

WYROK
z dnia 14 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 listopada 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 października 2013 r.** przez wykonawcę **PRD Nowogard S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Zachodniopomorskie, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąga wykonawcę PRD Nowogard S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PRD Nowogard S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **PRD Nowogard S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard** na rzecz **Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin** kwotę **3 617 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich zarządzanych przez Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie na terenie działania Rejonu Dróg Wojewódzkich w Gryficach z podziałem na 2 zadania: Zadanie nr 1 - OD Gryfice, Zadanie nr 2 OD Kamień Pomorski*” (znak sprawy: ZZDW.6/391/157/8-3/4/2013), zostało wszczęte przez Województwo Zachodniopomorskie ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 154-268762 z dnia 09.08.2013 r.

W dniu 23.10.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej PRD Nowogard S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard zwanej dalej: „*PRD*”

Nowogard S.A." albo „Odwołującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma K..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Ogólnousługowa K..... D....., ul. Jana Chryzostoma Paska 34c/2, 71-622 Szczecin zwana dalej: „Firma Ogólnousługowa Karol Dziędziurko”.

W dniu 31.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 179 ust.1 w zw. z art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie: PRD Nowogard S.A na w/w czynność. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 31.10.2013 r. (faxem). Odwołanie jest wnoszone od: a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; b) zaniechania wykluczenia wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... z postępowania, z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, c) od zaniechania czynności zwrócenia się do wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: a) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez rażąco naruszenie tych zasad, gdy Zamawiający swoimi zaniechaniami faworyzuje wybranego wykonawcę, b) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wszczęcia wyjaśnień treści dokumentów

1

i oświadczeń wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... pod kątem złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, czym Zamawiający dodatkowo naruszył art. 26 ust. 4 Pzp; c) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... z postępowania, z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania; d) art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez brak zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu: a) dokonania ponownego badania i oceny ofert, b) wykluczenia wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... z postępowania, oraz z najdalej idącej ostrożności procesowej; c) zastosowania w odniesieniu do wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... procedury określonej w art. 26 ust. 4 Pzp, na okoliczność podania przez wykonawcę prawdziwych informacji potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu; d) zastosowania w odniesieniu do wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp i zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawców o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie - w przypadku nie złożenia przez wykonawcę Firma Ogólnousługowa K..... D..... wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - odrzucenie wymienionych ofert; e) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosnie braku transparentności postępowania. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie tych zasad, gdy Zamawiający w sposób rażąco swoimi zaniechaniami faworyzuje wybranego wykonawcę. Zgodnie z postanowieniami pkt 9 1) lit. b) SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie poprzez wykazanie, że Wykonawca wykonał w sposób należyty w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługę zimowego utrzymania dróg polegającą na

2

odśnieżaniu dróg i usuwaniu śliskości solą zwilżoną na drogach publicznych przez okres min. 6 miesięcy, przy czym usługa winna być wykonana w trakcie 1 roku kalendarzowego lub 1 sezonu zimowego (przy czym za 1 sezon zimowy rozumie się IV kwartał danego roku i I kwartał roku następnego). W ww. zakresie wykonawca Firma Ogólnousługowa K..... D..... złożył nieprawdziwe informacje z uwagi na poniższe:

- 1) Podmiot udostępniający w ogóle nie wykonywał usług z uyciem soli zwilżonej tylko z mieszanką,
- 2) Termin świadczenia usług referencyjnych przez podmiot udostępniający od dnia 2 listopada do dnia 15 kwietnia a więc 5 miesięcy i 13 dni, a Zamawiający wymagał doświadczenia w postaci usługi świadczonej przez min. 6 miesięcy. Zamawiający w przypadku, gdy powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę na linię orzecznictwa potwierdzającą ww. stanowisko, i tytułem przykładu odwołuje się do wyroku o sygn. akt: KIO 1365/12.

Odnosząc brak wezwania do wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń i dokumentów. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wszczęcia wyjaśnienia treści dokumentów i oświadczeń wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... pod kątem złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, czym Zamawiający dodatkowo naruszył art. 26 ust. 4 Pzp. Odwołujący za swoje przyjął stanowisko Sądu Okręgowego z Warszawy w wyroku o sygn. akt: V Ca 324/10, gdzie Sąd zwrócił uwagę na kategoryczność treści art. 26 ust. 4 Pzp, zatem taka treść normy rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury.

Odnosząc brak wykluczenia wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... z postępowania, z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Firma Ogólnousługowa K..... D..... postuluje się dla wykazania warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem firmy PGK sp. z o.o. z siedzibą w Kamieniu Pomorskim. Jednakże referencje przedstawione przez wykonawcę Firma Ogólnousługowa K..... D..... w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego

3

poświadczają nieprawdę, albowiem usługi odśnieżania zimowego realizowane dla Gminy Kamień Pomorski nie obejmowały w rzeczywistości uycienia soli zwilżonej. W ramach realizacji tej usługi PGK sp. z o.o. z siedzibą w Kamieniu Pomorskim wykorzystywała jedynie mieszankę piaskowo-solną. Co więcej, przedstawione referencje zawierają także nieprawdziwą informację w odniesieniu do okresu w jakim referencyjne usługi miały być świadczone. Wobec powyższego wykonawca Firma Ogólnousługowa K..... D..... nie spełnia warunku udziału w niniejszym postępowaniu, bowiem Zamawiający wymaga w nim doświadczenia w świadczeniu usług zimowego utrzymania dróg przez okres 6 miesięcy przy czym usługa winna być wykonywana w trakcie jednego roku kalendarzowego lub jednego sezonu zimowego (za sezon zimowy rozumie się IV kwartał danego roku i I kwartał następnego roku). Dlatego też nie ma wątpliwości, iż wykonawca Firma Ogólnousługowa K..... D..... nie spełnia warunku udziału w niniejszym postępowaniu oraz, że w zakresie wykazania się stosownymi referencjami doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. Przywołał wyrok KIO o sygn. akt KIO 1424/11 oraz wyrok o sygn. akt: KIO 213/12. W powyższym względzie wskazał dodatkowo, iż nawet gdyby hipotetycznie założyć, że dla wykazania, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, konieczne byłoby stwierdzenie jego winy umyślnej (z czym Odwołujący się nie zgadza), to nawet przy takim założeniu, w niniejszej sprawie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Firma Ogólnousługowa K..... D..... Fakt, iż:

- 1) podmiot udostępniający w ogóle nie wykonywał usług z uyciem soli zwilżonej tylko z uyciem mieszanki piaskowo-solnej,
- 2) okres świadczenia usług referencyjnych przez podmiot udostępniający miał miejsce od

dnia 2 listopada do dnia 15 kwietnia a więc 5 miesięcy i 13 dni, a Zamawiający wymagał doświadczenia w postaci usługi świadczonej przez min. 6 miesięcy, jest informacją powszechnie znaną, gdy zamówienie, które jest podstawą wystawienia referencji, było wykonawcą Firma Ogólnousługowa udzielone w trybie Pzp. Przy czym podkreślił, i K..... D..... mógł tę informację w sposób bardzo prosty zweryfikować, gdy są to informacje powszechnie znane i dostępne w Internecie na oficjalnych stronach Zamawiającego, po dzień wnoszenia odwołania. Tote brak ich zweryfikowania stanowi o rażącoym braku staranności wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D....., które należy kwalifikować jako winę umyślną (wyrok KIO z dnia 18.06.2012r., sygn. akt: KIO 1172.12). Zwrócił także uwagę, i wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu składa wraz przetargowym, z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co przemawia za wymaganiem

4

od nich dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania pytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji. W konsekwencji wykonawca Firma Ogólnousługowa K..... D..... winien zostać wykluczony z niniejszego postępowania. Zważyć w tym miejscu bowiem należy, i Zamawiający w przypadku wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, nie może wszcząć procedury z art. 26 ust. 3. Pzp nie dopuszcza możliwości zastąpienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, informacją prawdziwą. Tote złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania - zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest obwarowane bezwzględną sankcją w postaci wykluczenia wykonawcy. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO – wyrokach o sygn. akt: 1415/11; sygn. akt: 1366/11; sygn. akt: KIO/UZP 886/10; sygn. akt: KIO/UZP 1098/08; sygn. akt: KIO 1181/12. Ustalenia powyższe, powodują i wykonawca Firma Ogólnousługowa K..... D..... nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, wskazując na rzekome spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wskazał, że norma zawarta w treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma charakter imperatywny, co oznacza, że Zamawiający nie może zaniechać zastosowania przywołanego przepisu, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie (informacje). Wykonawca składając bowiem oświadczenia i dokumenty wymagane przez Zamawiającego ponosi pełną odpowiedzialność za ich prawdziwość. *Przywołał* wyroku KIO z dnia 05.02.2009r., sygn. akt KIO/UZP 99/09.

Odnosząc do braku zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający, w celu ustalenia czy oferta zawierała czy niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zastosowanie powołanej procedury jest czynnością Zamawiającego, od której niewątpliwie odstąpić nie może, w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną. Starając się określić granicę wyznaczającą konieczność odwołania się do art. 90 Pzp, warto powołać się na dorobek orzecznictwa KIO oraz sądów, a także na literaturę przedmiotu w tym zakresie. Wskazuje ona na kluczowe elementy pozwalające zdecydować o podjęciu zażądania wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp:

- i. szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przygotowana przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę,
- ii. porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen,
- iii. wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

Wystarczające jest przy tym, że wystąpi którakolwiek z przesłanek powodująca powstanie wątpliwości, aby powyższy przepis stał się dla Zamawiającego nakazem.

5

Powyższe zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 03.03.2011r. sygn. akt: KIO 358/11. *W niniejszym postępowaniu Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, i zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 2.352.824,00 zł przy czym na*

zadanie nr 2 objęte niniejszym odwołaniem kwotę 752.845,00 zł. Ceny pozostałych, podlegających merytorycznej ocenie przez Zamawiającego, ofert kształtowały się następująco: FIRMA - 460.380,00 zł; Odwołujący - 678.383,64 zł. Z powyższego wynika wprost, i cena zarówno oferty wybranej jako najkorzystniejsza w sposób znaczący odbiega od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia w tych zadaniach. Takie porównanie z uwzględnieniem ceny oferty odrzuconej złożył przez Derylak Bud sp. z o.o. wskazuje na dużą rozpiętość cenową. Przywołane różnice kwotowe powinny więc, w ocenie Odwołującego, stanowić dla Zamawiającego wyraźny sygnał i przesłankę do skorzystania z procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W orzecznictwie i doktrynie przyjęły się nawet pewne dopuszczalne progi procentowe, których przekroczenie nakłada na Zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa powyżej. Zgodnie np. z wyrokiem z dnia 23.12.2008r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08. Z wykładni literalnej przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie Izby, wynika, że Zamawiający musi dokonać czynności wezwania do wyjaśnień. Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie prawne (*praesumptio iuris*) zaproponowania w ofercie ceny raczej niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę raczej niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Procedura, o której zastosowanie wniosł Odwołujący, ma na celu przeciwdziałanie złym praktykom rynkowym i eliminowanie ofert z ceną dumpingową, ale również ma na celu ochronę Zamawiającego i uzyskanie przez Niego pewności, że w związku z zaoferowaniem niskiej ceny nie zachodzi niebezpieczeństwo nienależytego wykonania zamówienia lub też niewykonania zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu cena zaoferowana przez wykonawcę FIRMA jest o blisko 40% niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia w danym zadaniu. Wskazane kwotowe różnice z całą pewnością powinny stanowić podstawę do wszczęcia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego. Gdyby w wyniku procedury wyjaśnień taki stan rzeczy uległby potwierdzeniu, Zamawiający byłby zobowiązany do odrzucenia oferty ww. wykonawców na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 31.10.2013 r. wezwał (emailowo) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu

6

odwoławczym.

W dniu 06.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Firma Ogólnousługowa K..... D....., która wniosła o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Z uwagi na nie dotrzymanie 3-dniowego terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 Pzp, Izba uznała dokonane zgłoszenie przystąpienie po stronie Zamawiającego za nieskuteczne.

W dniu 13.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. W przedmiotowym postępowaniu dotyczącym „Zimowego utrzymania dróg wojewódzkich na terenie działania Rejonu Dróg Wojewódzkich w Gryficach. Zadanie nr 2 -OD Kamień Pomorski” Zamawiający w SIWZ określił warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie przez Wykonawcę „wykonania w sposób należyty w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługę zimowego utrzymania dróg polegającą na odśnieżaniu dróg i usuwaniu śliskości solą żwirową na drogach publicznych przez okres min. 6 miesięcy, przy czym usługa winna być wykonana w trakcie roku kalendarzowego lub 1 sezonu zimowego (przy czym za 1 sezon zimowy rozumie się IV kwartał danego roku i I kwartał roku następnego)”.

W ocenie Zamawiającego dokumenty przedłożone przez Wykonawcę K..... D..... potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Wykonawca w tym zakresie złożył bowiem w swojej ofercie wykaz usług, w którym podał usługę wykonania zimowego utrzymania dróg

publicznych - odśnieżania i usuwania śliskości solą zwłókną w terminie od 01.10.2011 r. do 30.04.2012 r. i od 01.10.2012 r. do 30.04.2013 r. Odbiorcą usługi była Gmina Kamień Pomorski. Jednocześnie załączył zobowiązanie innego podmiotu - Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Kamieniu Pomorskim do oddania wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego. Na potwierdzenie należytego wykonania tych usług Wykonawca w uzupełnieniu przedłożył poświadczenie z Urzędu Miasta i Gminy w Kamieniu Pomorskim wystawione z up. Burmistrza przez Panią B. G. - Sekretarza Gminy. Dlatego też brak było jakichkolwiek podstaw do kwestionowania prawdziwości informacji podanych przez Wykonawcę.

na etapie weryfikacji oferty K. Zanegował twierdzenia

Odwolującego, i

D. powstały jakiejkolwiek wątpliwości co do prawdziwości podanych informacji.

Ponownie trzeba podkreślić, że przedłożył one przez Wykonawcę referencje wystawione z up.

7

Burmistrza Kamienia Pomorskiego, a więc przez podmiot publiczny w sposób wiarygodny poświadczały zakres i rodzaj usługi wykonywanej przez PGK sp. z o.o. na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski. Nadto Zamawiający nie dysponował adnymi informacjami wskazującymi, iż dokument z dnia 01.09.2013 r. zawiera nieprawdziwe informacje. Trzeba podkreślić, iż wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a tak jest w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. W niniejszej sprawie nie wystąpiły przesłanki obligujące Zamawiającego do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Nieprawdziwość informacji złożonych przez Wykonawcę w zakresie wykonywania usługi z użyciem soli zwłókną oraz terminu świadczenia usługi nie została również wykazana przez Odwołującego, który w tym zakresie nie przedłożył żadnych dowodów. Nie mniej jednak niezwłocznie po wniesieniu odwołania Zamawiający zwrócił się do Urzędu Miasta i Gminy w Kamieniu Pomorskim o udzielenie informacji nt. zakresu wykonywanej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Kamieniu Pomorskim usługi zimowego utrzymania dróg oraz terminu jej wykonania załączając potwierdzenie z dnia 01.09.2013 r. W odpowiedzi z-ca Burmistrza pismem z dnia 5.11.2013 r. w adekwatny sposób nie zakwestionował treści dokumentu z dnia 01.09.2013 r. Dodatkowo ponownie potwierdził stosowanie materiałów objętych referencjami wystawionymi dla PGK sp. z o.o. Tym samym brak jest jakichkolwiek dowodów by referencje dla PGK sp. z o.o. zawierały nieprawdę i obligowały Zamawiającego do wykluczenia z postępowania K. D.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp należy stwierdzić, iż jest on niezasadny. Przede wszystkim trzeba wskazać, iż oferta Wykonawcy nie zawierała rażąco niskiej ceny. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie precyzują tego pojęcia. Nie mniej jednak powszechnie przyjmuje się, iż oferta z rażąco niską ceną to oferta z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W niniejszym postępowaniu cena wybranej oferty wyniosła 460.380,00 złotych i jest nią:

- od ceny kolejnej oferty - o około 24,5%;
- od ceny oferty Odwołującego - o około 32,1%;
- od wartości szacunkowej zamówienia - o około 38,8%.

Podane różnice nie są miarodajnym wyznacznikiem do uznania, że cena podana w ofercie jest rażąco niska. Przywołał wyrok KIO z dnia 21.07.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 691/08. Podkreślił, iż nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy

8

cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej. Ponadto, mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do założenia a priori, że mamy do czynienia z ceną nierealistyczną, co groziłoby nierzetelnym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.11.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1137/08) dla oceny

Nazwa zadania	Wykonawcy	Krótkożyty oferty	Ceny ofert	Ró nica	Kwota brutto	Ró nica %
brutto PLN procentowa jaką Zamawiający pomiędzy ofertą z pomiędzy przeznaczył na najni szą ceną a ofertą z sfinansowanie kwotą brutto jaka najni szą zamówienia PLN Zamawiający ceną a przeznaczył na kolejną sfinansowanie zamówienia						

Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe 249 627.20 Koszalinie „WEKTRA” W..... Ł..... Ul.

Zadanie nr 7 - BARWICE Turystyczna 6 78/100 Szczecinek

Zimowe utrzymanie dróg FIRMA OGÓLNOUSŁUGOWA K..... 460 380,00 752 845,00 38,86% wojewódzkich na terenie D..... ul. Jana Chryzostoma Paska

działania Rejonu Dróg 34c/2, 71-622 Szczecin Wojewódzkich w

DERYŁAK BUD Sp. z o.o., ul. Szczecińska 24 610 056 36 (oferta 24,53% Gryficach, 72-400 Kamień Pomorski odrzucona)

Zadanie nr 2 - OD Kamień Pomorski PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. 678 383.64 32 14%

ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard

Zimowe utrzymanie dróg DERYLAK BUD 1295 527,12 5,26% 1 599 979,00 23,29% wojewódzkich na terenie Sp. z o.o. (oferta odrzucona)

działania Rejonu Dróg ul. Szczecińska 24, Wojewódzkich w 72-400 Kamień Pomorski

Gruficach, TRANSGRYF Transport i 1331219.107.80% Zadanie nr 1 - OD Grufice

Handel (oferta odrzucona) D..... P.....

ul. J. Piłsudskiego 25A, 72-300 Gryfice

PRD POL-DRÓG Nowogard 1518 703.60 19.18% S.A. ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard

Konsorcjum firm: 1 227 400.00 Lider: MABUD B.....

D.....i ul. Blonie 5A, 72-300 Gryfice

Partner: REDBUD GRYPICE J..... R.....

ul. J. Piłsudskiego 24c, 72-300 Gryfice

Zimowe utrzymanie dróg MALDROBUD Sp. z o.o., Sp. K. ul. 585 445,40 43,97% 469 30,21% wojewódzkich na terenie działania Królewiecka 43 74-300 Mysłibórz 979,00

Rejonu Dróg Wojewódzkich w Przycach

TRANS-MASZ 548 582,76 40,21% Przedsiębiorstwo Transportu i

Maszyn Drogowych S.A. ul. Na Grobli 4.

73-110 Stargard Szczeciński

GRUT L.....R..... 328 014.80 ul. Szczecińska 30

74-200 Pyrzyce Zimowe utrzymanie dróg Zakład Usług Drogowo - Mostowo - Transportowych J.....	317 682,00	5,77%	384	22,24%
--	------------	-------	-----	--------

wojewódzkich na terenie działania K.....	Redlino 50, 78-200 Białogard	955.00	Rejonu Dróg Wojewódzkich w
--	------------------------------	--------	----------------------------

Białogardzie

POL-DRÓG Drawsko Pomorskie S.A. ul. Złocieniecka 299 350.00 22A 78-500 Drawsko Pomorskie

Zimowe utrzymanie dróg Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z o. o., ul. 357 263,22 3,39% 435 20,65% wojewódzkich na terenie działania Niepodległości 19A 73-150 Łobez 000,00

Rejonu Dróg Wojewódzkich w

Drafski POL-DRÓG Drafski Pomorski S.A., ul. Złocińska 22A, 345 160-24

78-500 Drawsko Pomorskie

Zimowe utrzymanie dróg PRD Nowogard S.A. 104 598,00 27,93% 100 25,35% wojewódzkich na terenie działania ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard 982,00

Rejonu Dróg Wojewódzkich w

Starogardzie FIRMA OGÓLNOUSŁUGOWA 75 380,00 (oferta

K..... D..... odrzucona) ul. Jana Chryzostoma Paska

34c/2 71-622 Szczecin

Z zestawienia wynika, i w przykładowo podanych postępowaniach, w ka dym:
- wartość oferty z najni szą ceną była ni sza od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT, a tym samym od kwoty którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia
- wartość oferty z najni szą ceną była ni sza od kolejnej np. o 20, 30, ale i 40%.

W świetle powy szego Zamawiający miał podstawy, aby uznać, i oferta zło ona przez Wykonawcę K..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FIRMA OGÓLNOUSŁUGOWA K..... D..... ze Szczecina nie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Przywołał wyrok KIO z dnia 13.01.2009r., sygn. akt: 1492/08. Stwierdził, e do Zamawiającego nale y stwierdzenie czy cena mo e być uznana za ra ąco niską czy te nie i ewentualnie wszczęcie procedury przewidzianej w art. 90 Pzp, a więc ądanie wyjaśnień- Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do zło enia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Wskazał na wyrok KIO z dnia 16.06.2010r. sygn. akt: 1055/10.

10

Stwierdził równie , e w niniejszym postępowaniu Zamawiający wątpliwości takich nie miał, dlatego te nie zwracał się do wykonawcy o dokonanie wyjaśnień. Cena podana w ofercie Wykonawcy nie jest ceną nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, ans niewiarygodną, czy oderwaną od realiów rynkowych za którą wykonanie nale yte zamówienia nie jest mo liwe.

W dniu 13.11.2013 r. (e-mailem) wpłynęło pismo procesowe z dnia 14.11.2013 r. Odwołującego zło one w oryginale na posiedzeniu z udziałem stron.

Odnosnie braku wykluczenia Firmy Ogólnousługowej K..... D..... pomimo zło enia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji. W ocenie Odwołującego, Wykonawca zło ył w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwe informacje, a w konsekwencji w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, winien zostać wykluczony z postępowania. W celu wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia zło ył zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia pochodzące od Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Kamieniu Pomorskim. Zobowiązaniu temu towarzyszyły referencje wystawione przez gminę Kamień Pomorski, z których wynika, i PGK było w latach 2011/2012 oraz 2012/2013 wykonawcą w zakresie zimowego utrzymania dróg publicznych na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski. Nadto, referencje powy sze wskazują, e zimowe utrzymanie dróg odbywało się w okresie 01.10.2011 - 30.04.2012 oraz 01.10.2012 - 30.04.2013 oraz e było wykonywane z u yciem soli zwil onej. W odniesieniu do powy szych referencji Odwołujący podnosi, i z ogólnie i łatwo dostępnych informacji znajdujących się na stronach internetowych gminy Kamień Pomorski, uzyskał wiedzę, i gmina Kamień Pomorski przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zimowe utrzymanie dróg na lata 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012. (załączył dowód: ogłoszenie o zamówieniu nr 368186-2009). Stosownie do powy szego ogłoszenia gmina ta ustaliła, i jeden sezon zimowy obejmował będzie okres od dnia 2 listopada do dnia 15 kwietnia ka dego roku objętego przedmiotem umowy. Ustalenie powy sze powtórzone zostało w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 21.10.2009r. zwana dalej: „SIWZ”. (załączył dowód: wyciąg z treści SIWZ dla zadania „Utrzymanie ulic i chodników na drogach miejskich i gminnych gminy Kamień Pomorski w okresach zimowych 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 r.”). Stosownie do ogłoszenia z dnia 04.11.2009r. wykonawcą wybranym do realizacji powy szego zamówienia wybrane zostało PGK. Tak e i to ogłoszenie powtarza ustalenie dotyczące przyjętego trwania okresu zimowego. (załączył dowód: ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dn. 04.11.2009r.). Ogłoszenie powy sze oraz SIWZ wskazują tak e rodzaj sprzętu jakim musiał dysponować wykonawca w celu realizacji

11

udzielanego zamówienia i miały to być: nośniki wraz z pługami, ciągniki rolnicze z pługami i posypywarkami, ciągniki rolnicze lekkie wraz z posypywarkami, sprzęt konieczny do mechanicznego załadunku piasku i mieszanki, spycharka lub ładowarka. W porównaniu z wymaganiami sprzętowymi postawionymi w zamówieniu przedmiotowym skonstatować

trzeba brak w powyższym opisie sprzętu wymagania posiadania solarki, która jest niezbędna do aplikowania soli zwilonej. Oznacza to, i tak naprawdę w zakresie zamówienia referencyjnego nie miało stosowanie soli zwilonej na asfaltne ulice i chodniki. Odwołujący następnie podnosi, i w dniu 21.11.2012 r. ukazało się ogłoszenie burmistrza gminy Kamień Pomorski dotyczące konkursu ofert na zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski w latach 2013-2015. (załączył dowód: wydruk ogłoszenia z dn. 21.11.2012r.). Zgodnie z powyższym ogłoszeniem w jego dziale III określono, i zadanie objęte tym zamówieniem ma być realizowane w terminie od 01.01.2013 r. do 31.12.2015 r. W dniu 14.12.2012 r. burmistrz gminy Kamień Pomorski zamieścił ogłoszenie, w którym poinformował, i otwarty konkurs ofert na zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski w latach 2013-2015 wygrany został przez Kamieńską Spółdzielnię Socjalną „WARCISŁAW”. (załączył dowód: ogłoszenie z dn. 14.12.2012r.) Stwierdził, i referencje przedstawione przez KD w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzają nieprawdę z następujących powodów:

- 1) sezon zimowy 2012/2013 nie był objęty zamówieniem, które zostało udzielone na rzecz PGK,
- 2) zimowe utrzymanie dróg przez PGK nie odbywało się w okresach wskazanych w referencjach, lecz w okresach zgodnych z warunkami postępowania
- 3) przeprowadzonego przez gminę Kamień Pomorski, czyli od dnia 02.11 do dnia 15.04 każdego roku trwania umowy, 3) zadanie realizowane na rzecz gminy Kamień Pomorski nie obejmowało stosowania soli zwilonej.
- 4) Powyższe prowadzi do wniosku, i referencje, którymi posłużył się wykonawca wybrany zawierają informacje nieprawdziwe, a nadto nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu.
- 5) Następnie Odwołujący podnosi, i w przedmiotowym postępowaniu wziął udział również wykonawca „DERYLAK - BUD” sp. z o.o. z siedzibą w Kamieniu Pomorskim, który pismem z dnia 15.10.2013 r. uzupełnił swoją ofertę w zakresie żądanym przez Zamawiającego. Uzupełnienie to obejmowało zobowiązanie do zasobów wiedzy udostępnienia i doświadczenia wystawione na rzecz DB przez PGK. Do zobowiązania wykonawca dołączył

usługi referencji wystawione

przez gminę Kamień Pomorski, z których wynika, i świadczone przez PGK wykonywane były w okresach: 01.11.2010 - 30.04.2011 oraz

12

01.11.2011 - 30.04.2012. Informacje płynące z tych referencji stoją w sprzeczności z referencjami przedstawionymi przez Wykonawcę wybranego.

6) Należy zatem skonkludować, i w przedmiotowym postępowaniu dwóch wykonawców posłużyło się referencjami pochodzącymi od tego samego podmiotu, jednakże każda z tych referencji wskazywała odmienne dane w zakresie terminu realizacji referencyjnego zamówienia, a nadto dane te pozostają w sprzeczności z terminami realizacji wynikającymi z dokumentów przetargowych dotyczących zamówienia referencyjnego. Nie może być więc wątpliwości, i w przedmiotowym postępowaniu doszło do złożenia informacji nieprawdziwych. Zamawiający był to w stanie stwierdzić już tylko w oparciu o dokumenty złożone przez powyższych wykonawców. Sprzeczność wynikająca z powyższych referencji powinna ponadto wywołać u Zamawiającego wątpliwości w zakresie prawdziwości przedstawianych informacji. Zweryfikowanie przez Zamawiającego tych informacji w oparciu o powszechnie dostępne źródła utwierdziłoby Zamawiającego w przekonaniu, i wykonawca wybrany winien być z przedmiotowego postępowania wykluczony.

Odnosnie umyślności w złożeniu nieprawdziwych informacji W tym miejscu Odwołujący musi odnieść się do dominującego obecnie trendu orzeczniczego, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp może nastąpić jedynie w przypadku, gdy złożenie nieprawdziwych informacji następuje z winy umyślnej wykonawcy, a zatem jedynie wówczas, gdy wykonawca chce złożyć nieprawdziwe informacje, zmierzając w ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego poprzez celowe, świadome i bezpośrednie działanie. W ocenie Odwołującego tak przyjęta konstrukcja złożenia nieprawdziwych informacji nie znajduje oparcia w treści obowiązujących przepisów prawa. Przede wszystkim ustawodawca w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w ogóle nie wspomina o winie w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji. Biorąc pod uwagę jedynie polską ustawę można by przyjmować, i ustawodawca miał na myśli obiektywną kategorię złożenia nieprawdziwych informacji w

ogóle nie uwzględniając kwestii winy. Jednak e takie rozumowanie napotyka przeszkodę w postaci przepisu dyrektywy 2004/18/WE. Sekcja 2 rozdziału VII dyrektywy 2004/18, poświęcona „*kryteriom kwalifikacji podmiotowej*”, zawiera art. 45 zatytułowany „*Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta*”. W art. 45 ust. 1 wymienione są kryteria obowiązkowego wykluczenia kandydata lub oferenta z postępowania, zaś w ust. 2 wymienione są kryteria mogące prowadzić do wykluczenia. Stosownie do art. 45 ust. 2: „*Z udziału w zamówieniu mo na wykluczyć ka dego wykonawcę, który:*
g) *jest winny powa nego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy [jest winny bądź powa nego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy, bądź nieprzekazania tych informacji].*”. Jak więc wynika z powy szego przepisu dyrektywy ustawodawca europejski przewidział, i przekazanie nieprawdziwych

13

informacji jest kwalifikowane winą. W aden jednak sposób nie zostało przesądzone, i ma to być jedynie wina umyślna. Skoro ustawodawca nie ograniczył postaci winy w tej normie do winy umyślnej, to nie ma adnych podstaw ku temu, by w drodze wykładni orzeczniczej modyfikować zrozumiałe brzmienie przepisu. Taka bowiem wykładnia jest wykładnią contra legem. Je eli ustawodawca jako podstawę do wykluczenia przewidział zaistnienie winy bez precyzowania jej postaci, to jest oczywiste, i miał na myśli ka dą postać winy.

W szczególności poni szy wniosek dotyczy winy w postaci niedbalstwa, która w ramach nieumyślności jest najcię szą postacią winy. Nale y zauwa yć, i ta postać winy jest w ramach Kodeksu cywilnego wręcz zrównana z winą umyślną. Wskazują na to przykładowo następujące jego przepisy: art. 757, 777, 788, 791, 801, 818, 826, 849, 852, 855, 859(8), 891. Zgodnie z art. 757 Kodeksu cywilnego:

„*Kto w celu odwrócenia niebezpieczeństwa gro ącego drugiemu ratuje jego dobro, mo e ądać od niego zwrotu uzasadnionych wydatków, chocia by jego działanie nie odniosło skutku, i jest odpowiedzialny tylko za winę umyślną lub ra ące niedbalstwo.*” Zgodnie z art. 777 § 1 Kodeksu cywilnego: „*Za бага , który podróż ny przewozi ze sobą, przewoźnik ponosi odpowiedzialność tylko wtedy, gdy szkoda wynikła z winy umyślnej lub ra ącego niedbalstwa przewoźnika.*” Powy sze dwa przepisy zostały przytoczone jedynie tytułem przykładu natomiast ka dy z powy ej wskazanych przepisów Kodeksu cywilnego w określonych okolicznościach przewiduje odpowiedzialność za winę umyślną i niedbalstwo. Wynika z tego, i ustawodawca niedbalstwo traktuje jako cię ką postać winy, niemal e zbli oną do działania umyślnego. Warto równie zauwa yć, i Kodeks cywilny nie zawsze zawiera wskazanie konkretnej postaci winy, od której uzale nia powstanie określonych skutków. Zatem wszędzie tam gdzie w Kodeksie cywilnym nie została wskazana postać winy, nale y przyjmować, i ustawodawca miał na myśli ka dą istniejącą jej postać.

Przykładowo w art. 151 Kodeksu cywilnego ustawodawca wspomina jedynie o winie umyślnej. Natomiast w następujących przepisach wzmiankuje się jedynie o winie bez konkretyzacji jej postaci: art. 224 § 2, 36, 415, 416, 425 § 2, 427, 429 i 430. Biorąc więc pod uwagę reguły wykładni systemowej oraz racjonalność i konsekwencję ustawodawcy podnieść nale y, i wszędzie tam gdzie nie została skonkretyzowana postać winy, od której zaistnienia ustawodawca uzale nia określone skutki, przyjmować nale y, i ustawodawca miał na myśli ka dą postać winy. Tam bowiem gdzie ustawodawca chce uzale nić skutki od konkretnej postaci winy, jest to wskazane w treści przepisu. Powy sza argumentacja prowadzi do wniosku, i w odniesieniu do przepisu stanowiącego podstawę do wykluczenia wykonawcy na gruncie zamówień publicznych na skutek zło enia nieprawdziwych informacji ustawodawca nie wymagał wykazania winy umyślnej. Nie ma zatem adnych przeszkód do wykluczenia tak e wtedy, gdy wykonawca ponosi winę w postaci niedbalstwa. Trzeba mieć tak e na uwadze charakter podmiotów biorących udział w postępowaniach o udzielenie

14

zamówienia publicznego. Ka dy z tych podmiotów jest bowiem profesjonalnym przedsiębiorcą, od którego wymaga się dochowania nale ytej staranności w stopniu wy szym ni od przeciętnych uczestników obrotu gospodarczego. Zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego: „*Nale ytą staranność dłu nika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.*”. Norma powy sza wskazuje wprost, i od profesjonalisty nale y wymagać

więcej. Zatem, o ile w przypadku podmiotu niebędącego przedsiębiorcą kontrowersyjne byłoby wymaganie dotyczące weryfikacji otrzymanych przez kontrahenta danych, o tyle w odniesieniu do przedsiębiorcy nie ma żadnych przeszkód by wymagania takie postawić.

Na tle okoliczności niniejszej sprawy wykonawca wybrany powinien być uznany za winnego zło enia informacji nieprawdziwych, nie dochował bowiem nawet w minimalnym stopniu staranności wymaganej od przedsiębiorcy przy składaniu dokumentów ofertowych. Taka minimalna staranność mogłaby się, w ocenie Odwołującego, przejawiać choćby w zweryfikowaniu dokumentów publicznie dostępnych, z których jasno wynika, i referencje wystawione na rzecz PGK przez gminę Kamień Pomorski zawierają nieprawdziwe informacje. Skoro wykonawca wybrany nie przejawiał należytej staranności choćby w minimalnym stopniu, to tym samym ponosi winę w postaci niedbalstwa za zło enie nieprawdziwych informacji w niniejszym postępowaniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ; zmianami SIWZ z dnia 14.08.2013 r. oraz 13.09.2013 r.; ofertą Firmy Ogólnousługowej K..... D.....; ofertą DERYLAK BUD Sp. z o.o.; ofertą Odwołującego; wezwaniem z dnia 11.10.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanym przez Zamawiającego do Firmy Ogólnousługowej K..... D.....; wezwaniem z dnia 11.10.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanym przez Zamawiającego do DERYLAK BUD Sp. z o.o.; uzupełnieniem z dnia 16.10.2013 r. Firmy Ogólnousługowej K..... D.....; wezwaniem do wyjaśnień z dnia 17.10.2013 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie uzupełnionych dokumentów Firmy Ogólnousługowej K..... D.....; uzupełnieniem z dnia 16.10.2013 r. DERYLAK BUD Sp. z o.o.; wyjaśnieniami Firmy Ogólnousługowej K..... D.....; informacją o wyniku z dnia 23.10.2013 r., odwołaniem; odpowiedzią na odwołanie z załącznikiem; pismem procesowym Odwołującego; uzupełnieniem oferty DERYLAK BUD Sp. z o.o. wraz z zobowiązaniem z dnia 14.10.2013 r. oraz referencją z dnia 11.10.2013 r., uzupełnieniem Firmy Ogólnousługowej K..... D..... – tzn. zobowiązaniem z oferty z dnia 20.09.2013 r., jego uzupełnieniem tak e z dnia 20.09.2013 r., jak i referencją z dnia

15

01.09.2013 r., ogłoszeniem o zamówieniu nr 368186-2009, wyciągiem z treści SIWZ dla zadania „*Utrzymanie ulic i chodników na drogach miejskich i gminnych gminy Kamień Pomorski w okresach zimowych 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 r.*”, ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia z dn. 04.11.2009r., ogłoszeniem burmistrza gminy Kamień Pomorski dotyczące konkursu ofert na zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski w latach 2013-2015. - ogłoszenie z dn. 21.11.2012r., ogłoszeniem z otwartego konkursu ofert na zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski w latach 2013-2015 wygranym przez Kamieńską Spółdzielnię Socjalną „*WARCISŁAW*” - ogłoszenie z dn. 14.12.2012r., ogłoszeniem o wyniku z dnia 12.10.2011 r., kopią umowy Nr 568/8-3/4/2011 i kopią formularza cenowego Wykonawcy ówczśnie wybranego zło onymi na rozprawie przez Odwołującego; wyjaśnieniami z dnia 05.11.2013 r. (wezwanie z dnia 04.11.2013 r. w dokumentacji postępowania) oraz 12.11.2013 r. wystawcy referencji – Burmistrza Kamienia Pomorskiego dla Firmy Ogólnousługowej K..... D..... zło onymi na rozprawie przez Zamawiającego – w pierwszym wypadku załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Izby ustalił, e nie została wypełniona adna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego zło enia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu zło onych ofert, zaraz po ofercie najkorzystniejszej, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt:

KIO 2553/13, postanowień SIWZ; zmian SIWZ z dnia 14.08.2013 r. oraz 13.09.2013 r.; oferty

Firmy Ogólnoustługowej K..... D.....; oferty DERYLAK BUD Sp. z o.o.; oferty Odwołującego; wezwania z dnia 11.10.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanego przez Zamawiającego do Firmy Ogólnoustługowej K..... D.....; wezwania z dnia 11.10.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanego przez Zamawiającego do DERYLAK BUD Sp. z o.o.; uzupełnienia z dnia 16.10.2013 r. Firmy Ogólnoustługowej K..... D.....; wezwania do wyjaśnień z dnia 17.10.2013 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie uzupełnionych dokumentów Firmy Ogólnoustługowej K..... D.....; uzupełnienia z dnia 16.10.2013 r. DERYLAK BUD Sp. z o.o.; wyjaśnień Firmy Ogólnoustługowej K..... D.....; informacji o wyniku z dnia 23.10.2013 r., odwołania; odpowiedzi na odwołanie

16

z załącznikiem; pisma procesowego Odwołującego; uzupełnienia oferty DERYLAK BUD Sp. z o.o. wraz z zobowiązaniem z dnia 14.10.2013 r. oraz referencją z dnia 11.10.2013 r., uzupełnienia Firmy Ogólnoustługowej K..... D..... – tzn. zobowiązania z oferty z dnia 20.09.2013 r., jego uzupełnienia tak e z dnia 20.09.2013 r., jak i referencji z dnia 01.09.2013 r., ogłoszenia o zamówieniu nr 368186-2009, wyciągu z treści SIWZ dla zadania „Utrzymanie ulic i chodników na drogach miejskich i gminnych gminy Kamień Pomorski w okresach zimowych 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 r.”, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dn. 04.11.2009r., ogłoszenia burmistrza gminy Kamień Pomorski dotyczące konkursu ofert na zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski w latach 2013-2015. - ogłoszenie z dn. 21.11.2012r., ogłoszenia z otwartego konkursu ofert na zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski w latach 2013-2015 wygranym przez Kamieńską Spółdzielnię Socjalną „WARCISŁAW” - ogłoszenie z dn. 14.12.2012r., ogłoszenia o wyniku z dnia 12.10.2011 r., kopi umowy Nr 568/8-3/4/2011 i kopi formularza cenowego Wykonawcy ówczśnie wybranego zło onymi na rozprawie przez Odwołującego; wyjaśnień z dnia 05.11.2013 r. (wezwanie z dnia 04.11.2013 r. w dokumentacji postępowania) oraz 12.11.2013 r. wystawcy referencji – Burmistrza Kamienia Pomorskiego dla Firmy Ogólnoustługowej K..... D..... zło onymi na rozprawie przez Zamawiającego – w pierwszym wypadku załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający lzby wziął pod uwagę tak e stanowiska i oświadczenia stron zło one ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić nale y, e odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający wskazał w pkt 9 1) lit. b) SIWZ, wymóg w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia o treści wskazanej w odwołaniu przez Odwołującego. Firma

Ogólnoustługowa K..... D..... – wykazało usługę – utrzymania zimowego dróg na rzecz Gminy Kamień Pomorski w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp realizowane przez PGK Sp. z o.o. DERYLAK BUD Sp. z o.o. wykazało dwie usługi utrzymania zimowego dróg na rzecz Gminy Kamień Pomorski w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp realizowane przez PGK Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z dnia 11.10.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Firmę Ogólnoustługowej K..... D..... do uzupełnienia w zakresie wykazanej w wykazie usługi (w ofercie jedynie wykaz – na str. 5 oraz u yczenie/zobowiązanie w trybie art. 26 ust.2 b dokonane przez PGK Sp. z o.o. – str. 12).

17

Z kolei pismem z dnia 11.10.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał DERYLAK BUD Sp. z o.o. do uzupełnienia w zakresie wykazanych w wykazie usług.

Uzupełnienie Firmy Ogólnoustługowej K..... D..... nastąpiło pismem z dnia 16.10.2013 r. – m.in. o referencje z dnia 01.09.2013 r. wystawione przez Gminę Kamień Pomorski - czasookres realizacji od 01.10.2011 r. do 30.04.2012 r.; od 01.10.2012 r. do 30.04.2013 r. oraz dodatkowe u yczenie/zobowiązanie z dnia 20.09.2013 r. w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp.

Następnie, Zamawiający pismem z dnia 17.10.2013 r. wezwał Firmę Ogólnoustługowej K..... D..... w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie uzupełnionych dokumentów – względem podpisów.

Uzupełnienie DERYLAK BUD Sp. z o.o. nastąpiło pismem z dnia 16.10.2013 r. –

wykaz usług, uyczenie/zobowiązaniem z dnia 14.10.2013 r. dokonane przez PGK Sp. z o.o. oraz referencje z dnia 11.10.2013 r. (czasookres realizacji od 01.11.2010 r. do 30.04.2011 r.; od 01.11.2010 r. do 30.04.2012 r.).

Wyjaśnienia Firmy Ogólnousługowej K..... D.....

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... z postępowania, z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału

w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Izba uznała w/w zarzut za chybiony.

W tym zakresie Izba, za podstawę oddalenia przedmiotowego zarzutu, a w konsekwencji całego odwołania przyjął złożone przez Zamawiającego dowody – tj. wyjaśnienia z dnia 05.11.2013 r. (wezwanie z dnia 04.11.2013 r. w dokumentacji postępowania) oraz 12.11.2013 r. wystawcy referencji – Burmistrza Kamienia Pomorskiego dla Firmy Ogólnousługowej K..... D..... Powyższe pisma zawierają wyjaśnienie wszystkich kwestii spornych poruszonych w odwołaniu, jak i piśmie procesowym Odwołującego w zakresie wykazywanego zadania realizowanego dla gminy Kamienia Pomorskiego. Dodatkowe wątpliwości Odwołującego z rozprawy, zostały także wyjaśnione w ramach stanowiska Zamawiającego, które Izba podzieliła. Wskazując szczegółowo, i w zakresie korzystania w ramach wykazywanej usługi z soli zwilżonej – stosowne powtórnie

18

potwierdzenie (pierwotne w ramach uyczenia/zobowiązania z oferty – str. 12) – w wyjaśnieniach z dnia 05.11.2013 r. wystawcy referencji – Burmistrza Kamienia Pomorskiego dla Firmy Ogólnousługowej K..... D..... Względem czasookresu – 01.10.2011 – 30.04.2012 r., 01.10.2012 – 30.04.2013 r. wskazanego przez Firmę Ogólnousługową K..... D....., a czasookresu wskazanego przez DERYLAK BUD Sp. z o.o. – 01.11.2010 r. – 30.04.2011 r., 01.11.2011 - 30.04.2012 r. – dotyczącego tej samej usługi/usług wykazanej przez dwóch różnych Wykonawców w trybie art. 26 ust. 2b Pzp biorących udział w postępowaniu. Zamawiający przedstawił wyjaśnienia 12.11.2013 r. wystawcy referencji – Burmistrza Kamienia Pomorskiego dla Firmy Ogólnousługowej K..... D..... Zgodnie z nimi: „Potwierdza się, że Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Kamieniu Pomorskim, zwana dalej PGK sp. z o.o. wykonywała we wskazanych w zaświadczeniu z dnia 01 września 2013 r. okresach zadanie zimowego utrzymania dróg na terenie Gminy Kamień Pomorski, w oparciu o następujące tytuły: 1. Od listopada 2009 r. do kwietnia 2012 – na podstawie zawartej umowy na realizację przez PGK sp. z o.o. zamówienia publicznego udzielonego przez Gminę Kamień Pomorski; 2. Od października do grudnia 2012 r. PGK sp. z o.o. wykonywała usługi na rzecz Gminy Kamień Pomorski nieodpłatnie w oparciu o uzgodnienie pomiędzy Zarządem PGK sp. z o.o. a Burmistrzem Gminy Kamień Pomorski. Z uwagi na trudności w zabezpieczeniu środków finansowych w budowie na to zadanie PGK sp. z o.o. (...) przejęła na siebie obowiązki i koszty zadania w wymienionym okresie; 3. Od 1 stycznia 2013 r. PGK sp. z o.o. wykonywała zadania zimowego utrzymania dróg na terenie Gminy Kamień Pomorski na podstawie umowy podwykonawczej z Kamieńską Spółdzielnią Socjalną Warcisław, której Gmina Kamień Pomorski powierzyła zadanie własne z zakresu gospodarki komunalnej, w drodze umowy i przekazała na ten cel dotację w trybie przepisów ustawy o pomocy publicznej i wolontariacie oraz zgodnie z dyspozycją wynikającą z przepisu art. 3 ust.1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 Nr 45 poz. 236 tj.) (...)”. Odnosnie zaś, kwestii dodatkowych – Zamawiający wskazał, że w 1 pkt pisma z 12.11.2013 r. wskazano czasookres od listopada 2009 do kwietnia 2012, w tym czasookresie mieszczą się czasookresy wskazane w wykazie wykonawcy wybranego (Firmy Ogólnousługowej K..... D.....). Co do kwestii drugiej podnosił, że z pkt 3 pisma z 12.11.2013 r. wynika, że miało miejsce powierzenie zadań własnych z zakresu gospodarki komunalnej, w konsekwencji gmina Kamień Pomorski była właściwym podmiotem do wystawienia referencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wszczęcia wyjaśnień treści dokumentów i oświadczeń wykonawcy Firma

19

Ogólnousługowa K..... D..... pod kątem złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, czym Zamawiający dodatkowo naruszył art. 26 ust. 4 Pzp, w tym wypadku zarzut został potwierdzony, jednakże z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, powyższe nie ma wpływu na wynik wobec oddalenia zarzutów rozpatrzonych w pierwszej kolejności, a dotyczących zaniechania wykluczenia Firma Ogólnousługowa K..... D..... z postępowania. W ocenie Izby, Odwołujący zasadnie podnosił w odwołaniu określone kwestie, które wymagały wyjaśnień, które de facto Zamawiający przeprowadził na skutek wniesionego odwołania. Wobec ich rezultatu, korzystnego dla Firmy Ogólnousługowej K..... D....., Izba oddaliła odwołanie, co nie zmienia faktu, że wątpliwości zawarte chociażby w ofercie Firmy Ogólnousługowej K..... D....., w powiązaniu z ofertą DERYLAK BUD Sp. z o.o. czyniły konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W tym zakresie, dowody przedłożone przez Odwołującego na rozprawie są wiarygodne, Izba je dopuściła wskazując, na tej mierze ich notoryjny charakter (uzupełnienia oferty DERYLAK BUD Sp. z o.o. wraz z zobowiązaniem z dnia 14.10.2013 r. oraz referencją z dnia 11.10.2013 r., uzupełnienia Firmy Ogólnousługowej K..... D..... – tzn. zobowiązania z oferty z dnia 20.09.2013 r., jego uzupełnienia także z dnia 20.09.2013 r., jak i referencji z dnia 01.09.2013 r., ogłoszenia o zamówieniu nr 368186-2009, wyciągu z treści SIWZ dla zadania „Utrzymanie ulic i chodników na drogach miejskich i gminnych gminy Kamień Pomorski w okresach zimowych 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 r.”, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dn. 04.11.2009r., ogłoszenia burmistrza gminy Kamień Pomorski dotyczące konkursu ofert na zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski w latach 2013-2015. - ogłoszenie z dn. 21.11.2012r., ogłoszenia z otwartego konkursu ofert na zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie miasta i gminy Kamień Pomorski w latach 2013-2015 wygranym przez Kamieńską Spółdzielnię Socjalną „WARCISŁAW” - ogłoszenie z dn. 14.12.2012r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez brak zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Firma Ogólnousługowa K..... D..... jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała ww. zarzut za chybiony. W tym zakresie, Izba wzięła pod uwagę argumentację Zamawiającego zawartą w dopowiedzi na odwołanie, w szczególności zestawienie tabelaryczne, dowody

20

przedłożone na rozprawie (głoszenia o wyniku z dnia 12.10.2011 r., kopia umowy Nr 568/8-3/4/2011 i kopia formularza cenowego Wykonawcy ówczesnie wybranego). W konsekwencji należy uznać zasadność działań Zamawiającego, który brał przy ocenie konieczności wzywania do wyjaśnień specyfikę przedmiotowego rynku. Każdorazowo to na Zamawiającym spoczywa ostateczna decyzja o konieczności lub jej braku podjęcia procedury wyjaśniającej w zależności od zaistniałej sytuacji faktycznej w postępowaniu. Dodatkowo Izba wskazuje, że wyrokiem z dnia 22.03.2013 r., sygn. akt: KIO 548/13, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp powinien decydować następujący wynik analizy: szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę w ofercie, porównanie zaoferowanej ceny z innymi złożonymi ofertami wskazuje na znaczne rozbieżności, wartość oferty znacznie odbiega od cen rynkowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji wobec nieuznania zasadności zarzutów, które mają wpływ na

wynik postępowania, Izba nie uznała tak e zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 i 3 Pzp.

Biorąc powy sze pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa – 17,00 zł.

Przewodniczący :

.....

21

22