

Sygn. akt: KIO 268/13
Sygn. akt: KIO 270/13

WYROK
z dnia 11 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw

**Członkowie: Bogdan Artymowicz
Barbara Bettman**

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 20 lutego, 27 lutego i 6 marca 2013 r. w Warszawie
odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 7 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia **Konsorcjum: Planeta Sp. z o.o., A..... W..... prowadzący
działalność gospodarczą pod firmą Wardex A..... W....., PPUH
Podkowa Sp.j. B....., P....., 03-289 Warszawa, ul. Zdziarska 21**
- B. w dniu 7 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia **Konsorcjum: POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z
o.o., R..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
"RAKARNIA" Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Poprodukcyjnych R.....
R....., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 7**

1

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:
POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., R..... R.....
prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "RAKARNIA" Skup Zwierząt
Padłych oraz Odpadów Poprodukcyjnych R..... R....., 01-934
Warszawa, ul. Arkuszowa 7** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania
odwoławczego o sygn. akt: KIO 268/13 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:
SITA Polska Sp. z o.o., Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo-Akcyjna, 02-981
Warszawa, ul. Zawodzie 5** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania
odwoławczego o sygn. akt: KIO 268/13 oraz KIO 270/13 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:
Planeta Sp. z o.o., A..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod
firmą Wardex A..... W....., PPUH Podkowa Sp.j. B....., P.....,
03-289 Warszawa, ul. Zdziarska 21** zgłaszających swoje przystąpienie do
postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 270/13 po stronie zamawiającego.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję
Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25**

orzeka:

A w sprawie o sygn. akt KIO 268/13:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty
najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:
SITA Polska Sp. z o.o., Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo-Akcyjna, 02-981**

Warszawa, ul. Zawodzie 5 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Skarb Państwa - Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Planeta Sp. z o.o., A..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wardex A..... W....., PPUH Podkowa Sp.j. B....., P....., 03-289 Warszawa, ul. Zdziarska 21** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **zamawiającego Skarb Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25**, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Planeta Sp. z o.o., A..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wardex A..... W....., PPUH Podkowa Sp.j. B..... P....., 03-289 Warszawa, ul. Zdziarska 21** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

B. w sprawie o sygn. akt KIO 270/13:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., R..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "RAKARNIA" Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Poprodukcyjnych R..... R....., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 7**, ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Konsorcjum: POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., R..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "RAKARNIA" Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Poprodukcyjnych R..... R....., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 7,

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Skarb Państwa - Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., R..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "RAKARNIA" Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Poprodukcyjnych R..... R....., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 7**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **zamawiającego Skarb Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25**, na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., R..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "RAKARNIA" Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Poprodukcyjnych**

R..... R....., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 7, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

4

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Warszawie – Warszawa Praga**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

5

Sygn. akt KIO 268/13

Sygn. akt KIO 270/13

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2, na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi Nr 2 i drogą Nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą Nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2012 ÷ 2018.”

Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 czerwca 2012 r. pod numerem 2012/S 121-200905.

Sygn. akt KIO 268/13

W dniu 7 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum, w skład którego wchodzi: Planeta Sp. z o.o., ul. Zdziarska 21, 03-289 Warszawa (lider), A..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wardex A..... W....., Słupno, ul. St. śeromskiego 54A, 05-250 Radzymin, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Podkowa” sp. j. B..... P....., ul. Srebrna 3/7, 00-810 Warszawa (dalej „Odwołujący Konsorcjum Planeta”).

Odwołujący Konsorcjum Planeta wskazywał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum - Sita Polska sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa (Lider

6

Konsorcjum), Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna, ul. Marywilska 38/40, 03-228 Warszawa (Partner Konsorcjum) (dalej „Konsorcjum Sita”), pomimo, że Wykonawca ten złożył w ofercie i w uzupełnieniach nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,

a ponadto nie potwierdził warunków udziału w postępowaniu, jak również - oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Gdyby Zamawiający podjął niezbędne czynności w zakresie wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty a względnie - wyjaśnienia lub próby uzupełnienia dokumentów - nie doszłoby do wyboru tego Wykonawcy i wybrana zostałaby oferta Odwołującego Konsorcjum Planeta. Odnośnie kwestionowania zaniechania wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm „Pol - Dróg Warszawa sp. z o.o., ul. Arkuszowa 7, 01-934 Warszawa (Lider Konsorcjum), Pol - Dróg Piła sp. z o.o., ul. Wawelska 106, 64-920 Piła (Partner Konsorcjum) Rakarnia Skup Zwierząt Padłych i Odpadów Poprodukcyjnych R..... R..... (Partner Konsorcjum) (dalej "Konsorcjum Pol - Dróg") - interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej przejawia się, jak poniżej. Należy podnieść, że zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej wymaga, aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednocześnie wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednocześnie korzystanie ze środków ochrony prawnej. Ponadto istotne jest, że zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, co raz to nowe powody i wady tej samej oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny jeden termin na odwołanie od czynności czy zaniechań zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty (w jej pierwotnym kształcie), liczony od przesłania powiadomienia o pierwszej ocenie ofert." (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej 2011-04-27, KIO 792/11).

Biorąc więc pod uwagę potencjalne zaskarżenie wyboru Zamawiającego oraz dyrektywy wynikające z zasady koncentracji środków prawnych należy dojść do wniosku, że Odwołujący Konsorcjum Planeta posiada interes we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie.

Odwołujący Konsorcjum Planeta zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

7

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sita z postępowania:

- pomimo zawarcia w dokumencie - wykazie wiedzy i doświadczenia - w poz. 4, 5 informacji nieprawdziwych, całkowicie sprzecznych z zasadami wiedzy technicznej i doświadczenia życiowego,
- pomimo nieprawdziwych informacji dotyczących prac wykonanych w ramach pozycji 2 Wykazu wiedzy i doświadczenia, dotyczących utrzymania oznakowania pionowego i poziomego na kwotę 17 668, 86 zł (poz. 2 Wykazu 3.1), oraz kwotę 80 444, 95 zł (poz. 3 Wykazu 3.1), pomimo, że takie roboty w ogóle nie były wykonywane,
- pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w wyjaśnieniach dla Zamawiającego, dotyczących robót w zakresie poboczy dróg i ogrodzeń drogowych,
- pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w wyjaśnieniach dla Zamawiającego, mających przekonać Zamawiającego, jakoby wszystkie roboty wykonywane przez Wykonawcę - dotyczyły dróg klasy G,
- pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w dokumentach - w poz. 6 załącznika nr 3.2 - wykazu wiedzy i doświadczenia oraz w referencjach dla WZRT Północ sp. z o.o. wystawionych przez M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Elsystem Instalacje elektryczne K..... M.....,
- pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w dokumencie - potencjał kadrowy, osoby zdolne do wykonywania zamówienia - dotyczących p. A..... M..... K..... i pełnieniu przez niego funkcji kierownika robót/kierownika budowy w realizacji umów na terenie GDDKiA o/Warszawa Rejon Boża Wola,

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, a względnie wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów

Konsorcjum Sita, pomimo, że Wykonawca ten nie potwierdził warunków udziału w postępowaniu:

- warunku wiedzy i doświadczenia - Wykonawca Konsorcjum Sita złożył wykaz wiedzy i doświadczenia (załącznik nr 3.1 do oferty) oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień w pozycjach 2, 3, 4 i 5 Wykaz (załącznika nr 3.1), pomimo, że roboty te nie stanowiły robót utrzymania dróg min. klasy G, ale mostów i obiektów mostowych,
- Wykonawca Konsorcjum Sita złożył w wykazie wiedzy i doświadczenia (załącznik nr

8

3.1 do oferty) - w poz. 4, 5 informacje nieprawdziwe, całkowicie sprzeczne z zasadami wiedzy technicznej i doświadczenia życiowego,

- Wykonawca Konsorcjum Sita nie potwierdził warunku udziału dotyczącego dysponowania osobą - kierownikiem robót).
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sita, pomimo, że jej złożenie wraz z dokumentem (referencjami M..... K..... Elsystem Instalacje elektryczne) potwierdzającymi nieprawdę - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niepełną ocenę sytuacji i niepełne wykluczenie Wykonawcy - Konsorcjum Pol - Dróg, gdyż nie wzięto pod uwagę wszystkich nieprawdziwych elementów w dokumentach złożonych w ofercie tego wykonawcy,
- ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwolujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty - Konsorcjum Sita oraz wykluczenie wykonawcy - Konsorcjum Pol - Dróg z powodów wskazanych w uzasadnieniu.

Odwolujący wskazywał, że Zamawiający prowadzi postępowanie którego przedmiotem jest „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2, na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi Nr 2 i drogą Nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą Nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2012 +2018.” W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym Odwołujący Konsorcjum Planeta, Konsorcjum Sita i Konsorcjum Pol - Dróg. Zamawiający - po przeprowadzeniu wyjaśnień i uzupełnień m.in. w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców - w dniu 28 stycznia 2013 r. zawiadomił o wyniku postępowania - tj. o wyborze oferty Konsorcjum Sita oraz o wykluczeniu wykonawcy - Konsorcjum Pol - Dróg.

Przedstawiając szczegółowe uzasadnienie zarzutów, Odwołujący Konsorcjum Planeta podnosił, co następuje.

9

I. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Sita, a względnie wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonych dokumentów - wykazu wiedzy i doświadczenia (załącznika nr 3.1 do oferty) oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień w pozycjach 2, 3, 4 i 5 Wykaz (załącznika nr 3.1), pomimo, że roboty te nie stanowiły robót utrzymania dróg min. klasy G, ale mostów i obiektów mostowych.

Zamawiający w pkt 7.2.2 a) SIWZ postawił następujący warunek w postępowaniu : „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- robót z zakresu utrzymania dróg klasy min. G w zakres których wchodziły: roboty odwodnieniowe, remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych, naprawa/uzupełnienie ogrodzeń drogowych za łączną kwotę minimum 10 000 000,00 zł brutto,
- robót z zakresu utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń brd w tym

naprawy powypadkowe na drogach klasy min. G za łączną kwotę minimum 5 000 000,00 zł brutto,

- robót z zakresu utrzymania nawierzchni - remontów cząstkowych na drogach klasy min. G za łączną kwotę minimum 100 000,00 zł brutto".

Wykonawca - Konsorcjum Sita - w poz. 2 załącznika nr 3.1 do oferty wykazał roboty na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie, które były robotami z zakresu utrzymania mostów i obiektów mostowych - na łączną kwotę 16 221 900, 69 zł.

Wykonawca - Konsorcjum Sita - w poz. 3 załącznika nr 3.1 do oferty wykazał roboty na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie, które były robotami z zakresu utrzymania mostów i obiektów mostowych - na łączną kwotę 21 297 537, 81 zł.

Wykonawca - Konsorcjum Sita - w poz. 4 załącznika nr 3.1 wykazał roboty na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie, które były robotami z zakresu utrzymania mostów i obiektów mostowych - na łączną kwotę 19 130 042, 38 zł.

Wykonawca - Konsorcjum Sita - w poz. 5 załącznika nr 3.1 wykazał roboty na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie, które były robotami z zakresu utrzymania mostów i obiektów mostowych - na łączną kwotę 1 759 568, 35 zł.

10

Odwołujący Konsorcjum Planeta podkreślał, że roboty te nie były robotami żądanymi przez Zamawiającego w SIWZ. Zakładając racjonalność działania Zamawiającego i zgodność jego działania z przepisami prawa - zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp - stawia on warunki udziału w postępowaniu związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia na utrzymanie dróg - autostrad - a więc ciągów drogowych o długości kilkudziesięciu kilometrów - a nie „kilkuśet mostów i obiektów inżynierskich”. Podkreślenia wymaga, że roboty mostowe - nie mogą w żaden sposób być porównywalne z robotami drogowymi. W ramach wykonywania utrzymania mostów do obowiązków Wykonawcy należy wykonywanie zupełnie innych czynności niż przy utrzymaniu dróg tj. np. :

- utrzymanie przestrzeni pomostowej oraz podpór,

- utrzymanie przęseł (inne dla mostów stalowych a inne dla mostów betonowych),

Utrzymanie nawierzchni - jest specyficzną czynnością dla mostów i wiaduktów, w ramach której wykonywane są kompleksowo czynności:

- analizy nawierzchni mostów i elementów wyposażenia mostów oraz warunków utrzymania,

- roboty związane z hydroizolacją mostów (nie mające nic wspólnego z utrzymaniem dróg) - drenaż z geowłókniny, naprawy miejscowe izolacji z zastosowaniem tkanin technicznych, naprawy miejscowe izolacji na powierzchniach betonowych z zastosowaniem papy zgrzewalnej, naprawy miejscowe izolacji z zastosowaniem izolacji bitumicznej „na zimno” „na gorąco” asfaltowo - polimerowej, natryskowej.

- roboty związane z wymianą wyposażenia mostów - wymiana gzymsów, naprawa balustrad, poręczy stalowych, utrzymanie elementów architektonicznych (np. wieżyc),

Czynności, które mogą być zbliżone do utrzymania dróg - stanowią minimalny, niewielki element w danej robocie polegającej na utrzymaniu mostu lub wiaduktu (naprawy miejscowe nawierzchni jezdni bitumicznych, z asfaltu lanego) - niemniej jednak - Wykonawca Konsorcjum Sita - powinien był wykazać prawdziwe wartości, a nie wprowadzać w błąd Zamawiającego wskazując nieprawdziwe dane.

Podkreślenia wymaga również, że roboty w zakresie utrzymania mostów są tak różne od utrzymania dróg, że zamawiający stawiają w SIWZ w zakresie jednych i drugich robót - zupełnie inne wymagania odnośnie wiedzy i doświadczenia wykonawców - przykładowo - aby wziąć udział w postępowaniu, którego przedmiotem było „wykonanie robót i czynności

11

utrzymeniowych na obiektach inżynierskich w Warszawie w roku 2011" -Wykonawca musiał wykazać, że (w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert) :

- *wykonał lub wykonuje naprawy ubytków konstrukcji obiektów inżynierskich, w tym: płyty nośnej, dźwigarów głównych i podpór,*

- wykonywał lub wykonuje naprawy elementów wyposażenia, w tym: łóżysk, urządzeń dylatacyjnych, izolacji, barier energochłonnych, balustrad i urządzeń odwadniających

o łącznej wartości min. 10.000.000, 00 zł brutto,

Należy zadać pytanie - dlaczego Zamawiający nic nie napisał o nawierzchniach drogowych? Z uwagi na to, że roboty w tym zakresie mają marginalne znaczenie.

Reasumując - roboty w zakresie utrzymania mostów (i wiaduktów) - nie dają wykonawcy doświadczenia porównywalnego z doświadczeniem w utrzymaniu dróg (czyli wielokilometrowych ciągów jezdni).

Wykonawca Konsorcjum Sita bezpodstawnie powołał się na doświadczenie w zakresie utrzymania mostów i wiaduktów oraz w konsekwencji złożył w wyjaśnieniach nieprawdziwe informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

II. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Sita, a względnie wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonych dokumentów - wykazu wiedzy i doświadczenia, pomimo zawarcia w dokumencie - wykazie wiedzy i doświadczenia - w poz. 4, 5 informacji nieprawdziwych, całkowicie sprzecznych z zasadami wiedzy technicznej i doświadczenia życiowego:

Podkreślenia wymaga, że Wykonawca - Konsorcjum Sita - mając świadomość, że wykazywane przez niego w poz. 2, 3, 4 i 5 Wykazu robót (załącznik nr 3.1) roboty nie mają nic wspólnego z utrzymaniem dróg - używał w dokumentach informacji mających w konsekwencji wprowadzić w błąd Zamawiającego, a Zamawiający - pomimo że jest jednostką specjalistyczną, mającą fachową wiedzę na temat poszczególnych elementów robót - nie wyjaśnił kwestii, które powinny powodować jego wątpliwości.

Należy wskazać na poz. 4 - gdzie wykonawca - w sposób bardzo ogólny określał „Wykonanie robót utrzymaniowych odcinka Alej Jerozolimskich (droga klasy G) w zakres których wchodziły :

- „remont/wykonanie chodników
- 5.965.892, 32 zł”
- „remont częściowy nawierzchni
- 12.163.144, 34 zł”

12

Tymczasem - po pierwsze - były to roboty utrzymaniowe Mostu Poniatowskiego (a nie roboty utrzymaniowe na drodze klasy min. G) - po drugie - zarówno „remont/ wykonanie chodników - nie mogły dotyczyć kwoty 5.965.892, 32 zł jak i „remonty częściowe nawierzchni” nie mogły dotyczyć kwoty 12.163.144, 34 zł, ale kwoty wielokrotnie mniejszej.

Dla przykładu - należy wskazać, że ciąg jezdni i chodników na moście Poniatowskiego ma ok. 2 kilometry. Wymiana i remont chodników jak i „remont częściowy nawierzchni” na takiej długości - może maksymalnie wynosić kwotę wielokrotnie niższą, niż kwoty wykazywane przez Konsorcjum Sita.

Być może Wykonawca - Konsorcjum Sita - specjalnie wpisywało wartości nie obok pozycji, ale pod nimi, żeby następnie móc się tłumaczyć z „błędu” ? Zamawiający powinien był jednak to wyjaśnić.

Odnosnie pozycji 5 - Wykonawca użył pojęcia „Wymiana częściowa nawierzchni i izolacji na jezdni i chodnikach w ciągu ulic Łopuszańska - Hynka w Warszawie (klasa drogi G)”

Po pierwsze - Wykonawca również w tym przypadku - powinien zgodnie z prawdą wskazać, że był to remont wiaduktu, a po drugie - powinien wskazać, jaką wartość miała wymiana nawierzchni chodników i jezdni, a nie używać ogólnego pojęcia „wymiana częściowa nawierzchni i izolacji”.

Zamawiający zaniechał wyjaśnienia powyższego (zapewne z uwagi na to, że wartość wynikająca z przedmiotowej pozycji nie miała dla niego znaczenia).

III. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Sita, pomimo nieprawdziwych informacji dotyczących prac wykonanych w ramach pozycji 2 Wykazu wiedzy i doświadczenia, dotyczących utrzymania oznakowania pionowego i poziomego na kwotę 17 668, 86 zł, pomimo, że takie roboty w ogóle nie były wykonywane. Tak samo Konsorcjum SITA wpisało w poz. 3 Wykazu wiedzy i doświadczenia - wskazując kwotę 80 444, 95 zł odnośnie robót dotyczących oznakowania pionowego i poziomego.

Wykonawca - Konsorcjum Sita - w pozycji 2 Wykazu wiedzy i doświadczenia - załącznika nr 3.1 wykazał robotę na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie na łączną

kwotę 16 221 900, 59 zł. Abstrahując od tego, że roboty te nie dotyczyły robót utrzymania dróg, ale mostów - wykonawca ten wpisał w dokumencie, że wykonywał roboty utrzymania oznakowania pionowego i poziomego na kwotę 17 668, 86 zł.

Identyczna sytuacja występuje w pozycji 3 Wykazu wiedzy i doświadczenia - Konsorcjum Sita wykazał się zamówieniem wykonywanym na rzecz Zarządu Dróg Miejskich

13

w Warszawie na łączną kwotę 21 297 537, 81 zł. Również to zamówienie nie dotyczyło robót w zakresie utrzymania dróg, ale było specjalistycznym zamówieniem dotyczącym wyłącznie utrzymania mostów. Pomimo to - wykonawca wpisał w poz. 3, że wykonywał roboty utrzymania oznakowania pionowego i poziomego na kwotę 80 444, 95 zł.

Należy podkreślić, że informacja ta - stanowi nieprawdziwą informację, mającą wpływ na wynik postępowania - zgodnie z pismem z dnia 31.01.2013r. - Zarząd Dróg Miejskich poinformował Odwołującego, że w ramach umów dotyczących pozycji nr 2 i 3 z Wykazu wiedzy i doświadczenia nie były wykonywane prace związane z utrzymaniem oznakowania pionowego i poziomego na drogach samochodowych (w załączeniu przedkładam pismo z Zarządu Dróg Miejskich wraz z zapytaniem Wykonawcy). Oznacza to, że Wykonawca - Konsorcjum Sita - w sposób jednoznaczny, mając na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego - wpisał w Wykazie wiedzy i doświadczenia nieprawdziwą informację, mającą na celu wprowadzenie Zamawiającego i pozostałych Wykonawców w błąd. Tym samym - Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

IV. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Sita, pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w wyjaśnieniach dla Zamawiającego, dotyczących robót w zakresie poboczy dróg i ogrodzeń drogowych.

W wyjaśnieniach z dnia 19 listopada 2012r. Wykonawca Konsorcjum Sita - wskazał Zamawiającemu w pkt II a, jakoby wykazywane przez niego :

1. Wykonanie robót i czynności utrzymaniowych w ciągu dróg klasy min. G w okresie 14.03.2007r. - 30.11.2009r. obejmowało „naprawy, uzupełnianie i wymiany ogrodzeń drogowych (13.036, 26 zł), remonty poboczy dróg (21.313, 00 zł)."
2. Wykonanie robót i czynności utrzymaniowych w ciągu dróg klasy min. G w okresie 01.01.2011 - 31.12.2011 obejmowało „naprawy, uzupełnianie i wymiany ogrodzeń drogowych (12.300, 00 zł), remonty poboczy dróg 24.149, 29 zł)."

Należy podkreślić, że wykazywane roboty - nie obejmowały zarówno napraw, uzupełniania i wymiany ogrodzeń drogowych jak i remontów poboczy. Wynika to z analizy dokumentacji, jaką przeprowadził Odwołujący Konsorcjum Planeta dotyczącej wykonania przedmiotowych robót. W kosztorysie załączonym do umowy, określającym zakres robót - brak jest pozycji (nawet powiązanych) -dotyczących napraw, uzupełniania i wymiany ogrodzeń drogowych oraz remontów poboczy dróg.

Ponadto - w załączeniu Odwołujący Konsorcjum Planeta przekazywał pismo z Zarządu Dróg Miejskich z dnia 5 lutego 2013r. wraz z zapytaniem Odwołującego -

14

potwierdzające, że w ramach wykazanych przez Konsorcjum Sita robót - nie były wykonywane prace polegające na remoncie poboczy dróg oraz naprawie/uzupełnieniu ogrodzeń drogowych.

V. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Sita, pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w wyjaśnieniach dla Zamawiającego, mających przekonać Zamawiającego, jakoby wszystkie roboty wykonywane przez Wykonawcę dotyczyły dróg klasy G.

1. Wykonawca - Konsorcjum Sita - w wyjaśnieniach z dnia 19 listopada 2012r. wskazał jednoznacznie, że wykonanie robót i czynności utrzymaniowych w ciągu dróg klasy min. G w okresie 14.03.2007 - 30.11.2009 dotyczyło następujących wartości

4.991.923, 16 zł - poz. 5 Naprawy wyposażenia,

395.431, 04 zł - poz. 6 Naprawy/remonty/wykonanie jezdni i chodników,

2. Wykonawca - Konsorcjum Sita - w wyjaśnieniach z dnia 19.11.2012 r. - wskazał

jednoznacznie, że wykonanie robót i czynności utrzymaniowych w ciągu dróg klasy min. G w okresie 01.01.2011 - 31.12.2011 dotyczyły następujących wartości

8 314 345, 44 zł - poz. 6 Naprawy wyposażenia,

3 265 546, 59 zł- poz. 7 Naprawy/remonty/wykonanie jezdni i chodników.

Podkreślenia wymaga, że stanowiło to nieprawdziwą informację -umyślne wprowadzenie w błąd Zamawiającego, mającą go przekonać, jakoby wszystkie z robót dotyczyły ciągu dróg klasy G.

Tymczasem tylko niektóre z wykazanych robót dotyczyło dróg klasy G. Abstrahując od tego, że były to roboty mostowe, nie mające charakteru robót utrzymania dróg - należy podkreślić, że wartości wskazane przez Konsorcjum Sita - nie wynikały z wykonania robót na drogach klasy G.

Odwołujący dokonał analizy zakresu wykonanego zamówienia i przykładowo wskazuje na pozycje :

- wiadukt Noworzeczna - odwodnienie,
- most nad Kanałem śerańskim w ciągu ulicy Kobiałka - roboty mostowe,
- tunel w ciągu ul. Złotej - naprawa zapadniętych płyt chodnikowych w tunelu,
- tunel ul. Złota - naprawa uszkodzonych balustrad stalowych,

15

-
- kładka „Górnośląska” (przy budynku Sejmu) - odwodnienie,
 - schody przy Agrykoli od strony południowej - wykonanie schodów,
 - przepust Zwoleńska - naprawa przepustu,
 - przepust pod ul. Białolecką przy ul. Zdziarskiej (naprawa barier energochłonnych),
 - most nad kanałem śerańskim przy ul. Białoleckiej (naprawa odwodnień),
 - kładka Górnośląska - naprawa konstrukcji kładki.

Roboty te nie są robotami w ciągu dróg klasy G, a pomimo to Konsorcjum Sita wykazało je jako roboty w ciągu dróg klasy G.

VI. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Sita, pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w dokumentach w poz. 6 załącznika nr 3.2 - wykazu wiedzy i doświadczenia oraz w referencjach dla WZRT Północ sp. z o.o. wystawionych przez M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Elsystem Instalacje elektryczne K..... M..... lub odrzucenia oferty Konsorcjum Sita na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 czerwca 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pomimo że zamieszczenie w ofercie nieprawdziwej referencji jest działaniem sprzecznym z prawem oraz z dobrymi obyczajami.

Zamawiający w pkt 7.2.2 b) SIWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu :

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu/wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- usług z zakresu utrzymania oświetlenia drogowego i sygnalizacji świetlnej oraz konserwacji przepompowni na drogach klasy min. G, za łączną kwotą prac odebranych (wykonanych należycie) minimum 1 500 000,00 zł brutto,*
- usług z zakresu utrzymania zieleni - koszenia pasów drogowych dróg klasy min. G, za łączną kwotą prac odebranych (wykonanych należycie) minimum 1 000 000,00 zł brutto,*
- usług z zakresu sprzątania pasa drogowego na drogach klasy min. G za łączną kwotą prac odebranych (wykonanych należycie) minimum 1 000 000,00 zł brutto,*
- usług z zakresu likwidacji skutków zdarzeń na drogach klasy min. G za łączną kwotą prac odebranych (wykonanych należycie) minimum 700 000,00 zł brutto,*
- usług z zakresu utrzymania czystości obiektów mostowych i przepustów na drogach klasy min. G za łączną kwotą prac odebranych (wykonanych należycie) minimum 200 000,00 zł*

16

brutto,

- usług z zakresu zimowego utrzymania dróg klasy minimum G w warunkach atmosferycznych zbliżonych do warunków panujących na Mazowszu tj. średnich na obszarze*

województwa mazowieckiego z występowaniem (w okresie 3 ostatnich lat) średnio rocznie minimum 100 dni z temperaturą poniżej 0°C i występowaniem rocznie minimum 60 dni z opadem śniegu oraz minimum 50 dni z przejściem temperatury przez izotermę 0 °C (liczba dni w roku z temperaturą minimalną poniżej 0 °C i temperaturą maksymalną powyżej 0 °C). za łączną kwotę prac odebranych (wykonanych należyście) w wysokości minimum 18 000 000,00 zł brutto, w których zawiera się, odśnieżanie i zwalczanie śliskości dróg i chodników oraz ustawienie i rozebranie zasłon przeciwnieźnych."

Wykonawca - Konsorcjum Sita wykazało się w poz. 6 Wykazu wiedzy i doświadczenia (załącznik 3.2) - usługami, które miały być wykonane przez WZRT Północ sp. z o.o., ul. Siennicka 25, 80-758 Gdańsk - na rzecz Elsystem Instalacje elektryczne K..... M.....

Wykazano następujące usługi :

1. Zaprojektowanie i rozbudowa drogi krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Jeżewo - Białystok,
2. Przebudowa i budowa oświetlenia drogowego oraz przebudowa linii elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia wraz z przyłączami i oświetleniem drogowym w ramach przebudowy drogi wojewódzkiej nr 617 relacji Przasnysz - Ciechanów na odcinku od ok. 0+0,00 do km 23+990,31,

3. Rewitalizacja Rynku Mariackiego w Węgrowie.

Należy podkreślić, że zgodnie z wiedzą Odwołującego Konsorcjum Planeta - WZRT Północ sp. z o.o. nie wykonywał żadnych czynności na usługach z pozycji 2 i 3 - na potwierdzenie powyższych okoliczności Odwołujący Konsorcjum Planeta przedstawiał w załączeniu oświadczenia:

- p. S..... S....., pełniącego funkcję kierownika robót drogowych na inwestycji - Przebudowa i budowa oświetlenia drogowego oraz przebudowa linii elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia wraz z przyłączami i oświetleniem drogowym w ramach przebudowy drogi wojewódzkiej nr 617 relacji Przasnysz-Ciechanów na odcinku od ok. 0+0,00 do km 23+990,31"

- p. W..... S....., pełniącego funkcję kierownika budowy na inwestycji - „Rewitalizacja Rynku Mariackiego w Węgrowie”.

17

Odwołujący Konsorcjum Planeta stwierdzał, iż posiada wiedzę na temat wykonywania przedmiotowych inwestycji, ponieważ był głównym wykonawcą robót. Działaniem skrajnie nieetycznym jest wykazywanie się robotami, które były wykonywane przez firmę konkurencyjną (Odwołującego Konsorcjum Planeta). W ocenie Odwołującego Konsorcjum Planeta - stanowi to czyn, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 czerwca 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy - czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W niniejszej sytuacji - działanie Konsorcjum Sita było - sprzeczne z prawem (posługiwanie się dokumentem poświadczającym nieprawdę), sprzeczne z dobrymi obyczajami (przedstawianie dokumentu poświadczającego nieprawdę z inwestycji wykonanej przez konkurencję w jednym przetargu) oraz naruszyło interes Odwołującego Konsorcjum Planeta (Konsorcjum Sita przy użyciu takiego dokumentu usiłuje uzyskać zamówienie kosztem Odwołującego Konsorcjum Planeta).

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 14.10.2009r. sygn. V CSK 102/09 - Jeżeli przedsiębiorca dochodzi na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 czerwca 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zaniechania niedozwolonych zachowań, sam sposób naruszenia dobrych obyczajów może wystarczyć do uznania, że zachowania te zagrażają interesom tego przedsiębiorcy. Należy również przytoczyć orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 9.06.2009r. sygn.. akt II CSK 44/09 - „Artykuł 3 ust 1 ZNKU może stanowić -jak wskazano wyżej -także samodzielną podstawą zakwalifikowania określonego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji i to bez względu na to, czy zachowanie to stwarza możliwość wprowadzenia klienteli w błąd, m.in. co do pochodzenia usług. Z tego też względu zasadność roszczeń powoda podlegała

ocenie przez pryzmat art. 3 ust. 1 ZNKU z uwzględnieniem jego funkcji uzupełniającej".

Tym samym - w niniejszej sytuacji - art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - powinien znaleźć zastosowanie również w przedmiotowej sytuacji.
VII. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sita, pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w dokumencie - potencjał kadrowy, osoby zdolne do wykonywania zamówienia - dotyczących p. A..... M..... K..... i pełnieniu przez niego funkcji kierownika robót/kierownika budowy w realizacji umów na terenie GDDKiA o/Warszawa Rejon Boża Wola.

18

Zamawiający żądał potwierdzenia następującego warunku dotyczącego osoby - Kierownika Robót:

"Minimum 5 letnie doświadczenie w kierowaniu lub nadzorowaniu robot z zakresu utrzymania dróg na drogach klasy min. G w których zawierały się, roboty odwodnieniowe, remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych - należy wykazać czasokres (lata) oraz na jakim zadaniu (nr i odcinki dróg) i u jakiego zamawiającego były wykonywane".

Wykonawca - Konsorcjum Sita - wskazał p. A..... M..... K..... - a odnośnie jego doświadczenia - wskazał jego doświadczenie, związane z wykonywaniem czynności - m.in. w zakresie :

- Bieżące utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Bożej Woli - 25.07.2011r. - 31.12.2012r. (poz. 1) - tymczasem - zgodnie z informacjami posiadanymi przez Odwołującego Konsorcjum Planeta - p. A..... M..... K..... nie pełnił tych funkcji w tej pozycji, a ponadto nie pełnił funkcji w pozycjach 6-8 (Rejon Boża Wola, lata 2006-2007) wskazanych przy osobie p. K..... przez Konsorcjum Sita.
- Należy podkreślić, że zgodnie z informacjami posiadanymi przez Odwołującego Konsorcjum Planeta - A..... M..... K..... nie pełnił funkcji kierownika robót/kierownika budowy w trakcie wykonywania tej usługi.
- Należy również podkreślić, że wg informacji posiadanych przez Odwołującego Konsorcjum Planeta - p. A..... M..... K..... nie pełnił również funkcji kierownika robót/kierownika budowy w zakresie :
- Bieżącego utrzymania dróg krajowych GDDKiA o/Warszawa Rejon Boża Wola zadanie nr 1, Umowa nr 233/2009 z dnia 18.11.2009 r.
- Bieżącego utrzymania dróg krajowych GDDKiA o/Warszawa, zadanie nr 1, Umowa nr 37/2008 z dnia 30.04.2008r.

VIII. Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Sita z postępowania (a względnie - wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów), pomimo że nie potwierdził on warunku udziału dotyczącego dysponowania osobą - kierownikiem robót.

Odnośnie p. A..... M..... K..... - wskazanego na stanowisko kierownika robót - podkreślić należy, że Zamawiający żądał:

"Minimum 5 letnie doświadczenie w kierowaniu lub nadzorowaniu robot z zakresu utrzymania dróg na drogach klasy min. G w których zawierały się, roboty odwodnieniowe,

19

remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych - należy wykazać czasokres (lata) oraz na jakim zadaniu (nr i odcinki dróg) i u jakiego zamawiającego były wykonywane".

Konsorcjum Sita - w poz. 1 odnośnie p. A..... M..... K..... zawarło nieprawdziwą informację, natomiast w poz. 2 - wskazało bardzo ogólnie - niezgodnie z wymaganiem Zamawiającego „Bieżące utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA oddział w Warszawie 18.11.2009 - obecnie". Nie wskazano - nr i odcinków dróg, dlatego - nie można uznać tego za potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu.mPoz. 3 - „Naprawa odwodnienia" - nie wskazano zamawiającego, Poz. 4 „Bieżące utrzymanie dróg krajowych administrowanych poz. 4 „Bieżące utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA oddział w Warszawie - nie wskazano nr i odcinków dróg. Poz. 5 - „Ścinki

poboczny..." - nie wskazano zamawiającego.

Konsorcjum Sita - nie wykazało, że p. A..... M..... K..... - spełniał wymagania postawione przez Zamawiającego.

IX. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Pol-Dróg pomimo nieprawdziwych informacji dotyczących prac wykonanych na terenie GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Wieluniu :

- 1) W wykazie usług - załączniku nr 3.2 do oferty (poz. 3 od góry) - Konsorcjum Pol - Dróg złożyło nieprawdziwą informację dotyczącą wykonania usług z zakresu utrzymania nawierzchni, utrzymania oświetlenia drogowego i sygnalizacji świetlnej oraz konserwacji przepompowni, na drogach klasy min. G - dla GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Wieluniu - pomimo, że z informacji, którą uzyskał Odwołujący od GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu wynika jednoznacznie, że nie były wykonywane usługi w zakresie oświetlenia drogowego i przepompowni z uwagi na brak urządzeń w administracji Rejonu.
- 2) W wykazie usług - załączniku nr 3.2 do oferty w poz. 22 od góry - Konsorcjum Pol - Dróg złożyło nieprawdziwą informację, dotyczącą wykonania usług z zakresu „Bieżącego utrzymania dróg i obiektów mostowych na sieci dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Wieluniu - usług z zakresu utrzymania czystości obiektów mostowych i przepustów na drogach klasy min. G" - gdzie wskazano kwotę 232.421,49 zł. Odwołujący uzyskał od GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu informację, z której wynika jednoznacznie, że usługi wykonywane w zakresie czystości obiektów mostowych i przepustów miały wartość 126 228, 89 zł.
- 3) W wykazie robót - załączniku nr 3.1 - poz. 4 - Konsorcjum Pol-Dróg złożyło

20

nieprawdziwą informację, dotyczącą wykonania utrzymania oznakowania poziomego i pionowego oraz urządzeń brd, w tym naprawy powypadkowe - o wartości 1.730.094, 78 zł. Odwołujący uzyskał od GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu informację, z której wynika jednoznacznie, że usługi te były wykonywane na kwotę - 1.378.902, 87 zł.

Zamawiający zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z ww. powodów, w wyniku czego naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przedmiotowym zakresie.

Reasumując - w niniejszej sytuacji Zamawiający powinien przeanalizować ofertę Wykonawcy Konsorcjum Sita ponownie i podjąć działania mające na celu wykluczenie tego wykonawcy i odrzucenie jego oferty. Należy podkreślić, że nieprawdziwe informacje są podstawą do wykluczenia z postępowania - niezależnie od tego, czy zostały złożone z zamiarem oszukania zamawiającego, czy bez takiego zamiaru. W tym zakresie należy wskazać na przykładowe orzeczenia KIO: Wyrok z dnia 6.04.2010r. KIO/372/10 - „Niecelowe jest badanie czy złożenie nieprawdziwych informacji wynika z winy umyślnej Przystępującego. Taka interpretacja powyższego przepisu prowadziłaby do tego, iż w większości wypadków powyższy zapis byłby co do zasady martwy. Skoro Przystępujący jako podmiot profesjonalny zdecydował się przygotować i złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu oraz podać powyższe informacje w wykazie to należy uznać, iż zostały one podane przez niego celowo.”

Wyrok z dnia 6.08.2010r. KIO/1578/10 - „Zważyć należy że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że „musi wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”

Wyrok z dnia 15.09.2011r. KIO/1881/11 - „Fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Nie będzie również miał znaczenia zamiar wykonawcy, stan jego świadomości lub stopień zawinienia. Jest to związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, muszą więc działać w zaufaniu do tych dokumentów”

Wyrok z dnia 28.02.2011r. KIO/304/11 - „Bez znaczenia pozostaje kwestia, czy Przystępujący z winy umyślnej, czy też nieumyślnej, na skutek jakiegoś zaniedbania, dopuścił się przedłożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji. Art. 24 ust 2 pkt 3

winy."

Abstrahując od powyższego - w ocenie Odwołującego Konsorcjum Planeta zarówno Konsorcjum Sita jak i Konsorcjum Pol - Dróg działało w celu wprowadzenia Zamawiającego i innych Wykonawców w błąd - składając takie informacje w Wykazie robót i Wykazie usług. Podkreślenia wymaga, że Wykonawca Konsorcjum Sita - jest specjalistą w innej branży i wykorzystując swoje doświadczenie z niej - wielokrotnie wprowadził w błąd Zamawiającego, mając od początku taki zamiar. W niniejszej sytuacji - warunki udziału w postępowaniu zostały tak skonstruowane, że Zamawiający wymagał szczegółowych informacji o wykonaniu poszczególnych elementów a Konsorcjum Sita - zawierało w wykazie robót i wykazie usług oraz w wyjaśnieniach - konkretne nieprawdziwe elementy, chcąc wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Z uwagi na powyższe Odwołujący Konsorcjum Planeta wnosił jak na wstępie.

W dniu 8 lutego 2013 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 11 lutego 2013 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie:

- Konsorcjum Sita,
 - Konsorcjum Pol-Dróg,
- wnosząc o jego oddalenie.

Konsorcjum Pol-dróg w treści przystąpienia wskazywało, że zarzuty i żądania dotyczące jego oferty zgłoszone przez Odwołującego Konsorcjum Planeta nie zasługują na uwzględnienie. Wykazane w ofercie Odwołującego Konsorcjum Planeta kontrakty wykazane jako potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy zostały przez Zamawiającego zweryfikowane i jak wynika z uzasadnienia decyzji o rozstrzygnięciu postępowania, poza danymi zakwestionowanymi, Zamawiający nie uznał aby w przypadku pozostałych wykazanych zamówień, były jakiegokolwiek podstawy do ew. wykluczenia wykonawcy.

Konsorcjum Pol-Dróg podkreślało, iż elementem koniecznym żądanego wykluczenia wykonawcy jest zarówno wykazanie, iż mamy do czynienia obiektywnie z podaniem informacji nieprawdziwych, ale również koniecznością wykazania przez twierdzącego, iż informacje te miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. W ocenie Konsorcjum

Pol-Dróg żaden z powyższych elementów nie został przez Odwołującego Konsorcjum Planeta dowiedziony. Dodatkowo Konsorcjum Pol-Dróg wskazywało, iż w jego ocenie, uwzględniając fakt dokonania przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Odwołującego Konsorcjum Planeta jako najkorzystniejszej (*błędnie - wybór dotyczy Konsorcjum SITA - przyp. aut.*) oraz wykluczenia Konsorcjum Pol-Dróg z postępowania, aktualnie wnosząc odwołanie i żądając wykluczenia Konsorcjum Pol-Dróg na dodatkowych przesłankach, nie wykazuje on koniecznego dla uwzględnienia odwołania, naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, co z kolei winno skutkować oddaleniem tego odwołania.

Odnosząc się do konkretnych zarzutów sformułowanych przez Odwołującego w treści odwołania wobec Konsorcjum Pol-Dróg, wskazywano, co następuje.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niepełną ocenę sytuacji i niepełne wykluczenie Konsorcjum Pol - Dróg, gdyż, jak wskazuje, nie wzięto pod uwagę wszystkich nieprawdziwych elementów w dokumentach złożonych w ofercie tego wykonawcy. Jak podnosi dalej Odwołujący Konsorcjum Planeta

zaniechanie wykluczenia dotyczy nieprawdziwych informacji dotyczących prac wykonanych na terenie GDDKiA Oddział w Łodzi - Rejon w Wieluniu.

1) W wykazie usług - załączniku nr 3.2 do oferty (poz. 3 od góry) - Konsorcjum Pol - Dróg złożyło nieprawdziwą informację dotyczącą wykonania usług z zakresu utrzymania nawierzchni, utrzymania oświetlenia drogowego i sygnalizacji świetlnej oraz konserwacji przepompowni, na drogach klasy min. G - dla GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Wieluniu - pomimo, że z informacji, którą uzyskał Odwołujący od GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu wynika jednoznacznie, że nie były wykonywane usługi w zakresie oświetlenia drogowego i przepompowni z uwagi na brak urządzeń w administracji Rejonu.

Ad 1) Odnosząc się wobec tak sformułowanego zarzutu, Konsorcjum Pol-Dróg wskazywało, iż: Odwołujący Konsorcjum Planeta zarzuca złożenie nieprawdziwych informacji, powołując się na informacje uzyskane od GDDKiA Oddział w Łodzi, jakoby w Rejonie Wieluń nie były wykonywane usługi w zakresie oświetlenia drogowego i przepompowni z uwagi na brak urządzeń w administracji Rejonu. Kwestia ta została wyjaśniona Zamawiającemu w trakcie prowadzonego postępowania. Jak wynika z pisma wyjaśniającego Konsorcjum Pol-Dróg z dnia 20 listopada 2012 r. skierowanego do Zamawiającego m.in. wskazana pozycja załącznika 3.2 została wypełniona w sposób omyłkowy. Powyższe wynika wprost z treści pkt III pisma z dnia 20.11.2012, w którym wyjaśniono, iż:

„Informujemy, że w formularzu 3.2 pojawił się oczywisty błąd powielony z formularza 3.1. W

23

kolumnie 3 umieszczono omyłkowy opis informacji potwierdzających spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.2) IDW. Pojawiła się informacja o wykonywaniu robót z zakresu „bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego” przez różne podmioty na rzecz różnych oddziałów GDDKiA, co w oczywisty sposób nie koresponduje z załączonymi referencjami potwierdzającymi wykonanie robót. Zatem dla ostrożności w postępowaniu do niniejszego pisma załączamy właściwy formularz 3.2 wraz dokumentami potwierdzającymi wartość wykonanych prac.”

Zamawiający kwestię powyższą uznał za dostatecznie wyjaśnioną, wiarygodną i oczywistą zważywszy na treść Załącznika. Skutkiem powyższego było zaniechanie w tym zakresie czynności ew. wykluczenia z postępowania. Tymczasem Odwołujący Konsorcjum Planeta nie odnosi się do powyższej kwestii w treści odwołania, być może nie analizując treści załączników do protokołu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Konsorcjum Pol-Dróg wskazywało, iż Odwołujący Konsorcjum Planeta sformułował zarzut w powyższym zakresie, nie zadając sobie trudu by upewnić się, czy zadanie, na które powołuje się zostało poprawnie umieszczone w załączniku 3.2. Oczywistym było zarówno dla Zamawiającego oraz Konsorcjum Pol-Dróg jak i dla profesjonalisty działającego na rynku budownictwa drogowego, że Zadanie, które zostało umieszczone w treści Załącznika tj. "Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego - robót z zakresu utrzymania nawierzchni - utrzymanie oświetlenia drogowego oraz konserwacja przepompowni na drogach klasy min. G na kwotę 174.876,10 zł brutto" nie mogło być wykonywane dla GDDKiA Oddział w Łodzi. Rejon w Wieluniu. Umieszczenie wskazanej w Załączniku 3.2 pozycji było przypadkowe i omyłkowe, a Konsorcjum Pol-Dróg dochowało wszelkich starań by błąd ten skorygować. Ponadto Konsorcjum Pol-Dróg dysponowało na dzień składania ofert innymi referencjami potwierdzającymi zdobytą wiedzę i doświadczenie, które samodzielnie spełniały warunek udziału w postępowaniu z istotnym nadmiarem. Tym samym za całkowicie bezzasadne i nieistotne dla prowadzonego postępowania należy uznać przytaczanie informacji z GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu, w sytuacji gdy faktycznie Konsorcjum Pol-Dróg nie powołuje się na doświadczenie zdobyte w trakcie prac i wykonywania usług na rzecz tej instytucji.

2) W wykazie usług - załączniku nr 3.2 do oferty w poz. 22 od góry - Konsorcjum Pol -Dróg złożyło nieprawdziwą informację, dotyczącą wykonania usług z zakresu „Bieżącego utrzymania dróg i obiektów mostowych na sieci dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Wieluniu - usług z zakresu utrzymania czystości obiektów mostowych 1 przepustów na drogach klasy min. G" - gdzie wskazano kwotę 232.421,49 zł. Odwołujący uzyskał od GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu informację, z której wynika jednoznacznie, że

usługi wykonywane w zakresie czystości obiektów mostowych i przepustów miały wartość 126 228, 89 zł,

Ad 2) Odnosząc się wobec tak sformułowanego zarzutu, Konsorcjum Pol-Dróg wskazywało, iż Odwołujący zarzuca złożenie nieprawdziwych informacji w wykazie usług -załączniku nr 3.2 w poz. 22 od góry, powołując się na informacje uzyskane od GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon Wieluń, podważając wartość usług z zakresu utrzymania czystości obiektów mostowych i przepustów na drogach klasy min. G, wykonanych w ramach zadania „Bieżącego utrzymania dróg i obiektów mostowych na sieci dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Wieluniu”. Konsorcjum Pol-Dróg w przywołanej pozycji wskazało jako zakres prac „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego”. Oczywiście było dla Zamawiającego (analogicznie jak w poz. 1), iż zadanie, które zostało umieszczone w tabelce tj. "Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego, nie mogło być wykonywane dla GDDKiA Oddział w Łodzi. Rejon w Wieluniu. Cała argumentacja przedstawiona w zakresie zarzutu nr 1) pozostaje analogiczna i stąd Konsorcjum Pol-Dróg nie powiełało jej w tym miejscu uznając, iż kwestia ta została w sposób jednoznaczny przesądzona i wyjaśniona powyżej.

3) W wykazie robót - załączniku nr 3.1 - poz. 4 - Konsorcjum Pol -Dróg złożyło nieprawdziwą -informację, dotyczącą wykonania utrzymania oznakowania poziomego i pionowego oraz urządzeń brd, w tym naprawy powypadkowe - o wartości 1 730 094, 78 zł, Odwołujący uzyskał od GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu informację, z której wynika jednoznacznie, że usługi te były wykonywane na kwotę -1.378.902, 87zł.

Ad 3) Odwołujący Konsorcjum Planeta sugeruje złożenie nieprawdziwych informacji powołując się na informacje uzyskane od GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu, pomijając podany zakres prac, choć ma on decydujące znaczenie przy celowości zarzutu. Przedmiotowy zakres robót był już tematem zapytania Zamawiającego, a Konsorcjum Pol-dróg które wyjaśniło w piśmie z dnia 27 grudnia 2012r:

„Zamawiający nie może dysponować wiedzą na temat wartości robót potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 7.2.2a) IDW w odniesieniu do zadania pn.: „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego” - Wykonanie robót z zakresu utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń Brd w tym naprawy powypadkowe na drogach klasy min G - wykonane przez POL-DRÓG Dolny Śląsk SA. gdyż takie zadanie nigdy nie było przedmiotem postępowania przed KIO. jak wskazano w piśmie z dnia 19.11.2012 roku (nr pisma Pol-Dróg W-wa

03536/MD/11/2012] będącego odpowiedzią na wniosek o złożenie wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu "Przy wypełnianiu formularza 3.1 omyłkowo wpisano informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt. 7.2.2) IDW- kolumna 3 doprowadzając do rozbieżności w nazwie zadania w formularzu i referencjach dołączonych do niego. Podobne omyłki wystąpiły w innych pozycjach formularza. Dla ostrożności w postępowaniu mając powyższe na uwadze załączamy do niniejszego pisma właściwie wypełniony formularz 3.1 wraz dokumentami potwierdzającymi wartość wykonanych prac."

Powyższe wskazuje po raz kolejny na prawdopodobną przyczynę sformułowania zarzutów odwołania wobec oferty Konsorcjum Pol-Dróg przez Odwołującego Konsorcjum Planeta - zaniechanie zapoznania się z załącznikami do protokołu postępowania, w szczególności z wyjaśnieniami wykazu doświadczenia przez Konsorcjum Pol-Dróg. Zdaniem Konsorcjum Pol-Dróg podkreślenia wymaga kwestia związana z okolicznościami jakie towarzyszyły sporządzeniu wykazów przez Konsorcjum Pol-Dróg - dane nieumyślnie podane, omyłkowe, widoczne na pierwszy rzut oka. Konsorcjum Pol-Dróg podkreślało, opierając się na aktualnej linii orzecniczej KIO oraz stanowiskach Prezesa UZP, a także najnowszych wyrokach Sądów Okręgowych, tytułem przykładu:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w skardze na wyrok KIO z dnia 28 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 478/12) zauważył: „W sytuacji nieumyślnego i niecelowego przekazania w postępowaniu nieprawdziwych informacji w dokumentach mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w istocie mamy do czynienia z sytuacją złożenia dokumentów zawierających błędy, co z kolei objęte jest dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy, która uprawnia zamawiającego do skorzystania z trybu uzupełnienia oferty o świadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu”. Stanowisko to podzielił Sąd Powszechny: „Ustawodawca dopuszcza bowiem uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia więc działania nieumyślnego.” - sygn. Akt IV Ca 683/12 - Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny-Odwoławczy z dnia 19 lipca 2012 r.”

W ocenie Konsorcjum Pol-Dróg błędne byłoby przyjęcie że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić z powodu braku po jego stronie należytej staranności przy przygotowaniu oferty, co skutkowało podaniem przez niego nieprawdziwych informacji, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może nastąpić tylko wtedy, gdy działanie wykonawcy, polegające na złożeniu nieprawdziwych informacji, było celowe i zamierzone, a

26

wykonawcy można przypisać winę umyślną oraz gdy złożenie nieprawdziwych informacji miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Mając powyższe na względzie Konsorcjum Pol-Dróg wnosiło jak na wstępie.

W toku postępowania odwoławczego wnoszone były kolejne pisma procesowe zawierające dodatkową argumentację i materiał dowodowy.

Sygn. akt KIO 270/13

W dniu 7 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Pol-Dróg (dalej także jako "Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg").

Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust 1 ustawy Pzp, art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych wskazanych w treści odwołania a polegających w szczególności na:

- dokonaniu czynności wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na skutek uznania, iż Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg podał w złożonej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania pomimo, iż Odwołujący takich informacji nieprawdziwych nie podał,

ewentualnym zaniechaniu wezwania Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg do uzupełnienia wykazu doświadczenia w zakresie Załącznika nr 3.1 oraz 3.2 do SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (jako skutku wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Zamawiający powiadomił Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także dokonaniu czynności wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg z postępowania drogą faksową w dniu 28.01.2013 r. Uwzględniając zatem ustawowe zawite terminy dla wnoszenia środków ochrony prawnej uznać należy, iż niniejsze odwołanie jest wnoszone z zachowaniem terminu.

Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg podnosił, iż działania Zamawiającego polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty nr 1 złożonej przez Konsorcjum Sita z jednoczesnym wykluczeniem Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg uniemożliwiają Odwołującemu Konsorcjum Pol-Dróg uzyskanie przedmiotowego zamówienia, pomimo iż zgodnie z

zastosowanym w postępowaniu kryterium oceny ofert to oferta Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg byłaby ofertą najkorzystniejszą. Powyższa okoliczność ma bezpośredni wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: dokonanie czynności unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonanie czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty Konsorcjum SITA, dokonanie czynności ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg, a w jej wyniku, zgodnie z zastosowanym kryterium oceny ofert, uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg, ewentualnie, w przypadku uznania, iż czynność samodzielnego uzupełnienia dokumentów dokonana w dniu 20 listopada 2012 r. była nieskuteczna, Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do dokonania zaniechanej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w 7.2.2a oraz 7.2.2b) IDW zawartych w Załącznikach 3.1. oraz 3.2 oferty Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg wskazywał, że przedmiotem zamówienia jest bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi Nr 2 i drogą Nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą Nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2012 + 2018.

Zamawiający postawił przed ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego zamówienia następujące warunki szczegółowe w zakresie koniecznego do wykazania doświadczenia zawodowego:

Vide pkt 7.2.2a IDW -

7.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...)

2) posiadania wiedzy i doświadczenia:

a) Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- robót z zakresu utrzymania dróg klasy min. G w zakres których wchodziły: roboty odwodnieniowe, remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych, naprawa/uzupełnienie ogrodzeń drogowych za łączną kwotę minimum 10 000 000,00 zł brutto,

- robót z zakresu utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń brd w tym naprawy wypadkowe na drogach klasy min. G za łączną kwotę minimum 5 000 000,00 zł brutto,

- robót z zakresu utrzymania nawierzchni - remontów cząstkowych na drogach klasy min. G za łączną kwotę minimum 100 000,00 zł brutto,

W celu potwierdzenia spełniania powyższych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą wykazu potwierdzającego wykonanie powyższych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg złożył wraz z ofertą wypełnione zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wykazy zawarte odpowiednio w Załącznikach nr 3.1. oraz 3.2 do SIWZ załączając do nich wymagane dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie.

W treści złożonego wraz z ofertą wypełnionego Załącznika nr 3.1 (s. 12 oferty) wykazał m.in. następujące zamówienia:

1. Zamówienie wykonane przez POL-DRÓG DOLNY ŚLĄSK S.A. na rzecz GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu

Bieżące utrzymanie dróg i obiektów mostowych na sieci dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Wieluniu Wykonanie robót z zakresu utrzymania dróg klasy min. G w zakresie których wchodziły: roboty odwodnieniowe, remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych, naprawa/uzupełnienie ogrodzeń drogowych na kwotę 7.747.601,19 zł brutto

Termin wykonania zamówienia: 09.06.2009 r. - 31.12.2011 r.

2. Zamówienie wykonane przez POL-DRÓG Człuchów Sp. z o.o. na rzecz GDDKiA Oddział w Szczecinie

Bieżące utrzymanie dróg i obiektów mostowych na sieci dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Wieluniu Wykonanie robót z zakresu utrzymania dróg klasy min. G w zakresie

29

których wchodziły: roboty odwodnieniowe, remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych. naprawa/uzupełnienie ogrodzeń drogowych na kwotę 5.060.807,81 zł brutto Termin wykonania zamówienia: 03.08.2007 - 03.08.2009

3. Zamówienie wykonane przez POL-DRÓG Człuchów Sp. z o.o. na rzecz GDDKiA Oddział w Gdańsku, Rejon w Człuchowie

Bieżące utrzymanie dróg i obiektów mostowych na sieci dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Wieluniu Wykonanie robót z zakresu utrzymania dróg klasy min. G w zakresie których wchodziły: roboty odwodnieniowe, remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych. naprawa/uzupełnienie ogrodzeń drogowych na kwotę 5.191.024,85 zł brutto.

Termin wykonania zamówienia: 01.01.2008 -12.09.2011

Zamawiający w treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego Konsorcjum Pol-Droóg z postępowania z dnia 28.01.2013.r. wskazał, iż wraz z ofertą na str. 12-14 Wykonawca złożył Formularz 3.1. „Wiedza 1 doświadczenie” - dotyczący wykonanych robót. Na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy doświadczenia w wykonaniu -robót z zakresu utrzymania dróg klasy min. G w zakresie których wchodziły: roboty odwodnieniowe, remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych, naprawa/uzupełnienie ogrodzeń drogowych za łączną kwotę minimum 10 000 000,00 zł brutto, Wykonawca w w/w Formularzu wykazał 3 powyższe zamówienia. Zamawiający podnosił dalej, iż w w/w pozycjach Odwołujący Konsorcjum Pol-Droóg wykazał kwoty brutto wykonanych robót oraz dołączył dokumenty potwierdzające że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. *”W świetle posiadanych przez Zamawiającego dokumentów wynika, że Wykonawca nie wykonał robót wykazanych w poz. nr 1 za kwotę jaką wykazał w złożonym do oferty Formularzu 3.1”.* Zamawiający argumentuje dalej, iż dla robót wykazanych w Załączniku 3.1 Wykonawca wykazał w tabeli wartość 7 747 601,19 zł, podczas gdy kwota potwierdzona przez GDDKiA Oddział w Łodzi wynosi 689 170,30 zł. Zamawiający uzasadnia ustalenie w zakresie powyższej kwoty na podstawie dokumentów z postępowania na Bieżące i zimowe (kompleksowo) utrzymanie autostrady A2 od gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego - węzeł Konotopa (...). tj. pisma GDDKiA-OŁ-Z-17-dp/8/2012 z dnia 25.07.2012. GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Wieluniu. Ponadto wskazuje, iż informacja ta była m.in. podstawą wykluczenia Wykonawcy z ww. postępowania i została uznana za wiarygodną przez KIO w postępowaniu odwoławczym KIO 2042/12.

30

Zamawiający, dokonując czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania, argumentuje z powołaniem się na orzeczenie zapadłe w sprawie KIO 2042/12. Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg wskazuje za argumentacją jakiej używał w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 2042/12, iż sam fakt, że wartości podane jako wartości wykonanych zamówień różnią się od kwot ustalonych przez Zamawiającego nie przesądza o tym, iż informacje te (podane w ofercie Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg) mają charakter informacji nieprawdziwych. Odwołujący oświadczał, iż różnice pomiędzy danymi podanymi przez niego w treści oferty, a danymi ustalonymi przez Zamawiającego miały swoje źródło w możliwej odmiennej kwalifikacji kosztów wykonanych zamówień w ramach uprzednio realizowanego kontraktu. Powyższe okoliczności, jak wskazywano to już w poprzednim odwołaniu, miały wpływ na różnice pomiędzy danymi podanymi w ofercie, a ustalonymi przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg w odniesieniu do pozycji nr 1 z Załącznika 3.1. Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg wskazywał, iż w poprzednim odwołaniu podnosił, iż Zamawiający ograniczył się w treści uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wykonawcy do bezkrytycznego powielenia wartości podanych przez Oddział GDDKiA, powyższe jest w pełni aktualne w odniesieniu do obecnej decyzji o wykluczeniu. Podnieść należy, iż orzekając w poprzedniej sprawie - nie uwzględniono m.in. dowodów składanych przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg w postaci kilku segregatorów faktur potwierdzających wysokość kwot wykazanych w wykazie złożonym wraz z ofertą, a to wobec faktu, iż Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg nie dysponował w trakcie rozprawy kopiami tych obszernych dokumentów dla stron postępowania. Skład orzekający w tamtej sprawie postawił Odwołującemu Konsorcjum Pol-Dróg zarzut, iż dysponował on szerokim wachlarzem środków dowodowych, możliwych do zawnioskowania do zakończenia rozprawy, które ewentualnie mogłyby informacje w ww. pismach podważyć i poddać w wątpliwość. Dla przykładu: nie przedstawił pełnych umów i dokumentacji kontraktowych i powykonawczych, faktur. Tym samym nie jest tak jak twierdzi Zamawiający iż orzeczenie KIO w powołanej sprawie ustaliło, iż analogiczne dane jak zawarte w Załączniku 3.1 poz. 1, stanowiły nieprawdziwe informacje. Przywołane fragmenty uzasadnienia tego orzeczenia jak również przebieg rozprawy wskazują, iż Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg ówczesnie nie przedstawił dowodów dla wykazania kwot i zakresu rzeczowego wykonanej umowy w postaci np. kopii faktur mających potwierdzać ten fakt. Nie jest zatem prawdą, co twierdzi obecnie Zamawiający, iż udowodniono Odwołującemu Konsorcjum Pol-Dróg fakt podania nieprawdziwych informacji, lecz to Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg nie wskazał przed KIO dowodów dla zastosowanej przez siebie kwalifikacji kosztów. Dodatkowo w powołanej

sprawie zamówienie to były jedynym spełniającym warunek udziału, stąd miało wpływ na wynik postępowania. Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg kwestionuje fakt, iż złożone wraz z ofertą w przedmiotowym postępowaniu jako Załącznik 3.1 dane w poz. 1 były nieprawdziwe. Podtrzymuje, iż dane podane w ofercie są prawdziwe, zaś różnica w kwocie, na jaką powołuje się Zamawiający, wynika z odmiennej kwalifikacji kosztów w ramach wykazanego kontraktu przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg i przez Oddział GDDKiA. Uwzględniając fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał czynności pierwszego z wezwań skierowanych do Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg w dniu 13 listopada 2012r. zaś orzeczenie w sprawie sygn. akt: KIO 2032/12, 2042/12 wydano już w dniu 11 października 2012r. Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg działał w świadomości, iż wykazane w poz. 1. tabeli 3.1 doświadczenie w zakresie podanej tam kwoty może być przedmiotem sporu i działając racjonalnie, uznał, iż sprawę przesądzi w sposób jednoznaczny i niepodważalny zastąpienie także tego wykazanego doświadczenia innym spełniającym w sposób pozbawiony jakichkolwiek wątpliwości warunek udziału w postępowaniu, skoro doświadczeniem takim dysponuje. Podkreślenia wymaga, iż sama w sobie pozycja 1 Załącznika 3.1. nie spełniała samodzielnie warunku postawionego przez Zamawiającego. Nie spełniałaby ona także warunku przy zsumowaniu z pozycjami 2 oraz 3 po ich skorygowaniu w zakresie omyłek. Dodatkowo istotnym argumentem jest fakt, iż wykazane zamówienia były zrealizowane na rzecz własnych jednostek organizacyjnych Zamawiającego, trudno oczekiwać, iż Wykonawca składając ofertę działałby celowo w ten

sposób, podając tak zawyżone wartości prac wykonanych na rzecz samego organizatora przetargu licząc, że on tych wartości nie zweryfikuje. Istotnie dopiero takie działanie byłoby nieracjonalne. Reasumując powyższe ustalenia w zakresie poz. 1 Załącznika 3.1, Zamawiający nie wykazał/nie udowodnił, iż informacje w zakresie wartości zamówienia wskazanej przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg zostały umyślnie przekazane przez wykonawcę w postępowaniu jako nieprawdziwe, ze świadomością szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12) wyraźnie stwierdzono, iż analiza przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca dopuszcza poprawianie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo, że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością, a wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega tylko taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Jak wykazuje to i podkreślał wykonawca kwestia kwoty zrealizowanego zamówienia z poz. 1 jest kwestią sporu pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w zakresie możliwości kwalifikacji określonego rodzaju wykonanych czynności, do takich które mogą potwierdzać

32

spełnienie warunku w tym postępowaniu. Trudno doszukiwać się w podaniu tych informacji celowego zamierzonego umyślnego podania nieprawdziwych informacji, sankcjonowanego wykluczeniem i brakiem możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów dla wykazania spełnienia warunków w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Wykluczenie Wykonawcy - podanie nieprawdziwych informacji mające wpływ na wynik postępowania - stanowisko Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg w zakresie poz. 1 Załącznika 3.1.

Jak wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu decyzji z dnia 28.01.2013r. (s.2 *in fine*) wykluczenie Odwołującego nastąpiło z uwagi, iż: *"nieprawdziwe informacje o wartości wykazanego w ofercie zadania zostały podane w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2a) Instrukcji dla Wykonawców. M.in. od wykazania doświadczenia zawodowego na poziomie wymaganym przez Zamawiającego zależał udział Konsorcjum Pol-Dróg w postępowaniu, a także wynik tego postępowania. Nieprawdziwa informacja dotycząca wartości wykazanych robót miała więc bezpośredni wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Z wyżej opisanych okoliczności wynika, iż podane przez Wykonawcę informacje mają rzeczywisty wpływ na wynik postępowania, gdyż brak informacji o okolicznościach, które stały się podstawą dokonywanych przez Zamawiającego wyjaśnień, spowodowałoby iż oferta Wykonawcy jako spełniającego warunki udziału w postępowaniu wybrana byłaby jako najkorzystniejsza"*.

Stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność zamawiającego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może mieć miejsce jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu tychże informacji na wynik postępowania. Oznacza to, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. artykułu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji, albowiem dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dodatkowo udowodnienie, że w danych okolicznościach złożeniem nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Przywołany przepis ustanawia zatem sankcję, którą zamawiający jest

33

zobowiązany zastosować jedynie w określonych przypadkach - w razie podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Nawet gdyby, jak twierdzi Zamawiający, wykazana wartość ma znamiona informacji nieprawdziwej, to wobec warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie na

poziomie 10 000 000 zł, zamówienie z tej pozycji samo w sobie nie wystarczało wartościowo dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym nie miało wpływu na wynik postępowania w zakresie spełniania tego warunku. Pozostałe wykazane w ofercie w Załączniku 3.1 zamówienia pod poz. 2 oraz 3 były wpisane w sposób oczywisty omyłkowo w zakresie rzeczowym i kwotowym. W tej sytuacji twierdzenie Zamawiającego o tym iż, skoro informacje dotyczyły warunku udziału w postępowaniu, to automatycznie miały wpływ na wynik postępowania jest wadliwe.

Tak orzecznictwo KIO:

KIO 1452/12 wyrok KIO 2012-07-23

LEX nr 1213662

3. Podanie nieprawdziwych informacji wymaga jedynie stwierdzenia, czy miały one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania - taki wpływ mają informacje dotyczące doświadczenia wymaganego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jeżeli przy ich uwzględnieniu ocena byłaby pozytywna.

Analogicznie:

KIO 773/12 wyrok KIO 2012-04-30

LEX nr 1164079

Dla wykazania zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie można wykazywać domniemanego wpływu na wynik, lecz wpływ ten winien być oceniany przez pryzmat konkretnego postępowania.

KIO 491/12 wyrok KIO 2012-03-26 LEX nr 1131262

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie ma wpływ na wynik postępowania. Wpływ ten nie może być jedynie hipotetyczny, co oznacza, że podanie nieprawdziwej informacji musi rzeczywiście podważyć ustalony przez zamawiającego wynik postępowania.

KIO 264/12 wyrok KIO 2012-02-21 LEX nr 1126964

Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja

34

mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości

Jak wspomniano powyżej przy uwzględnieniu Odwołującemu Konsorcjum Pol-Dróg zamówienia z poz. 1 Załącznika 3.1 ocena spełnienia warunku nadal byłaby negatywna i tak obowiązkiem Zamawiającego w tej sytuacji byłoby wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro zamówienia z pozycji nr 2 oraz 3 Załącznika nr 3.1, po ich poprawieniu pismem z dnia 20.11.2012 r., nawet po zsumowaniu z wartością pozycji nr 1 nadal nie spełniały warunku udziału w postępowaniu, konieczna byłaby i tak procedura uzupełnienia tego Załącznika o takie zamówienie/zamówienia które razem przenosiłyby wysokość warunku na poziomie 10 mln zł. Na marginesie, w przypadku argumentacji Zamawiającego wskazującej na brzmienie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, Odwołujący za orzecznictwem KIO wskazuje, iż:

KIO 1278/11 wyrok KIO 2011-06-30 LEX nr 852508

Na etapie postępowania po złożeniu ofert znaczenie ma, czy dane informacje, nawet jeśli są nieprawdziwe, miały rzeczywisty wpływ na wynik postępowania. Wprowadzenie do przepisu art. 22 ust. 2 pkt 3 p.z.p. dodatkowej przesłanki "mogące mieć wpływ na wynik postępowania" odnosi się bowiem do etapów wcześniejszych, jak np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdzie wpływ na wynik postępowania mógłby być oceniany jeszcze wyłącznie hipotetycznie.

Zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp

Konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego w zakresie poz. 1 Załącznika 3.1 . art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną

wykładnię polegającą na uznaniu, iż nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą i tym samym przyjęcie, że Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z treści ww. artykułu wynika, iż ustawodawca dopuścił poprawienie złożonych dokumentów

35

w zakresie treści oferty, pomimo że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością. Można więc postawić tezę, iż podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu tylko taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Zaprezentowana powyżej interpretacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w kontekście uregulowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest również zgodna z ugruntowaną linią orzecniczą przyjętą przez sądy okręgowe rozpatrujące skargi od orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 23 lipca 2010 r. (sygn. akt: X Ga 163/10) Sąd Okręgowy w Łodzi stanął na stanowisku, iż nie stoi na przeszkodzie zastosowanie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji braku wykazania świadomego podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12) wyraźnie stwierdzono, iż analiza przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca dopuszcza poprawianie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty pomimo, że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością, a wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega tylko taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. W ocenie Sądu Okręgowego, ustawodawca dopuszcza uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia działania nieumyślnego. Z tych też względów, nie można zaakceptować poglądu Zamawiającego, iż nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą. Informacją prawdziwą nie można zastąpić informacji nieprawdziwej w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tylko w sytuacji, gdy zamawiający jest w stanie udowodnić, że informacje zostały przez wykonawcę podane w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Analogicznie w najnowszym orzeczeniu - Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrok z dnia 25 stycznia 2013 r. (sygn. akt: II Ca 1285/12) wskazując, iż wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może nastąpić tylko w przypadku gdy podanie nieprawdziwych informacji wynika z winy umyślnej wykonawcy.

Zamawiający na s. 5 decyzji o wykluczeniu z postępowania wskazuje, iż poz. nr 2 oraz poz. 3 zostały przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg skorygowane jako omyłkowe i podaje, że wartości te wynosiły po zmianie odpowiednio 729 221,23zł brutto oraz 984 464.97 zł brutto - łącznie 1 713 686,2 zł. Nawet po zsumowaniu tych wartości z wartością pozycji nr 1

36

- nie spełniały one warunku na poziomie 10 000 000 zł co skutkować musiało uzupełnieniem oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający, co wynika z treści zawiadomienia o wykluczeniu, nie uwzględnia faktu, iż uzupełniając Załącznik 3.1. Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg uzupełnił wykaz o nowych 8 zamówień, które samodzielnie spełniły warunek udziału w postępowaniu z istotnym

nadmiarem. Nawet gdyby zatem nie uwzględnić zamówienia z pozycji nr 1, warunek został po uzupełnieniu spełniony samymi tylko nowymi zamówieniami. Pozycja nr 1 nie miała żadnego wpływu na wynik postępowania.

Gdyby próbować uznać czynność samodzielnego uzupełnienia ich bez wezwania za prawnie bezskuteczną, w ocenie Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg, wobec obligatoryjnego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, i braku podstaw do zaniechania wezwania, obowiązkiem Zamawiającego było sformułowanie takiego wezwania wobec Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg. Zamawiający nie wezwał Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg do uzupełnienia, a zatem gdyby uznawać samodzielne uzupełnienie za bezskuteczne Zamawiający będzie zobowiązany do wezwania Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg do uzupełnienia tych dokumentów o co ewentualnie Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg także wnosi, chociaż w istocie sprowadziłoby się to jedynie do złożenia po raz kolejny już złożonych z pismem z dnia 20 listopada 2012 r. dokumentów.

Uzupełnienie Załącznika 3.1 w zakresie pozycji 2 oraz 3

Skoro jak dowiedzione to zostanie poniżej, pozostałe wykazane w Zał. 3.1. do oferty wymagane doświadczenie (z pozycji 2 oraz 3) nie spełniały warunków udziału z uwagi na fakt iż zawierały błąd (co zostanie rozwinięte poniżej) wobec faktu, iż Zamawiający winien był wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Wykonawca odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 listopada 2012 r. dokonał uzupełnienia dokumentu w postaci Zał. nr 3.1. o nowe pozycje spełniające w sposób nie budzący wątpliwości wymagania Zamawiającego.

W zakresie możliwości i legalności samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez Wykonawców pomimo braku wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wypowiedała się wielokrotnie KIO i tak przykładowo (argumentacja mająca zastosowanie także dla poz. 1 Załącznik 3.1.):

KIO 1654/11 wyrok KIO 2011-08-11 LEX nr 898393

2. *Chociaż wykonawca samodzielnie, bez oczekiwania na wezwanie zamawiającego,*

37

przedłożył nowy wykaz, mógł być on uwzględniony przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

KIO 1415/11 wyrok KIO 2011-07-14 LEX nr 896078

Nie ma obowiązku rozprawy przedkładania odpowiednich referencji na podczas potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Możliwość samodzielnego, bez wezwania, uzupełnienia oferty jest jego (wykonawcy) uprawnieniem, a nie obowiązkiem.

KIO 1169/11 wyrok KIO 2011-06-15 LEX nr 847206

1. *Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, jednak p.z.p. nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. przez wykonawcę.*

2. *Zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Wykonawca jednak samodzielnie, bez wezwania, składając dokument musi przyjąć na siebie ryzyko, że przedłożony dokument nie będzie dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku.*

3. *W sytuacji samodzielnego, bez wezwania (czynności obligatoryjnej) ze strony zamawiającego uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., wykonywanie takiego obowiązku przez zamawiającego jest bezprzedmiotowe. Nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania jest pogląd, że wobec faktu, iż wykonawca sam uzupełnił dokument nie czekając na wezwanie zamawiającego, to może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, domagając się formalnego wypełnienia obowiązku zamawiającego.*

6. Dołączenie dokumentu możliwe jest wyłącznie na skutek odrębnego wezwania ze strony Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., a nie samodzielnych działań wykonawcy, jednak skoro wykonawca samodzielnie, uprzedzając wezwanie Zamawiającego przedłożył dokument

Zamawiającemu, a dokument ten podlega uzupełnieniu w świetle przepisów art. 25 ust 1 pkt 1 i art. 26 ust. 3 p.z.p., należy uznać, biorąc również pod uwagę zasadę ekonomiki postępowaniu, że nakazywanie Zamawiającemu skierowania odrębnego wezwania w tym

38

zakresie do wykonawcy byłoby bezprzedmiotowe.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg dokumenty złożone wraz z wyjaśnieniami jako odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 13 listopada 2012r. zostały uzupełnione skutecznie.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się również do poz. nr 2 i 3 Załącznika nr 3.1 do oferty. Na skutek wezwania do wyjaśnienia, z dnia 13 listopada 2012 r. Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg pismem z dnia 20 listopada 2012 r. wyjaśnił w odniesieniu do tych pozycji iż omyłkowo podał dane dotyczące wykazanych zamówień.

Oczywistość omyłek Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg w formularzu w zakresie pozycji 2 oraz 3 Załącznika 3.1. nie mogła budzić jakichkolwiek wątpliwości - w tym także Zamawiającego. W treści decyzji o wykluczeniu - s. 5 - wskazuje on na zmianę w zakresie nazwy zadania -przy pozostawieniu jako aktualnych pozostałych informacji zawartych w tych pozycjach.

Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg w tym zakresie w wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2012 r. wskazał:

„Ad II) Przy wypełnianiu formularza 3.1 omyłkowo wpisano informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt. 7.2.2) IDW - kolumna 3 doprowadzając do rozbieżności w nazwie zadania w formularzu i referencjach dołączonych do niego. Podobne omyłki wystąpiły w innych pozycjach formularza.”

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg działanie Zamawiającego w zakresie tych pozycji stanowi o naruszeniu dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić z powodu braku po jego stronie należytej staranności przy przygotowaniu oferty, co skutkowało podaniem przez niego nieprawdziwych informacji, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może nastąpić tylko wtedy, gdy działanie wykonawcy, polegające na złożeniu nieprawdziwych informacji, było celowe i zamierzone, a wykonawcy można przypisać winę umyślną oraz gdy złożenie nieprawdziwych informacji miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Podstawową funkcją regulacji wymienionej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie podając nieprawdę wprowadzają w błąd zamawiającego, co do informacji mających znaczenie dla

39

wyniku prowadzonego postępowania. Celem regulacji przewidzianej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nic jest natomiast eliminacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy omyłkowo, nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością i których zamiarem nie było wprowadzenie zamawiającego w błąd. W tym zakresie, w całości ma zastosowanie argumentacja prawna w zakresie pozycji 1 Załącznika 3.1, stąd Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg nie powiela jej w tym miejscu.

Odnosząc powyższe do wskazanych pozycji z Załącznik nr 3.1. uznać należy, iż podanie danych w zakresie poz. 2 oraz 3 Załącznika nr 3.1. nastąpiło wskutek omyłki, a co

za tym idzie nie można przypisać wykonawcy winy umyślnej i w konsekwencji brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. O tym iż omyłka miała miejsce Zamawiający wiedział od samego początku i mógł się ich domyślać a sam Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg kilkakrotnie potwierdzał ten fakt Zamawiającemu.

Konsekwencją naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest również naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca dopuszcza bowiem uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy nieprawdziwe informacje mają charakter błędu (tak: M. Stachowiak, Komentarz do art. 24 ustawy Pzp, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski. M. Stachowiak, LEX 2010).

Zaprezentowana powyżej interpretacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w kontekście uregulowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest również zgodna z ugruntowaną linią orzecniczą przyjętą przez sądy okręgowe rozpatrujące skargi od orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 23 lipca 2010 r. (sygn. akt: X Ga 163/10) Sąd Okręgowy w Łodzi stanął na stanowisku, iż nie stoi na przeszkodzie zastosowanie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji braku wykazania świadomego podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę. W przywołanym już wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12) wyraźnie stwierdzono, iż analiza przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca dopuszcza poprawianie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli w tym w zakresie treści oferty, pomimo, że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością, a wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega tylko taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. W ocenie Sądu Okręgowego, ustawodawca dopuszcza uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia działania nieumyślnego.

40

Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg podnosił, iż zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wyjaśnił pismem z dnia 20 listopada 2012 r. iż:

"przy wypełnianiu formularza 3.1 omyłkowo wpisano informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt. 7.2.2) ID W - kolumna 3 doprowadzając do rozbieżności w nazwie zadania w formularzu i referencjach dołączonych do niego. Podobne omyłki wystąpiły w innych pozycjach formularza. Dla ostrożności w postępowaniu mając powyższe na uwadze załączamy do niniejszego pisma właściwie wypełniony formularz 3.1 wraz dokumentami potwierdzającymi wartość wykonanych prac".

Skoro jak wskazano powyżej samodzielnie pozycja 1 z Załącznika 3.1. nie potwierdzała spełnienia warunku, a pozostałe dane zawarte w pozycji 2 oraz 3 były oczywiście omyłkowe, co nie mogło budzić wątpliwości w kontekście podanych w nich informacji, Zamawiający i tak musiał wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W tym miejscu należy wskazać, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134. poz. 114 z późn. zm., zwana dalej „dyrektywą klasyczną”). Zgodnie z treścią art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy klasycznej z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie zamawiającego w błąd. Uznanie za winnego ma charakter obiektywnego stwierdzenia takiej okoliczności, ustawodawca nie wymaga tutaj żadnego orzeczenia właściwego organu (A. Sołtyśńska, Europejskie prawa zamówień publicznych. Komentarz. Kraków, 2006, str. 361). Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, interpretując przepisy krajowe wydane w celu transpozycji postanowień dyrektyw Unii Europejskiej należy kierować się tzw.

prowsólnotow¹ wykładni¹ prawa (obecnie: prounijn¹ wykładni¹ prawa). Stosuj¹c prawo krajowe nale¿y wiêc dokonywaê jego wykładni w œwietle treœci i celu dyrektyw, dla osi¹gniêcia zak³adanego przez nie rezultatu (sprawa C-14/83 Von Colson i Kamann, C-106/89 Marleasing, C-241/06 Lammerzahf). Dokonuj¹c wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mo¿na zatem abstrahowaê od przepisu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy klasycznej, którego celem jest niew¹tpliwie eliminacja z udziału w postêpowaniu wykonawców, którzy umyœlnie wprowadzaj¹ w b³¹d zamawiaj¹cego.

41

Maj¹c na uwadze powy¿sze nale¿y wskazaê, i¿ w œwietle prounijnej wykładni prawa. regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy klasycznej, k³ad¹ca nacisk na element œwiadomego wprowadzenia w b³¹d zamawiaj¹cego poprzez podanie nieprawdziwych informacji, czyli wskazuj¹ca na post¹c winy umyœlnej, winna stanowiê wskazówkê interpretacyjn¹ wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skoro jak podkreœla³ to Odwo³uj¹cy Konsorcjum Pol-Dróg podanie danych w poz. 2 oraz 3 nast¹pi³o wskutek omy³ki, a co za tym idzie nie mo¿na przypisaê wykonawcy winy umyœlnej i w konsekwencji brak jest podstaw do wykluczenia go z postêpowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Ca³a powy¿sza argumentacja ma zastosowanie tak¿e wobec treœci Za³¹cznika nr 3.2 z³o¿onego wraz z ofert¹ Odwo³uj¹cego który s³u¿y³ dla potwierdzenia spe³niania warunków udziału w postêpowaniu opisanych w 7.2.2b) IDW. Jak wskazywa³ to Odwo³uj¹cy w treœci pisma z dnia 20 listopada 2012.r *vide* pkt III pisma -

"Informujemy, ¿e w formularzu 3.2 pojawi³ siê oczywisty b³¹d powielony z formularzu 3.1. W kolumnie 3 umieszczono omy³kowy opis informacji potwierdzaj¹cych spe³nienie warunków okreœlonych w pkt. 7.2.2) IDW. Pojawi³a siê informacja o wykonywaniu robót z zakresu „bie¿¹cego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego” przez ró¿ne podmioty na rzecz ró¿nych oddzia³ów GDDKLA, co w oczywisty sposób nie koresponduje z za³¹czonymi referencjami potwierdzaj¹cymi wykonanie robót. Zatem dla ostro¿noœci w postêpowaniu do niniejszego pisma za³¹czamy w³¹ciwy formularz 3.2 wraz z dokumentami potwierdzaj¹cymi wartoœæ wykonanych prac.

Uwzglêdniaj¹c omy³kowy charakter wype³nienia tego Za³¹cznika polegaj¹cy tak jak w przypadku poz. 2 i 3 Za³¹cznika 3.1 na wadliwym mechanicznym komputerowym powieleniu zawartoœci tabel z innej sk³adanej oferty, Odwo³uj¹cy samodzielnie uzupe³ni³, analogicznie jak mia³o to miejsce w przypadku Za³¹cznika 3.1. wykaz o nowe pozycje spe³niaj¹ce warunek z pkt 7.2.2) IDW Za³¹cznik 3.2 po jego uzupe³nieniu w sposób niebudz¹cy w¹tpliwoœci potwierdza spe³nienie warunków udziału w zakresie pkt 7.2.2.) IDW. Zamawiaj¹cy w treœci zawiadomienia o rozstrzygniêciu postêpowania nie wspomina o Za³¹czniku nr 3.2, co mo¿e oznaczaê ¿e uzna³ za skuteczne to uzupe³nienie. Jednak z ostro¿noœci gdyby uznawa³, i¿ na skutek podania nieprawdziwych informacji uzupe³nienie wykazu 3.2 by³o tak¿e niemo¿liwe, Odwo³uj¹cy Konsorcjum Pol-Dróg wnos³ o nakazanie Zamawiaj¹cemu dokonania takiej czynnoœci wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (analogicznie w przypadku uznania samodzielnego uzupe³nienia za bezskuteczne).

W tym stanie rzeczy zdaniem Odwo³uj¹cego Konsorcjum Pol-Dróg odwo³anie jest

42

zasadne i wnos³ o uwzglêdnienie go w ca³oœci.

Kopia odwo³ania zosta³a przekazana Zamawiaj¹cemu 7 lutego 2013 r.

Dnia 8 lutego 2013 r. Zamawiaj¹cy wezwa³ do wziêcia udziału w postêpowaniu odwo³awczym i przekaza³ kopiê odwo³ania.

Dnia 11 lutego 2013 r. do postêpowania odwo³awczego po stronie Zamawiaj¹cego zg³osili przyst¹pienie:

- Konsorcjum SITA,
- Konsorcjum Planeta,

wnosząc o oddalenie odwołania.

W toku postępowania odwoławczego wnoszone były kolejne pisma procesowe zawierające dodatkową argumentację i materiał dowodowy

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępujących przedstawione w pismach procesowych i ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 268/13

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczone od niego wpis.

Odwołujący Konsorcjum Planeta spełnia także określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp materialno-prawne wymogi wniesienia odwołania. Złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji spośród ofert uznanych za ważne i oceniane. Wykonawca z ofertą korzystniejszą - Konsorcjum Pol-Dróg został przez Zamawiającego wykluczony z postępowania. Biorąc powyższe pod uwagę, zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, i uwzględniając możliwość złożenia odwołania przez Konsorcjum Pol-Dróg od czynności wykluczenia (co nastąpiło), Odwołujący Konsorcjum Planeta jest uprawniony do kwestionowania zarówno wyboru oferty Konsorcjum SITA, jak i zaniechania wykluczenia Konsorcjum Pol-Dróg z dodatkowych przyczyn. Potwierdzenie się zarzutów dotyczących obu tych wykonawców może bowiem wpłynąć na możliwość uzyskania przez niego zamówienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego: dokumentację postępowania, odwołanie, zgłoszenia przystąpień, pisma i dokumenty składane w toku postępowania

43

odwoławczego, w tym pismo procesowe Odwołującego Konsorcjum Planeta z 20 lutego 2013 r., umowa nr NDZP/51/PN/35/08 z 3 czerwca 2008 r. dot. wykonania robót utrzymaniowych na moście i wiadukcie im. ks. Józefa Poniatowskiego w Warszawie w zakresie wymiany nawierzchni i izolacji na jezdni i chodnikach, umowa nr DZP/38/PN/32/10 z 1 czerwca 2010 r. dot. wykonania robót związanych z wymianą nawierzchni i izolacji na jezdni i chodnikach na wiadukcie nad Al. Krakowską w ciągu ul. Łopuszańska – Hynka w Warszawie, pismo Konsorcjum SITA z 19 lutego 2013 r. wraz z załączonymi do niego dowodami, pismo Konsorcjum SITA do Zamawiającego z 20 lipca 2012 r., pismo Odwołującego Konsorcjum Planeta z 19 lutego 2013 r. zawierające wyciąg z kosztorysu powykonawczego robót wykonanych wg umowy nr NDZP/51/PN/35/08 z 3 czerwca 2008 r., kosztorys powykonawczy tych robót, pismo Zarządu Dróg Miejskich z 31 stycznia 2013 r. wraz z zapytaniem Planeta Sp. z o.o. z 28 stycznia 2013 r., pismo Zarządu Dróg Miejskich z 5 lutego 2013 r. wraz z zapytaniem Planeta sp. z o.o. z 1 lutego 2013 r., oświadczenie W..... S..... z 6 lutego 2013 r., oświadczenie S..... S..... z 5 lutego 2013 r., pismo Zamawiającego do Zarządu Dróg Miejskich z 15 lutego 2013 r., umowę nr 131/2011 z 25 lipca 2011 r. z ESTYP S.C. wraz z protokołami odbioru, protokołami przekazania pasa drogowego na czas wykonywania robót, księgą obmiarów, dziennikiem budowy, umowę nr 233/2009 z 18 listopada 2009 r. z ESTYP S.C. wraz z protokołami, umowę nr 37/2008 z 30 kwietnia 2008 r. z ESTYP S.C. wraz z protokołami, wykazy 3.1. i 3.2. Konsorcjum Pol-Dróg z niniejszego postępowania oraz na „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2odc. Gr. Woj. Łódzkiego i mazowieckiego – węzeł (Konotopa)”, pismo Konsorcjum SITA z 26 lutego 2013 r. wraz z załącznikami. Opinię Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa z 19 lutego 2013 r. (wraz z zapytaniem Planeta sp. z o.o.) oraz opinię Instytutu Badawczego Dróg i Mostów z 19 lutego 2013 r. (wraz z zapytaniem Planeta sp. z o.o.) Izba uznaje za stanowisko strony – Odwołującego Konsorcjum Planeta posiłkującego się opinią specjalisty. Izba nie uwzględniła wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu drogownictwa w celu oceny kosztorysu powykonawczego w zakresie robót drogowych i mostowych dotyczących Mostu Poniatowskiego (poz. 4 załącznika nr 3.1. Konsorcjum SITA). Zdaniem Izby dla ustalenia okoliczności faktycznych niezbędnych dla rozstrzygnięcia sporu nie są wymagane wiadomości specjalne, gdyż konieczne jest dokonanie wykładni warunku oraz jego zakresu, a powyższe wymaga analizy prawnej, do dokonania której wiedza specjalna z zakresu drogownictwa nie jest konieczna.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i

44

Przystępujących: Konsorcjum SITA i Konsorcjum Pol-Dróg przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut odwołania - zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SITA z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących potencjału kadrowego - doświadczenia zawodowego p. A..... M..... K.....

Zgodnie z treścią warunku dla Kierownika Robót należało wykazać (pkt 7.2.3) b IDW - załącznik nr 5): "Minimum 5 letnie doświadczenie w kierowaniu lub nadzorowaniu robót z zakresu utrzymania dróg na drogach klasy min. G w których zawierały się, roboty odwodnieniowe, remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych - należy wykazać czasokres (lata) oraz na jakim zadaniu (nr i odcinki dróg) i u jakiego zamawiającego były wykonywane".

Przystępujący Konsorcjum SITA - wskazał A..... M..... K..... - a odnośnie jego doświadczenia podał doświadczenie związane z wykonywaniem czynności kierownika robót/kierownika budowy w zakresie bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie. W toku postępowania dowodowego przed Izbą ustalone zostało, iż doświadczenie zawodowe A..... M..... K....., które zostało wskazane przez Konsorcjum SITA obejmowało wyłącznie Rejon Bożej Woli, a podmiotem realizującym zamówienia był ESTYP Usługi Budowlano-Drogowe S.C. K..... K..... E..... S..... - S.....

Ze stanowiska Zamawiającego wynika, że dokonał on weryfikacji doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót w oparciu o oświadczenie wykonawcy co do doświadczenia zawodowego zawarte w wykazie osób - załącznik nr 5, jak również z uwzględnieniem okoliczności, że była to osoba wskazana w ofertach dotyczących przedmiotowych postępowań do pełnienia funkcji kierownika budowy/kierownika robót. Należy zauważyć, iż taka forma weryfikacji opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego pozostaje w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem. Warunek wymaga bowiem wykazania się "doświadczeniem w kierowaniu lub nadzorowaniu robót z zakresu utrzymania dróg na drogach klasy min. G (...)". Bezsprzeczne jest zatem, że jedynie faktyczne wykonywanie powyższych funkcji/czynności zapewniało wykonawcy potwierdzenie wymaganego doświadczenia. Okoliczność, że wykonawca podał daną osobę w ofercie jako tę, która miała uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i spełniała warunki dotyczące potencjału kadrowego (osoba zdolna do wykonania nie może być uznana za zamówienia), przesądzającą posiadanie wymaganego doświadczenia zawodowego. Powyższe nie jest bowiem tożsame z następczym faktycznym wykonywaniem przez niego obowiązków, warunkującym nabycie doświadczenia w

45

kierowaniu lub nadzorowaniu robót. W istocie dopiero zarzuty odwołania skłoniły Zamawiającego do weryfikacji prawidłowości swojego stanowiska, a w konsekwencji uznania zasadności zarzutu co do podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania odnośnie posiadanego przez A..... M..... K..... doświadczenia do pełnienia funkcji kierownika robót. Należy zauważyć, iż Zamawiający dość wnikliwie badał prawdziwość informacji zawartych w ofertach, a dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tym bardziej dziwić może brak takiego badania w odniesieniu do informacji, które mógł zweryfikować samodzielnie. To Zamawiający był bowiem zleceńodawcą zamówień wykazanych przez Konsorcjum SITA w odniesieniu do doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót. Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego pismo z 26 lutego 2013 r. pochodzące od samego Zamawiającego (skierowane do ESTYP S.C. K..... K..... E..... S..... - S.....), a stanowiące odpowiedź na zapytanie tego podmiotu o potwierdzenie doświadczenia A..... M..... K....., w wystarczający sposób potwierdza, że

wskazane przez Konsorcjum SITA doświadczenie zawodowe nie znajduje pokrycia w informacjach zawartych w wykazie. W piśmie tym jednoznacznie bowiem wskazano osoby występujące w kontraktach na bieżące utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie Rejon w Bożej Woli realizowanych przez ESTYP S.C. K..... K..... E..... S..... – S..... Z pisma tego wynika, że jedynie w ramach umowy nr 2/Z.11/2008 z dnia 10 lutego 2008 r. na wykonanie ścinki poboczy dokumenty odbiorowe podpisał A..... K..... jako kierownik budowy. Równocześnie Zamawiający podał, że umowa choć zawarta na okres od 10 lutego 2008 r. do 29 lutego 2008 r. faktycznie trwała do 14 lutego 2008 r. z powodu wcześniejszego wykonania przedmiotu umowy (pkt 5 pisma). W ramach umowy nr 204/2010 z dnia 10 listopada 2010 r. na wykonanie odwodnienia - zgodnie z § 12 ust. 1 umowy kierownikiem budowy (robót) był A..... M..... K....., jednak dokumenty odbiorowe jako kierownik budowy podpisywała E..... S..... Umowa podpisana była na okres od 10 listopada 2010 r. do 31 maja 2011 r. (pkt 3 pisma). Podobnie w umowie nr 13/BUD/Z.11/2007 na bieżące utrzymanie dróg administrowanych przez GDDKiA O/Wa Rejon w Bożej Woli zgodnie z pkt 7 umowy A..... K..... był wskazany jako kierownik robót, jednak dokumenty odbiorowe jako kierownik budowy podpisywała K..... K..... Umowa była podpisana na okres od 8 października 2007 r. do 31 grudnia 2007 r., jednak faktycznie zakończyła się 11 grudnia 2007 r. z powodu wyczerpania się maksymalnej kwoty umownej (pkt 6 pisma). W pozostałych umowach (umowa nr 131/2011 z dnia 2011 r. (pkt 1 pisma), umowa nr 233/2009 z dnia 18 listopada 2009 r. (pkt 2 pisma), umowa nr 37/2008 z 30 kwietnia 2008 r. (pkt 4 pisma), umowa nr 12/BUD/Z.11/2006 z 29 sierpnia 2006 r. (pkt 7 pisma), umowa nr 13/BUD/Z.11/2006 z 29 sierpnia 2006 r. (pkt 8 pisma) albo w ogóle nie określono kierownika robót, albo wskazana była inna osoba.

46

Ponadto w żadnej z tych umów dokumentów odbiorowych nie podpisywał A..... K..... Okoliczność ta została zresztą przyznana przez Zamawiającego. Zdaniem Izby nie można uznać, aby dowód w postaci oświadczenia firmy ESTYP S.C. załączony do pisma procesowego Konsorcjum SITA z 22 lutego 2013 r., iż A..... M..... K..... pracował jako kierownik robót /kierownik budowy w ramach wymienionych w tym piśmie zamówień, gdzie ESTYP S.C. potwierdziła, iż przepracował do dzisiaj 5 lat i 11 miesięcy jako kierownik robót/kierownik budowy na drogach krajowych, mógł być w tej mierze uznany za bardziej wiarygodny. Należy wskazać, że Konsorcjum SITA informacji w tym piśmie zawartych nie poparło żadnym innym dowodem, np. protokołem odbioru, dziennikiem budowy, jakimkolwiek dokumentem innym niż oświadczenie wykonawcy lub podmiotu, który wskazaną osobę zatrudniał potwierdzającym faktyczny udział A..... M..... K..... w wykonywaniu funkcji kierownika robót/kierownika budowy. Ponadto informacje te pozostają w sprzeczności z pismem Zamawiającego z 26 lutego 2013 r. Pismo nie uwzględnia informacji Zamawiającego o wcześniejszym zakończeniu umów: - tj. w pkt 8, iż umowa nr 131/2011 z dnia 25 lipca 2011 r. podpisana na okres 26 lipca 2011 r. - 31 grudnia 2012 r. faktycznie zakończyła się 31 października 2012 r. - pkt 1 pisma Zamawiającego, - w pkt 7, iż umowa nr 233/2009 z dnia 18 listopada 2009 r. zawarta na okres 18 listopada 2009 r. - 18 listopada 2012 r. faktycznie zakończyła się 6 czerwca 2011 r. - pkt 2 pisma Zamawiającego, - w pkt 5, iż umowa nr 37/2008 z dnia 30 kwietnia 2008 r. zawarta na okres 30 kwietnia 2008 r. - 31 grudnia 2009 r. faktycznie zakończyła się 17 grudnia 2009 r. - pkt 4 pisma Zamawiającego, - w pkt 3 pisma, iż umowa nr 13/BUD/Z.11/2007 z dnia 8 października 2007 r. zawarta na okres 8 października 2007 r. - 31 grudnia 2007 r. faktycznie zakończyła się 11 grudnia 2007 r. - pkt 6 pisma Zamawiającego. Skoro umowy rozwiązano wcześniej, nie sposób przyjąć, aby wykonywano jakiekolwiek obowiązki poza okresem ich trwania. Konsorcjum SITA nie podważyło zresztą w żaden sposób ustaleń zawartych w piśmie Zamawiającego.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego o niemożności uznania, iż wykonawca dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania skutkujących wykluczeniem wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż bez wezwania do wyjaśnień nie można ustalić umyślności działania wykonawcy – przesłanki, zgodnie z aktualną linią orzecniczą, niezbędnej dla przyjęcia, iż zachodzi podstawa do wykluczenia z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji. Zdaniem Izby na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą w przypadku podniesienia zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji takie stanowisko nie

może być uznane za zasadne. Postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, gdzie obowiązują określone reguły dowodowe, tj. każdy z jego uczestników ma obowiązek

47

wykazania podnoszonych twierdzeń, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Odwołujący Konsorcjum Planeta jest zatem zobowiązany przy użyciu dostępnych mu dowodów wykazać, że takie zaniechanie naruszające art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp miało miejsce. Z kolei Zamawiający i/lub Konsorcjum SITA mogą podnosić dowody przeciwne, w tym co do motywacji wykonawcy.

Przy rozumowaniu przedstawionym przez Zamawiającego w razie braku wezwania do wyjaśnień odnośnie pobudek wykonawcy (co w razie zaniechania wykluczenia zapewne byłoby regułą) rozpoznanie przez Izbę zarzutu zaniechania wykluczenia ze względu na nieprawdziwą informację mającą (mogącą mieć) wpływ na wynik postępowania w istocie nie byłoby możliwe. Izba pomimo formalnego stwierdzenia przesłanek do wykluczenia z tej przyczyny (informacja nieprawdziwa, mająca lub mogąca mieć wpływ na wynik postępowania, brak okoliczności przemawiających za omyłkowym charakterem działań wykonawcy), uwzględniając odwołanie, byłaby zmuszona nakazywać wezwanie do wyjaśnień w celu ustalenia umyślności działania, bez możliwości stanowczego o postawionym zarzucie. Skutkiem tego byłoby kolejne rozstrzygnięcia zapewne postępowanie odwoławcze w tym zakresie, tym razem z uwzględnieniem oceny złożonych wyjaśnień.

W ocenie Izby skoro ustawa Pzp przewiduje możliwość wniesienia odwołania wobec zaniechania czynności Zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), zadaniem Izby jest rozpoznanie i rozstrzygnięcie tego zarzutu w postępowaniu odwoławczym, w którym zarzut został zgłoszony. Dotyczy to także ustalenia przesłanki umyślności działania. Nie sposób uznać, aby opierając się o stan faktyczny sprawy i zgromadzony materiał dowodowy, nie było to możliwe.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Izby Odwołujący Konsorcjum Planeta w wystarczający sposób wykazał, że zachodzi podstawa do wykluczenia Konsorcjum SITA ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Wskazana osoba - M. K. - nie posiada doświadczenia, na które się powołano. Śadek dokument poza oświadczeniem ESTYP S.C. nie potwierdza, że wykonywał on funkcję kierownika robót/kierownika budowy we wskazanym zakresie i w ramach podanych zamówień przez wymagany warunkiem czas. Samo oświadczenie ESTYP S.C. nie może być uznane zdaniem Izby za wystarczający dowód wykonywania powyższych funkcji. Jak wskazano powyżej zawiera ono szereg nieścisłości co do okresów trwania poszczególnych umów, nie odnosi się też do okoliczności podnoszonych przez Odwołującego Konsorcjum Planeta i składanych dowodów, iż A. M. K. nie widnieje na żadnym dokumencie dotyczącym zamówień, co do których został wskazany jako kierownik robót/kierownik budowy (z zastrzeżeniem protokołu odbioru do umowy nr

48

2/Z.11/2008 z dnia 10 lutego 2008 r. na wykonanie ścinki poboczy). Izba nie dała wiary, aby było możliwym, że pełniąc funkcję związaną z bieżącym kierowaniem/nadzorowaniem robotami przez taki długi okres, nie podpisywał żadnego dokumentu związanego z realizacją robót, nie figurował w umowach (w przeważającej mierze), protokołach odbioru ani w dziennikach budowy. Konsorcjum SITA nie przedstawiło żadnego dowodu, który w świetle poczynionych ustaleń czyniłby oświadczenie zawarte w wykazie wiarygodnym. Poprzestał właściwie na stanowisku, iż w ramach tego typu robót funkcjonuje kilku kierowników i brak jest obowiązku sporządzania formalnych dokumentów, w których podlegaliby oni ujawnieniu. W takiej sytuacji zdaniem Konsorcjum SITA należy poprzestać na oświadczeniu wykonawcy lub innego podmiotu. Izba zauważa, iż to wykonawca ma obowiązek wykazać Zamawiającemu okoliczności potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2a ustawy Pzp), przy czym muszą być one dla Zamawiającego weryfikowalne. Tymczasem Konsorcjum SITA nawet nie uprawdopodobniło, że faktycznie wskazana osoba funkcję tę pełniła. Zdaniem Izby Odwołujący Konsorcjum Planeta w wystarczający sposób, przy wykorzystaniu dostępnych dla siebie dowodów, okoliczność przeciwną niż oświadczenie zawarte w wykazie potwierdził. Co więcej stanowisko Odwołującego

Konsorcjum Planeta zostało poparte przez Zamawiającego w przedłożonym przez niego piśmie z 26 lutego 2013r.

Odnosnie spornej kwestii przypisania umyślnego charakteru działaniu Konsorcjum SITA, to w ocenie Izby Konsorcjum SITA w żaden sposób nie uprawdopodobniło, że istniały jakiegokolwiek okoliczności, które mogłyby wskazywać na omyłkowy charakter informacji podanych w wykazie. Należy bowiem zauważyć, iż treść warunku była jednoznaczna i nie budziła wątpliwości. Należało wykazać się doświadczeniem w kierowaniu lub nadzorowaniu robót z zakresu utrzymania dróg na drogach klasy min. G. Bez wątpienia chodziło zatem o faktycznie wykonywane funkcje, a nie formalne wskazanie w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia, co nie znalazło następnie odzwierciedlenia w rzeczywistym sposobie jego realizacji. Należy zauważyć, iż A..... M..... K..... jest prezesem zarządu komplementariusza członka Konsorcjum SITA uprawnionym do reprezentacji członka konsorcjum, nie sposób zatem przyjąć, aby nie miał on świadomości co do prawdziwości podawanych informacji, w tym posiadanego przez siebie faktycznego doświadczenia. Przystępujący Konsorcjum SITA nie wnioskował o przeprowadzenie jakichkolwiek innych dowodów np. z zeznań świadków potwierdzających jego stanowisko o faktycznym wykonywaniu funkcji kierownika robót/kierownika budowy. Ograniczył się do własnych twierdzeń i oświadczenia ESTYP S.C., które obarczone jest szeregiem wad wskazanych powyżej. Należy też zwrócić uwagę, iż to ESTYP S.C. zwróciła się do Zamawiającego o potwierdzenie zakresu doświadczenia A..... M..... K.....,

49

a pismo z 26 lutego 2013 r. niezgodne z oświadczeniem ESTYP S.C. stanowi na powyższy wniosek odpowiedź.

W świetle powyższego zdaniem Izby okoliczności potwierdzające zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SITA z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania odnosnie doświadczenia zawodowego A..... M..... K..... (wymagany potencjał kadrowy - kierownik robót) zostały w wystarczającym stopniu dowiedzione, a Zamawiający zobligowany jest do dokonania zaniechanej czynności.

W konsekwencji z uwagi na niemożność wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i konieczność wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Konsorcjum SITA nie potwierdziło też spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie uznała zasadności zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania dotyczących wiedzy i doświadczenia (zaniechania wykluczenia z tej przyczyny) poprzez wykazanie się robotami mostowymi a nie robotami dotyczącymi utrzymania dróg (zarzut I odwołania - zamówienia podane w poz. 2, 3, 4 i 5 wykazu robót - załącznik 3.1 do oferty). Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż nie można w tym przypadku mówić o złożeniu nieprawdziwych informacji, skoro w innym postępowaniu Zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy co do możliwości posłużenia się takim doświadczeniem dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pismo wykonawcy z 20 lipca 2012 r.). Wykonawca mógł być zatem przekonany, że i w obecnym postępowaniu na takie doświadczenie będzie mógł się powołać. W takiej sytuacji nie sposób uznać, iż podano informacje nieprawdziwe, skoro wykonawca określone zamówienia realizował, jednak dokonywał innej niż Odwołujący Konsorcjum Planeta wykładni warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego Konsorcjum Planeta, iż Konsorcjum SITA poprzez niejednoznaczne opisy pozycji w wykazie próbował te okoliczności ukryć. Zamawiający przyznał, że okoliczność ta była mu znana, opisy odwoływały się do treści warunku tak jak i u innych wykonawców, a z referencji i tak jednoznacznie wynika, czego roboty dotyczyły. Izba uznaje zatem, że wykonawca niewątpliwie nie próbował w tym zakresie wprowadzać świadomie Zamawiającego w błąd, skoro dotychczasowa wiedza Zamawiającego oraz treść dokumentów zawartych w ofercie pozwalała na ustalenie przedmiotu robót. Powyższe okoliczności podlegały zatem ocenie Zamawiającego z punktu widzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w podanym wyżej zakresie należy zatem uznać

50

za bezzasadny.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, a względnie wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, pomimo że Konsorcjum SITA nie potwierdziło spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ze względu na posłużenie się robotami mostowymi a nie robotami dotyczącymi utrzymania dróg (poz. 2, 3, 4, i 5 wykazu - załącznik 3.1 do oferty) zauważyć należy, co następuje.

Warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 7.2.2a IDW przewidywał:

"7.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...)

2) posiadania wiedzy i doświadczenia:

a) Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- robót z zakresu utrzymania dróg klasy min. G w zakres których wchodziły: roboty odwodnieniowe, remonty poboczy dróg, remonty/wykonanie chodników/zatok autobusowych, naprawa/uzupełnienie ogrodzeń drogowych za łączną kwotę minimum 10 000 000,00 zł brutto,

- robót z zakresu utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń brd w tym naprawy powypadkowe na drogach klasy min. G za łączną kwotę minimum 5 000 000,00 zł brutto,

- robót z zakresu utrzymania nawierzchni - remontów cząstkowych na drogach klasy min. G za łączną kwotę minimum 100 000,00 zł brutto".

Warunek odwoływał się zatem do "robót z zakresu utrzymania dróg klasy min. G" o określonym zakresie rzeczowym i wartościowym. Zamawiający nie wprowadził wyraźnego ograniczenia zakresu rzeczowego warunku poprzez jednoznaczne wskazanie, że należy wykazać się robotami w utrzymaniu dróg na określonej długości, nie wyłączył robót prowadzonych na obiektach inżynierskich znajdujących się w ciągu takich dróg. Jak wskazano powyżej - Zamawiający posłużył się pojęciem dróg klasy min. G, wskazał wymagany zakres rzeczowy robót i ich łączną wartość. Konsorcjum SITA w swojej argumentacji odwoływało się do definicji legalnej drogi zawartej w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, zgodnie z którą droga to budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym. Z kolei drogowy obiekt inżynierski to obiekt mostowy, tunel, przepust,

51

konstrukcja oporowa. Obiekt mostowy to budowla przeznaczona do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji nad przeszkodą terenową, w szczególności: most, wiadukt, estakada, kładka. Do definicji tych odwołuje się także Szczegółowa Specyfikacja Techniczna cz. 2. Tym samym drogowe obiekty inżynierskie, np. mostowe, znajdujące się w ciągu drogi, zgodnie z powyższą definicją, stanowią jej element jako całości techniczno-użytkowej. Należy zauważyć, że na obiektach inżynierskich także znajdują się pasy ruchu, chodniki, tak jak w regularnym ciągu drogi. Z uwagi na treść warunku uznać zatem należy, iż roboty utrzymaniowe o zakresie podanym przez Zamawiającego przeprowadzone na obiektach inżynierskich znajdujących się w ciągu drogi o wymaganej klasie nie były przez Zamawiającego wyłączone. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem niejednoznaczne postanowienia SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niedostatecznej precyzji zamawiającego. Nie można podzielić stanowiska Odwołującego Konsorcjum Planeta jakoby tego typu doświadczenie było dla wykonania robót objętych zamówieniem całkowicie nieprzydatne, gdyż zamówienie dotyczy także utrzymania obiektów inżynierskich. Ponadto należy zauważyć, iż Odwołujący Konsorcjum Planeta swoją argumentację oparł na kwalifikacji, że każda robota wykonana na obiekcie inżynierskim ma charakter roboty mostowej i jako taka nie mieści się w treści warunku. Przyjął zatem, że specyfika miejsca wykonania roboty determinuje jej charakter i

uniemożliwia kwalifikację jako objętą zakresem warunku. Robota taka wymaga bowiem zastosowania innej technologii, a w konsekwencji inna jest wartość wykonywanych robót. Zdaniem Izby rozumowanie takie należy uznać za nazbyt uproszczone. Słusznie zauważało Konsorcjum SITA, że droga, która przebiega przez obiekt inżynierski (most, wiadukt) pozostaje nadal drogą, nie zmienia się jej klasa (Konsorcjum SITA przywoływało pozycję nr 4 - Aleje Jerozolimskie biegnące przez Most Poniatowskiego). Istotnie droga ta może różnić się od typowych odcinków (nie ma np. pobocza), co jednak nie oznacza, że ulega ona w tym miejscu jakiemuś sztucznemu wydzieleniu, przestaje być drogą. Odwołujący Konsorcjum Planeta kwestionował np. wykonanie chodników w Al. Jerozolimskich na Moście Poniatowskiego (poz. 4 wykazu), podnosząc w toku postępowania przed Izbą, iż na mostach technologia wykonania chodników jest odmienna i wielokrotnie droższa. Wykonawca może zatem w łatwiejszy sposób wykazać spełnienie warunku wartościowego. Należy jednak zauważyć, iż w świetle treści warunku sama okoliczność, że technologia wykonania robót jest dostosowana do miejsca ich wykonania, co w konsekwencji wpływa na cenę, nie jest tożsame z przyjęciem, że nie jest to wykonanie chodnika na drodze klasy min. G (jak w treści warunku). Co do przywołanego przykładu postępowania dotyczącego "wykonania robót i czynności utrzymaniowych na obiektach inżynierskich w Warszawie w roku 2011" zdaniem Izby jest on nieadekwatny do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Odnosi się

52

bowiem do postępowania w zakresie robót i utrzymania tylko obiektów inżynierskich, treść warunku jest jednoznaczna, a ponadto referuje do robót specyficznych dla obiektów inżynierskich. To, że zamawiający nie postawił warunku dotyczącego robót obejmujących nawierzchnię jezdni oznaczać może, że doświadczenie w tym zakresie nie miało dla niego znaczenia, zamówienie takich robót nie obejmowało czy obejmowało je w marginalnym zakresie. Może także świadczyć o tym, że wykazanie się doświadczeniem w tym zakresie nie decydowało o uznaniu, że wykonawca jest w stanie rzetelnie wykonać przedmiot zamówienia. Odwołujący Konsorcjum Planeta nie wykazał także, że takimi właśnie robotami - typowymi robotami mostowymi, odnoszącymi się do elementów konstrukcji czy wyposażenia obiektu - posłużył się wykonawca Konsorcjum SITA, wykazując spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca mógł wykazywać się pojedynczymi robotami o zakresie zbieżnym z treścią warunku (tj. osobno robotami odwodnieniowymi, wykonaniem/remontem chodników itd.), których łączna wartość wynosić miała 10 mln zł brutto. Zdaniem Izby Odwołujący Konsorcjum Planeta nie wykazał, aby np. robota z pozycji 4 - "wykonanie robót utrzymaniowych odcinka Alej Jerozolimskich (droga klasy G)" obejmująca "remont/wykonanie chodników" na kwotę 5 965 892,32 zł nie mogła być kwalifikowana jako wykonanie chodników czy z pozycji nr 5 - "wymiana częściowa nawierzchni i izolacji na jezdni i chodnikach w ciągu ulic Łopuszańska - Hynka w Warszawie (klasa drogi G) nie mogła być kwalifikowana jako robota z zakresu utrzymania nawierzchni - remonty częściowe na drogach klasy min. G. Sama okoliczność, że wykonane zostały na moście czy wiadukcie zdaniem Izby, biorąc pod uwagę treść postawionego warunku, nie oznacza wyłączenia z zakresu robót utrzymaniowych na drogach klasy min. G. Postawiony zarzut nie może zatem zostać uznany za zasadny.

Uwzględniając powyższe rozważania, nie potwierdził się również zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum SITA, a względnie wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonych dokumentów - wykazu wiedzy i doświadczenia, pomimo zawarcia w dokumencie w poz. 4 i 5 informacji nieprawdziwych, całkowicie sprzecznych z zasadami wiedzy technicznej i doświadczenia życiowego. W toku postępowania przed Izbą nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego Konsorcjum Planeta, iż wskazane w pozycji 4 roboty "wykonanie robót utrzymaniowych odcinka Alej Jerozolimskich (droga klasy G)" obejmujące "remont/wykonanie chodników" nie mogły być wykonane na kwotę 5 965 892,32 zł. Odwołujący Konsorcjum Planeta nie przedstawił dowodów podważających twierdzenia Konsorcjum SITA o wartości wykonanych robót. Uznał także prawdziwość twierdzenia, iż wykonanie chodników na obiekcie mostowym z uwagi na specyfikę technologii, jaką należy zastosować, jest wielokrotnie droższe niż wykonanie chodnika w

53

regularnym ciągu drogi. Jak było to już wskazane, Zamawiający w treści warunku nie wyłączył wykonywania robót w ciągu drogi znajdującym się na obiekcie inżynierskim (tu: moście), sama robota była zgodna z zakresem rzeczowym (wykonanie chodników), nie dotyczyła więc utrzymania konstrukcji mostu, lecz elementu wyposażenia drogi. Podobnie robota pod pozycją 5 odnosiła się do elementów wyposażenia drogi - jezdni i chodników, była zgodna z zakresem rzeczowym - "roboty z zakresu utrzymania nawierzchni - remontów cząstkowych na drogach klasy min. G" - skoro obejmowała wymianę nawierzchni jezdni i chodników. Okoliczność, czy roboty te miały dokładnie wartość podaną przez wykonawcę, jak sam Odwołujący Konsorcjum Planeta zauważał, nie miała znaczenia dla Zamawiającego. Warunek odnosił się bowiem do wartości min. 100 000 zł, a Odwołujący Konsorcjum Planeta nawet nie uprawdopodobnił, że rzeczywista kwota robót możliwych do zakwalifikowania jako "remont cząstkowy nawierzchni" nie mieściła się w wymaganym minimum, zwłaszcza, że remont cząstkowy nawierzchni wykazany został i w innych pozycjach (np. poz. 4).

Nie potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum SITA pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w wyjaśnieniach dotyczących robót w zakresie poboczy dróg i ogrodzeń drogowych.

W odniesieniu do robót polegających na naprawie, uzupełnianiu i wymianie ogrodzeń drogowych i remontach poboczy dróg Odwołujący Konsorcjum Planeta, stawiając zarzut nieprawdziwych informacji, odniósł się do wyjaśnień Konsorcjum SITA z dnia 19 listopada 2012r. Wykonawca Konsorcjum SITA wskazał Zamawiającemu w pkt II a, iż wykazywane przez niego :

1. Wykonanie robót i czynności utrzymaniowych w ciągu dróg klasy min. G w okresie 14.03.2007r. - 30.11.2009r. obejmowało „naprawy, uzupełnianie i wymiany ogrodzeń drogowych (13.036, 26 zł), remonty poboczy dróg (21.313, 00 zł)."
2. Wykonanie robót i czynności utrzymaniowych w ciągu dróg klasy min. G w okresie 01.01.2011 r. - 31.12.2011 r. obejmowało „naprawy, uzupełnianie i wymiany ogrodzeń drogowych (12.300, 00 zł)", remonty poboczy dróg 24.149, 29 zł."

Odwołujący Konsorcjum Planeta podnosił, iż z analizy dokumentacji dotyczącej tych robót oraz z pisma Zarządu Dróg Miejskich, na rzecz którego roboty były wykonywane wynika, że prace polegające na naprawie, uzupełnianiu i wymianie ogrodzeń drogowych i remontach poboczy dróg nie były wykonywane.

W odniesieniu do robót polegających na remontach poboczy dróg należy jednak

54

zauważyć, co słusznie podnosiło Konsorcjum SITA, iż dla potwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest wykazanie wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania. Tymczasem Odwołujący Konsorcjum Planeta pominął okoliczność, że roboty polegające na remoncie poboczy dróg zostały przez Konsorcjum SITA wykazane także z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego - ESTYP S.C. (poz. 6,8,9, 10) wykazu 3.1. powyższe pozycje wykazu nie były przez Odwołującego Konsorcjum Planeta kwestionowane. Powyższe oznacza zatem, że warunek udziału w tym zakresie został przez Konsorcjum SITA potwierdzony innymi robotami niż objęte zarzutem, toteż ewentualna nieprawdziwość informacji pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Co zarzutu dotyczącego robót polegających na naprawie, uzupełnieniu lub wymianie ogrodzenia podnieść należy, iż w ocenie Izby za nieprawdziwą nie można uznać informacji obrazującej odmienny sposób interpretacji warunku udziału w postępowaniu. W toku rozprawy przed Izbą Konsorcjum SITA przedstawiało argumentację, iż przez ogrodzenie drogowe rozumieć należy każde ogrodzenie ustawiane na drodze. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż przez ogrodzenie drogowe rozumieć należy ogrodzenie dróg tj. siatki, słupki stanowiące przeszkodę zapobiegającą wtargnięciu na drogę. Tym samym przykłady robót wskazane w piśmie Zarządu Dróg Miejskich z 14 lutego 2013 r. przedstawionym przez Konsorcjum SITA (np. wygrozdzenia wiaduktów, elementy wygrozdzenia przejść dla pieszych) nie mogą być uznane za spełniające warunek udziału w postępowaniu. Powyższe nie oznacza jednak utożsamienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, co raczej o "kreatywnej", bardzo

rozszerzającej interpretacji warunku. O wątpliwościach wykonawcy w tym zakresie świadczyć może także przedłożenie referencji wraz z wyjaśnieniami z 19 listopada 2012 r. dotyczącej robót realizowanych przez ESTYP S.C. Z wyjaśnień nie wynika jednak jednoznacznie, iż Konsorcjum SITA dokonało samodzielnego uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazano wprawdzie, iż referencje ESTYP S.C. na roboty związane z utrzymaniem ogrodzenia drogi krajowej nr 8 dk nr S-8 załączane są dodatkowo w uzupełnieniu doświadczenia wykonawcy, jednak nie towarzyszyła temu równoczesna modyfikacja wykazu. Nie było też przez Zamawiającego oceniane. Powyższe oznacza, że choć w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do robót polegających na naprawie, uzupełnieniu lub wymianie ogrodzenia nie został potwierdzony. Z uwagi jednak na wykluczenie Konsorcjum SITA z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót, ewentualne wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3

55

ustawy Pzp jest bezprzedmiotowe.

Podobna sytuacja dotyczy zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum SITA w odniesieniu do prac wykonanych w ramach pozycji 2 wykazu wiedzy i doświadczenia dotyczących utrzymania oznakowania pionowego i poziomego na kwotę 17 668,86 zł, pomimo że takie roboty nie były wykonywane i pozycji 3 wykazu wiedzy i doświadczenia kwoty 80 444,95 zł. Odwołujący Konsorcjum Planeta uzyskał informację od Zarządu Dróg Miejskich (pismo z 31 stycznia 2013 r.) o niewykonywaniu w ramach zamówień podanych w pozycji 2 i 3 robót związanych z utrzymaniem oznakowania pionowego i poziomego na drogach samochodowych. W toku postępowania przed Izbą ustalone zostało, że prace odnosiły się do utrzymania oznakowania pionowego i poziomego w ramach czasowej organizacji ruchu. W ocenie Izby taka interpretacja treści warunku przez Konsorcjum SITA jest wadliwa. Roboty polegające na utrzymaniu oznakowania pionowego i poziomego potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu winny odnosić się do utrzymania stałego oznakowania pionowego i poziomego, gdyż taki zakres robót objęty jest przedmiotem zamówienia. Oznakowanie czasowej organizacji ruchu związane jest z robotami wykonywanymi w pasie drogowym i nie jest tożsame z bieżącym utrzymywaniem istniejącego oznakowania pionowego i poziomego. Podobnie jak i w odniesieniu do robót polegających na naprawie, uzupełnieniu lub wymianie ogrodzenia nieprawidłowa, nazbyt rozszerzająca interpretacja warunku udziału w postępowaniu skutkująca wykazaniem się pracami, które w zakresie warunku się nie mieszczą, nie potwierdza równocześnie, że złożone zostały nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Tym samym Konsorcjum SITA winno co do zasady zostać wezwane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, aczkolwiek w przedmiotowej sprawie z uwagi na potwierdzenie się zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum SITA z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót (skutkujące koniecznością dokonania czynności wykluczenia), wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowe.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum SITA pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w dokumentach w poz. 6 załącznika nr 3.2 - wykazu wiedzy i doświadczenia oraz w referencjach dla WZRT Północ sp. z o.o. wystawionych przez M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Elsystem Instalacje elektryczne K..... M..... podnieść należy, iż sam Odwołujący Konsorcjum Planeta w toku postępowania przed Izbą przyznał, iż wykazanie w

56

przedmiotowym przypadku przesłanki wpływu ewentualnej nieprawdziwej informacji na wynik postępowania nie jest możliwe. Zasadnie podnosił Zamawiający, iż stawiając powyższy zarzut, Odwołujący Konsorcjum Planeta pominął okoliczność, że w zawartym w ofercie wykazie usług Konsorcjum SITA wskazało w pozycji wykonanie usług z zakresu

utrzymania oświetlenia drogowego i sygnalizacji świetlnej oraz konserwacji przepompowni na drogach klasy min. G na łączną kwotę prac odebranych znacznie przekraczającą wymóg Zamawiającego zawarty w pkt 7.2.2.b IDW :

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu/wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- usług z zakresu utrzymania oświetlenia drogowego i sygnalizacji świetlnej oraz konserwacji przepompowni na drogach klasy min. G, za łączną kwotę prac odebranych (wykonanych należycie) minimum 1 500 000,00 zł brutto,(...)”.

Tym samym nawet w sytuacji gdy informacja nie byłaby zgodna z rzeczywistością postawiony zarzut należy uznać za bezzasadny, a Konsorcjum SITA nie podlegałoby wykluczeniu z tej przyczyny z postępowania.

Izba uznała, iż powyższa okoliczność nie może stać się także podstawą dla odrzucenia oferty Konsorcjum Sita na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 czerwca 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący Konsorcjum Planeta podnosił, że działanie Konsorcjum SITA było sprzeczne z prawem (posługiwanie się dokumentem poświadczającym nieprawdę), sprzeczne z dobrymi obyczajami (przedstawienie dokumentu poświadczającego nieprawdę z inwestycji wykonanej przez konkurencję w jednym przetargu) oraz naruszyło interes Odwołującego Konsorcjum Planeta (Konsorcjum SITA przy użyciu takiego dokumentu usiłuje uzyskać zamówienie kosztem Odwołującego Konsorcjum Planeta). Zdaniem Izby zauważyć należy, iż ustawa Pzp przewiduje odrębną sankcję za podanie nieprawdziwych informacji mających (mogących mieć) wpływ na wynik postępowania - sankcjonuje takie działanie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Powyższe konsekwencje związane są zatem z negatywną oceną podmiotową wykonawcy jako niewiarygodnego, który nie powinien brać dalszego udziału w postępowaniu. Należy jednak zauważyć, iż nie każde podanie nieprawdziwych informacji podlega powyższej sankcji - tylko takie, które ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. *A contrario* ustalenie braku takiego wpływu oznacza, iż wykonawca pozostaje w postępowaniu, a jego oferta podlega dalszej ocenie. Tymczasem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy oceny oferty - przewiduje bowiem, że odrzuceniu podlega oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym to zawartość oferty musi zawierać elementy, które świadczą o tym, że wykonawca poprzez jej złożenie dopuszcza się

57

czynu nieuczciwej konkurencji, nie zaś dokumenty składane na potwierdzenie warunków podmiotowych. Gdyby przyjąć rozumowanie Odwołującego Konsorcjum Planeta to każde posłużenie się dokumentem przedkładanym dla wykazania warunków udziału w postępowaniu niezgodnym z rzeczywistością, nawet takie z którym nie wiązałby się negatywny rezultat dla wykonawcy w postaci wykluczenia z postępowania z uwagi na brak wpływu na jego wynik, i tak musiałoby skutkować odrzuceniem oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby skoro ustawa Pzp wprowadza dwa reżimy wyłączenia wykonawcy z postępowania, przewidując w tym zakresie odrębne przesłanki - wykluczenie wykonawcy i odrzucenie oferty - należy powyższe przepisy stosować konsekwentnie i niezależnie. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalone zostało, że wykonawca Konsorcjum SITA nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, (gdyż niezależnie od okoliczności, czy podane przez niego informacje odnośnie doświadczenia WZRT Północ Sp. z o.o. są zgodne z prawdą czy nie oraz ewentualnego umyślnego charakteru posłużenia się nimi, nie mają one żadnego wpływu na wynik postępowania), a art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie znajdzie w tym przypadku zastosowania.

Zdaniem Izby Odwołujący Konsorcjum Planeta nie wykazał zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum SITA, pomimo nieprawdziwych informacji złożonych w wyjaśnieniach dla Zamawiającego, mających przekonać Zamawiającego, jakoby wszystkie roboty wykonywane przez Wykonawcę dotyczyły dróg klasy G. Odwołujący Konsorcjum Planeta powoływał się na okoliczność, że w wyjaśnieniach z dnia 19 listopada 2012r. wykonawca Konsorcjum SITA wskazał jednoznacznie, że wykonanie robót i czynności utrzymaniowych w ciągu dróg klasy min. G w okresie 14.03.2007 r. - 30.11.2009 r. dotyczyło następujących wartości: 4.991.923, 16 zł - poz. 5 Naprawy wyposażenia,

395.431, 04 zł - poz. 6 Naprawy/remonty/wykonanie jezdni i chodników, w okresie 01.01.2011 r. - 31.12.2011 r. dotyczyły następujących wartości 8 314 345, 44 zł - poz. 6 Naprawy wyposażenia, 3 265 546, 59 zł - poz. 7 Naprawy/remonty/wykonanie jezdni i chodników. Odwołujący Konsorcjum Planeta podnosił, że nie wszystkie roboty objęte ww. wartościami wykonane zostały na drogach klasy min. G. Odwołujący Konsorcjum Planeta wskazał na przykładowe pozycje, gdzie roboty nie były robotami wykonanymi w ciągu dróg klasy min. G. Izba zauważyła, iż Odwołujący Konsorcjum Planeta, stawiając powyższy zarzut, nie zdołał jednak wykazać, że podnoszona przez niego okoliczność miała wpływ na wynik postępowania, tj. że roboty, które powołał jako niewykonane w ciągu dróg klasy min. G mają istotny wpływ na spełnienie przez wykonawcę warunku - są dla spełnienia warunku niezbędne pod względem wartościowym czy rzeczowym. Rolą odwołującego nie jest tylko sygnalizacja uchybień w dokumentach składanych przez konkurenta, ale wykazanie zarzutu,

58

na który się powołuje. Zdaniem Izby Odwołujący Konsorcjum Planeta takiego dowodu nie przeprowadził. Biorąc od uwagę wartość robót w innych pozycjach nie kwestionowanych przez Odwołującego Konsorcjum Planeta oraz uwzględniając fakt, że Izba nie uznała słuszności argumentacji Odwołującego Konsorcjum Planeta co do niemożności uwzględnienia robót wykonywanych na obiektach inżynierskich, zarzut należy uznać za niepotwierdzony.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących Konsorcjum Pol-Dróg Izba uznała je za niezasadne. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego oraz Konsorcjum Pol-Dróg, że podane przez Konsorcjum Pol-Dróg okoliczności świadczą o omyłkowym charakterze nieprawidłowości w dokumentach tego wykonawcy, a nie o zamiarze wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Odwołujący Konsorcjum Planeta nie wykazał, aby istotnie wadliwości te były celowe, zamierzone.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Planeta w wykazie robót - załącznik 3.1. poz. 4 Konsorcjum Pol-Dróg złożyło nieprawdziwą informację dotyczącą wykonania utrzymania oznakowania poziomego i pionowego oraz urządzeń Brd w tym naprawy powypadkowe o wartości 1 730 094,78 zł. Jako zamawiającego podano GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Wieluniu, a w opisie zadania wykonawca wskazał "Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego Wykonanie robót z zakresu utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń Brd w tym naprawy powypadkowe na drogach klasy min. G na kwotę brutto 1 730 094,78 zł", daty wykonania: 09.06.2009 – 31.12.2011 r. W wyjaśnieniach z 20 listopada 2012 r., odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących poz. 2 i 3 formularza 3.1., Konsorcjum Pol-Dróg poinformowało, że przy wypełnianiu formularza 3.1. omyłkowo wpisano informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.2. IDW – kolumna 3, doprowadzając do rozbieżności w nazwie zadania w formularzu i referencjach załączonych do niego. Zaznaczało, że podobne omyłki wystąpiły w innych pozycjach formularza. Dla ostrożności w postępowaniu mając powyższe na uwadze załączył do wyjaśnień właściwie wypełniony formularz 3.1. wraz z dokumentami potwierdzającymi wartość wykonanych prac. Zamawiający zwracał się także o wyjaśnienie załącznika 3.2., jednak w innym zakresie niż objęty odwołaniem. Pismem z dnia 17 grudnia 2012 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie dotyczące pozycji nr 4 formularza 3.1. – Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego – Wykonanie robót z zakresu utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń Brd w tym naprawy powypadkowe na drogach klasy min. G na kwotę brutto 1 730 094,78 zł" wykonane przez Pol-Dróg Dolny Śląsk S.A., czas realizacji 09.06.2009 r. – 31.12.2011 r. Zamawiający

59

podawał, iż z posiadanych przez niego informacji wynika, że wartość tych robót wynosi 1 378 902,87 zł. Powyższa informacja została stwierdzona na podstawie dokumentów z postępowania na bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. gr. Woj. Łódzkiego i mazowieckiego – węzeł Konotopa (...), tj. pisma z 20 września 2012 r. od GDDKiA Oddział w Łodzi powołanego jako dowód w postępowaniu odwoławczym KIO

2042/12. W wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania KIO nakazała uzupełnić podstawę wykluczenia, uznając że w zakresie tej pozycji zostały złożone nieprawdziwe informacje. Ponadto Zamawiający oczekiwał wyjaśnień dotyczących załącznika 3.2 pozycje 3 i 22. W zakresie pozycji 3 Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego – robót z zakresu utrzymania nawierzchni – utrzymanie oświetlenia drogowego oraz konserwacja przepompowni na drogach klasy min. G na kwotę 174 876,10 zł brutto wykonane przez Pol-Dróg Dolny Śląsk S.A. (Czas realizacji 09.06.2009 r. – 31.12.2011 r.). Z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika, że w ramach powyższego zadania usługi w zakresie oświetlenia drogowego i przepompowni nie były wykonywane. Powyższa informacja została stwierdzona na podstawie dokumentów z postępowania na bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. Gr. Woj. Łódzkiego i mazowieckiego – węzeł Konotopa (...), tj. pisma z 20 września 2012 r. od GDDKiA Oddział w Łodzi powołanego jako dowód w postępowaniu odwoławczym KIO 2042/12. W wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania KIO nakazała uzupełnić podstawę wykluczenia, uznając że w zakresie tej pozycji zostały złożone nieprawdziwe informacje. Odnośnie pozycji 22 załącznika nr 3.2. – Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego – robót z zakresu utrzymania nawierzchni – usług w zakresie utrzymania czystości obiektów mostowych i przepustów na drogach klasy min. G na kwotę 232 421, 49 zł brutto wykonane przez Pol-Dróg Dolny Śląsk S.A. (Czas realizacji: 09.06.2009 r. – 31.12.2011 r.). Z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika, że wartość tych robót wynosi 126 228, 879 zł. Powyższa informacja została stwierdzona na podstawie dokumentów z postępowania na bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. gr. Woj. Łódzkiego i mazowieckiego – węzeł Konotopa (...). Informacja ta była m.in. podstawą wykluczenia wykonawcy z ww. postępowania i została uznana za wiarygodną przez KIO. Pismem z 27 grudnia 2012 r. Konsorcjum Pol-Dróg wskazało, że Zamawiający nie może dysponować wiedzą na temat wartości robót potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.a) IDW w odniesieniu do zadania wskazanego w poz. 4, gdyż nie było ono przedmiotem postępowania przed KIO. Zauważało, że jak wskazano w poprzednich wyjaśnieniach w formularzu 3.1. informacje potwierdzające spełnienie warunków z pkt 7.2.2. IDW – kolumna 3 wpisane zostały omyłkowo, doprowadzając do rozbieżności w nazwie zadania i w formularzu i referencjach. Podobne omyłki wystąpiły także w innych pozycjach formularza, toteż dla ostrożności przedstawić

60

właściwie wypełniony formularz 3.1. wraz w dokumentami potwierdzającymi wartość wykonanych prac. Konsorcjum Pol-Dróg podnosiło, że skorzystano z prawa poprawienia błędów, jakie znalazły się w oświadczeniach i dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odnośnie pozycji 3 i 22 załącznika 3.2. Konsorcjum Pol-Dróg stwierdzało, iż podobnie jak wskazano powyżej w piśmie Zamawiający nie może dysponować wiedzą na temat wykonywania usługi w zakresie utrzymania oświetlenia drogowego oraz konserwacji przepompowni na drogach klasy min. G oraz wartości robót z zakresu utrzymania nawierzchni – usług w zakresie utrzymania czystości obiektów mostowych i przepustów drogowych na drogach klasy min. G potwierdzających spełnienie warunku z pkt 7.2 b) w odniesieniu do zadania Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego – wykonane przez Pol-Dróg Dolny Śląsk S.A., gdyż takie zadanie nigdy nie było przedmiotem postępowania przed KIO. Konsorcjum Pol-Dróg przywoływało wyjaśnienia z 20 listopada 2012 r., w których wskazano na błąd powielony z formularza 3.1. W kolumnie 3 umieszczono omyłkowy opis informacji potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonych w pkt 7.2.2).IDW. Pojawiła się tam informacja o wykonywaniu przez robót z zakresu „bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego” przez różne podmioty na rzecz różnych Oddziałów GDDKiA, co w oczywisty sposób nie koresponduje z załączonymi referencjami potwierdzającymi wykonanie robót. Dla ostrożności załączono zatem właściwy formularz 3.2. Konsorcjum Pol-Dróg wyjaśniało także, że błędy jakie pojawiają się w formularzach 3.1. i 3.2. złożonych wraz z ofertą mają charakter oczywisty. Powszechnie znanym faktem jest, że prace wykonywane na terenie województwa mogą być prowadzone na rzecz odpowiadającego mu oddziałowi GDDKiA. W wyniku omyłkowego umieszczenia w ofercie formularza zawierającego błędne dane wskazuje się, iż np. prace w województwie wielkopolskim były prowadzone na rzecz GDDKiA Oddział Łódź itp.

Niepodważalnym jest również fakt, że wraz z ofertą zostały złożone odpowiednie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum Pol-Dróg zauważyło, że wykonując swoje uprawnienia, dokonało uzupełnienia i poprawienia oferty poprzez załączenie do pisma z wyjaśnieniami poprawnych formularzy 3.1 i 3.2. wraz z brakującymi dokumentami potwierdzającymi wykonanie i wartość robót i usług wymaganych przez Zamawiającego do spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Izby Odwołujący Konsorcjum Planeta nie zdołał podważyć omyłkowego charakteru błędów zawartych w ww. kwestionowanych pozycjach formularza 3.1 i 3.2., a jak było to wskazane powyżej jedynie udowodnienie umyślnego działania wykonawcy w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd daje podstawę do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący Konsorcjum Planeta w treści

61

odwołania pominął faktyczny opis powyższych pozycji wynikający z kolumny 3, tj. że zarówno w poz. 4 załącznika 3.1., jak i poz. 3 i 22 załącznika 3.2. wykonawca Konsorcjum Pol-Dróg odwoływał się do robót wykonywanych na terenie województwa wielkopolskiego. Pominął także treść wyjaśnień Konsorcjum Pol-Dróg z 27 grudnia 2012 r. odnoszących się do kwestionowanych pozycji. Na rozprawie i w piśmie procesowym z 20 lutego 2013 r. wskazywał, że niezasadnym jest przyjęcie, aby błąd związany z przeklejeniem informacji ujętych w jednej pozycji mógł być odnoszony do ewentualnych omyłek w pozostałych pozycjach oraz nie zgadzał się ze stanowiskiem zawartym w przystąpieniu jakoby umieszczenie w opisie „na terenie województwa wielkopolskiego” sanowało nieprawdziwość oświadczenia. Ponadto jego zdaniem błąd szablonowy związany z przeklejeniem danych nie może stanowić parasola ochronnego dla składanych później wyjaśnień. Powyższe stanowisko zdaniem Izby nie może jednak być uznane za podważające w wystarczająco przekonujący sposób argumentację Konsorcjum Pol-Dróg o wadliwości technicznej sporządzenia wykazu związanej z przeklejeniem określonych pozycji między formularzami. Nie sposób bowiem zdecydowanie uznać, które elementy były wadliwe (w szczególności że sam opis), jak również stanowczo przesądzić, że wadliwość ta miała charakter umyślnego działania. Należy zauważyć, iż sam Zamawiający nie zdecydował się ostatecznie na uznanie tożsamości podważanych robót z tymi, co do których zostały stwierdzone nieprawdziwe informacje wyrokiem KIO 2042/12.

Zdaniem Izby skoro Odwołujący nie dowiódł, iż omyłkowy charakter błędów w wykazach nie jest możliwy, lecz wykonawca działał świadomie, z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, nie zachodzi podstawa do wykluczenia Konsorcjum Pol-Dróg z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji. Omyłkowy charakter błędów wynikający z niedostatecznej staranności w sporządzaniu dokumentu nie może być kwalifikowany jako umyślne podanie nieprawdziwej informacji. Tym samym w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Pol-Dróg z dodatkowych przyczyn wskazanych w odwołaniu nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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

62

Sygn. akt KIO 270/13

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczone od niego wpisy.

Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg spełnia także określone w art. 179 ust. 1 ustawy

Pzp materialno-prawne wymogi wniesienia odwołania. Złożył ofertę korzystniejszą cenowo niż oferta wybrana (jedyne kryterium - cena), tym samym potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu potencjalną możliwość uzyskania zamówienia, której to możliwości na skutek naruszeń powołanych w odwołaniu został pozbawiony.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego: dokumentację postępowania, w tym w szczególności ofertę Konsorcjum Pol-Dróg wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, odwołanie, zgłoszenia przystąpień, dokumenty składane w toku postępowania przed Izbą w tym: pismo Zamawiającego do GDDKiA Oddział w Łodzi z 23 lipca 2012 r., odpowiedź GDDKiA Oddział w Łodzi z 25 lipca 2012 r., zalecenia GDDKiA dot. projektowania, budowy i utrzymania odwodnienia dróg oraz przystanków komunikacyjnych, pismo procesowe Konsorcjum Planeta z 20 lutego i 5 marca 2013 r., pismo Zamawiającego z 5 marca 201 r. wraz z załącznikami, wyliczenie wartości robót i dokumenty związane z realizacją i rozliczeniem zamówienia podanego w poz. 1 wykazu 3.1. (w tym SIWZ, Specyfikacja techniczna, umowa), weryfikację wyliczenia wartości robót Odwołującego Pol-Dróg wraz z dokumentami odbiorowymi oraz opisem przedmiotu zamówienia dotyczące pozycji nr 1 wykazu 3.1. (Konsorcjum Planeta). Opinię n/t poprawy odwodnienia drogi poprzez wykonanie nakładki mineralno-asfaltowej z października 2012 r. Instytutu Badawczego Dróg i Mostów Izba uznała za stanowisko strony, nie przydając jej statusu opinii biegłego. Podobnie opinię Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa z 4 marca 2013 .

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępujących: Konsorcjum Planeta i Konsorcjum SITA przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, które miały (mogły mieć) wpływ na wynik postępowania.

63

Zamawiający potwierdził, iż podstawą wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg były informacje zawarte w pozycji 1 załącznika nr 3.1. wykaz (pierwotna wersja), tj. powołanie się w informacji o wyniku postępowania na pozycje 2 i 3 miało miejsce tylko w celu prezentacji stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu. Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg w zakresie pozycji 2 i 3 tego załącznika oraz modyfikację tych pozycji dokonaną w wyjaśnieniach z 20 listopada 2012 r. (złożono wówczas nowy załącznik 3.1.), zarówno co do opisu jak i wartości. Zamawiający nie dokonywał weryfikacji zmodyfikowanych pozycji, nie badał podstaw wyliczenia podanych przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg wartości. Biorąc powyższe pod uwagę, przedmiotem rozpoznania Izby jest wyłącznie ocena prawidłowości czynności Zamawiającego w odniesieniu do poz. 1 załącznika nr 3.1. Tylko ona została uznana przez Zamawiającego za zawierającą informację nieprawdziwą, stając się podstawą wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg z przedmiotowego postępowania.

Zamawiający potwierdził, iż nie uznał samodzielnego uzupełnienia załącznika 3.1. za prawidłowe, jako że jego zdaniem poz. nr 1 stanowiła nieprawdziwą informację mającą (mogącą mieć) wpływ na wynik postępowania, co uniemożliwiało skuteczne uzupełnienie wykazu w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż skutkiem uznanej przez Zamawiającego zmiany wartości pozycji 2 i 3 był fakt, że Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg w pierwotnym, złożonym wraz z ofertą wykazie nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2.a) tiret pierwsze. Wartość wykazanych pozycji od 1 do 3, a tylko te odnosiły się w ww. warunku udziału w postępowaniu, wynosiła łącznie poniżej 10 000 000 zł. Zamawiający uznawał, iż z punktu widzenia prawidłowości zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp okoliczność ta nie ma znaczenia.

Izba zauważa, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dla dokonania wykluczenia wykonawcy w oparciu o powyższą podstawę prawną konieczne jest łączne wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) złożenia nieprawdziwych informacji oraz
- 2) wpływu tychże informacji na wynik postępowania.

Dodatkowo, zgodnie z obecną linią orzecniczą, niezbędne jest wykazanie, że działanie wykonawcy miało charakter świadomy, celowy, było nakierowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywa na Zamawiającym.

Zdaniem Izby przez informację nieprawdziwą należy rozumieć taką informację, która

64

obiektywnie nie jest zgodna ze stanem faktycznym. Potwierdza zatem zdarzenia, które nie miały miejsca. W ocenie Izby obiektywnej nieprawdziwości informacji nie można przyjąć, gdy stanowi ona na przykład wynik odmiennej interpretacji wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy zastosowania przez wykonawcę innych założeń przy wyborze elementów wykonanego zamówienia, które w jego opinii potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, która to opinia nie musi być jednak podzielona przez zamawiającego.

W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg w pozycji 1 podał informację, którą można uznać za nieprawdziwą w powyżej przyjętym znaczeniu. Niewątpliwie bowiem Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg był wykonawcą zamówienia wskazanego w pozycji nr 1. Zgodnie z kwotą podaną w referencjach wartość wszystkich wykonanych robót wynosiła ponad 19 mln, przy czym z uwagi na treść warunku udziału w postępowaniu jedynie część robót mogła zostać przez wykonawcę wykazana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Musiał on zatem dokonać wyboru robót, aby ująć je w wykazie składanym w przedmiotowym postępowaniu. W toku postępowania dowodowego przed Izbą ustalone zostało, iż Zamawiający przyjął nieprawdziwość informacji zawartej w pozycji nr 1 co do podanej tam wartości i zakresów robót spełniających wymagania Zamawiającego, opierając się na rozstrzygnięciu KIO w wyroku z 11 października 2012 r. sygn. akt KIO 2032/12 2042/12, jak również na braku wyjaśnień Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg odnośnie wątpliwości Zamawiającego co do przedmiotowej pozycji przedstawionych w zapytaniu z 17 grudnia i 11 stycznia 2013 r. Zamawiający argumentował, iż w powyższym wyroku KIO przesądziła nieprawdziwy charakter informacji odnośnie wartości i zakresu robót wykonywanych na rzecz Oddziału GDDKiA w Łodzi, Rejon w Wieluniu (w przedmiotowej sprawie - pozycja 1 załącznika nr 3.1., w poprzedniej pozycja nr 6), przyjmując, że dowody przedstawione przez Zamawiającego – pismo z Oddziału GDDKiA – są wiarygodne, a także wystarczająco precyzyjne i konkretne dla sfalsyfikowania informacji podanych w wykazach złożonych przez Odwołującego. Izba zauważyła, że: *"Natomiast odwołujący ze swej strony nie przedstawił żadnych wiarygodnych informacji, a tym bardziej dowodów, które podważyłyby wiarygodność ww. dowodów w zakresie większości informacji w nich podanych. W szczególności nie wykazał w odniesieniu do jakich robót i usług wykonywanych w ramach wskazanych umów, wyliczył podawane w ofercie wartości"*. Zamawiający oparł się zatem na ustaleniach dokonanych w tym wyroku oraz na przeprowadzonym przez siebie postępowaniu wyjaśniającym, w ramach którego nie otrzymał jednak żadnych rzeczowych wyjaśnień co do rozbieżności pomiędzy wartością podaną w pierwotnym wykazie załącznik 3.1. a kwotą ustaloną przez Zamawiającego na

65

podstawie informacji podanej przez Oddział w Łodzi. Zamawiający stał zatem na stanowisku, iż powyższe w wystarczający sposób potwierdzało złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Izba nie podziela powyższej argumentacji. Przede wszystkim podkreślić należy, iż ciężar dowodu, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, tj. że jego oświadczenie jest niezgodne z rzeczywistością spoczywa na Zamawiającym. Dowód w tym zakresie musi mieć charakter niewątpliwy. Równocześnie w ramach tej przesłanki koniecznym jest wykazanie, że działanie wykonawcy miało charakter celowy i zamierzony. Na konieczność wykazania umyślności wskazuje zresztą sam Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg. Zamawiający musi zatem wyeliminować omyłkowy

charakter działania wykonawcy, jak również odmiennosc interpretacji warunku udziału w postępowaniu, która w konsekwencji doprowadziła do ujęcia przez wykonawcę w dokonanych wyliczeniach wartości robót innego zakresu rzeczowego niż Zamawiający. Tym samym błędna zdaniem Zamawiającego kwalifikacja robót przez wykonawcę, ujęcie w ramach wykazu robót, które wykraczają poza treść warunku udziału w postępowaniu nie są tożsame z nieprawdziwą informacją. Takie nieprawidłowości podlegają przede wszystkim ocenie z punktu widzenia wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W toku postępowania przed Izbą ustalone zostało, iż różnica wartości pomiędzy podaną przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg w wykazie a ustaloną przez Oddział GDDKiA w Łodzi, na którym to wyliczeniu oparł się Zamawiający, zasadniczo wynika z zakwalifikowania robót nawierzchniowych do kategorii robót odwodnieniowych. Zamawiający argumentował, że dla każdego profesjonalnego wykonawcy oczywistym jest, że roboty nawierzchniowe nie podlegają takiej kwalifikacji i wykonawca musiał mieć tego pełną świadomość. Zamawiający podkreślał jednak przede wszystkim doniosłość ustaleń zawartych w wyroku KIO 2032/12 2042/12 oraz brak wyjaśnień Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg. Izba zauważa, iż wyrok KIO nie ma mocy powszechnie wiążącej. Wyrok zapada w określonych okolicznościach faktycznych sprawy, z uwzględnieniem zgromadzonego w tej sprawie materiału dowodowego. Podkreślić należy, iż KIO w wyroku KIO 2032/12 2042/12 wskazywała przede wszystkim na bierność dowodową odwołującego się wykonawcy. Z uwagi na powyższe Izba nie przeprowadzała szczegółowej analizy zakresu robót objętych kwestionowaną pozycją uwzględnionych przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg i Oddział w Łodzi. Poza przedmiotem badania Izby były także przesłanki, dla których wykonawca zaliczył określone roboty do robót spełniających warunek udziału w postępowaniu czy motywacja takiej czynności. Izba nie podziela stanowiska, iż wyrok w sprawie KIO 2032/12 2042/12 zwalniał Zamawiającego z obowiązku ustaleń rozbieżności. Niewątpliwie bowiem Oddział w Łodzi, podając kwotę robót, które jego zdaniem można było zaliczyć na potwierdzenie spełnienia

66

warunku udziału w postępowaniu dokonać musiał wykładni tego warunku umożliwiającej wybór robót, co nie musiało być zgodne z interpretacją Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg. Zamawiający nie wyjaśniał jednak z Oddziałem w Łodzi sposobu dokonanego wyliczenia, nie zwrócił się też o potwierdzenie, jaki zakres robót był faktycznie wykonywany ani skąd biorą się rozbieżności. Zdaniem Izby ustalenie jaki zakres prac został przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg wykonany i na jakie wartości oraz skąd bierze się rozbieżność nie wymagało od Zamawiającego szczególnych zabiegów. Z pewnością Oddział w Łodzi mógłby udzielić w tym zakresie niezbędnych wyjaśnień. Należy jednak zauważyć, iż w toku obecnego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający zwracał się o wyjaśnienia tylko do Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg. Powyższe sugeruje, że niezgodność z prawdą informacji co do wartości i zakresu robót wywiódł wyłącznie z ustaleń zawartych w wyroku KIO 2032/12 2042/12 opartym z kolei o pismo Oddziału w Łodzi. Należy także zauważyć, iż bierność Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg w udzielaniu wyjaśnień nie zwalnia Zamawiającego z ciężaru wykazania przesłanki nieprawdziwych informacji, w tym ośnośnie umyślnego działania wykonawcy, nacechowanego chęcią wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Zdaniem Izby nie sposób uznać, aby Zamawiający okoliczność taką wykazał, skoro posiadając wiedzę nabytą w ramach poprzedniego postępowania odwoławczego, zdawał sobie sprawę z faktycznych przyczyn różnicy w wartości robót zadeklarowanej przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg (odmiennego zakresu rzeczowego robót). To samo wynikało z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg w toku postępowania odwoławczego dotyczących spornej realizacji. Zdaniem Izby tego typu różnice winny być rozpatrywane z punktu widzenia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie nieprawdziwych informacji. Niewątpliwie bowiem wykonawca roboty o podanej przez siebie wartości wykonał, choć ich kwalifikacja na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu może być dyskusyjna. Nie oznacza to jednak celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

W ocenie Izby również druga przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - wpływ informacji (rzeczywisty czy potencjalny) na wynik postępowania nie została spełniona. Izba podkreśla, iż z uwagi na sankcyjny charakter tego przepisu należy go wyklądać w sposób ścisły, opierając się na literalnym brzmieniu. Treść przepisu wymaga

jednoznacznie wpływu informacji na wynik postępowania, toteż nie można wykluczyć wykonawcy tylko za sam fakt podania informacji nieprawdziwej, jeżeli takiego wpływu na wynik postępowania nie można ustalić.

Zdaniem Izby utrwalonym poglądem jest, że przez wpływ na wynik postępowania rozumie się możliwość pozyskania zamówienia. Nieprawdziwa informacja musi być zatem

67

tego rodzaju, że decyduje o pozyskaniu zamówienia - tu: o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie można tego wymogu wyklądać w ten sposób, aby każda informacja składana na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, miała lub mogła mieć wpływ na jego wynik, gdyż wówczas drugi człon przepisu spełniony byłby w każdym przypadku, bez konieczności jego badania, co czyniłoby go bezprzedmiotowym. Wniosek/oferta i składane wraz z nimi dokumenty nie zawierają przecież co do zasady informacji innych niż nakierowane na pozyskanie zamówienia. Izba podziela stanowisko, iż rzeczywisty/potencjalny wpływ na wynik postępowania ustala się w zależności od jego stadium - wpływ potencjalny w odniesieniu do warunków podmiotowych dotyczył więc będzie postępowań dwuetapowych, gdzie ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się przed złożeniem ofert, także gdy stanowi podstawę do ustalenia rankingu wykonawców. Przyjmuje się w orzecznictwie, że w sytuacji gdy wykonawca wykazując spełnienie warunku udziału, posłuży się informacją nieprawdziwą, to nie może ona stać się podstawą jego wykluczenia, jeżeli z pozostałych podanych przez niego danych wynika spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko wynika właśnie z wymogu wpływu informacji na wynik postępowania. Zdaniem Izby, interpretując literalnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podobna zasada dotyczyć będzie sytuacji, gdy wykonawca wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu, powoła się na informację nieprawdziwą, a podane przez niego informacje, z uwzględnieniem tej nieprawdziwej, nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób wówczas mówić o wpływie informacji na wynik postępowania, skoro wykonawca i tak nie może uzyskać zamówienia, gdyż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby Zamawiający nie wykazał, na jaki moment ustalił wpływ podanej w poz. 1 informacji na wynik postępowania. Nie przedstawił także przekonującego uzasadnienia dla przyjętego przez siebie pojęcia "wpływu na wynik na postępowania". Rozumowanie zastosowane przez Zamawiającego prowadziłoby do sytuacji, gdy podanie jakiegokolwiek nieprawdziwej informacji eliminowałoby wykonawcę z postępowania, chyba że wykazałby spełnienie warunku w szerszym zakresie, przez co podana informacja pozostawałaby dla oceny spełnienia warunku udziału bez znaczenia. Natomiast wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podlegałby wykluczeniu bez możliwości skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo iż przepis ten daje mu prawo do uzupełnienia dokumentów w przypadku, gdy te przedstawione przez niego warunki udziału w postępowaniu nie potwierdzają, a on sam i tak nie mógłby zamówienia uzyskać. W stosunku do takiego wykonawcy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stosowany byłby zatem w odmienny sposób (bez wykazania przesłanki wpływu na wynik postępowania), pomimo że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny i obejmuje swoim zakresem przypadki niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby zgodnie z literalnym brzmieniem art. 24

68

ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wpływ nieprawdziwej informacji na wynik postępowania może być ustalony tylko w stosunku do wykonawcy, który podał taki zakres informacji, który wraz z informacją nieprawdziwą potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może zatem takiego wpływu wykazać, gdy warunek udziału w postępowaniu nie został przez wykonawcę potwierdzony. Nie ma on bowiem możliwości pozyskania zamówienia, skoro nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Oferta takiego wykonawcy i tak nie mogłaby zostać wybrana. Z powyższego względu ocena wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania może w takiej sytuacji mieć miejsce dopiero po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Może się wówczas okazać, że wykonawca dysponuje takim zakresem innych zamówień spełniających

warunek udziału w postępowaniu, że podana kwestionowana informacja nie będzie miała faktycznego wpływu na wynik postępowania. Przywoływane przez Zamawiającego obawy co do możliwości manipulacji przez wykonawcę wynikiem postępowania na skutek takiego wezwania nie mogą uzasadniać zastosowania sankcji wykluczenia wbrew literalnej treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto należy zauważyć, iż Zamawiający zaakceptował modyfikację przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg pozycji 2 i 3 poprzez ich obniżenie do wartości, które łącznie nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, toteż winien zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiej czynności. Nota bene warto podnieść, iż Izba w wyroku KIO 2032/12 stwierdziła: *"Odnosząc się do przesłanki wpływu podanych informacji na wynik postępowania, bez dokonywania jej generalnej interpretacji, wskazać można, iż w rozpatrywanym przypadku żadne wątpliwości względem jej ziszczenia, nie zachodzą. Konsorcjum Pol-Dróg posłużyło się informacjami, mającymi służyć potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podanymi w przedłożonych wykazach usług i robót, i na podstawie tych informacji możliwe byłoby uznanie, iż warunki udziału w postępowaniu wykonawca spełnia i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej"*. Stan faktyczny niniejszej sprawy nie jest z powyższym ustaleniem zbieżny.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, iż w niniejszym stanie faktycznym niezasadnym była czynność wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiającego obciążał uprzedni obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Rozważenia Izby wymaga zatem skuteczność dokonanego przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg samodzielnego uzupełnienia wykazu 3.1. wraz z pismem z 20

69

listopada 2012 r.

Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg nie kwestionuje skuteczności takiego samodzielnego uzupełnienia, podnosząc zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z ostrożności procesowej. Należy także zauważyć, iż sam Zamawiający uznał skuteczność samodzielnego uzupełnienia dokumentu w stosunku do wykazu 3.2., uwzględniając go w dokonanej ocenie. Odmienność działania Zamawiającego w odniesieniu do wykazu - załącznik nr 3.1 wynikała wyłącznie z przyjęcia przez Zamawiającego, iż w pozycji nr 1 pierwotnego wykazu wykonawca podał nieprawdziwe informacje, co zadaniem Zamawiającego obligowało go do wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skutkiem wykluczenia był zdaniem Zamawiającego brak obowiązku analizy i oceny uzupełnionego wykazu. Skoro bowiem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie ma wówczas zastosowania, to i samodzielne uzupełnienie musiało być przez Zamawiającego pominięte. Tym samym w stanie faktycznym niniejszej sprawy dopuszczalność samodzielnego uzupełnienia wykazu przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg nie była właściwie przedmiotem sporu między stronami. Istotnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do dokonania powyższej czynności. Równocześnie jednak brak jest ustawowego zakazu samodzielnego uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawcę. *Ratio legis* przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sprowadza się bowiem do tego, żeby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają.

Tym samym w sytuacji samodzielnego, bez wezwania (czynności obligatoryjnej) ze strony zamawiającego uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wykonywanie takiego obowiązku przez Zamawiającego uznać należy za bezprzedmiotowe. Ponowne wezwanie mogłoby pozostawać w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, umożliwiając skorzystanie z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów pomimo, iż wykonawca dokonał takiego uzupełnienia pomimo braku wezwania. Należy także jeszcze raz podkreślić, iż Odwołujący Konsorcjum Pol-Dróg nie domaga się wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, oczekując w pierwszej kolejności uznania dokonanego przez niego uzupełnienia za skuteczne.

W ocenie Izby wobec powyższego stanowiska dokonanie formalnego wezwania tylko po to, by uczynić zadość obowiązkowi przewidzianemu w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przy faktycznym braku sporu co do obowiązkowi takiego wezwania z uwagi na samodzielne

70

uzupełnienie dokumentów przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg, jest bezprzedmiotowe, a Zamawiający winien ocenić spełnianie przez Odwołującego Konsorcjum Pol-Dróg warunków udziału w postępowaniu na podstawie wykazu - załącznik 3.1. przedłożonego wraz z wyjaśnieniami z 20 listopada 2012 r.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

71