietnia kolejnego roku, ale tak opisanie doświadczenie nie koreluje z treścią wystawionych referencji, które nie wskazują na fakt wykonania usług o danej wartości w okresach, odpowiednio: 2015 roku – dla referencji P. N. i 2017 roku – dla referencji P. W. . Zmiana zadeklarowanych okresów czasu wykonywania opisanych usług musi prowadzić do zmiany ich wartości (gdyby w ogóle przyjmować, że są realne) w wykazywanym okresie czasu. Okoliczność ta nie została zweryfikowana przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert. W tym zakresie zamawiający nie skorzystał ani z możliwości wyjaśnienia treści dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ani treści oferty w trybie art. 87 ustawy . Kolejną kwestią pozostaje przedmiot wykazanych usług. W referencji P. N. wyraźnie wskazuje się na doświadczenie w wykonywaniu robót, a nie usług. Nadto zakres opisanych usług jest niejednoznaczny i nie obejmuje czynności wymaganych przez zamawiającego, zgodnie ze sformułowanym warunkiem udziału w postępowaniu. W zakresie zimowego utrzymania dróg pozostaje znacznie więcej obowiązków niż tylko enigmatycznie opisane: „odśnieżanie, zapobieganie powstawaniu śliskości i likwidowanie śliskości na drodze”.

Powyższe w ocenie odwołującego jednoznacznie świadczy o przedstawieniu przez M. W. informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji na nieprawidłowym przeprowadzeniu badania zwycięskiej oferty przez zamawiającego, w ramach którego nie wyjaśniono wątpliwości dotyczących dokumentów związanych z okolicznościami, o których mowa w art. 22 ustawy. Zaniechanie wyjaśnień wskazanych okoliczności bezpośrednio skutkowało błędnym wyborem jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 11 oferty M. W. . W powyższych okolicznościach dla odwołującego nie ulega wątpliwości, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) oraz art. 26 ustawy , w tym w szczególności w ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy , a to przez zaniechanie ich zastosowania i wybór jako najkorzystniejszej oferty M. W., nie poprzedzony wezwaniem zwycięskiego oferenta (M. W.) na etapie badania wybranej oferty do wyjaśnień dotyczących dokumentów mających wykazać doświadczenie w sposób pozwalający na uznanie, że wykonawca ten umie wykonać zamówienie, czemu służą sformułowane warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający naruszył także art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który podał informacje na temat swojego doświadczenia. Powyższe wprost świadczy o tym, że ww. wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a tym samym wypełnił wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy przesłankę wykluczenia z postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. W orzecznictwie nie podlega dyskusji, iż wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy może nastąpić jedynie jednokrotnie, ale nie miało ono miejsca. Nie ulega jednak wątpliwości, iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na wyżej przytoczonych podstawach, czego zamawiający bezzasadnie zaniechał.

Odwolujący przedstawił podczas rozprawy dowody potwierdzające opisane wyżej okoliczności.

Nadto, odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią rachunków przedłożonych na rozprawie.

Z ostrożności, odwołujący oświadczył, że niniejszym pismem przedłuża termin związania ofertą o kolejnych 60 dni.

Zamawiający w dniu rozprawy złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o :

I. oddalenie z uwagi na brak interesu prawnego odwołującego się do wniesienia odwołania, ewentualnie, a na posiedzeniu z udziałem stron z ostrożności sformułował wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, w razie nieuwzględnienia tego zarzutu -

II. oddalenie odwołania z przyczyn wskazanych niżej w uzasadnieniu i przyznanie kosztów postępowania odwoławczego od odwołującego na rzecz zamawiającego, zgodnie z załączonymi rachunkami.

Zamawiający wskazał, iż odwołanie winno ulec oddaleniu z uwagi na brak interesu prawnego po stronie odwołującego, a to z uwagi na to, iż w momencie złożenia odwołania odwołujący nie był związany swoją ofertą. Termin związania ofertą liczył w przedmiotowym postępowaniu (patrz pkt 5 formularza ofert) 60 dni od daty składania ofert, a zatem skoro termin składania ofert upłynął z dniem 05-10-2020 godziną 09:45:00, to z upływem dnia 04.10.2020r. odwołujący przestał być związany ofertą. Odwołanie zostało sporządzone dnia 10.12.2020r., a tymczasem termin związania ofertą upłynął z dniem 04.12.2020 i odwołujący nie przedłużył go.

Jak wskazuje utrwalone orzecznictwo w tym zakresie, choćby Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2019 r. KIO 1294/19.

W wyroku tym wskazano wyraźnie, iż nie ma znaczenia fakt iż odwołujący się nie został wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą. Zresztą takie wezwanie, zgodnie z treścią art. 85 ustęp 2 pzp nie jest wymagane, albowiem „Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą”. Zgodnie z treścią art. 182 ustęp 6 „W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia.” — dotyczy to jednak jedynie terminów bieżących, czyli istniejących, a nie terminów które już upłynęły. Zawieszony może być bowiem jedynie bieg terminu istniejącego, a nie terminu którego bieg się skończył — innymi słowy instytucja zawieszenia biegu terminu zawiesza jego bieg, a nie dokonuje przywrócenia tego terminu. W niniejszym stanie po stronie odwołującego doszło do zaniechania, które doprowadziło faktycznie do utraty możliwości uzyskania zamówienia przy założeniu, że podniesione zarzuty okazałyby się zasadne. Samo złożenie odwołania już po upływie terminu związania ofertą nie mogło wpłynąć na sytuację prawną, jaka wynika z braku przedłużenia terminu związania ofertą, a która istotnie zmienia pozycję odwołującego w postępowaniu. Po pierwsze złożenie odwołania nie zawiesiło terminu związania ofertą, gdyż ten już upłynął. Po drugie zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy odrzucić ofertę wykonawcy, który nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy. Należy zatem w ocenie zamawiającego uznać, iż oferta, co do której nie ma oświadczenia wykonawcy wskazującego na stan związania ofertą, nie może być poddana ocenie i wybrana jako najkorzystniejsza. Taka sytuacja zachodzi w niniejszej sprawie, gdyż na skutek zaniechania w złożeniu oświadczenia, o którym mowa w art. 85 ust. 2 ustawy zamawiający nie mógłby oferty odwołującego ocenić i wybrać. Tym samym nie było możliwe stwierdzenie na moment wniesienia odwołania, że to wyłącznie na skutek czynności zamawiającego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Zamawiający zauważył i podkreślił, że powyższa linia orzecznicza jest dobrze utrwalona w orzecznictwie KIO na co należy wskazać odnosząc się do następujących orzeczeń : Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r., KIO 1395/17, wyrok z 26 maja 2014 r., KIO 883/14, KIO 900/14, KIO 905/14, Wyrok KIO z 14 listopada 2013 r. (KIO 2537/13), Wyrok KIO z 26 maja 2014 r. (KIO 904/14), Wyrok KIO z 28 lutego 2014 r. (KIO 255/14) Wyrok KIO z dnia 31 marca 2015r. KIO 520115, a także wyrok KIO z dnia 06 grudnia 2016r. KIO 2206/16

Zamawiający zwrócił uwagę także na to, iż przedmiotowa kwestia była przedmiotem opinii wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych. (patrz INFORMATOR URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH lipiec-wrzesień 2017r.)

Tym samym, odwołanie winno ulec oddaleniu, i to nawet bez badania jego treści merytorycznej.

Jedynie zatem z ostrożności procesowej zamawiający wskazał:

Odwolujący, zgodnie z regułami dowodowymi w postępowaniu, winien przytoczyć dowody na potwierdzenie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Tymczasem w odwołaniu odwołujący stwierdza że : „Wykazane doświadczenie oraz listy referencyjne świadczą jednoznacznie, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a złożone przez niego dokumenty wprowadzają zamawiającego w błąd. Podane przez ww. wykonawcę kwoty wynagrodzenia są nierealne w warunkach rynkowych zamówień na zimowe utrzymanie dróg w gminie Bobrowo, Gminie Jabłonowo Pomorskie i na drogach powiatowych powiatu Bródnicza, oraz w zakresie bliżej niesprecyzowanych co do instytucji Zamawiającej usług zimowego utrzymania dróg na zlecenia P. W. (WEGTRANS P. W.), który - według wiedzy odwołującego — sam nie wykonywał zamówień publicznych o tej wartości na zimowe utrzymanie dróg w deklarowanym okresie czasu.” — przy czym odwołujący nie tylko nie przedstawia na to twierdzenia żadnego dowodu, ale nawet nie pokusił się o wskazanie. Z jakich przyczyn uważa że podane kwoty wynagrodzenia są nie przedstawili żadnych wycień, wykazania w odniesieniu do jakich cen rynkowych uważa że referencją wykonawcy wskazuje na nierealne ceny.

Niezrozumiały jest tym bardziej zarzut odwołującego, iż „W tym zakresie Zamawiający winien zażądać od M. W. dowodów w postaci kopii zawartych umów / zleceń, wystawionych faktur i dowodów ich rozliczenia, a także ustalić które konkretnie drogi w okresie zimowym utrzymywał P. W. (i P. N.) i jaka była wartość zawartych z nim umów w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego na zimowe utrzymanie dróg.”

Zarzut odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienia zarówno w orzecznictwie jak i w przepisach ustawy i aktów wykonawczych. Zamawiający wskazał wyrok KIO z 30 marca 2018 roku. o sygn. KIO 497/18, wyrok z dnia 22

października 2018 r.. KIO 2038/18. Niezrozumiały jest także dla zamawiającego zarzut odwołującego, iż „zakres opisanych usług jest niejednoznaczny i nie obejmuje czynności wymaganych przez zamawiającego, zgodnie ze sformułowanym warunkiem udziału w postępowaniu. W zakresie zimowego utrzymania dróg pozostaje znacznie więcej obowiązków niż tylko enigmatycznie opisane: „odśnieżanie, zapobieganie powstawaniu śliskości i likwidowanie śliskości na drodze”(sic!) : ”

Tymczasem w wyroku KIO z 4 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1543/15) — czytamy iż „referencja nie musi określać czasu ani miejsca realizacji usługi” — a w wyroku KIO z 6 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1216/17) - „referencja nie musi potwierdzać wszystkich wykonanych czynności.”

Co do zasady, badanie referencji nie obejmuje badania takich szczegółów jakie wylicza odwołujący, czyli badanie „dowodów w postaci kopii zawartych umów / zleceń, wystawionych faktur i dowodów ich rozliczenia, a także ustalić które konkretnie drogi w okresie zimowym utrzymywał P. W. (i P. N.) i jaka była wartość zawartych z nim umów w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego na zimowe utrzymanie dróg”

Zamawiający zwrócił uwagę, iż żądanie takich dokumentów byłoby sprzeczne z treścią SIWZ. Zgodnie z treścią części VI SIWZ, pkt 1 — „Informacje zawarte w jednolitym dokumencie stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.” Zgodnie z treścią pkt 8.1. części VI SIWZ, „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oprócz oświadczenia złożonego w formie JEDZ także:

a) wykaz wymaganych w dziale V pkt 23.2. ppkt a) SIWZ usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 7 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 usługi zostały wykonane oraz załączeniem 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; 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.”

Skoro zatem wykonawca przedłożył zarówno oświadczenie w JEDZ, wykaz wykonanych usług oraz potwierdzające je referencje, żądanie dokumentów w postaci „kopii zawartych umów / zleceń, wystawionych faktur i dowodów ich rozliczenia, a dokonywanie ustaleń które konkretnie drogi w okresie zimowym utrzymywał P. W. (i P. N.) i jaka była wartość zawartych z nim umów w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego na zimowe utrzymanie dróg” byłoby zupełnie nieuzasadnione. Dopiero gdyby wykazy, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie — zdaniem zaś zamawiającego żadnych wątpliwości one nie budzą, a twierdzenia odwołującego, jako nie poparte żadnymi dowodami, wątpliwości takich nie wywołują.

Referencje, jako oświadczenie wiedzy zawierające ocenę współpracy. może podpisać każda osoba. która takową wiedzę posiada w ramach wykonywanych przez siebie obowiązków. Dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Dokonując oceny treści referencji. za wystarczające należy zatem uznać istnienie możliwości przyporządkowania złożonych referencji do jednego spośród zamówień wskazanych w wykazie. oraz zawarcie w jej treści stwierdzenia. że zamówienie to zostało wykonane należycie. Zamawiający nie ma żadnego obowiązku badania dla kogo (czyli jakiej instytucji Zamawiającej zimowe utrzymanie dróg) wykonywał usługi podmiot który wystawił referencje dla wykonawcy, ani badania jakie konkretnie drogi utrzymywał podmiot wystawiający referencje czy wykonawca, nie ma podstaw do żądania w tym zakresie kopii umów zleceń, faktur czy innych dowodów rozliczeniowych. Aktualne referencje mogą być wystawione zarówno przed jak i po dniu składania ofert, o ile potwierdzają, że wykazywane świadczenia zostały zrealizowane przed upływem tego terminu.

Wykonawca jest upoważniony do korzystania z referencji dostawców bez obowiązku wykazywania ich jako podwykonawców.

W przedstawionych referencjach wskazano, iż wykonawca wykonał „roboty” z zakresu utrzymania zimowego należycie, terminowo i z najwyższą jakością. W „latach 2016-2017 wykonywał na naszą rzecz zlecenia o wartości przekraczającej 800.000 zł netto.

Nie ma żadnego znaczenia, wbrew podnoszonym przez odwołującego zarzutom, iż wykonywane przez Wykonawcę czynności nazywane są „robotami” — w przedstawionej referencji są one bowiem raz nazywane zleceniem, raz usługą, raz robotami — w wypadku osoby bez specjalistycznego wykształcenia prawniczego (a według wiedzy zamawiającego taką osobą był wystawiający referencje) ścisłe rozróżnienie tych pojęć nie jest powszechne. Z referencji wynika jasno o jakiego typu czynności chodziło — czynności utrzymania zimowego dróg.

Nie ma też żadnej niezgodności w danych, wbrew temu co pisze odwołujący, iż „tak opisane doświadczenie nie koreluje z treścią wystawionych referencji, które nie wskazują na fakt wykonania usług o danej wartości w okresach, odpowiednio: 2015 roku — dla referencji P. N. i 2017 roku — dla referencji P. W. .”

Przeciwnie — referencje od P. N. wskazują iż wykonawca wykonywał usługi w latach 2016-2017 na kwotę o wartości przekraczającej 800.000 zł netto, a wskazał wykonawca w swoim oświadczeniu iż świadczył takie usługi od 01.11 w domyśle 2015r.) do 31.03.2016 i od 01.11 (w domyśle 2016r.) do 31.03.2017r. — zakres czasowy wskazany przez wykonawcę więc się pokrywa, i koresponduje z treścią referencji w których wskazano iż współpraca z wykonawcą trwa od 2012r.

Podobnie referencje wystawione przez P. W. wskazują na lata od 2018 do 2019, a wykaz przedstawionych usług przez Wykonawcę na terminy 01.11 (w domyśle 2017) do 31.03.2018 i od 01.11 w domyśle 2018) do 31.03.2019r.

Zamawiający nie ma żadnych podstaw aby uznać, że wykonawca nie mógł otrzymać takich referencji.

Zamawiający przypomniał, iż wymagał wykazania się doświadczeniem w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, i wykazania — wykonał lub wykonuje należycie przynajmniej jedno zamówienie polegającą na wykonaniu usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg o łącznej wartości usług minimum dla CZĘŚCI NR 11: 1.600.000,00 zł brutto.

Zatem, nawet gdyby przyjąć iż znajduje się jakikolwiek błąd w oświadczeniu — załączniku nr 6 wykaz usług, to wobec faktu iż zarówno referencje jak i ww. wykaz usług wskazują na wykonanie usług o łącznej wartości ponad 1.600.000,00 zł brutto w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, to pomyłka taka nie ma żadnego znaczenia i wykonawca wykazał się iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o

zamówieniu i SIWZ.

Nawet gdyby przyjąć rozumowanie odwołującego iż na podstawie powyższych rzekomych rozbieżności między wykazem a referencjami powinna nastąpić „Zmiana zadeklarowanych okresów czasu wykonywania opisanych usług” co musi jego zdaniem „prowadzić do zmiany ich wartości (gdyby w ogóle przyjmować, że są realne) w wykazywanym okresie czasu.” — kłóci się to bowiem z treścią samych referencji gdzie wyraźnie wskazano w referencji wystawionej przez P. N. iż „w latach 2016-2017 wykonywał na naszą rzecz zlecenia o wartości przekraczającej 800.000 zł netto” i w referencji wystawionej przez P. W. iż „Firma SPEED-MAR M. W. w latach 2018-2019 wykonywała na naszą rzecz zlecenia o wartości 860.000 zł.”

Tym samym, treść referencji wskazuje wyraźnie za jakie lata i za jaki okres i na jaką kwotę wykonano usługi. Tym samym potwierdzają, iż we wskazanych w nich okresach wykonawca wykonał usługi o takiej wartości — to że zaś usługi te wykonywane były także w dłuższym okresie, nie zaprzecza temu że w okresie wskazanym w referencjach wykonano je za taką a nie inną kwotę.

Wskazał na wyrok KIO 497/18 z dnia 30-03-2018, podnosząc, że sytuacja opisana w tym wyroku nie ma w przedmiotowej sprawie miejsca.

Zgodnie z treścią części VI SIWZ, pkt 1 — „Informacje zawarte w jednolitym dokumencie stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.” Zgodnie z treścią pkt 8.1. części VI SIWZ, W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oprócz oświadczenia złożonego w formie JEDZ także:

a) wykaz wymaganych w dziale V pkt 23.2. ppkt a) SIWZ usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 7 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 usługi zostały wykonane oraz załączeniem 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; 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;

Nie ma, poza oświadczeniem zawartym w treści odwołania, żadnego dowodu na wprowadzenie przez wykonawcę zamawiającego w błąd, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych wskazujących że zamawiający zobowiązany był dokonać badania przedstawionych referencji w zakresie wskazanym przez odwołującego.

Tym samym w ocenie zamawiającego zarzuty odwołującego, iż zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy, w zw. z art. 26 ustawy w tym w szczególności w ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy są bezpodstawne.

Odwołujący złożył pisemne stanowisko odnosząc się do zarzutów zamawiającego przeciwko żądaniom odwołania wskazujących, że odwołujący nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, wobec tego, że jego oferta na chwilę obecną nie jest zabezpieczona wadium, a w konsekwencji odwołanie winno zostać oddalone. Powyższe stanowisko zamawiającego jest jednak w ocenie odwołującego bezzasadne.

Zamawiający winien jednak zauważyć, że w odwołaniu z dnia 10 grudnia 2020 r. (a konkretnie jego ostatnim akapicie) zawarto oświadczenie odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejnych 60 dni. Zatem w przedmiotowej sprawie odwołujący składając odwołanie złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Dalej odwołujący podniósł wywody o wpływie na możliwość wniesienia odwołania sytuacji nieprzedłużenia wadium, czego jednak zamawiający nie poruszał stąd tę część argumentacji Izbą pominięta.

Dodatkowo odwołujący zaznaczył, iż w orzecznictwie wykształciła się linia wskazująca na to, że nawet w przypadku, gdy wykonawca, bez wezwania zamawiającego, nie przedłużył terminu związania ofertą, to okoliczność taka nie stanowi negatywnej przesłanki o charakterze formalnym uniemożliwiającej takiemu wykonawcy wniesienia odwołania. Powyższe należy odnieść również do przedłużenia ważności wadium. Obie te instytucje (związanie ofertą i wadium) są ze sobą powiązane (choćby przepisem art. 85 ust. 4 ustawy), mają podobny cel i służą generalnie zabezpieczeniu interesów zamawiającego. Nadto stwierdził, iż zazwyczaj z brakiem złożenia przez wykonawcę oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wiąże się brak przedłużenia ważności wadium. Trudno bowiem przewidywać, że skoro wykonawca — w sytuacji braku odpowiedniego wezwania skierowanego przez zamawiającego — nie składa oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą (co — co do zasady — dokonywane jest bez kosztów), przedłuży ważność wadium (co wiąże się z poniesieniem kosztów). Wobec powyższego odwołujący uznał, iż wyżej opisana linia orzecznicza dotyczy również przypadków braku przedłużenia ważności wadium. Odwołujący stoi na stanowisku, iż z powyższych względów i na zasadzie analogii (zwłaszcza co do możliwości odrzucania oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ustawy) wyżej opisana linia orzecznicza powinna mieć zastosowanie również w niniejszej sprawie.

Jako przykłady wyżej opisanej linii orzeczniczej podał:

- 1) wyrok KIO z dnia 26.08.2020 r., KIO 1554/20, LEX nr 3059954
- 2) wyrok KIO z dnia 13.07.2020 r., KIO 1063/20, LEX nr 3044314,
- 3) wyrok KIO z dnia 01.07.2020 r., KIO 815/20, LEX nr 3042067,
- 4) wyrok KIO z dnia 30.10.2019 r., KIO 2104/19, LEX nr 2749704
- 5) wyrok KIO z dnia 31.10.2017 r., KIO 2181/17, SIP LEX,
- 6) wyrok KIO z dnia 24.07.2017 r., KIO 1395/17, LEX nr 2339166,
- 7) wyrok KIO z dnia 11.01.2017 r., KIO 2431/16,
- 8) wyrok KIO z dnia 22.11.2016 r., KIO 2099/16.

Odnosząc się zatem do kwestii interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia, stwierdzić należy, że odwołujący zarówno swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia, jak i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego opisał w odwołaniu, gdzie podano, iż zamawiający z niezrozumiałych powodów — nie wyjaśnił w toku postępowania treści ofert konkurencyjnego wykonawcy i dał wiarę dokumentom referencji, które co najmniej powinny wzbudzić jego wątpliwości. Wybór oferty konkurenta w postępowaniu odbył się zatem z naruszeniem przepisów ustawy, negatywnie skutkującym w sferze interesów odwołującego, który nie może uzyskać zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Oddalenie (odrzućenie) odwołania ze względu na kwestie dotyczące wadium czy związania ofertą, niezależnie od tego, że byłoby bezpodstawne, stałoby również w sprzeczności z podstawowymi zasadami wyrażonymi w ustawie. Jedną ze

wspomnianych zasad rządzących ustawą jest wywiedziona z prawodawstwa unijnego zasada proporcjonalności, zgodnie z którą, działania instytucji zamawiających muszą być odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji, przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów. Jak już wcześniej wspomniano, celem zastrzeżenia wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiających przed niesumieinnym postępowaniem wykonawców. W sytuacji, gdy odwołujący ubiega się o przedmiotowe zamówienia nie ma możliwości, by odwołujący niesumieinnie postępował i by w obecnym okresie zaistniała jakakolwiek z przesłanek zatrzymania wadium.

Powyższe ulegnie zmianie dopiero w wyniku uwzględnienia odwołania przez KIO względnie jego uznania przez zamawiającego. Wówczas jednak zamawiający, działający na podstawie art. 46 ust. 3 ustawy zażąda ponownego wniesienia wadium w terminie określonym przez zamawiającego. Oznacza to wprost, że ustawodawca dopuścił sytuację braku zabezpieczenia wadium oferty wykonawcy, który złożył odwołanie w toku postępowania. Gdyby bowiem było inaczej, to Ustawodawca nie zobowiązywałby zamawiającego do żądania ponownego wniesienia wadium.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. treści siwz w brzmieniu ustalonym po modyfikacjach na dzień 20 września 2020r. wyjaśnień treści siwz oraz dokumentów M. W. złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy tj. wykazu i referencji.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W dziale V siwz zamawiający określił swoje wymagania co do warunków udziału w postępowaniu:

2.3.2. W zakresie zdolności zawodowej:

a) Doświadczenie zawodowe:

O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy posiadający wiedzę i doświadczenie z zakresu objętego zamówieniem. Wykonawca w celu zweryfikowania przez Zamawiającego jego zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia oraz oceny spełnienia warunku musi wykazać, że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał lub wykonuje należycie przynajmniej jedno zamówienie polegającą na wykonaniu usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg o łącznej wartości usług minimum:

– dla CZĘŚCI NR 11: 1.600.000,00 zł brutto,

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych

niż wskazane przez Zamawiającego Wykonawca przeliczy wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia danej umowy.

Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Protokołu odbioru usługi lub równoważnego dokumentu.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu Ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 470 ze zm.).

W dziale VI zamawiający określił katalog wymaganych dokumentów:

8. Na wezwanie zamawiającego wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących dokumentów lub oświadczeń:

8.1 W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oprócz oświadczenia złożonego w formie JEDZ także:

b) wykaz wymaganych w dziale V pkt 2.3.2. ppkt a) SIWZ usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 7 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 usługi zostały wykonane oraz załączeniem 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; 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;

Z wykazu usług M. W. wynika:

Poz. 1 Zimowe utrzymanie dróg w okresie 01.11-31.03.2016 na rzecz PHU WULKAN P. N. na kwotę 820 000zł.

Poz. 2 Zimowe utrzymanie dróg w okresach 01.11-30.04.2018r. i 01.11-30.04.2019r. na rzecz Wegtrans P. W. na kwotę 860 000zł.

Z załączonych referencji wynika:

Referencje firmy Wulkan z dnia 1 września 2020r.:

Wynika z nich, że firma FHUT Speed-Mar M. W., Paliwodziczna 413, 87-400 Golub Dobrzyń, jest stałym kontrahentem WULKAN wykonującym zlecone prace polegające na: odśnieżaniu, zapobieganiu powstawania śliskości, likwidowaniu śliskości na drodze. Współpracujemy razem od roku 2012 i nigdy nie było zastrzeżeń co do jakości wykonywanych usług. Zimowe utrzymanie dróg jak co roku prowadzone było na terenie:

- Gmina Bobrowo

- Gmina Jabłonowo Pomorskie

- Drogi Powiatowe Powiatu Brodnica

Firma WULKAN bardzo ceni sobie współpracę z firmą FHUT Speed-Mar M. W.

Wszystkie zlecone roboty wykonywane zostały terminowo i z zachowaniem najwyższej jakości. Firma jest rzetelnym wykonawcą wszystkie prace wykonywane są solidnie, fachowo oraz z zgodnie z wymaganiami i oczekiwaniami. W latach 2016-2017 wykonywał na rzecz WULKAN zlecenia o wartości przekraczającej 800 000zł netto (osiemset tysięcy 00/1 00 netto).

WULKAN poleca firmę Fhut Speed-Mar M. W. jako solidnego wykonawcę robót z zakresu zimowego utrzymania dróg.

Na referencji brak jest odrębnego podpisu wystawcy dokumentu, nie można też ustalić, czy dokument ten został opatrzone podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu, nie ma na nim także odrębnego poświadczenia za zgodność z oryginałem przez M. W., zaś pismo przewodnie nosi znamiona podpisu własnoręcznego podobnie jak dokumenty oferty spakowane rar-em. Na podstawie dokumentacji nadesłanej przez zamawiającego nie można zweryfikować oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie, że referencja WULKAN została poświadczona za zgodność z oryginałem podpisem elektronicznym wykonawcy.

Z referencji firmy WEGTRANS z dnia 20 października 2020r. wynika, że:

Firma WEGTRANS P. W. współpracowała z firmą F.H.U.T. SPEED-MAR M. W. Paliwodziczna 4b, 87-400 Golub-Dobrzyń

od 2018 do 2019 roku. W tym czasie firma F.H.U.T. SpeedMar M. W. wykonywała dla nich zlecenia na odśnieżanie, usuwanie śliskości na drodze i jej zapobieganiu.

Firma „Speed-Mar” M. W. sumiennie i terminowo wywiązywała się z obowiązków. Jej działania charakteryzowały się profesjonalizmem i kompleksowym podejściem do każdego z powierzonych zadań. Duże doświadczenie i wysokie kwalifikacje pracowników przełożyły się na efekty, które całkowicie spełniły oczekiwania WEGTRANS. Firma Speed-Mar M. W. w latach 2018-2019 wykonywała na rzecz WEGTRANS zlecenia o wartości 860 000,00 zł. (osiemset sześćdziesiąt tysięcy zł)

Współpraca przebiegała sprawnie i z dużym zaangażowaniem, dlatego WEGTRANS rekomenduje firmę SPEED-MAR M. W. jako solidnego wykonawcę robót w zakresie zimowego utrzymania dróg.

Z dowodów przedłożonych przez odwołującego Izba ustaliła, że:

W dniu 17 grudnia 2020r. pełnomocnik odwołującego wystąpił do Zarządu Dróg Powiatowych w Brodnicy o udostępnienie informacji publicznej w postaci:

1) Wartości umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg w roku: 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020;

2) Wartości wykonania umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg w roku: 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020;

3) Informacji czy wykonawca PHU WULKAN P. N. korzystał z podwykonawstwa podmiotów: WEGTRANS P. W. oraz FHUT SPEED MAR M. W. w celu wykonania umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg w roku: 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020;

4) Jaka była ewentualnie wartość umów zawartych z WEGTRANS P. W. oraz FHUT SPEED MAR M. W. w celu wykonania umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg w roku: 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020;

5) Jaka była ewentualnie wartość wykonanych umów z WEGTRANS P. W. oraz FHUT SPEED MAR M. W. w celu wykonania umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg w roku: 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020,

który następnie zmodyfikował

o udostępnienie informacji publicznej w postaci:

1) Wartości umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg na lata: 2016 — 2017;

2) Wartości wykonania umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg na lata: 2016 — 2017;

3) Informacji czy wykonawca PHU WULKAN P. N. korzystał z

podwykonawstwa podmiotu: FHUT SPEED MAR M. W. w celu wykonania umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg na lata: 2016 — 2017;

4) Jaka była ewentualnie wartość umów zawartych z FHUT SPEED MAR M. W. w celu wykonania umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg na lata: 2016 — 2017;

5) Jaka była ewentualnie wartość wykonanych umów z FHUT SPEED MAR M. W. w celu wykonania umów zawartych z wykonawcą PHU WULKAN P. N. na zimowe utrzymanie dróg na lata: 2016 — 2017.

Odwołujący nie otrzymał na to żądanie odpowiedzi do daty rozprawy, natomiast przedstawił ogłoszenia o udzieleniu zamówienia:

Zarząd Dróg Powiatowych w Brodnicy: Zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Brodnickiego w sezonie zimowym 2017/2018 — VI zadań, z którego wynika, że zamówienie było podzielone na 6 zadań i obejmowało:

Usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych administrowanych przez Zarząd Dróg Powiatowych w Brodnicy w sezonie zimowym 2017/2018 obejmującym swym zasięgiem następujące gminy: Miasto i gmina Brodnica, Bartniczka, Bobrowo, Brzozie, Jabłonowo Pomorskie, Górzno, Świdziebnia, Osek, Zbiczno. Zamówienie podzielone jest na 6 zadań: ZADANIE 1 — usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych na terenie gmin: Jabłonowo Pomorskie, Bobrowo ZADANIE 2 — usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych na terenie gmin: Świdziebnia, cz. Górzno, cz. Osek, cz. Brodnica, cz. Bartniczka ZADANIE 3 — usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych na terenie gmin: Brzozie, cz. Bartniczka, cz. Górzno ZADANIE 4 — usługi związane z odśnieżaniem dróg sprzętem ciężkim na drogach powiatowych na terenie gmin: Miasto i gmina Brodnica, Bartniczka, Bobrowo, Brzozie, Jabłonowo Pomorskie, Górzno, Świdziebnia, Osek, Zbiczno. ZADANIE 5 — usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na ulicach i chodnikach będących w ciągach dróg powiatowych na terenie miasta Górzno ZADANIE 6 usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na chodnikach będących w ciągach dróg powiatowych na terenie miasta Jabłonowo Pomorskie

Zadanie 1 uzyskał wykonawca PHU WULKAN P. N. za cenę 183 902,40zł. z oświadczeniem, że nie będzie korzystał z podwykonawców - sekcja IV.7

Zadanie 2 uzyskał wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Gastronomiczne GABAR A. B. za cenę 183 902,40zł. bez udziału podwykonawców,

Zadanie 3 uzyskał wykonawca Rolnicza Spółdzielnia Produkcyjna Nowe Pole za cenę 98 647,20zł. bez udziału podwykonawców

Zadanie 4 uzyskał PHU WULKAN P. N. za 27000zł. bez udziału podwykonawców,

Zadanie 5 unieważniono

Zadanie 6 uzyskało Miasto i Gmina Jabłonowo Pomorskie Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej za cenę 19 872zł. bez udziału podwykonawców.

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Zarząd Dróg Powiatowych w Brodnicy: Zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Brodnickiego w sezonie zimowym 2018/2019 — VI zadań wynika, że przedmiotem zamówienia są usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych administrowanych przez Zarząd Dróg Powiatowych w Brodnicy w sezonie zimowym 2018/2019 obejmującym swym zasięgiem następujące gminy: Miasto i gmina Brodnica, Bartniczka, Bobrowo, Brzozie, Jabłonowo Pomorskie, Górzno, Świdziebnia, Osek, Zbiczno.

Zamówienie podzielone jest na 6 zadań:

ZADANIE 1 — usługi odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych na terenie gmin: Jabłonowo Pomorskie, Bobrowo

ZADANIE 2 — związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych na terenie gmin: Świdziebnia, cz. Górzno, cz. Osek, Brodnica, cz. Bartniczka

ZADANIE 3 — usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych na terenie gmin:

Brzozie, cz. Bartniczka, cz. Górzno

ZADANIE 4 — usługi związane z odśnieżaniem dróg sprzętem ciężkim na drogach powiatowych na terenie gmin: Miasto i gmina Brodnica, Bartniczka, Bobrowo, Brzozie, Jabłonowo Pomorskie, Górzno, Świdziebnia, Osiek, Zbiczno,

ZADANIE 5 — usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na ulicach i chodnikach będących w ciągach dróg powiatowych na terenie miasta Górzno

ZADANIE 6 - usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na chodnikach będących w ciągach dróg powiatowych na terenie miasta Jabłonowo Pomorskie

i powyższe zadania zostały pozyskane przez :

Zadanie 1 - PHU WULKAN P. N. za cenę 205 109,82zł. bez podwykonawców,

Zadanie 2 - Przedsiębiorstwo Handlowo-Gastronomiczne GABAR A. B. bez podwykonawców,

Zadanie 3 Rolnicza Spółdzielnia Produkcyjna Nowe Pole za cenę 115 581,60 z udziałem podwykonawców,

Zadanie 4 PHU WULKAN P. N. za cenę 30 529,98zł. bez podwykonawców,

Zadanie 5 Gmina Górzno Zakład Usług Komunalnych za cenę 24 010,92zł. bez udziału podwykonawców,

Zadanie 6 Gmina Jabłonowo Pomorskie ZGKiM za cenę 21 600zł. bez udziału podwykonawców

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Zarząd Dróg Powiatowych w Brodnicy: Zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Brodnickiego w sezonie zimowym 2020/2021 — VI zadań wynika, że przedmiotem zamówienia są usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych administrowanych przez Zarząd Dróg Powiatowych w Brodnicy w sezonie zimowym 2020/2021 obejmującym swym zasięgiem następujące gminy: Miasto i gmina Brodnica, Bartniczka, Bobrowo, Brzozie, Jabłonowo Pomorskie, Górzno, Świdziebnia, Osiek, Zbiczno. Zamówienie podzielone jest na 6 zadań:

ZADANIE 1 — usługi odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych na terenie gmin: Jabłonowo Pomorskie, Bobrowo

ZADANIE 2— usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych na terenie gmin: Świdziebnia, cz. Górzno, cz. Osiek, Brodnica, cz. Bartniczka

ZADANIE 3 — usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na drogach powiatowych na terenie gmin: Brzozie, cz. Bartniczka, cz. Górzno

ZADANIE 4 — usługi związane z odśnieżaniem dróg sprzętem ciężkim na drogach powiatowych na terenie gmin: Miasto i gmina Brodnica, Bartniczka, Bobrowo, Brzozie, Jabłonowo Pomorskie, Górzno, Świdziebnia, Osiek, Zbiczno,

ZADANIE 5 — usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na ulicach i chodnikach będących w ciągach dróg powiatowych na terenie miasta Górzno

ZADANIE 6 - usługi związane z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń na chodnikach będących w ciągach dróg powiatowych na terenie miasta Jabłonowo Pomorskie

i w zadaniach tych wybrano następujących wykonawców:

Zadanie 1 PHU WULKAN P. N. za cenę 242 352zł. bez podwykonawców,

Zadanie 2 Przedsiębiorstwo Handlowo-Gastronomiczne GABAR A. B. za cenę 242 352zł. bez podwykonawców,

Zadanie 3 Przedsiębiorstwo Handlowo-Gastronomiczne GABAR A. B. za cenę 153 252zł. bez podwykonawców,

Zadanie 4 PHU WULKAN P. N. za cenę 37 260zł, bez podwykonawców,

Zadanie 5 nie można ustalić podmiotu wykonawczego, który uzyskał zamówienie za cenę 27 734,40zł., bez podwykonawców,

Zadanie 6 nie można ustalić podmiotu wykonawczego, który uzyskał zamówienie za cenę 28 080zł. bez podwykonawców.

W dniu 17 grudnia 2020r., pełnomocnik odwołującego wystąpił o dostęp do informacji publicznej do Gminy Bobrowo o treści i modyfikacji identycznej, jak w przypadku Zarządu Dróg Powiatowych w Brodnicy i uzyskał następującą informację:

„informuję że w okresie lat 2016 i 2017 Gmina Bobrowa (87-327 Bobrowo 27 NIP 874-168-36*05) nie miała zawartych żadnych umów na zimowe utrzymanie dróg gminnych z firmą PHU WULKAN P. N. - W związku z powyższym na pozostałe pytania nie możemy udzielić informacji, gdyż takiej nie posiadamy.”

W dniu 17 grudnia 2020r. pełnomocnik odwołującego wystąpił o udostępnienie informacji publicznej do Miasta i Gminy Jabłonowo Pomorskie o treści identycznej jak w przypadku ZDP w Brodnicy ale bez modyfikacji i uzyskał następującą odpowiedź:

Wykonawca, tj. P.H.U. "WULKAN" P. N. z siedzibą w miejscowości Piecewo, NIP 8741616201, świadczył usługi zimowego utrzymania dróg dla Miasta i Gminy Jabłonowo Pomorskie zgodnie z poniższym:

1. Zimowe utrzymanie dróg gminnych na Miasta i Gminy Jabłonowo Pomorskie w sezonie 2018/2019 (odśnieżanie) w okresie od 28.11.2018 r. - 31.03.2019 r. za cenę 43.563,25 71 brutto brak danych o podwykonawcach,

2. Dostawa mieszanki piasku i soli do zimowego utrzymania dróg gminnych w okresie 10.12.2018 r.-31.01.2019r. za cenę 33.652,80 zł brutto Brak danych o podwykonawcach

3. Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Miasta i Gminy Jabłonowo Pomorskie w roku 2014 (odśnieżanie) 2014 r. za cenę 24.759,90 zł brutto Brak danych o podwykonawcach

4. Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Miasta i Gminy Jabłonowo Pomorskie w sezonie 2020/2021 (odśnieżanie) Od dnia zawarcia umowy do 30.04.2021 r, (Umowa nie została jeszcze zawarta)

Do tej informacji dołączono faktury rozliczeniowe i umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy. Z brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy wynika, że prawo do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innej osobie która ma lub miała interes w uzyskaniu zamówienia, zatem krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania nie ogranicza się wyłącznie do wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy. W konsekwencji nie można uznać, że wykonawca, który złożył ofertę, nawet jeśli ta oferta nie pozostaje już w terminie związania, nie jest wykonawcą uprawnionym do wniesienia odwołania. Natomiast ocena istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody należy do oceny materialnoprawnej, do której Izba przystąpi oceniając, czy przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy. W pierwszej kolejności Izba dostrzega rozbieżność orzecznictwa w postrzeganiu istnienia interesu i możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę, który przestał być związany ofertą w okresie pomiędzy czynnością zamawiającego, którą skarży, a upływem terminu na wniesienie odwołania. Jednakże Izba przeanalizowała następujące okoliczności – wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w dacie 30 listopada 2020r., a więc kiedy odwołujący był związany

ofertą. Odwołujący właśnie w tej czynności wyboru upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy przez popełnione przez zamawiającego błędy w zakresie badania i oceny oferty konkurencyjnej. Odwołujący uważa, że w dacie 30 listopada 2020r. to jego oferta powinna być wybrana, a oferta konkurencyjna odrzucona jako oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu, albo co najmniej wnikliwiej zbadana. Czyli to czynność z 30 grudnia 2020r. miała generować dla odwołującego możliwość uzyskania zamówienia i możliwość poniesienia szkody. Trudno zatem odmówić odwołującemu interesu we wniesieniu przedmiotowego odwołania, skoro gdyby (w ocenie odwołującego) zamawiający prawidłowo zbadał ofertę konkurencyjną, to by jej nie wybrał, a wybrałby odwołującego. Ten wybór mieściłby się zatem w terminie związania ofertą odwołującego i dawałby mu szansę na uzyskanie zamówienia, a tym samym odwołujący mógł ponieść szkodę, przez to, że nie został wybrany jako najkorzystniejszy w dacie 30 listopada 2020r. Izba zauważa, że tok rozumowania zaprezentowany przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie stwarza pewien paradoks, gdyż bieg terminu na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie rozpoczął się dnia następnego po przekazaniu wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a więc 1 grudnia 2020r., a ponieważ odwołanie dotyczy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu powyżej progów, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy, to ostatnim dniem terminu zawitego na wniesienie odwołania był dzień 10 grudnia 2020r. Oznacza to, że według zamawiającego jeśli wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania, to do 4 grudnia 2020r. (terminu końcowego związania ofertą wynikającego z formularza ofertowego) spełniałby przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy, a od 5 grudnia do 10 grudnia 2020r. tej przesłanki już nie spełniał. Ten tok rozumowania powodowałby uzależnienie terminu na wniesienie środka ochrony prawnej od terminu związania ofertą, co w ocenie Izby przeczy idei dostępności do środków ochrony prawnej, jako mechanizmów kontroli realizowanych w ramach zasady przejrzystości. W ocenie Izby element szkody w art. 179 ust. 1 ustawy jest wyraźnie związany z momentem dopuszczenia się przez zamawiającego naruszenia ustawy, a nie z momentem wniesienia odwołania. Z tego względu ustawodawca nie ograniczył przesłanki do posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesienia szkody, ale rozpiął ją szerzej, także jako interes przeszły „miał interes” i potencjalną szkodę „mógł ponieść szkodę”, aby umożliwić wykonawcom podważanie czynności przez pryzmat oceny wpływu tych czynności na interes wykonawcy i możliwość poniesienia przez nich szkody. Dlatego Izba uznała, że odwołujący wskazując w odwołaniu, że gdyby zamawiający prawidłowo wykluczył konkurenta z postępowania, to wybrałby odwołującego wykazał tak, że posiadał interes w uzyskaniu zamówienia, jak i został pozbawiony zamówienia, a więc mógł ponieść szkodę. Dodatkową argumentacją jest to, że oczywistym jest, że skoro zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą w terminie, to nie miał potrzeby wzywać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, a więc odwołujący nie miał szansy odmówić zamawiającemu zgody na przedłużenie terminu związania. Nadto ewentualna ocena czy odwołujący skutecznie, czy nie, przedłużył samodzielnie termin związania ofertą i z jaką konsekwencją dla jego bytu w postępowaniu wiązałoby się ustalenie, że do takiego przedłużenia nie doszło, na obecnym etapie, w ocenie Izby, byłoby wkroczeniem Izby w kompetencje zamawiającego. Zamawiający nie dokonał żadnych czynności po wyborze oferty najkorzystniejszej, ani nie odrzucił oferty odwołującego np. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy, a więc nie był badany przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stan faktyczny, że w dacie 4 grudnia 2020r. upłynął pierwotny, wynikający z oświadczeń zawartych w ofertach stan związania ofertą. Tym samym pozbawienie odwołującego prawa do odwołania z uwagi na to, że być może zamawiający ustali w przyszłości przy ewentualnym unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ewentualnym powtórzeniu czynności badania i oceny oferty, że dla odwołującego nie istnieje stan związania ofertą, byłoby antycypowaniem czynności zamawiającego. Z tych wszystkich względów Izba nie znalazła podstaw do oddalenia odwołania z powodu braku spełnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy w zw. z art. 26 ustawy w tym w szczególności w ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania M. W. mimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez podanie informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatajenie tych informacji lub brak możliwości przedstawienia wymaganych dokumentów i zaniechaniu odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy przez dokonanie wyboru i zawiadomienie w dniu 30.11.2020 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty M. W. – w zakresie zadania nr 11

Zarzut częściowo zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania związane zaniechaniem zastosowania przez zamawiającego wobec oferty wybranej art. 26 ust. 3 ustawy. Izba stwierdziła, że według twierdzeń zamawiającego na rozprawie referencja PHU WULKAN P. N. została przedstawiona jako poświadczona elektronicznie przez wykonawcę M. W., czego Izbie na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania nie udało się ustalić, co nie zmienia faktu, że nie można jednak czy referencja ta została wystawiona przez P. N., bo wprawdzie na końcu dokumentu jest napisane komputerowo „P. N.”, jednak z dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego Izbie wynika, że dokument ten był w pierwotnej formule dokumentem w formie papierowej na co wskazuje wydrukowanie go na papierze firmowym i cieniowanie w zakresie loga, nazwy i adresu firmy, ale nie ma śladu złożenia na takim dokumencie papierowym odręcznego podpisu P. N. . Możliwe jest, że taki dokument przed jego podpisaniem został zeskanowany i opatrzony podpisem elektronicznym P. N. zyskując status dokumentu elektronicznego, jednak został przekazany w sposób uniemożliwiający stwierdzenie dokonania takiej czynności. Zatem w ocenie Izby powinno to wzbudzić wątpliwości zamawiającego, czy M. W. dysponuje oświadczeniem wiedzy P. N. . Nawet oświadczenie wiedzy dla oceny wiarygodności informacji zawartej w takim oświadczeniu wymaga ustalenia, kto takie oświadczenie złożył. Od tego ustalenia zależy bowiem ewentualne badanie, czy składający doświadczenie dysponował wiedzą, którą mógł zawrzeć w oświadczeniu. Natomiast w przypadku braku możliwości ustalenia od kogo pochodzi oświadczenie nie można ocenić, czy podana informacja jest prawdziwa, czy też nie. Nie można bowiem na obecny moment wykluczyć, że M. W. wykorzystał papier firmowy P. N. i sporządził samodzielnie oświadczenie o stanie wzajemnej współpracy. Tym samym zamawiający nie dążąc do wyjaśnienia braku możliwości ustalenia osoby sporządzającej referencję z dnia 1 września 2020r. nieprawidłowo uznał, że jest to dowód należytego wykonania usługi przez M. W. . Sytuacja ta w ocenie Izby wymagała bowiem skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż dokument był niekompletny i w związku z tym wymagał wyjaśnień lub ewentualnego uzupełnienia.

Drugim elementem, który w ocenie Izby został wykazany za pomocą materiału dowodowego zgromadzonego przez odwołującego jest brak przez zamawiającego dostatecznego zbadania wysokości kwot zamówień wykonanych przez M. W. . Zamawiający rzeczywiście w postawionym przez siebie warunku wymagał przynajmniej jednego zamówienia o łącznej wartości usług dla zadania 11 minimum 1 600 000zł. Natomiast w ocenie Izby odwołujący wykazał, że dla pozycji 1 wykazu istnieje co najmniej wątpliwość czy wartość usługi dotyczy usługi świadczonej w 2016 (czyli od 1 listopada

2015 do 31 marca 2016r.- według wykazu usług), czy też usługi świadczonej także w roku kolejnym tj. od 1 listopada 2016 do 31 marca 2017, co odpowiadałoby oświadczeniu zawartym w referencji. W ocenie Izby nieustalenie tej okoliczności w drodze wezwania M. W. co najmniej do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tj. do wyjaśnienia czy M. W. zrealizował usługi o wartości 820 tys. zł. w okresie od 1 listopada 2015 do 31 marca 2016, jak wynika to z wykazu usług, czy zrealizował usługi o wartości 820 000 zł. w dwóch następujących po sobie okresach zimowego utrzymania dróg (1.11.2015-31.03.2016 i 1.11.2016-31.03.2017), czy też być może wartość ta dotyczy sezonu 1 listopada 2016 do 31 marca 2017r., co też może być wywiedzione na podstawie referencji z dnia 1 września 2020r. Pomiędzy wykazem bowiem, a referencją wbrew stanowisku zamawiającego istnieje wątpliwość interpretacyjna, która może przełożyć się na ustalenie warunków postawiony przez zamawiającego został spełniony co do wymaganej wartości usług. Zwłaszcza, że możliwość osiągnięcia wartości 820 tys. na drogach wskazanych w liście referencyjnym tj. Gminy Bobrowo, Gminy Jabłonowo Pomorskie i Drogi Powiatowe Powiatu Brodnica w świetle dowodów z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia Zarządu Dróg Powiatowych w Brodnicy wskazują, że w jednym sezonie w latach późniejszych zbliżenie się do wartości 820 tys. nawet przy założeniu obsługi wszystkich 6 zadań przez P. N. i udzieleniu 100% podwykonawstwa nie zostało w żadnym z kolejnych lat osiągnięte, gdyż łączna wartość kontraktów zawartych przez ZDP w Brodnicy na sezon 2017/2018 to 513 324zł., na sezon 2018/2019 to 601 632,72zł. i na sezon 2019/2020 to 731 030,40zł., co więcej w tych trzech kolejnych sezonach ujawnia się prawidłowość wzrostowa cen poszczególnych zamówień, więc można założyć, że w sezonie 2015/2016 czy 2016/2017 te wartości były raczej niższe. W świetle tych okoliczności wyjaśnienie czy podana wartość dotyczy jednego czy więcej sezonów zimowego utrzymania dróg w ocenie Izby jest konieczne i wymaga wystąpienia do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o wyjaśnienie jak należy rozumieć oświadczenie firmy PHU WULKAN P. N., że wartość usług w okresie 2016/2017 wykonanych przez M. W. na ich rzecz wyniosła 820 000zł. w świetle oświadczenia złożonego przez M. W. w wykazie, że kwota ta odnosi się do jednego sezonu w okresie 1.11-31.03.2016 i jeśli w związku ze złożonymi wyjaśnieniami będzie konieczna poprawa lub uzupełnienie złożonych dokumentów, to wykonawca powinien je załączyć wraz z wyjaśnieniami. Izba wzięła pod uwagę, że PHU Wulkan P. N. wskazał także na świadczenie usług na drogach dla Gmin Bobrowo i Jabłonowo Pomorskie i z dowodów złożonych przez odwołującego wynika, że dla Gminy Bobrowo w latach 2016- 2017 p. N. nie świadczył usług, zaś z oświadczenia Gminy Jabłonowo Pomorskie wynika, że wprawdzie p. N. świadczył na rzecz tego zamawiającego usługi ale w innych okresach niż wskazane w referencji i w wykazie, a nadto o tak niskiej wartości, że po jej doliczeniu nawet do wartości usług wynikających z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia ZDP w Brodnicy dotyczącym sezonu 2019/2020, także nie przekroczyłoby to wartości 820 tys. zł. Zatem w ocenie Izby zamawiający na podstawie przedstawionych przez odwołującego dowodów powinien powziąć wątpliwość, co do poprawności przedstawionych mu przez M. W. dokumentów wykazu i referencji w zakresie podanej wartości zamówienia. Zwłaszcza, że sam zamawiający na rozprawie wskazywał, że ogłoszenia o udzieleniu zamówienia ZDP w Brodnicy świadczą, że możliwe było osiągnięcie kwoty 800 000 zł. w dwóch kolejnych sezonach. Zamawiający powinien zatem wezwać M. W. do wyjaśnień, jakie wartości miały usługi świadczone przez niego w związku ze zleceniem przez P. N. usług zimowego odśnieżania dróg w rozbiciu na drogi Gminy Bobrowo, drogi Gminy Jabłonowo Pomorskie i drogi powiatowe Powiatu Brodnica w sezonie/sezonach podzleconych mu przez P. N. i z czego wynika oświadczenie Gminy Bobrowo i Gminy Jabłonowo Pomorskie, że w sezonie 2016/17 P. N. nie świadczył usług zimowego odśnieżania dróg na ich rzecz. Odwołujący nie przedstawił dowodu, choćby w postaci ogłoszeń o udzieleniu zamówienia przez ZDP w Brodnicy na usługi zimowego odśnieżania dróg powiatowych w sezonach 2015/16 i 2016/17, stąd Izba nie uznała za wykazane, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, co do tego czy P. N. realizował samodzielnie czy wspólnie z M. W. jako podwykonawcą usługi zimowego odśnieżania dróg w sezonach 2015/16 i 2016/17, odwołujący jedynie poprzestał na oświadczeniu własnym, że nie uzyskał ogłoszeń o udzieleniu zamówienia z innych sezonów, w których figurowałby p. N. jako podmiotu uzyskujący zamówienie. Tym samym tej okoliczności nie można było uznać za udowodnioną. Tak samo jak nie można wyciągnąć dla przedmiotowej sprawy jakichkolwiek wniosków z faktu, że w sezonach przedstawionych w ogłoszeniach ZDP w Brodnicy według sekcji IV.7 wynika, że pan P. N. nie składał na etapie ofertowania oświadczeń o zamiarze korzystania z podwykonawcy.

Natomiast Izba ustaliła, że odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów podważających oświadczenie złożone przez WEGTRANS P. W. . W ocenie Izby skoro bez uzyskania informacji w drodze dostępu do informacji publicznej odwołujący był w stanie uzyskać informacje o zamówieniach udzielonych przez ZDP w Brodnicy P. N., to mógł pozyskać informacje o zamówieniach udzielonych firmie WEGTRANS P. W. . W ocenie Izby nie stało tu na przeszkodzie brak wskazania przez M. W., czy P. W. rodzaju i miejsca utrzymywanych dróg. Odwołujący nie podjął nawet próby dowodu na okoliczność, że sam P. W. nie realizował kontraktów o wartości przekraczającej 800 000zł., a przeciwnie z wykazu i wystawionej referencji można wywieść, że podana wartość dotyczy dwóch sezonów zimowego utrzymania dróg 2017/2018 i 2018/2019, a więc przedstawione przez odwołującego dowody – ogłoszenia o udzieleniu zamówienia ZDP w Brodnicy świadczą o tym, że nawet na poziomie dróg powiatowych możliwe było wygenerowanie zamówień o łącznej wartości dwóch sezonów ponad 800 000zł. Z tego względu Izba nie uznała twierdzeń odwołującego w zakresie poz. 2 za udowodnione i oceniła czynności zamawiającego w tym zakresie jako prawidłowe.

W ocenie Izby na datę wyrokowania odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów, aby ustalić, że M. W. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ani także tego, że złożył oświadczenia świadomie czy jedynie z niedbalstwa nie odpowiadające rzeczywistości stanowi faktycznemu, które mogły wprowadzić zamawiającego w błąd, co do spełniania przez M. W. warunków udziału w postępowaniu. Nie mniej jednak odwołujący wykazał istnienie w referencji P. N. takich braków i nieprecyzyjności w stosunku do wykazu usług, które powodowały, że dokument ten nie pozwalał na uznanie go za potwierdzający należyte wykonanie usług wykazanych w wykazie, a to z uwagi na wątpliwość, co do autorstwa dokumentu referencji, a to z uwagi na zakres czasowy wykazany w wykazie i w referencji, który mógł budzić wątpliwości jakich sezonów dotyczy wykazana wartość 820 tys. złotych. Odwołujący w ocenie Izby również wykazał, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwość czy w zakresie rzeczowym (miejsc realizacji zimowego utrzymania dróg) wynikającym z referencji p. N. pozyskał w sporny okresie zamówienia, które następnie mógł zlecić M. W. o wartości 820 000zł. Wszystkie te wątpliwości powodują, że zamawiający na datę wyboru oferty najkorzystniejszej w ocenie Izby nie dysponował jednoznacznie i nie budzącą wątpliwości informacją wynikającą z JEDZa, wykazu usług poz. 1 i złożonej referencji z dnia 1 września 2020r., że M. W. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jednakże te wątpliwości nie dowodzą jeszcze, że M. W. wprowadził zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunki udziału jak również bez wcześniejszego skorzystania z procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy nie pozwalają na przyjęcie, że M. W. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Z tego względu Izba uwzględniła jedynie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy i nakazała zamawiającemu skierowanie do M. W. prowadzącego działalność pod firmą FHUT SPEED-MAR M W. wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do wyjaśnienia:

4.w jaki sposób i przez kogo został podpisany dokument referencji z dnia 1 września 2020r. i uzupełnienia braku dotyczącego pochodzenia dokumentu,

5.powodów, dla których w wykazie w poz. 1 wykonawca wskazał zakres czasowy usługi zimowego utrzymania dróg jako 1 listopada – 31 marca 2016r. podczas, gdy z referencji z dnia 1 września 2020r. wynika, że usługi o wartości 820 000zł. zostały mu zlecone w latach 2016-2017 oraz wyjaśnienia czy wskazana wartość usług została wykonawcy zlecona w ramach jednego czy dwóch sezonów zimowego utrzymania dróg i w zależności od złożonych wyjaśnień ewentualnego poprawienia lub złożenia prawidłowego wykazu lub odpowiadającej mu referencji,

6.jakie wartości miały usługi świadczone przez niego w związku ze zleceniem przez P. N. usług zimowego odśnieżania dróg w rozbiciu na drogi Gminy Bobrowo, drogi Gminy Jabłonowo Pomorskie i drogi powiatowe Powiatu Brodnica w sezonie/sezonach podzleconych mu przez P. N. i z czego wynika oświadczenie Gminy Bobrowo i Gminy Jabłonowo Pomorskie, że w sezonie 2016/17 P. N. nie świadczył usług zimowego odśnieżania dróg na ich rzecz.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty odwołania za nieudowodnione i podlegające oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy polegające na niezgodnym z przepisami ustawy wyborze oferty M. W. – w zakresie zadania nr 11, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut potwierdził się. Już z samego wykazu i załączonej do niej referencji w zakresie poz. 1 w ocenie Izby zamawiający powinien był powziąć wątpliwości, co do autorstwa referencji oraz tego ile sezonów w rzeczywistości realizował M. W. na rzecz P. N., a tym samym już w dacie podejmowania decyzji o uznaniu tych dokumentów jako potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia zawodowego wykonawcy zamawiający podjął swoją decyzję wadliwie nie dostrzegając tych niejednoznaczności. W konsekwencji dopuścił do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co do której nie ustalił prawidłowo czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, co potencjalnie mogło prowadzić do nierównego traktowania wykonawców, przez konieczność konkurowania wykonawcy, którego zdolność do wykonania zamówienia nie budzi wątpliwości z wykonawcą u którego takiej pewności nie ma. To w ocenie Izby świadczy, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając kosztami zamawiającego i nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty 15 000zł. tytułem zwrotu kosztów wpisu, 3 600zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego i 1332,58zł. tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący:.....