

WYROK
z dnia 29 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2011 r. przez **Enigma Group Sp. z o.o., Ul. Chodenicka 39, 32-700 Bochnia** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. B. Głowackiego 56, 30-085 Kraków,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Skład Materiałów Budowlanych KAL-BUD Sławomir Kalemba, F.H.U. CAT-BUD Kazimierz Dudzik, Czaślów 186, 32-415 Raciechowice** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Firma DROSAM Jacek Pelc, ul. Oleśnicka 12e, 33-200 Dąbrowa Tarnowska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej, wykluczenie odwołującego z postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. B. Głowackiego 56, 30-085 Kraków,

str. 1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Enigma Group Sp. z o.o., Ul. Chodenicka 39, 32-700 Bochnia** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. B. Głowackiego 56, 30-085 Kraków,** na rzecz **Enigma Group Sp. z o.o., Ul. Chodenicka 39, 32-700 Bochnia** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Krakowie**.

Przewodniczący

str. 2

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2011 do 2014”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 12 marca 2011 r., poz. 2011/S 50-082170 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759). Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przesłana wykonawcom w dniu 6 września 2011 r.

W wyniku dokonanej selekcji Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę ENIGMA GROUP sp. z o. o. ul. Chodenicka 39, 32-700 Bochnia, który od przedmiotowej decyzji pismem z dnia 15 września 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Sławomir Kalemba, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Skład Materiałów Budowlanych KAL-BUD Sławomir Kalemba (pełnomocnik) i Kazimierz Dudzik, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. CAT-BUD Kazimierz Dudzik z siedzibą pełnomocnika Czesław 186, 32-415 Raciechowice oraz wykonawca Jacek Pelc, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą DROSAM Jacek Pelc, ul. Oleśnicka 12e, 33-200 Dąbrowa Tarnowska.

W złożonym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że czynności wyboru ofert najkorzystniejszych na poszczególne zadania (po powtórzeniu czynności), wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, zostały dokonane z naruszeniem następujących przepisów ustawy pzp: art. 24 ust. 2 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 5, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o wydanie wyroku uwzględniającego odwołanie i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych,
- unieważnienia czynności wykluczenia ENIGMA GROUP sp. z o. o. z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- dokonania ponownej oceny ofert,

str. 3

- dokonania wyboru oferty ENIGMA GROUP sp. z o. o. jako najkorzystniejszej

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący podniósł, że szczegółowa analiza zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (po powtórzeniu czynności wyboru) z dnia 6 września 2011 r. o nr ZD W/P W/2011/6686/DI3BJ jednoznacznie potwierdza przypuszczenia Odwołującego co do naruszenia przez Zamawiającego podstawowej zasady prawa zamówień publicznych jaką jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał wystarczających podstaw (dowodów) do potwierdzenia tezy o „niewiarygodności Referencji z dnia 20.04.2011 r.”, dlatego też złożył zawiadomienie o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

Wskazał, że dla wykazania spełniania warunku posiadania wymaganego doświadczenia, do wykazu usług wpisał usługę zimowego utrzymania dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego - droga wojewódzka nr 768 Szczurowa -Brzesko (długość odśnieżania 18,95 km). Na potwierdzenie należytego wykazania tej usługi załączony został dokument REFERENCJI z dnia 20-04-2011 r. wystawiony dla ENIGMA GROUP sp. z o. o. przez Firmę Produkcyjno - Handlowo -Usługą „MAX-BUD” Jacek Lichy sp. jawna w upadłości układowej.

Stwierdził, że Zamawiający zamiast prawidłowo ocenić złożone w tym zakresie referencje „ciągle poszukiwał” związku pomiędzy referencjami z dnia 20.04.2011 r. na usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg, a innymi dokumentami nie związanymi w żaden sposób z przedmiotowym postępowaniem, np. sprawozdaniem finansowym za 2010 r., czy też z Referencjami na roboty (związane z remontem częściowym dróg miejskich i powiatowych, czy też wykonaniem nawierzchni z masy mineralno bitumicznej), co jest całkowicie nieuprawnione oraz narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji Według niego dokument Referencji z dnia 20-04-2011 r. zawiera wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego, a zwarte w nim informacje są prawdziwe oraz spójne z siwz, a podważanie posiadanego przez ENIGMA GROUP sp. z o. o. doświadczenia w oparciu o dokumenty, które nie są bezpośrednio związane z przedmiotowym

postępowaniem, czy też w oparciu informacje od Nadzorca Sądowego jest całkowicie nieuprawnione. Stwierdził, że Spółka FPHU MAX-BUD Jacek Lichy sp.j w upadłości układowej w Bochni mogła udzielić referencji swojemu podwykonawcy, gdyż Zamawiający dopuścił możliwość wykazania doświadczenia w zakresie usług zimowego utrzymania w roli wykonawcy lub podwykonawcy. Według niego sytuacja prawna w jakiej znajdował się konkretny wykonawca zlecający usługi/roboty nie może mieć żadnego wpływu na nabycie przez określony podmiot doświadczenia. Z żadnej z informacji przekazanej przez Nadzorcę Sądowego do Zamawiającego nie wynika, aby umowy zawarte pomiędzy FPHU MAX-BUD Jacek Lichy sp. jawna, a ENIGMA GROUP sp. z o. o. były nieważne.

Podniósł, że całkowicie nieuprawnione jest aby na ocenę złożonych referencji miały wpływ

str. 4

informacje otrzymane przez Zamawiającego od Konsorcjum Przedsiębiorstw: Sławomir Kalemba Skład Materiałów Budowlanych KAL-BUD i Kazimierz Dudzik Firma Handlowo - Usługowa CATBUD na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

Nadto podniósł, że nie może być bezpośredniego związku pomiędzy Referencjami z dnia 20-04-2011 r. (dot. wykonywania usług zimowego utrzymania dróg), a informacjami zawartymi w sprawozdaniu Finansowym ENIGMA GROUP sp. z o. o. za 2010 r. gdyż zapłata wynagrodzenia za podwykonawstwo (Umowa podwykonawcza z dnia 6 września 2010 r.), czy też w drugą stronę za wynajem sprzętu, miała miejsce dopiero w 2011 r., i z tego względu zostanie ujęta w dopiero sprawozdaniu za 2011r.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, co zdaniem Izby w myśl zasady pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonej w art. 9 ust.1, w sytuacji kiedy Zamawiający wdaje się w spór z Odwołującym, jest działaniem niezasługującym na aprobatę. Profesjonalizm obowiązujący w postępowaniu o zamówienie publiczne wymaga aby Zamawiający odpowiadając na zarzuty przedstawił swoje stanowisko na piśmie doręczając je Odwołującemu, gdyż może to doprowadzić do np., cofnięcia odwołania i tym samym przyspieszenia postępowania.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania przywołał chronologię zdarzeń, które jego zdaniem zadecydowały o zmianie decyzji o wyborze oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej jak również w następnej kolejności o wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu złożonej oferty za odrzuconą.

W tym zakresie złożył umowę na zimowe utrzymanie dróg, zawartą z firmą Max-Bud z 17 czerwca 2010 r. Zgodnie z tą umową firma Max-Bud podjęła się samodzielnie wykonać zadanie określone w § 1. Tym samym Zamawiający był przekonany że firma Max-Bud będzie wykonywała zamówienie samodzielnie, co wynikało wprost z § 9 umowy. Biorąc pod uwagę te zapisy umowy Zamawiający wywodził, że otrzymane z realizacji tej umowy referencje przez firmę Enigma są niezasadne gdyż nie była ona wg. umowy w jakikolwiek sposób zaangażowana w realizację zadania. Zamawiający był cały czas przekonany, że umowę wykonuje firma Max Bud. Ponadto podniósł, że ze sprawozdań finansowych spółki Enigma nie wynikało aby z tytułu rzekomej realizacji umowy dla Zamawiającego, jako podwykonawca firmy MaxBud, wpływały w 2010 roku na jej konto jakiegokolwiek środków finansowe. Dopiero ze złożonej oferty przez wykonawcę Enigma wynikało, że roboty wykonywane dla Zamawiającego z tytułu realizacji umowy z 17 czerwca 2010 r wykonywała nie firma MAX BUD lecz spółka Enigma..

W kontekście kolejnych zdarzeń, Zamawiający wskazał iż otrzymał pismo nadzorca sądowego będącej w upadłości spółki MaxBud z dnia 17 sierpnia 2011 r., w którym to nadzorca stwierdził iż czynności prawne i faktyczne dokonane przez Maxbud w tym

str. 5

zakresie, są czynnościami przekraczającymi zakres zwykłego zarządu upadłą spółką. Dalsza analiza zebranych materiałów takich jak np. sprawozdanie finansowe, przesłane faktury których większość zostały złożone po dacie składania ofert skłoniły Zamawiającego, do zawiadomienia Prokuratury o możliwości popełnienia przestępstwa przez spółkę ENIGMA GROUP. Pismem z dnia 23 sierpnia 2011 roku Prokuratura zawiadomiła Zamawiającego o wszczęciu postępowania w sprawie.

Przystępujący poparli stanowisko Zamawiającego wskazując, że występują uzasadnione wątpliwości iż wbrew treści referencji spółka ENIGMA GROUP nie była podwykonawcą

robót wykonując za spółkę Max Bud zadania z umowy z zamawiającym z 17 czerwca 2010 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestników, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje;

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienia odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Również przystępujący których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze mają interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, a więc strony do której przystąpił.

Na wstępie Izba wskazuje, że dla dokonania oceny całości materiału sprawy, powyższy stan faktyczny postępowania, winien być uzupełniony o stan faktyczny poprzednio rozpoznawanej przez KIO sprawy o sygn. KIO 1689/11, ustalony w orzeczeniu z dnia 22 sierpnia 2011 r. W dniu 1 czerwca 2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego została podana informacja, że oferta Odwołującego w zadaniach nr 4 i 6 w ramach Części III oraz nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6 w ramach Części IV postępowania została uznana za najkorzystniejszą. Następnie w dniu 28 lipca 2011 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu „Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 czerwca 2011 r. nr ZDW/PW/2011/4052/DI3BJ”; i unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego, w zadaniach, w których wcześniej została uznana za najkorzystniejszą. W wyroku Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a jedynie w zaskarżonej czynności stwierdził, że zachodzą poważne wątpliwości czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż „zachodzi uzasadnione podejrzenie, że wykonawca ENIGMA GROUP sp. z o. o. w celu

str. 6

wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zimowym utrzymaniu dróg mógł podać nieprawdę mogącą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. Nadto Zamawiający stwierdził, że dalsze prowadzi postępowanie wyjaśniające w tej sprawie.

Prowadzone postępowanie wyjaśniające spowodowało, że Zamawiający dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej przesłanej wykonawcom w dniu 6 września 2011 r. stwierdził że wykluczył z postępowania wykonawcę ENIGMA GROUP sp. z o. o. gdyż cyt. „ENIGMA GROUP Sp. z o.o. ul. Chodenicka 39, 32-700 Bochnia - złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, przez co nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie zimowego utrzymania dróg - podstawa prawna 24 ust.3 i ust.4 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wymagał spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia tj. posiadania wiedzy i doświadczenia - wykonawcy spełniają warunek jeżeli wykażą że zrealizowali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: wykonywał bądź wykonuje usługi zimowego utrzymania dróg na łącznej długości co najmniej 15 km na drogach krajowych, wojewódzkich lub powiatowych.

Złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą referencje z dnia 20.04.2011 r. wystawione przez Firmę Produkcyjno-Handlowo-Usługową „MAX-BUD” Jacek Lichy Spółka Jawna w upadłości układowej ul. Chodenicka 39, 32-700 Bochnia w świetle posiadanych przez Zamawiającego informacji są nieprawdziwe i mają wpływ na wynik postępowania. Z informacji przedstawionych przez Pana Sławomira Dzierwę Nadzorcę Sądowego Firmy Produkcyjno-Handlowo-Usługowej „MAX-BUD” Jacek Lichy Spółka Jawna w upadłości układowej wynika bowiem, że nie wiedział on o zawartych rzekomo umowach: podwykonawczej i najmu sprzętu, że takie umowy wymagały jego zgody pod rygorem nieważności. Ponadto Nadzorca Sądowy poinformował, że według oświadczenia Firmy Produkcyjno-Handlowo-Usługowej „MAX-BUD” Jacek Lichy Spółka Jawna w upadłości układowej, firma ta nie składała żadnych deklaracji dotyczących najmu sprzętu. Powyższe wskazuje, że złożone referencje są

niewiarygodne.

Podkreślić w tym miejscu należy, że Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugową „MAX-BUD” Jacek Lichy Spółka Jawna w upadłości układowej wykonując umowę nr RDWT/U-43/2010 zawartą w dniu 17.06.2010 r. na „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego”- Część IV Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów zadanie 1 droga wojewódzka 768 Szczurowa-Brzesko” nie zgłaszała, żadnego wykonawcy do czego była zobligowana w SIWZ. Także wydruki GPS-ów wskazują że do wykonania zamówienia używano sprzętu Firmy Produkcyjno-Handlowo-Uslugowej „MAX-BUD” Jacek Lichy. Również ze sprawozdania finansowego ENIGMA GROUP Sp. z o.o.

str. 7

wynika, że na dzień 31.12.2010 r. nie miała ona środków trwałych używanych na podstawie umów najmu, dzierżawy i innych umów w tym z tytułu umów leasingu.

Wszystkie powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że Wykonawca ENIGMA GROUP Sp. z o.o. podał nieprawdziwe informacje (nierzetelne) mające wpływ na wynik postępowania i dlatego zamawiający złożył zawiadomienie o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 297 par. 1 Kodeksu Karnego. Wszczęto śledztwo w tej sprawie. W konsekwencji należy uznać, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 3 i ust. 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Ofertą wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą - podstawa prawna art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp”.

Na wstępie rozważań w przedmiotowej sprawie Izba stwierdza, że Odwołujący w odwołaniu wskazał jako zasadniczą podstawę odwołania, zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp. czyli uznania przez Zamawiającego, że złożył on w sprawie nieprawdziwe informacje.

Zgodnie z przepisami § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), dokumentem potwierdzającym zakres czy rodzaj prac przywoływanych w celu wykazania spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia, jest wykaz robót budowlanych, dostaw lub usług. Wykaz tego typu, jest dokumentem wytwarzanym przez samego wykonawcę, będącym oświadczeniem własnym wykonawcy, w którym prawdziwość podawanych danych sankcjonowana jest dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W tym wykazie podane zostają dane na temat rodzaju i zakresu doświadczenia pozwalające zakwalifikować je jako odpowiadające opisowi warunku.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania zamawiający musi zbadać czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki: po pierwsze – stwierdzić fakt złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, że te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji może dotyczyć zarówno informacji, których „autorem” jest sam wykonawca, jak i informacji pochodzących od innych podmiotów, które wykonawca przedkłada w postępowaniu jako prawdziwe. Nieprawdziwość informacji, z jaką ustawa wiąże skutek negatywny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania musi dotyczyć stanu faktycznego, a nie prawnego okoliczności, których informacje dotyczą.

str. 8

Przenosząc powyższe rozważania i ustalenia na grunt przedmiotowej sprawy, Izba stwierdza, że Zamawiający jako dowód wskazujący na złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji w przedłożonej referencji wskazał między innymi na następujące fakty:

- w umowie z dnia 17 czerwca 2010 r zawartej pomiędzy Zamawiającym a firmą MAX BUD nie wykazano podwykonawcy, którym według referencji miała być spółka Enigma,*
- o umowie podwykonawczej nie został poinformowany nadzorca sądowy spółki MAX BUD który takie działanie upadłego uznał za czynność przekraczającą czynności zwykłego zarządu,*

- Prokuratura poinformowana o możliwości popełnienia przestępstwa przez Odwołującego, znalazła podstawy do wszczęcia śledztwa w tym zakresie, co zdaniem Zamawiającego wskazuje na zasadność zawiadomienia i wskazanych zarzutów,
- prezes spółki Enigma Grup- Jacek Lichy złożył niezgodne z prawdą oświadczenie, że firma Enigma była podwykonawcą przy realizacji umowy z dnia 17 czerwca 2010 r.
- brak jest odzwierciedlenia w sprawozdaniach finansowych spółki za 2010 roku, iż umowa podwykonawcza była wykonywana.

Odnosząc się do powyższego, Zamawiający stwierdził, *„że nie może powierzyć tak ważnego zadania podmiotowi, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Zamówienie jest zawierane na okres trzech lat, jest o dużej wartości i nie można go powierzyć wykonawcy przez którego był oszukiwany przy realizacji wymienionej już wcześniej umowy. Obie firmy zarówno ENIGMA GRUP jak i Max Bud są powiązane ze sobą kapitałowo i personalnie i dlatego uważa, że obie złożyły nieprawdziwe informacje”*.

Odwołujący odnosząc się do stanowiska Zamawiającego stwierdził, że na okoliczność wykonywania jako podwykonawca firmy Max Bud umowy dla Zamawiającego, przedłożył Zamawiającemu szereg dokumentów w postaci, np. umowy podwykonawczej, umowy wynajmu sprzętu, szeregu faktur, kopii przelewów bankowych oraz przesłanych Zamawiającemu szeregu informacji i wyjaśnień, a Zamawiający ani razu nie ustosunkował się do tych dokumentów.

Stuchany w charakterze strony Jacek Lichy współwłaściciel obu firm i zarządzający firmą MAX BUD jednoznacznie oświadczył, że spółka Enigma była podwykonawcą spółki MAX BUD w zakresie zimowego utrzymania dróg na podstawie umowy z 17 czerwca 2010 roku i tym samym wystawione dla niej referencje są w 100 % prawdziwe. Taka decyzja firmy MAX BUD jego zdaniem była zasadna i konieczna, gdyż firma ta z dniem 29 lipca 2010 roku została postawiona w stan upadłości i nie mogłaby wykonać usług wynikających z zawartej jeszcze przed ogłoszeniem upadłości umowy. Ponadto podniósł, że wcześniej wielokrotnie były świadczone przez jego firmę usługi dla Zamawiającego jako podwykonawca, bez formalnego informowania o tym Zamawiającego i nigdy nie było z tym problemów. Ponadto

str. 9

wskazał, że firma Maxbud nie otrzymała żadnego pisemnego upomnienia dotyczącego jakości wykonywania tej usługi, które to w rzeczywistości wykonywała firma ENIGMA GRUP, tym samym należy uznać, że usługa została wykonana prawidłowo.

Przechodząc na grunt oceny podniesionych zarzutów odwołania, oraz decyzji Zamawiającego w sprawie, Izba stwierdza, że Zamawiający nie wykazał za pomocą jakiegokolwiek dowodu, że złożone przez Odwołującego dokumenty nie wykazują spełniania warunków udziału w postępowaniu, a złożone referencje złożone w postępowaniu nie polegają na prawdzie. W tej sytuacji to Zamawiający powinien wykazać fakty pozytywne, które stanowią podstawę jego decyzji o wykluczeniu wykonawcy, tj. okoliczności tworzące podstawę do takiej decyzji. W tym miejscu należy stwierdzić, że celem postępowania przed Izbą nie jest prowadzenie postępowania dowodowego, mającego na celu ustalenie i wykazanie dowodów na potwierdzenie stanowisk prezentowanych przez strony postępowania. Rolą Izby jest ocena i rozstrzygnięcie o zasadności stawianych zarzutów w kontekście dowodów prezentowanych przez obie strony. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one oraz uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Izba wskazuje, że katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest katalogiem zamkniętym i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wskazany na rozprawie, jako powód wykluczenia Odwołującego z postępowania, brak dawania przez niego rękojmi należytego wykonania umowy, jest przesłanką nie znana prawu zamówień publicznych. Naddo Zamawiający stwierdził, że *„w świetle posiadanych przez niego informacji, przedłożone referencje są nieprawdziwe i mają wpływ na wynik postępowania”*, takie stanowisko nie znajduje oparcia w przedstawionym przez Zamawiającego materiale dowodowym. Całość argumentacji Zamawiającego opiera się na przypuszczeniach, że Odwołujący nie wykonywał robót objętych referencją i tym samym nie ma wymaganego doświadczenia i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Naddo z samych zwrotów Zamawiającego używanych w jego pismach i oświadczeniach

wynika, że prezentowane przez niego stanowisko zawierało szereg podejrzeń i przypuszczeń, a nie konkretnych dowodów, jako przykład można wskazać stanowisko, iż cyt. „zachodzi uzasadnione podejrzenie, że wykonawca ENIGMA GROUP sp. z o. o. w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zimowym utrzymaniu dróg **mógł podać nieprawdę** mogącą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. Wskazuje ono na przypuszczenia Zamawiającego, natomiast brak jest wykazania dowodu potwierdzającego, że fakt taki miał miejsce.

str. 10

Izba wskazuje, że podnoszone zarzuty Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego jak np. fakt powiązania kapitałowego i osobowego obu spółek, wszczęcia śledztwa przez prokuraturę, braku zgody nadzorca sądowego nad upadłą spółką MAX BUD na zawarcie umowy podwykonawstwa czy wynajęcie sprzętu, w żaden bezpośredni sposób nie udowadniają, że stanowisko Zamawiającego jest zasadne, gdyż niema oparcia w dowodach przedstawionych przez Zamawiającego.

Prezentowaną argumentację Zamawiającego, Izba uznała za niejasną i nie potwierdzającą założeń przez Zamawiającego tez dowodowych zmierzających do wykazania, iż usług wykazywanych z wykonaniem w/w umowy z dnia 17 czerwca 2010 roku Odwołujący nie wykonywał. O nabyciu doświadczenia decyduje fakt wykonania danej roboty czy usługi, natomiast to czy była ona wykonywana za zgodą i wiedzą zamawiającego jest sprawą drugorzędną, chociaż jak w tym przypadku takie zachowanie się obu spółek należy ocenić za naganne. Należy zaznaczyć, że Izba **nie stwierdza**, że Odwołujący w świetle całości sytuacji zaistniałych na etapie składania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, złożył oświadczenia zgodne z prawdą, ale stwierdza, że Zamawiający tej niezgodności nie udowodnił, a to na nim w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa ciężar udowodnienia słuszności podjętej decyzji.

Należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2a ustawy pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i braku podstaw do wykluczenia z powodu nie spełniania warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Należy podkreślić, że w przedmiotowej sprawie dokonując pierwszej oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający wybrał do realizacji znacznej części zadań przedmiotu zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego, a tym samym uznał iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto zauważyć należy, że na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego stwierdził, że „Zamawiający miał świadomość, iż przy realizacji umowy z dnia 17 czerwca 2010 roku współpracuje z Maxbudem i wykonawcom jest firma Maxbud, a w dniu 20 kwietnia 2011 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich dowiaduje się z oferty Odwołującego, iż zadania nie realizował wybrany wykonawca lecz podwykonawca Enigma Grup”.

Łącząc powyższą wypowiedź z pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, oraz stanowiskiem obecnie prezentowanym należy wskazać, że obecne stanowisko Zamawiającego jest niezrozumiałe, gdyż pomimo tego, że Zamawiający już po otwarciu ofert wiedział, że zadania z umowy z dnia 17 czerwca 2010

str. 11

roku realizował podwykonawca Enigma Grup i z tego tytułu otrzymał przedłożone referencje z 20 kwietnia 2011 r., to jednak wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w postępowaniu. Dopiero dalsze informacje, sugerujące nieprawidłowości ze strony Odwołującego, otrzymane od wykonawców których oferty nie zostały wybrane do realizacji zamówienia, w sposób radykalny zmieniły podejście Zamawiającego do oferty Enigma Grup. Należy wskazać, że Zamawiający zdaje się nie dostrzegać zasadniczej kwestii iż w sprawie mamy do czynienia z dwoma odrębnymi podmiotami gospodarczymi spółką z ograniczoną odpowiedzialnością i spółką jawna. To MAX BUD spółka jawna miał podpisaną umowę z Zamawiającym, a Enigma Grup spółka z o.o. świadczyła tylko usługę podwykonawstwa dla MAX BUD-u. Brak jest wykazania i udowodnienia faktów przemawiających za nie

wykonywaniem tych robót i tym samym braku możliwości uzyskania z tego tytułu referencji przez Odwołującego.

Dlatego też Izba wskazuje, że złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości.

Takie stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), gdzie sąd wskazał, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp wymaga ustalenia **w sposób nie budzący wątpliwości**, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił iż Odwołujący nie wykonywał robót wyżej opisanych, a nadto nie kwestionował prawidłowości ich wykonania. Zamawiający nie może zmieniać decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z tego powodu, że inni wykonawcy poinformowali go o nieprawidłowościach dot. obu spółek Odwołującego, przy realizacji dla Zamawiającego poprzedniej umowy. Powodem nie może być sam donos, ale tylko niebudzący wątpliwości fakt, ustalony w wyniku rzetelnej weryfikacji otrzymanych informacji. Dlatego też istnieje po stronie Zamawiającego konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności zarzucanych Odwołującemu, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp.

Fakt złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Zamawiający winien wykazać za pomocą dowodu wskazującego na zaistnienie zarzucanych wykonawcy zachowań, w sposób pewny w konkretnie stwierdzonych okolicznościach. Izba stwierdza, że na obecnym etapie sprawy, Zamawiający takiego dowodu nie przedstawił, czego jednak nie można wykluczyć w przyszłości.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy,

str. 12

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 pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia Izby Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i ponownego badania i ocenę ofert.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej, t.j. w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia żadnemu z wykonawców, gdyż nie została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym brak jest podstaw aby uznać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, tym samym zarzut naruszenia tego przepisu podniesiony przez Odwołującego jest niezasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1 i 2 ppkt. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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

str. 13