sygn. akt: KIO 2694/13

WYROK
z dnia 5 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Sylwester Kuchnio
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2013 r. przez wykonawcę Drogowe Centrum Produkcyjno-Handlowe BiG Sp. z o.o., Ługów 18, 66-200 Świebodzin w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra,

przy udziale wykonawcy MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obcią a Drogowe Centrum Produkcyjno-Handlowe BiG Sp. z o.o., Ługów 18, 66-200 Świebodzin i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Drogowe Centrum Produkcyjno-Handlowe BiG Sp. z o.o., Ługów 18, 66-200 Świebodzin tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Drogowego Centrum Produkcyjno-Handlowego BiG Sp. z o.o., Ługów 18, 66-200 Świebodzin na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze.**

Przewodniczący: ……

……

……

---

sygn. akt: KIO 2694/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Kompleksowe - całoroczne (zimowe i letnie) – utrzymanie drogi ekspresowej S3 na odcinku o węzła (bez węzła) „Międzyrzecz Południe" od węzła (łącznie z węzłem) „Sulechów"”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907).

Zamawiający dnia 12 listopada 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach

prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 22 listopada 2013 roku wykonawca Drogowe Centrum Produkcyjno - Handlowe BiG Sp. z o.o. z siedzibą w Ługowie, Ługów 18, 66-200 Świebodzin, (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na:

1) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy „MALDROBUD" sp. z o.o. s.k.,
2) zaniechaniu wyboru oferty wykonawcy Drogowe Centrum Produkcyjno - Handlowe BiG Sp. z o.o. z siedzibą w Ługowie, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - w związku z nie wykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - w związku ze zło eniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
3) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - w związku z wadliwą czynnością zamawiającego w oparciu o ten e przepis ustawy,
4) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez wadliwe przeprowadzenie procedury wyjaśnienia treści dokumentów, mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
5) art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 oraz ust. 4 ustawy Pzp, w związku z brakiem odrzucenia oferty wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania,
6) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
7) art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez jego dowolną i naruszającą zasady uczciwej konkurencji interpretację ustalonych w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. warunków

udziału w postępowaniu, które wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązani są zło yć.

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu uniewa nienia czynności dotyczącej wyboru oferty zło onej przez wykonawcę „MALDROBUD" sp. z o.o. s.k., jako najkorzystniejszej,
2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z powodu nie wykluczenia i nie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego,
3) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1) dopuszczenie dowodu z przesłuchania K……. B…….. w charakterze odwołującego,
2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:
   a) dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
   b) dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania
3) przyznanie zwrotu kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia pełnomocników według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, e ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia i wniesieniu odwołania, poniewa jego oferta w przypadku wykluczenia oferty zło onej przez wykonawcę „MALDROBUD" sp. z o.o. s.k. zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza i odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Tym samym odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy mo e ponieść szkodę nie uzyskując przedmiotowego zamówienia.

Dnia 25 listopada 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca „MALDROBUD" sp. z o.o. s.k.

Zamawiający, w dniu 5 grudnia 2013 roku zło ył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

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

4

Izba ustaliła i zwa yła, co następuje.

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

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

Odwołujący podniósł, i oferta wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza zawiera informację niepolegające na prawdzie co mogło mieć wpływ na wynik postępowania.
Zdaniem odwołującego w ofercie wykonawcy MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. znalazły się następujące informacje, niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym sprawy i wprowadzające w błąd pozostałych wykonawców oraz zamawiającego, których zło enie winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu:

1) Zło enie oświadczenia na formularzu 3.6 „Informacja o braku przynale ności do grupy kapitałowej", o treści *„Informuję, i nie nale ę do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U nr 50, poz. 331, z późn. zm.)",* podczas gdy firma wykonawcy MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. reprezentowana jest bezpośrednio przez komplementariusza - spółkę MALDROBUD Sp. z o.o. co sprawia, i w myśl przepisów w/w ustawy spółka MALDROBUD Sp. z o.o. kontroluje w pełni spółkę MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. będącą wykonawcą w niniejszym postępowaniu.
2) Zło enie referencji z dnia 6.05.2013 r. z uwzględnieniem usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg polegających na odśnie aniu dróg i chodników oraz likwidacji śliskości na drogach i chodnikach o wartości 4.601.963,85 zł brutto na zadanie realizowane przez oddział w Zielonej Górze, podczas gdy w dotychczasowych przetargach, w których wykonawca brał udział przedło ył zgoła odmienne referencje na skutek czego został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez GDDKiA, oddział w Łodzi.
3) Zło enie referencji z dnia 6.05.2013 r. oraz 9.09.2013 r., z których nie wynika jednoznacznie, którego z sezonów i w których latach dotyczą podane wartości robót i usług, mimo i zamawiający ądał takiego potwierdzenia.

Ad. 1. PRZYNALE NOŚĆ WYKONAWCY DO GRUPY KAPITAŁOWEJ

5

Odwołujący wskazał, i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wyraźnie wskazał, i *„W celu uzyskania informacji dotyczących przynale ności do grupy kapitałowej Zamawiający* ąda *zło enia - pod rygorem wykluczenia z postępowania - listy podmiotów nale* ących *do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy Pzp, albo informację o tym, e nie nale y do grupy kapitałowej.".*
Zdaniem odwołującego z treści dokumentów przedło onych przez MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. wynika, i nale y on do grupy kapitałowej w myśl ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, grupę kapitałową nale y definiować zgodnie z zapisem art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: *„grupa kapitałowa - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym równie tego przedsiębiorcę".* Z kolei art. 4 pkt 4 cyt. ustawy wskazuje, co nale y rozumieć pod pojęciem kontroli, a zgodnie z przywołanym przepisem: *„rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno*

albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umo liwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców...".

Wykonawca MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. jest reprezentowana przez komplementariusza MALDROBUD Sp. z o.o. Niewątpliwie w takiej konstrukcji spółki komandytowej, w ramach której komplementariuszem jest spółka z ograniczona odpowiedzialnością będąca przedsiębiorcą, mamy do czynienia z co najmniej dwoma przedsiębiorcami czyli „sp. z o. o." oraz spółką komandytową. Kolejnym aspektem koniecznym do stwierdzenia czy dana grupa przedsiębiorców stanowi grupę kapitałową jest ustalenie czy w/w spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kontroluje w sposób pośredni lub bezpośredni spółkę komandytową, która zło yła ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Uprawnienia kontroli tworzą w szczególności:

A) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, tak e jako zastawnik albo u ytkownik bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zale nego), tak e na podstawie porozumień z innymi osobami;
B) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zale nego), tak e na podstawie porozumień z innymi osobami;
C) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej ni połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zale nego);

D) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zale nej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zale nej, tak e na podstawie porozumień z innymi osobami;
E) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zale nego);
F) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zale nym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Przepis art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazuje, e kontrola jest to wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, przepis ten w dalszej części wskazuje przykładowo, jakie powiązania nale y uznać za „kontrolę" jednego podmiotu przez inny. To, e są to wskazania przykładowe niewątpliwie świadczą słowa: „w szczególności". Nale y równie wskazać, e reprezentowanie oraz prowadzenie spraw spółki przez innego przedsiębiorcę jest niewątpliwie sprawowaniem kontroli. W literaturze dość zgodnie twierdzi się, e mo liwość kontroli oznacza mo liwość rozstrzygania o najwa niejszych sprawach przedsiębiorcy zale nego, jego funkcjonowaniu i rozwoju, innymi słowy - mo liwość podejmowania decyzji z jego punktu widzenia strategicznych.

Z przepisów ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (KSH) tekst jednolity z dnia 19 kwietnia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1030) wynika, e komplementariusz reprezentuje Spółkę (art. 117 KSH) jak równie ma obowiązek i uprawnienie prowadzenia spraw spółki komandytowej (art. 121 *a contrario,* w związku z art. 103 w związku z art. 39 KSH). Tak więc niewątpliwie w przedstawionej powy ej sytuacji spółkę MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. nale y uznać wraz ze spółką MALDROBUD Sp. z o.o. za osoby prawne funkcjonujące w ramach grupy kapitałowej, w której spółka z ograniczoną z kolei wykonawcą odpowiedzialnością kontroluje spółkę komandytową będącą w przedmiotowym postępowaniu.

Podkreślenia równie wymaga następująca okoliczność:

1. MALDROBUD Sp. z o.o. sp.k. - wspólnikami spółki komandytowej (wykonawcy, który z o.o. jako zło ył ofertę w przedmiotowym postępowaniu) są: Maldrobud Sp. komplementariusz - czyli wspólnik uprawniony do reprezentowania spółki, W…….. M……., E……. M……

2. MALDROBUD Sp. z o.o. - wspólnikami spółki z ograniczoną odpowiedzialnością są: W……. M…… i E……. M…… . W skład zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wchodzą: W…… M……. i E…….. M……...

Jak wynika z powy szego te jedne i te same osoby mają decydujący wpływ w obydwu w/w

spółkach prawa handlowego, a spółka z o.o. sprawuje bezpośrednią kontrolę nad spółką komandytową. Nie ulega bowiem adnej wątpliwości, i spółkę komandytową reprezentuje W…….. i E…… M……. będący członkami zarządu spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością, która pozostaje komplementariuszem spółki komandytowej. W takiej sytuacji, wykonawca winien zło yć w treści formularza 3.6 oświadczenie o przynale ności do grupy kapitałowej i wymienić ka dą ze spółek, jako odrębny podmiot prawa.

Zgodnie z Działem I rubryka 7 (dane wspólników) odpisu KRS MALDROBUD Sp. z o.o jedynymi wspólnikami są M…….. E…….. oraz M……. W……., będącymi jednocześnie członkami zarządu, natomiast w Dziale I rubryka 7 KRS (dane wspólników) MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k., jako komandytariusze równie wskazani są M……. E……. oraz M…….. W……...

Podkreślić nale y, co jest przyjęte w doktrynie, e grupą kapitałową jest grupa podmiotów, w ramach, której członkowie zarządu lub rady nadzorczej przedsiębiorcy stanowią więcej ni połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy ta sieć powiązań kapitałowych wyraźnie wskazuje, e podmioty powy ej wskazane tworzą grupę kapitałową.

Ad. 2 NIEWŁAŚCIWE REFERENCJE

Odwołujący wskazał, i okoliczność podniesiona w pkt. 1 niniejszego odwołania ma zasadnicze znaczenie dla oceny przedło onych przez wykonawcę MALDROBUD Sp. z o.o Sp.k. referencji, które zdaniem odwołującego zawierają nieprawdziwe informacje w przedmiocie wartości usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg.

Na wstępie w celu wyjaśnienia pojawienia się w dokumentacji firmy wykonawcy w ró nej formie prawnej w tym równie w formie spółki jawnej, nale y zauwa yć, i spółka wykonawcy MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. powstała w wyniku przekształcenia MALDROBUD Sp. z o.o. spółki jawnej z siedzibą w Myśliborzu w spółkę komandytową, w trybie art. 55^1 § 1 kodeksu spółek handlowych. Nale y wskazać, i w wyniku przekształcenia spółka MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. weszła w ogół praw i obowiązków dotychczasowej Spółki MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.j. bowiem zmianie uległa wyłącznie forma prawna tej spółki. Wobec faktu, i w treści referencji z dnia 6.05.2013 r. znajduje się odniesienie do Spółki MALDROBUD W…….. M…….. i E…… M…….. spółka jawna odwołujący powziął wątpliwość czy wystawione referencje dotyczą wykonawcy ubiegającego się o przedmiot zamówienia. Ponadto z treści ofert zło onych przez wykonawcę MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.j. w dotychczasowych postępowaniach o udzielenie zamówienia wynika, i wykonawca ten posługuje się oświadczeniami zawierającymi ró ną treść tych referencji a tym samym ró ną wartość wykonanych usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg: Tytułem przykładu odwołujący wskazał na następujące rozbie ności:

1. referencje z dnia 6.05.2013 r. -wartość usługi 4.601.963,85 zł brutto,
2. referencje z dnia 18.05.2012 r.-wartość usługi 2.230.442,56 zł brutto,
3. referencje z dnia 18.05.2012 r. - wartość usługi 4.225.950,89 zł brutto,
4. referencje z dnia 1.09.2011 r. - wartość usługi 2.435.610,51 zł brutto.

Odwołujący podkreślił, i kwestia dotycząca rzetelności i prawdziwości składanych przez spółkę MALDROBUD W…….. M…….. i E……. M……. Sp.j. była przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1391/12, w którym to wyroku Izba doszła do przekonania, i oświadczenia pochodzące od wykonawcy są ze sobą sprzeczne.

W związku z okolicznościami, i wymóg posiadania doświadczenia był wymagany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący wskazuje, i wykonawca MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. nie spełnił powy szego warunku.

Odwołujący wskazuje, i przedło one przez wykonawcę MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k referencje z dnia 6.05.2013 r. oraz 9.09.2013 r. nie stanowią potwierdzenia spełnienia w/w warunków przez wykonawcę z uwagi na:

1. Błędne określenie poprzednika prawnego wykonawcy MALDROBUD Sp. z o.o. Sp. k, poprzez wskazanie wykonawcy, jako następcy prawnego spółki MALDROBUD W…… M……. i E…….. M…… Spółka jawna, podczas gdy z załączonych przez wykonawcę dokumentów wynika, i spółka wykonawcy powstała w wyniku przekształcenia

MALDROBUD Sp. z o. Sp.j. w spółkę komandytową w trybie art. 55 1 § 1 k.s.h. Odwołujący wskazał, i zarówno wspólnicy jak i osoby reprezentujące wykonawcę zasiadały w organach zarządzających równie innych spółek dla których człon nazwy „MALDROBUD" pozostawał to samy, co mo e wprowadzać w błąd, jak równie powstaje wątpliwość, który podmiot *de facto* wykonywał usługi na rzecz spółki wystawiającej referencje i czy w związku z tym przedło one referencje są prawidłowe. Odwołujący wskazał, i pod adresem, w którym znajduje się siedziba wykonawcy zarejestrowane są przynajmniej 4 spółki, w których wspólnicy lub osoby reprezentujące wykonawcę pełniły ró ne funkcje w organach tych spółkach. W związku z faktem, i dokument referencji z dnia 6.05.2013 r. zawiera nieprawidłowe wskazanie poprzednika prawnego odwołujący powziął wątpliwość w zakresie jego rzetelności.

2. Niewłaściwe udokumentowanie wartości wykonanych usług na rzecz poszczególnych zamawiających w stosunku do informacji zawartych w formularzu 3,2. "Wiedza i doświadczenie" z uwagi na rozró nienie dwóch zlecających/zamawiających w postaci GDDKiA, Oddział w Zielonej Górze i Oddział w Szczecinie, podczas gdy ka dy z dokumentów referencji nie zawiera szczegółowego rozró nienia na sezony w jakich była wykonywana usługa co powoduje brak mo liwości przypisania danemu zadaniu odpowiednią wartość wykonanych usług.

Wykonawca w formularzu 3.2 „Wiedza i doświadczenie" wskazał i wykonywał zadania i usługi na rzecz:

1) GDDKiA, Oddział w Zielonej Górze o wartości 33.385.039,01 zł brutto w tym w sezonie 2011/2012, tj. od listopada do października 2012, na kwotę 8.065.891,60 zł

2) GDDKiA, Oddział w Szczecinie o wartości 36.549.998,30 zł, w tym w sezonie 2011/2012, tj. od listopada 2011 do października 2012 r. na kwotę 12.899.999,40 zł

podczas gdy, przedło ony przez wykonawcę dokument w postaci referencji z dnia 06.05.2013 r. zawiera potwierdzenie wykonania robót i usług na rzecz zamawiającego GDDKiA Zielona Góra na lata 2009 do 2012 (przy czym nie wiadomo czy uwzględnia równie rok 2012) oraz jaka była wartość wykonanych robót i usług w okresie letnim 2011/2012 i czy w ogóle przedmiotowe referencje stanowią potwierdzenia wykonywania usług w okresie letnim.

Podobnie wygląda sytuacja w przypadku referencji przedło onych przez zamawiającego GDDKiA Szczecin, które pomimo i wskazują na okres od listopada 2010 do października 2013 nie zawierają ju potwierdzenia jaka była wartość wykonanych robót i usług w okresie letnim ograniczając się wyłącznie do wskazania wartości zimowego utrzymania. Odwołujący wskazuję, i z dokumentu referencji nie wynika zatem potwierdzenie kwot wskazanych w formularzu 3.2 „Wiedza i Doświadczenie".

Tym samym wykonawca MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. nie przedło ył dowodów potwierdzających, e usługi na rzecz GDDKiA Oddział w Szczecinie zostały wykonane nale ycie, pomimo obowiązku wynikającego wprost z pkt. 7 ust. 7.2 pkt. 2 s.i.w.z.

Ponadto wobec przedkładanych przez wykonawcę referencji na potrzeby innych postępowań, w tym oferta dot. Rzeszowa z dnia 04.05.2012 r,, oferta z Łodzi z dnia 24.05.2012, oferta z Olsztyna z dnia 11.09.2012 r., odwołujący kwestionuje wartości robót i usług wskazanych przez wykonawcę w dokumencie referencji z dnia 06.05.2013 r. przedło onego na potrzeby niniejszego postępowania.

Odwołujący podkreślił, i zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdy jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienie dokumentu niezło onego lub wadliwie zło onego, poniewa nie mo na zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W praktyce oznacza to, e wykonawca, który dopuścił się zło enia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie zostanie wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 801/11), w którym Izba orzekła, i *„Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (...) stanowi samoistną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów stosowany być mo e jedynie w celu umo liwienia wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu usunięcia uchybień uniemo liwiających wykazanie, e stan ten istniał w dniu składania ofert lub wniosków.".*

Zdaniem odwołującego w takiej sytuacji, w/w wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania. Wynika to z art. 24b ust 3 oraz z art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy PZP. Co więcej nale y zaznaczyć, e w opisanym stanie faktycznym zamawiający nie ma uprawnienia ani obowiązku zastosowania art. 26 ust 3 ustawy PZP z uwagi na to, e został zło ony dokument, który nie zawiera błędu tak więc nie są wypełnione przesłanki wskazanego przepisu. Zamawiający bowiem wzywa wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie w przypadku, w którym nie zło ył on określonych dokumentów (w niniejszym przypadku wykonawca dokument zło ył), jak równie jeśli zło one dokumenty zawierają błąd (w niniejszym przypadku oświadczenie wykonawcy o braku przynale ności do grupy kapitałowej nie mo e być oceniane w kategoriach błędu z uwagi na zło one oświadczenie, o braku przynale ności do grupy kapitałowej). Zdaniem odwołującego, w/w wykonawca przekazał informacje niepolegające na prawdzie, które mogą mieć znaczący wpływ na wynik postępowania.

Izba stwierdziła, e zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba w całości popiera stanowisko zamawiającego wskazując, co następuje.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, wykazania się przez wykonawców, e w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a je eli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) wykonał co najmniej 2 usługi polegające na letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP i o wartości łącznej tych usług co najmniej 6.000.000,00 zł brutto,

oraz

b) wykonał co najmniej 2 usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP i o wartości łącznej tych usług co najmniej 3.000.000,00 zł brutto,

lub

c) wykonał, co najmniej 1 usługę polegającą na zimowym i letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP i o wartości łącznej tych usług co najmniej 5.000.000,00 zł brutto.

Do ka dej z przedstawionej przez wykonawcę w wykazie - Formularza 3.2. („Wiedza i Doświadczenie”) usługi nale ało dołączyć dowody potwierdzające, e usługi zostały wykonane nale ycie, przy czym zamawiający wskazał, i jako 1 usługę rozumie wykonanie zadania w okresie jednego sezonu zimowego/letniego.

Przystępujący do oferty załączył wymagany wykaz (storna 21 oferty), w którym przedstawił dwie usługi:

1) dla GDDKiA Oddział w Zielonej Górze, w ramach zadania: Bie ące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział Zielona Góra (letnie i zimowe utrzymanie dróg, klasa drogi GP) wartość brutto jednego sezonu 2011/2012 wyniosła 8 065 891,60 zł.

2) dla GDDKiA Oddział w Szczecinie, w ramach zadania: Kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S3 od km 0+000 do km 54+012 (letnie i zimowe utrzymanie dróg , klasa drogi S) wartość brutto jednego sezonu 2011/2012 wyniosła 12 899 999, 40 zł

Do wy ej wymienionych usług, którymi przystępujący wykazywał potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zostały załączone dokumenty, potwierdzające nale yte wykonanie w/w usług (strony od 22 do 25 oferty).

Ponadto przystępujący do oferty załączył oświadczenie z dnia 1 października 2013 r., i nie nale y do grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (strona 29 oferty).

Izba wskazuje, i zgodnie z dodanym przepisem art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nale ąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zło yli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba e wyka ą, e istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 14 u.o.k.k. grupę kapitałową tworzą wszyscy

przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę włącznie z tym przedsiębiorcą. Grupa kapitałowa składa się więc z przedsiębiorcy dominującego (w rozumieniu definicji legalnej z art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) oraz przedsiębiorców od niego zale nych. W doktrynie wskazuje się, i istotą grupy kapitałowej jest wspólne działanie podmiotów posiadających odrębną osobowość prawną, przy jednoczesnym braku posiadania takiej osobowości przez utworzoną przez te podmioty grupę kapitałową. W ramach grupy kapitałowej przedsiębiorca dominujący ma mo liwość wywierania decydującego wpływu na działalność zarówno przedsiębiorców zale nych bezpośrednio, jak równie przedsiębiorców zale nych pośrednio. Przedsiębiorca dominujący stojący na czele grupy kapitałowej stanowi zatem ośrodek decyzyjny, gdzie zapadają decyzje istotne dla funkcjonowania tej grupy, czyli wchodzących w jej skład przedsiębiorców. W celu uzyskania przez zamawiającego wiedzy na temat powiązań kapitałowych pomiędzy wykonawcami, wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, winien zło yć listę podmiotów nale ących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, e nie nale y do grupy kapitałowej.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący oświadczył, i nie nale y do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Zdaniem Izby z treści dokumentów przedło onych przez MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. wynika, i nie nale y on do grupy

kapitałowej w myśl ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Powy sze zostało oparte na analizie całokształtu dokumentów zło onych przez wykonawcę.

Sam fakt utworzenia spółki komandytowej, w której komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie przesądza o tym, e spółka z o.o. i sp. k. tworzą grupę kapitałową. Nie mo na uznać za prawidłowy prezentowany argument odwołującego, e przez fakt reprezentowania spółki Maldrobud sp. z o.o. sp.k. przez spółkę Maldrobud sp. z o.o. ta sprawuje kontrolę nad spółką komandytową. Taki sposób reprezentacji podmiotu wynika bowiem wprost z przepisów kodeksu spółek handlowych, gdzie w art. 117 ustawodawca wskazał, i „Spółkę *(komandytową)* reprezentują komplementariusze, których z mocy umowy albo wyroku sądu nie pozbawiono prawa reprezentowania spółki." Co więcej ustawodawca wprost wyłączył mo liwość reprezentowania spółki komandytowej przez komandytariuszy - którzy mogą działać najwy ej na podstawie udzielonego im stosownego pełnomocnictwa. Trudno mówić tu o wpływie na działanie spółki w rozumieniu spółki wiodącej w grupie kapitałowej - podczas gdy mamy do czynienia jedynie ze sposobem reprezentacji wprost wynikającym z przepisów prawa.

Nale y równie odwołać się do *ratio legis* wprowadzenia do porządku prawnego art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, którym miało być przeciwdziałanie zmowom przetargowym (cenowym) oraz przeciwdziałanie naruszaniu zasad konkurencyjności w przetargach. Zamawiający, wydatkując środki publiczne, powinni mieć jak największą gwarancję, e wydatkując je faktycznie w sposób celowy i oszczędny i e nie są manipulowani przez wykonawców, przedstawicieli danego rynku zakupowego. Istnieje ewentualność, e przedsiębiorcy powiązani ze sobą mają mo liwość manipulowania wynikiem przetargu i dzieje się to ze szkodą dla zamawiającego. W praktyce pomiędzy takimi przedsiębiorcami, z tej samej szeroko pojmowanej grupy kapitałowej, mo e dochodzić do wymiany informacji odnoszących się do oferowanych cen czy innych istotnych elementów mających wpływ na wynik procedury.

Wyłącznie literalna wykładnia powy szego przepisu doprowadziłaby do sytuacji, w której zamawiający niejako z automatu wykluczaliby wykonawców nale ących do tej samej grupy kapitałowej. Tymczasem celem wprowadzenia tego przepisu było zapobie enie zmowom wykonawców czy te ustanowienie jednoznacznej regulacji sankcjonującej niedopuszczalne zachowania dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne. Z uwagi na tak skonstruowaną definicję grupy kapitałowej, przeciętny przedsiębiorca mo e mieć problemy z jednoznaczną oceną czy charakter jego powiązań z innym przedsiębiorcą czy przedsiębiorcami przesądza o uznaniu ich za grupę kapitałową.

Tym samym stwierdzić nale ało, i wykonawca MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k składając oświadczenie o tym, e nie nale y do grupy kapitałowej, zło ył je w zgodzie z

obowiązującymi przepisami, a ponadto wskazać nale y, e przepis art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy Pzp nie mógłby mieć zastosowania, bowiem w przedmiotowym postępowaniu aden inny „ewentualny" członek grupy kapitałowej nie zło ył odrębnej oferty, zatem nie mogłoby dojść do zachwiania uczciwej konkurencji czy zmowy wykonawców. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do nieuprawnionej rozszerzającej wykładni art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zło enia nieprawdziwych informacji, Izba wskazuje, e zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się równie wykonawców, którzy zło yli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Wskazać nale y, e Krajowa Izba Odwoławcza oraz Sądy Okręgowe jednolicie orzekają w zakresie konieczności udowodnienia, e do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest potwierdzenie działania polegającego na umyślnym wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Miarodajną reprezentację powy szego poglądu stanowi wyrok Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie, IV Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12), w którym Sąd Okręgowy stwierdził, i wykluczenie wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mogłoby nastąpić jedynie 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, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa.

Zbie ny z powy szym pogląd został wyra ony w wyroku z dnia 1 lutego 2013r. (sygn. akt: KIO 56/13), w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, e z literalnego brzmienia przepisu wynika, e przesłanka wykluczenia zachodzi, je eli zło ono nieprawdziwe informacje, niezale nie od tego, czy było to działanie intencjonalne wykonawcy, czy te niezamierzona omyłka lub błąd w ich przekazaniu. Jednak e przepis dyrektywy 2004/18/WE, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy: *„Jest winny powa nego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji".* A zatem wykluczeniu podlega taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swojego zachowania i celowo do niego zmierzając.

Pogląd powy szy wielokrotnie potwierdzony został w innych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, np.: „Na *podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlega jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając* świadomość *szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając, bowiem ustawodawca dopuszcza*

uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, je eli przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z zało enia więc działania nieumyślnego" (wyrok KIO z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 922/13), *„Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, które zostało podjęte z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia. Zło enie nieprawdziwych informacji, skutkujące wykluczeniem z udziału w to czynność dokonana z winy umyślnej, a nie w wyniku błędu czy niedbalstwa. Je eli ze stanu faktycznego sprawy wynika, e wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, e jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Takie rozumienie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest ponadto zgodne z treścią art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy nr 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi."* (wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 998/13), *„Nieprawdziwe informacje tylko wtedy mogą stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy zostały zawarte w dokumentach wymaganych przez zamawiającego i dotyczą tego wykonawcy, który je złoył. Dla zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 koniecznym jest przede wszystkim stwierdzenie, e podane przez wykonawcę informacje są nieprawdziwe i okoliczność ta nie mo e budzić adnych wątpliwości."* (wyrok KIO z dnia 9 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 890/13).

Zgodnie z zasadą prowspólnotowej interpretacji prawa krajowego, nale y tak interpretować

prawo polskie, aby urzeczywistniać sens przepisu wspólnotowego, będącego jego pierwowzorem. Wobec powy szego wskazać nale y, e tylko umyślne podanie nieprawdziwych informacji będzie sankcjonowane wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba wskazuje, e w przedmiotowym postępowaniu wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza załączył do oferty zarówno aktualny odpis z KRS wykonawcy MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. jak i odpis z KRS wykonawcy MALDROBUD Sp. z o.o. Zatem zamawiający miał wiedzę o rzeczywistych danych dotyczących wykonawcy. Nie bez znaczenia pozostaje równie fakt, i odpisy z Krajowego Rejestru Sądowego są jawne i zamawiający miał do nich dostęp. Stąd trudno doszukać się w zachowaniu wykonawcy celowego działania, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zło onych referencji, Izba wskazuje, e zgodnie z ogólną zasadą przewidzianą w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy

i doświadczenia. Wymóg ten ma na celu wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nie będą w stanie nale ycie wykonać zamówienia publicznego. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich mo e ądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, zamawiający mo e ądać m.in. następujących dokumentów: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych równie wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a je eli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane nale ycie. Dowodami, o których powy ej mowa są: poświadczenie, w przypadku zamówień na usługi - oświadczenie wykonawcy - je eli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, o którym mowa powy ej zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów (a zatem poświadczenia lub oświadczenia wykonawcy).

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, i zamawiający GDDKiA Oddział w Zielonej Górze jest podmiotem na rzecz, którego została wykonana usługa wskazana w pozycji nr 1 Formularza 3.2. Wiedza i Doświadczenie tj. Bie ące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Zielonej Górze, a co za tym idzie wykonawca nie miał obowiązku przedkładania dowodów, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane nale ycie. Zamawiający bowiem dysponował wiedzą w tym zakresie, co zwalniało wykonawcę z obowiązku przedstawiania dowodów na potwierdzenie nale ytego wykonania usługi.

Niezale nie od powy szego Izba wskazuje, i tzw. referencje pozbawione są waloru środka słu ącego wykonawcy do wykazywania spełniania warunków stawianych przez zamawiającego, gdy taką rolę przypisać mo na jedynie wykazowi robót budowlanych, usług czy dostaw. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 września 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1092/09) wskazała, e dzięki referencjom wykonawca mo e potwierdzić nale yte wykonanie robót budowlanych, usług lub dostaw. Natomiast dokumentem słu ącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych, usług lub dostaw. W związku z powy szym zamawiający w postępowaniu nie mo e zarzucić wykonawcy, na podstawie załączonych przez niego referencji, i nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. Oświadczenie składane przez wykonawcę (w formie wykazu) mo e mieć szerszy zakres ni

wynika to z treści załączonych referencji. Stąd zarzut niewłaściwego udokumentowania

wartości wykonanych usług na rzecz poszczególnych zamawiających w stosunku do informacji zawartych w Formularzu 3.2. Wiedza i doświadczenie, podczas gdy ka dy z dokumentów referencji nie zawiera szczegółowego rozró nienia na sezony, w jakich była wykonywana usługa, co zdaniem odwołującego powoduje brak mo liwości przypisania danemu zadaniu odpowiedniej wartości wykonanych usług, nale ało uznać za chybiony.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca w Formularzu 3.2 Wiedza i doświadczenie wskazał, w zakresie pozycji nr 1 i w ramach zadania: Bie ące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział Zielona Góra (letnie i zimowe utrzymanie dróg, klasa drogi GP) wartość brutto jednego sezonu 2011/2012 wyniosła 8 065 891,60 zł.

Z kolei w zakresie pozycji nr 2, wykonawca wskazał, i w ramach zadania: Kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S3 od km 0+000 do km 54+012 (letnie i zimowe utrzymanie dróg , klasa drogi S) wartość brutto jednego sezonu 2011/2012 wyniosła 12 899 999, 40 zł.

Izba wskazuje, e odwołujący z faktu, i wykonawca MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. posługiwał się na potrzeby innych postępowań ró nymi referencjami dotyczącymi tych referencje załączone do oferty wykonawcy samych zadań, wyciągnął błędne wnioski, i w przedmiotowym postępowaniu nie tylko nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia ale dodatkowo zawierają nieprawdziwe informacje w przedmiocie wartości usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg.

Zdaniem Izby odwołujący w aden sposób nie wykazał, e referencje załączone do oferty wykonawcy MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. zawierają nieprawdziwe informacje. Fakt, i kwestia prawdziwości składanych przez wykonawcę MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. w innym postępowaniu była przedmiotem analizy KIO, nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Co więcej sam odwołujący wskazuje, i w tamtym przypadku referencje miały inną treść ni prezentowane w niniejszym postępowaniu. Referencje przedstawione przez Maldorbud sp. z o.o. sp.k. w niniejszej sprawie pochodzą od samego zamawiającego - zarówno wartość, jak i jakość wykonanych prac jest zamawiającemu znana - zatem wykonawca nie miał obowiązku ich składania.

Odnosząc się zaś do poz. Nr 2 wykazu, to w ocenie Izby i ta usługa potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Nadto wskazać nale y, e odwołujący prezentując swoje stanowisko posługuje się jedynie argumentacją oscylująca w zakresie posiadanych (przez odwołującego) wątpliwości czy braku zrozumienia. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, e osoby, które wywodzą określone skutki prawne, winny na tę okoliczność powoływać stosowne dowody. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie zło ył adnego dowodu, który mógłby potwierdzać słuszność stawianych zarzutów.

Tym samym, biorąc powy sze pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……