sygn. akt: **KIO 345/17**

WYROK
z dnia 9 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2017 r. przez wykonawcę – **K. B. Sp. z o. o., (…)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w** Żninie **z siedzibą w P., (…)**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo R. D. "I." Sp. z o.o., (…).,** do - po stronie zgłaszającego przystąpienie postępowania odwoławczego zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy K. B. Sp. z o. o., (…)z postępowania, ponowne badanie i ocenę ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Z. D. P. (…)**
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **K. B. Sp. z o. o., (…).** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w** Ż. **z siedzibą w P., (…)na** rzecz **K. B. Sp. z o. o., (…)** kwotę **14 220** zł **92** gr (słownie: czternaście tysięcy dwieście dwadzieścia złotych, dziewięćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą

---

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy.**

Przewodniczący: ……

---

sygn. akt: **KIO 345/17**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Ż. z siedzibą w P., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Modernizacja dróg powiatowych - nakładki bitumiczne o gr. 5 cm”.*

Dnia 16 lutego 2017 roku (pismem z dnia 14 lutego 2017 r.), zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 21 lutego 2017 roku wykonawca K. B. Sp. z o. o., **(…).(dalej** „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, poprzez jego nieuprawnione zastosowanie,
2. art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwą interpretację i zastosowanie,
3. art. 26 ust 3 ustawy Pzp oraz części IX ust. 9.5 s.i.w.z. poprzez ich pominięcie,

w konsekwencji
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedokonanie wyboru ofert najkorzystniejszej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:
1) uchylenie zaskarżonego rozstrzygnięcia,
2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego w przedmiocie wykluczenia wykonawcy K. B. Sp. z o.o. z siedzibą w Ż.,
3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem K. i B. Sp. z o.o. z siedzibą w Ż..

Odwołujący wskazał, iż przedstawił poświadczenia prawidłowego i terminowego wykonania robót na podstawie dwóch umów zawartych z D.-B. Ł. K. z siedzibą w Podgórzynie. Zamawiający potwierdził, iż roboty te były wykonane na drogach administrowanych przez samego zamawiającego, a zatem nie można mieć wątpliwości co do posiadania przez zamawiającego obiektywnej wiedzy o terminie i jakości wykonania robót.

Zdaniem odwołującego, na polemikę zasługują dalsze wątpliwości zamawiającego, a mianowicie zamawiający podnosił, iż wykonawcą robót, pn: *Modernizacja dróg powiatowych - nakładki 4 cm* realizowanych na podstawie umowy 2411.25.2015 był Ł. K. prowadzący przedsiębiorstwo pod firmą D.-B. Ł. K. z siedzibą w P.. Odwołujący potwierdził ten fakt. Jednakże na podstawie umów 05/DB-BUD/2015 oraz odwołujący wykonał dla D.-B. Ł. K. 06/DB-BUD/2015, z siedzibą w P. roboty drogowe jako podwykonawca. Za roboty te, wykonawca wystawił stosowne faktury VAT i otrzymał wynagrodzenie. Na potwierdzenie powyższych okoliczności, odwołujący załączył dowody w postaci: Umowa 05/DB-BUD/2015; Umowa 06/DB-BUD/2015;

FV nr FA/15/2015 z dnia 26 września 2015 r., potwierdzenie przelewu z dnia 08 października 2015 r., wyciąg z rejestru sprzedaży VAT odwołującego za okres 09/2015, wyciąg z rejestru zakupów VAT D.-B. Ł. K. i za okres 09/2015.

Powyższe jednoznacznie wskazuje na fakt wykonywania przez odwołującego robót żądanych przez zamawiającego w treści s.i.w.z. Natomiast okolicznością bezsporną jest, iż w treści poświadczenia do umowy 06/DB-BUD/2015 wkradła się oczywista pomyłka pisarska dotycząca określenia kilometrażu wykonanych robót, przy jednoczesnym prawidłowym wskazaniu łącznej powierzchni i łącznej długości odcinków. Omyłka wynika z faktu, iż zarówno D.-B. Ł. K., jak i K. B. Sp. z o.o. współpracują ze sobą bardzo często przy realizacji różnych zadań. Nie zawsze poświadczenia wystawiane są bezpośrednio po zakończeniu robót. Ponieważ wszystkie odcinki wskazane w poświadczeniu do umowy 06/DB-BUD/2015 realizowane były przez D.-B. Ł. K., ale w różnym czasie, osoba sporządzająca poświadczenie omyłkowo wskazała inny kilometraż (dotyczący zadań realizowanych później). Dowód: skorygowane poświadczenie do umowy 06/DB-BUD/2015.

Odwołujący wskazał, że nie zna przyczyn braku zgłoszenia go jako podwykonawcy robót wykonywanych dla zamawiającego przez D.-B. Ł. K., ale fakt braku takiego zgłoszenia, wobec przywołanych wyżej dokumentów nie pozostawia wątpliwości, co do wykonania robót przez wykonawcę. Odwołujący oświadczył, że nigdy nie żądał od D.-B. Ł. K., dowodów zgłoszenia go jako podwykonawcy.

Zamawiający mógł obiektywnie wyjaśnić te wątpliwości, gdyby zastosował się do dyspozycji zawartej w treści art. 26 ust 3 ustawy Pzp oraz zasad określonych w części IX ust. 9.5 s.i.w.z. Ponieważ wezwanie do wyjaśnień/uzupełnień, miało w tym przypadku charakter obowiązkowy, należy uznać, że wniesienie odwołania jest następstwem zawinionego zaniechania przez zamawiającego zastosowania przepisów prawa.

Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 6 lutego 2017 roku, oferta K. B. Sp. z o.o, została uznana za najkorzystniejszą. Prowadzi to do wniosku, że gdyby nie nastąpiło wykluczenie z postępowania, wykonawcy temu udzielone byłoby zamówienie, a co za tym idzie, zaniechanie skorzystania ze środka ochrony prawnej doprowadzić może po stronie odwołującego do szkody w postaci utraty zysku wkalkulowanego w cenę ofertową.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo R. D. "I" Sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego, uznając je za własne.

W dniu 6 lutego 2017 roku, w związku z czynnością badania i oceny ofert, odwołujący został zawiadomiony, iż jego oferta jest najkorzystniejsza i w związku z tym został wezwany do uzupełnienia dokumentów do złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dnia 13 lutego 2017 roku, odwołujący przedłożył zamawiającemu wymagane dokumenty.

Dnia 16 lutego 2017 roku, zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W wyniku doprecyzowania, na rozprawie, przez zamawiającego, iż podstawą wykluczenia odwołującego był przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie ww. zarzutu, mając również na względzie pozostałe zarzuty odwołującego, tj. art. 26 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż 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.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 5 grudnia 2014 roku, sygn. akt XII Ga 659/14 „Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy. Kryterium ocennym jest wpływ informacji na wynik postępowania. Informacje mają wpływ na wynik postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełnienia warunku udziału, a tym samym możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą. Zdaniem Sądu niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć, jako potwierdzenie w praktyce posiadanych umiejętności w zakresie wykonania danego rodzaju zamówienia, a tego wprost nie dowodziły zakwestionowane dostawy. Dokumenty przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunków udziału winny w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego. W realiach niniejszej sprawy procedura uzupełnienia dokumentów określona w art. 26 ust 3 ustawy została wyczerpana, a wykonawca nie przedstawił dokumentów, które potwierdzałyby w sposób niezbity spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego.”.

Z powyższego stanowiska Sądu wynika, iż aby móc wykluczyć wykonawcę z postępowania z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwych, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, wskazana byłaby procedura poprzedzająca tak doniosłą w skutkach czynność zamawiającego, tj. wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bądź, w ocenie Izby również art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zaistnieć może bowiem sytuacja, w której wykonawca nieświadomie, bądź poprzez nieuwagę przedstawi zamawiającemu informacje, które w swojej treści mogą nie odpowiadać faktycznym okolicznościom wynikającym ze stanu sprawy. Zamawiający, stojąc na straży zasady równego i niedyskryminującego traktowania wszystkich wykonawców, winien w takiej sytuacji, dołożyć wszelkich starań, aby sprawę wyjaśnić maksymalnie obiektywnie.

W przedmiotowym postępowaniu mamy sytuację o tyle jasną, albowiem wykazywane przez odwołującego doświadczenie dotyczyło realizacji na rzecz tego samego zatem działając z urzędu, miał wiedzę, zamawiającego. Skoro zamawiający, iż kwestionowana przez zamawiającego referencyjna robota była wykonywana w innej dacie niż podał to odwołujący, to w sposób jasny i prosty, zamawiający powyższą nieścisłość mógł wyjaśnić z odwołującym się wykonawcą, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W powyższym zakresie Izba nie znalazła podstaw do uznania, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd, albowiem okoliczności omyłki, czy też błędu wynikających z treści dokumentów złożonych przez wykonawcę, zamawiający mógł samodzielnie (zakres tych błędów) ustalić. Nie była to zatem informacja, która wprowadzała

zamawiającego w błąd, albowiem okoliczności przedmiotowej roboty referencyjnej zamawiający znał z urzędu.

Co do zarzutu dotyczącego okoliczności, iż odwołujący, na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia, wykazał się wykonaniem robót budowlanych na rzecz innego podmiotu, tj. Ł. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „D.-B." Ł. K. i na tę okoliczność złożył stosowne poświadczenia, Izba stwierdziła, że zamawiający bezzasadnie wywodzi z tej okoliczności negatywne skutki prawne i faktyczne dla odwołującego. Stwierdzić bowiem należało, że skoro odwołujący wykonywał na rzecz innego podmiotu określone roboty budowlane i zostały one potwierdzone wydaniem pozytywnego poświadczenia wykonania tych prac, to bez znaczenia jest okoliczność, iż w trakcie wykonywania tych prac, główny wykonawca nie zgłosił zamawiającemu, że będzie posiłkował się podwykonawcami. Okoliczności wykonywania umowy z 2015 roku nie mogą wpływać na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy.

Okolicznością bezsporną jest, że głównym wykonawcą robót w 2015 roku był Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „D.-B." Ł. K., co potwierdzają umowy załączone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Okolicznością bezsporną jest również, że Ł. K. nie zgłosił zamawiającemu,
że w trakcie wykonywania tych robót będzie korzystał z podwykonawcy. Tym samym dowody zgłoszone przez zamawiającego, na potwierdzenie ww. okoliczności, pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem fakty te zostały potwierdzone przez odwołującego.

Izba nie zna przyczyn, ani okoliczności, na jakich zasadach, przy jakim stopniu nadzoru wykonywano roboty w 2015 roku, ani nie jest w stanie stwierdzić, jaki stopień zaawansowania tych robót został powierzony podwykonawcy. Izba była natomiast w stanie ustalić, co potwierdziły dowody załączone do odwołania przez odwołującego, że udział takiego podmiotu trzeciego (podwykonawcy) miał faktycznie miejsce. Okoliczność tę potwierdza bowiem wyciąg z rachunku bankowego odwołującego wraz z kopią faktury, która danej płatności dotyczyła. Zamawiający, poza twierdzeniami o faktycznym, w jego ocenie, braku podwykonawcy w realizacji zadań, żadnego dowodu nie przestawił. Izba w całości dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentów zgłoszonych przez odwołującego stwierdzając, że potwierdzają one w sposób bezsprzeczny okoliczności, na jakie zostały powołane.

Jako, że Izba w swoim orzekaniu, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, Izba nie mogła stwierdzić naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Nie mniej Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Zamawiający, w ocenie Izby, naruszył również przepis art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp, poprzez jego niezastosowanie, albowiem zamawiający stwierdzając, że odwołujący nie potwierdził, złożonymi dokumentami, warunków udziału w postępowaniu, winien wezwać go do uzupełnienia dokumentów w określonym zakresie. Dopiero brak potwierdzenia, uzupełnionymi dokumentami, warunków udziału w postępowaniu, bądź stwierdzenie, że wykonawca tymi dokumentami w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd, zamawiający miałby prawo wykluczyć wykonawcę z postępowania.

Konsekwencją naruszenia ww. przepisów ustawy, zasadne stało się naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut odwołania, dotyczący naruszenia art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem zamawiający na rozprawie oświadczył, że podstawą wykluczenia nie był wskazany przepis ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tym samym brak przedmiotu sporu w tym zakresie uniemożliwia rozpoznanie tego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu.

Przewodniczący: ……