

WYROK
z dnia 5 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2014 r. przez wykonawcę **Trakt sp. z o.o. sp.k. w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Autostrada II sp. z o.o. w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Autostrada II sp. z o.o. w Katowicach na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 1.5.1.2 SIWZ, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu**
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Trakt sp. z o.o. sp.k. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach** na rzecz wykonawcy **Trakt sp. z o.o. sp.k. w Katowicach** kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie dokumentacji projektowej połączenia drogowego rejonu terminala cargo z drogą krajową S1-węzeł Mierzęcice”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lutego 2014 r. 2014/S 037-061256.

W dniu 14 maja 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Trakt sp. z o.o. sp.k. w Katowicach, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Autostrada II sp. z o.o. w Katowicach, zwanego dalej „przystępującym”.

W dniu 23 maja 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej wobec zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, zaniechania czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz wobec czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i dokonania czynności wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo zaistnienia ku temu przesłanek przewidzianych ww. przepisem,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania i dokonania czynności wykluczenia przystępującego pomimo zaistnienia ku temu przesłanek przewidzianych ww. przepisem,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty przystępującego, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania czynności wykluczenia z postępowania przystępującego,
- 3) dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego,
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

3

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zgodnie z opisanym w SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu, o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się taki wykonawca który wykaze, że wykonał:

- a) 2 usługi polegające na wykonaniu projektu budowlanego i projektu wykonawczego budowy lub przebudowy drogi o szerokości pasa ruchu co najmniej 3,5 m o wartości minimum 250 000,00 zł brutto każda oraz
- b) 2 usługi polegające na wykonaniu raportu o oddziaływaniu na środowisko dla dróg o szerokości pasa ruchu nie mniejszej niż 3,5 m,
- c) 2 usługi polegające na wykonaniu studium wykonalności dla drogi o szerokości pasa ruchu nie mniejszej niż 3,5 m.

Podniósł, że przystępujący na potwierdzenie spełnienia tego warunku posłużył się udostępnionym mu zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego - Faber Consulting sp. z o.o. (poz. 4 i 5 wykazu usług załączonego do oferty przystępującego). Odwołujący argumentował, że otrzymał z Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu pismo, z której wynika, że przedmiotem opracowania wykonanego przez Faber Consulting sp. z o.o. była jezdnia z dwoma pasami ruchu, przy czym szerokość pojedynczego pasa wynosiła 3 m. Natomiast z otrzymanego przez odwołującego pisma Powiatowego Zarządu Dróg w Grudziądzu wynika, że przedmiotem opracowania wykonanego przez Faber Consulting sp. z o.o. były drogi jednoprzestrzenne dwukierunkowe o dwóch pasach ruchu o szerokości 6 m oraz 5,5 m.

W ocenie odwołującego, przystępujący celowo i świadomie wskazał w wykazie usług załączonym do jego oferty, usługi realizowane przez podmiot udostępniający mu zasoby - Faber Consulting sp. z o.o., nie odpowiadające postawionym przez zamawiającego wymogom (tj. nie obejmujące dróg o pasie ruchu co najmniej 3,5 m) wskazując jednocześnie, że usługi te obejmowały wykonanie opracowań dot. dróg o pasach ruchu co najmniej 3,5 m. Świadome złożenie ww. nieprawdziwych informacji miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, bowiem na ich podstawie przystępujący został dopuszczony do udziału w postępowaniu, które w efekcie wygrał. W tej sytuacji, zdaniem odwołującego, przystępujący powinien zostać przez zamawiającego wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego jednak zamawiający zaniechał.

Odwołujący podniósł ponadto, że na potwierdzenie spełniania warunku przystępujący wskazał w wykazie pod pozycją nr 1 usługę pod nazwą „Budowa wschodniej obwodnicy Olkusza - połączenie DW 783 z DW 791 z podziałem na ETAP I odcinek nr od km 2+788,00 do km 7+501,51; ETAP II odcinek nr 1 od km 0+000 do km 2+788,00”. Na potwierdzenie spełniania warunku przystępujący posłużył się poświadczeniem wystawionym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, z którego wynika, że zakres wykonywanych usług obejmował m.in. „projekt budowlany wraz z decyzją o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji

Drogowej” i że na dzień wystawienia poświadczenia brak jest decyzji o Zezwoleniu Realizacji Inwestycji Drogowej. Odwołujący wskazał również, że otrzymał informację od Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie, z której wynika, że usługa wskazana przez przystępującego celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie została zakończona i jest w trakcie realizacji.

Wywiódł odwołujący, że w SIWZ zostało sprecyzowane co należy rozumieć pod pojęciem „wykonanie usługi”, a mianowicie „doprowadzenie do wystawienia protokołu odbioru ostatecznego lub innego dokumentu, który potwierdza wykonanie usługi”. Usługa wskazana przez przystępującego w pozycji nr 1 wykazu nie jest usługą, która została wykonana (zakończona), co potwierdza poświadczenie, w szczególności w następujących punktach tego poświadczenia:

1. „Projekt budowlany wraz z decyzją o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji Drogowej”,
2. „Na dzień dzisiejszy brak: (i) brak decyzji o pozwoleniu na budowę - wyloty kanalizacji, (ii) brak decyzji ZRID dla ul. Sosnowa - włączenie, (iii) brak decyzji ZRID wlot do drogi powiatowej 1078K ul. Osiecka”,
3. „Wykonawca złożył wniosek o aneks terminowy którego zasadność jest obecnie analizowana”.

Dodatkowo fakt, że usługa jest w trakcie realizacji i nie została zakończona potwierdza uzyskane przez odwołującego oświadczenie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie z dnia 23 maja 2014 r. Powyższe zdaniem odwołującego oznacza, że przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w trakcie rozprawy złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Autostrada II sp. z o.o. w Katowicach. W trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, modyfikację SIWZ z 18 marca 2014 r., ofertę złożoną przez przystępującego, pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 14 maja 2014 r., odwołanie wraz z załącznikami, pismo przystępującego z 27 maja 2014 r. wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie z 4 czerwca 2014 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia,

dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została – w świetle kryteriów oceny ofert – sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji, za ofertą wybraną jako najkorzystniejsza. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki musieli wykazać wykonawcy aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający wskazał w pkt 1.5.1.2 SIWZ (zmodyfikowanym w dniu 18 marca 2014 r.), że uzna, iż *wykonawca spełnił warunek udziału, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał:*

2 usługi polegające na wykonaniu projektu budowlanego i projektu wykonawczego budowy lub przebudowy drogi o szerokości pasa ruchu co najmniej 3,5 m o wartości minimum 250 000,00 zł brutto każda oraz

2 usługi polegające na wykonaniu raportu o oddziaływaniu na środowisko dla dróg o szerokości pasa ruchu nie mniejszej niż 3,5 m,

2 usługi polegające na wykonaniu studium wykonalności dla drogi o szerokości pasa ruchu nie mniejszej niż 3,5 m.

6

Zamawiający wskazał także, że przez „wykonanie usług” rozumie *doprowadzenie do wystawienia protokołu odbioru ostatecznego lub innego dokumentu, który potwierdza wykonanie usługi.*

W pkt 1.6.1.2 SIWZ zastrzeżono, że w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca powinien złożyć: *Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie o udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym powołał się na wiedzę i doświadczenie przy realizacji usług polegających na:

- 1) wykonaniu projektu budowlanego oraz wykonawczego budowy wschodniej obwodnicy Olkusza o szerokości pasa ruchu 3,5m, raportu oddziaływania na środowisko, w ramach zadania „Budowa wschodniej obwodnicy Olkusza – połączenie DW 783 z DW 791”, zrealizowanych na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie przez przystępującego,
- 2) wykonaniu projektu budowlanego oraz wykonawczego budowy Drogi Współpracy Regionalnej w ramach zadania „Budowa Drogi Współpracy Regionalnej w Jaworznie, etap II” o szerokości pasa ruchu 3,5m zrealizowanych na rzecz Urzędu Miejskiego w Jaworznie przez przystępującego,
- 3) wykonaniu raportu oddziaływania na środowisko, dla drogi o szerokości pasa ruchu 3,5 m w ramach zadania „Budowa węzła komunikacyjnego drogi wojewódzkiej nr 454 z obwodnicą północną, zrealizowanego na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu przez przystępującego,
- 4) wykonaniu studium wykonalności dla drogi o szerokości pasa ruchu 3,5 m, w ramach zadania „rozbudowa ulicy Nieszawskiej w Toruniu”, zrealizowanego na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu przez Faber Consulting sp. z o.o. w Warszawie,
- 5) wykonaniu studium wykonalności dla drogi o szerokości pasa ruchu 3,5 m, w ramach zadania „przebudowa nawierzchni dróg powiatowych nr 1380C Grudziądz - Nicwałd i 1384C Pokrzywno-Słup na odcinku o łącznej długości 3200m”, zrealizowanego na rzecz Powiatowego Zarządu Dróg w Grudziądzu przez Faber Consulting sp. z o.o. w Warszawie.

7

Do wykazu usług przystępujący załączył poświadczenia i referencje wystawione przez zleceniodawców ww. usług.

W poświadczeniu z 13.11.2013 r., odnoszącym się do usługi z wiersza 1 wykazu, wystawionym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie stwierdzono, że przystępujący wykonał usługę, której zakres obejmował m.in. „projekt budowlany wraz z decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej; projekt wykonawczy dla wszystkich branż”. Z poświadczenia wynika, że zakres prac projektowych obejmował m.in. budowę wschodniej obwodnicy Olkusza o łącznej długości 7501,51 m klasy G. Wskazano, że na dzień dzisiejszy brak:

- decyzji o pozwoleniu na budowę – wyloty kanalizacji,
- decyzji ZRiD dla ul. Sosnowa – włączenie,
- decyzji ZRiD wlot do drogi powiatowej 1078K ul. Osiecka.

W poświadczeniu znajduje się również adnotacja, że dokumentacja projektowa w zakresie jw. została opracowana należycie i zgodnie z obowiązującymi warunkami technicznymi oraz normami budowlanymi.

W dniu 14 maja 2014 r., zamawiający zawiadomił odwołującego, że wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego, zaś na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba uwzględniła odwołanie, choć nie wszystkie zarzuty okazały się zasadne.

Izba stwierdziła, że niewątpliwie przystępujący przedstawił nieprawdziwe informacje w wykazie usług załączonym do swej oferty. Niezgodne z rzeczywistością okazało się zawarte w wykazie oświadczenie, że w ramach zadania „Rozbudowa ulicy Nieszawskiej w Toruniu” (pkt 4 wykazu) wykonano studium wykonalności dla drogi o szerokości pasa ruchu 3,5 m. Tymczasem, przedmiotem opracowania była jezdnia z dwoma pasami ruchu, zaś szerokość pojedynczego pasa ruchu wynosiła zaledwie 3 m. Niezgodnie z rzeczywistością okazało się także oświadczenie przystępującego, jakoby w ramach zadania „Przebudowa nawierzchni dróg powiatowych nr 1380C Grudziądz - Nicwałd i 1384C Pokrzywno-Słup na odcinku o łącznej długości 3200m” (pkt 5 wykazu) wykonano studium wykonalności dla drogi o szerokości pasa ruchu 3,5 m. Tymczasem, przedmiotem opracowań były drogi jednoprzestrzenne dwukierunkowe o dwóch pasach ruchu, tj.

8

-
- droga nr 1380 C – posiada jezdnię o szerokości 6 m,
 - droga nr 1384 C posiada jezdnię o szerokości 5,5 m.

Powyższy stan faktyczny ustalono w oparciu o pisma inwestorów obu zadań tj. pismo Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu 23 kwietnia 2014 r. i pismo Powiatowego Zarządu Dróg w Grudziądzu z 25.04.2014 r. (załączone do odwołania). Fakty te zostały również przyznane przez przystępującego. W piśmie z dnia 27 maja 2014 r. skierowanym do zamawiającego (znajdującym się w dokumentacji przesłanej przez zamawiającego) oświadczył, że „nie posiadając w tym zakresie pełnej świadomości, nasza spółka dołączyła do oferty dokumenty nie stanowiące wystarczającego potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej 2 usług polegających na wykonaniu studium wykonalności dla dróg o szerokości pasa ruchu nie mniejszej niż 3,5 m”. Z kolei zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie ani na rozprawie nie wypowiedział się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, uważając jedynie, że dowody na nieprawdziwość informacji odwołujący winien przedstawić zamawiającemu na etapie badania ofert. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba po przeanalizowaniu materiału dowodowego oraz stanowiska stron, uznała ww. fakty za ustalone.

Podkreślenia wymaga, że okoliczność iż sporne opracowania dotyczyły dróg o pasie ruchu o szerokości mniejszej niż 3,5 m posiadała doniosłe znaczenie z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu, jakim musieli się legitymować wykonawcy ubiegający się o zamówienie. W myśl bowiem pkt 1.5.1.2 SIWZ (zmodyfikowanego w dniu 18 marca 2014 r.), o udzielenie zamówienia mógł się ubiegać wyłącznie taki wykonawca, który wykaże że wykonał m.in. 2 usługi polegające na wykonaniu studium wykonalności dla drogi o szerokości pasa ruchu nie mniejszej niż 3,5 m. Złożone nieprawdziwe informacje niewątpliwie miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To bowiem na podstawie nieprawdziwych oświadczeń zamawiający uznał, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła również, że podanie przez przystępującego w wykazie nieprawdziwych informacji było wynikiem pozyskania ich w takiej postaci od podmiotu trzeciego tj. firmy Faber Consulting sp. z o.o. w Warszawie, na którego zasobach wiedzy i doświadczenia przystępujący polegał na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jak również wynikiem zaniechania przez przystępującego zweryfikowania prawdziwości uzyskanych informacji.

W tym zakresie Izba ustaliła, że na etapie przygotowywania oferty przystępujący w dniach 7 i 10 kwietnia 2014 r. zwrócił się do podmiotu trzeciego - Faber Consulting sp. z o.o. w Warszawie z prośbą o przesłanie dwóch referencji, które potwierdzałyby wykonanie 2 usług na studium wykonalności dla drogi o szerokości pasa ruchu nie mniejszej niż 3,5 m. W

9

dnia 10 kwietnia 2014 r. podmiotowi trzeciemu przesłano dodatkowo również treść SIWZ wraz z załącznikami i ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Przystępujący otrzymał od podmiotu trzeciego referencje co do których założył, że rzeczywiście dotyczą dróg o szerokości pasa ruchu nie mniejszej niż 3,5 m i nie weryfikując prawdziwości takiego stanu rzeczy, złożył nieprawdziwe oświadczenie w wykazie usług. Powyższe ustalono na podstawie wydruków korespondencji prowadzonej drogą elektroniczną pomiędzy przystępującym a Faber Consulting z 7 i 10 kwietnia 2014 r. (załączniki do pisma przystępującego z 27 maja 2014 r. skierowanego do zamawiającego).

Natomiast twierdzenia przystępującego, jakoby pozostawał z Faber Consulting w stałych, ścisłych stosunkach gospodarczych, pozostały gołosłowne. Dowodów na te okoliczności Izbie nie przedstawiono.

Oceniając zaistniałą sytuację Izba stwierdziła, że przystępujący dopuścił się niedbalstwa, które polegało na zaniechaniu sprawdzenia, czy referencje przesłane mu przez podmiot trzeci odpowiadają treści warunku udziału w postępowaniu. Jak trafnie zauważył na rozprawie odwołujący, taka praktyka nie może zostać uznana za działanie z należytą starannością z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez przystępującego działalności gospodarczej.

Jakkolwiek opisane zaniechanie przystępującego Izba ocenia zdecydowanie negatywnie, to jednak taki stan faktyczny nie wypełnia dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że ww. przepis jest implementacją do prawa krajowego art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114). Z powołanego przepisu wynika, że z postępowania można wykluczyć takiego wykonawcę, który „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy”.

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym

10

zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz. 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str.

I-04661, pkt 32.

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednolicenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Podkreślenia wymaga, że na tle prounijnej wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w najnowszym orzecznictwie sądów okręgowych, które sprawują kontrolę instancyjną nad orzeczeniami Izby, ukształtował się pogląd, iż możliwość wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga wykazania takiego wprowadzenia w błąd, które będzie miało charakter działania umyślnego. Wskazuje się, że konieczne jest udowodnienie świadomości wykonawcy, iż informacja podawana przez niego zamawiającemu jest nieprawdziwa (por. wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia

11

2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r. sygn. akt II Ca 1285/12).

Stan faktyczny, jaki Izba ustaliła w analizowanej sprawie, prowadził do wniosku, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było skutkiem celowego działania przystępującego, lecz jego niedbalstwa. Powyższe oznacza niemożność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – czego domagał się odwołujący.

W tej sytuacji Izba, będąc związana jedynie zarzutem, a nie żądaniem ani proponowaną kwalifikacją prawną uznała, że zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro obie kwestionowane usługi nie mogły być wzięte pod uwagę przy ocenie warunku, jest to stan w którym wykonawca złożonymi dokumentami nie potwierdził spełnienia warunku. Powyższe obliuguje zamawiającego do wezwania wykonawcy celem ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego jednak zamawiający zaniechał. Wobec powyższego, Izba nakazała zamawiającemu wykonanie w postępowaniu czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 1.5.1.2 SIWZ.

Niezasadne jest stanowisko zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jakoby odwołanie podlegało oddaleniu z tego powodu, że na etapie badania ofert nie było podstaw do powzięcia wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń składanych mu przez przystępującego, gdyż dowody na tę okoliczność odwołujący załączył dopiero do odwołania. Podkreślenia wymaga, że to zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Jego też rolą jest badanie ofert, na co wskazuje art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jak i dokumentów składanych wraz z ofertą (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Czynność badania ofert nie ogranicza się jedynie do bezkrytycznego przyjmowania składanych mu oświadczeń i dokumentów. Rolą zamawiającego jest również weryfikacja ich

treści, która obejmuje m.in. konieczność badania prawdziwości przekazywanych informacji, na co wskazuje choćby przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że zamawiający został wyposażony przez ustawodawcę w stosowne instrumenty, które umożliwiają mu weryfikację przedstawianych w ofertach danych. Zamawiający ma możliwość wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Co do treści poświadczeń i referencji istnieje możliwość zwracania się bezpośrednio do zlecających usług z prośbą o przedstawienie dodatkowych informacji lub dokumentów (por. § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r.

12

w sprawie rodzajów dokumentów, Dz. U. z 19 lutego 2013 r. poz. 231 ze zm.). Ponadto, instrumenty te nie wykluczają aktywności samego zamawiającego, choćby możliwości samodzielnego sprawdzenia czy poświadczenia dotyczyły zadań odpowiadających treści warunku, na podstawie danych dostępnych powszechnie, choćby w oficjalnych ogłoszeniach o zamówieniu w takich publikatorach jak Biuletyn Zamówień Publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej czy też w sieci Internet, np. na stronach internetowych inwestorów.

W ocenie Izby niezasadny okazał się zarzut odwołującego, który wywodził, że warunku udziału w postępowaniu nie potwierdza usługa polegająca na wykonaniu dokumentacji projektowej w ramach zadania „Budowa wschodniej obwodnicy Olkusza – połączenie DW 783 z DW 791”, zrealizowana przez przystępującego na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie (pkt 1 wykazu usług). Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający w treści warunku dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem w realizacji usług już wykonanych. Powyższe wynikało z jednoznacznej uwagi zamieszczonej pod warunkiem, w której zamawiający wskazał przez „wykonanie usług” rozumie *doprowadzenie do wystawienia protokołu odbioru ostatecznego lub innego dokumentu, który potwierdza wykonanie usługi*. Takie sformułowanie nie oznaczało jednak zakazu wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu trwającej, szerszej usługi złożonej, w ramach której element istotny z punktu widzenia warunku został już zrealizowany.

Jak wynikało z poświadczenia z 13.11.2013 r., wystawionego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie (s.14-15 oferty) przystępujący wykonał usługę, której zakres obejmował m.in. „projekt budowlany wraz z decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, projekt wykonawczy dla wszystkich branż”. Z poświadczenia można było wnioskować również, że zakres prac projektowych obejmował m.in. budowę wschodniej obwodnicy Olkusza o łącznej długości 7501,51 m klasy G. W poświadczeniu znajdowała się również adnotacja, że dokumentacja projektowa w zakresie jw. została opracowana należycie i zgodnie z obowiązującymi warunkami technicznymi oraz normami budowlanymi.

Powyższe oznaczało, że przystępujący zrealizował usługę w zakresie wykonania projektu budowlanego oraz wykonawczego dla wschodniej obwodnicy Olkusza. Usługa ta została odebrana przez zamawiającego i potwierdził on fakt opracowania jej należycie i zgodnie z obowiązującymi warunkami technicznymi oraz normami budowlanymi. Okoliczność, że w dacie wystawienia poświadczenia nie uzyskano jeszcze decyzji o pozwoleniu na budowę (dla wylotów kanalizacji), decyzji ZRiD dla ul. Sosnowej – włączenie i dla wlotu do drogi powiatowej 1078K ul. Osiecka, pozostawała bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Niezależnie bowiem od dalszych losów dokumentacji projektowej dotyczącej dróg poprzecznych czy wylotów kanalizacji, wykonawca

13

nabył już doświadczenie polegające na wykonaniu projektu budowlanego oraz wykonawczego dla wschodniej obwodnicy Olkusza, czym wykazał element warunku udziału w postępowaniu.

Analogicznie, w świetle opisanego przez zamawiającego warunku, bez znaczenia pozostawał fakt, że decyzja o ZRiD została zaskarżona i toczyło się w tej sprawie administracyjne postępowanie odwoławcze. Fakt skorzystania przez uprawnione strony z prawa do wniesienia odwołania wobec decyzji ZRiD uzyskanej w oparciu o przygotowane przez przystępującego projekty nie oznacza, że wykonawca nie nabył doświadczenia wymaganego w warunku. Wszak wykonał on projekty, które inwestor odebrał i następnie potwierdził fakt należytego ich wykonania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: