

WYROK
z dnia 2 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 10 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **EUROSYSTEM S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów,**

B. w dniu 10 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **SH-Info System Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,**

przy udziale:

A. wykonawcy **Fotokart Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 9a, 71-541 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1388/13 - po stronie zamawiającego;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MK Projekt Sp. z o.o., Firma Geodezyjno-Kartograficzna "Radian" J. i J. O..... s.c., ul. Waszyngtona 14/151, 15-269 Białystok** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1389/13 - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie o sygn. KIO 1388/13 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części XX i XXI (województwo wielkopolskie), wezwanie wykonawcy Fotokart Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 9a, 71-541 Szczecin, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług i dokonanie czynności badania i oceny ofert.

1

1B. Uwzględnia odwołanie o sygn. KIO 1389/13 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części VI i VII (województwo łódzkie), wykluczenie z postępowania w części VI - wykonawcy M..... T..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MAPPROJEKT” M..... T....., ul. Powstańców Warszawy 73/29; 21-100 Lubartów, dokonanie czynności badania i oceny ofert, wezwanie w części VII wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MK Projekt Sp. z o.o., Firma Geodezyjno-Kartograficzna "Radian" J. i J. O..... s.c., ul. Waszyngtona 14/151, 15-269 Białystok, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu załącznika Nr 6 do s.i.w.z. i dokonanie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EUROSYSTEM S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów** i **SH-Info System Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów**, tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **EUROSYSTEM S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od

odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)
na rzecz **SH-Info System Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów**
stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od
odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 70, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Realizację kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Dnia 31 maja 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej.

KIO 1388/13

Dnia 10 czerwca 2013 roku wykonawca EUROSYSYSTEM S.A., 41-506 Chorzów, ul. Armii Krajowej 9A (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w następstwie dokonania wadliwej oceny spełnienia przez ofertę wykonawcy wymogów zawartych w s.i.w.z., a także wadliwej oceny wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wadliwej oceny prawdziwości składanych przez „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie oświadczeń oraz braku dokonania oceny czy złożenie oferty przez „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
2. art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w następstwie przyjęcia, że wykonawca „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym do wykonania zamówienia,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w następstwie przyjęcia, że złożona przez „Fotokart” Sp. z o.o. oferta jest zgodna z ustawą i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3, 10 oraz 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3

-
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez złożenie oferty nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
 6. ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy „Fotokart” Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie ustalenia, jaką część zamówienia wykonawca ten zamierza powierzyć podwykonawcom,
 7. innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności oceny

- spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w zakresie części XX i XXI (woj. wielkopolskie),
- 2) wykluczenia z postępowania wykonawcy „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie oraz uznanie złożonej przez „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie oferty za odrzuconą w części XX i XXI (woj. wielkopolskie),
 - 3) ewentualnie odrzucenie oferty wykonawcy „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie w zakresie części XX i XXI (woj. wielkopolskie), albowiem jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a nadto treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - 4) ponownego dokonania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu w zakresie części XX i XXI (woj. wielkopolskie).

Ponadto na zasadzie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia oryginału protokołu końcowego kontroli z dnia 27 grudnia 2010 roku sporządzonego na podstawie umowy 67/DKM/2010/2610 z dnia 11 czerwca 2010 roku oraz umowy (wraz z ewentualnymi aneksami) 67/DKM/2010/2610 z dnia 11 czerwca 2010 zawartej przez zamawiającego z „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż - w przeciwieństwie do wykonawcy „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i złożył ofertę najkorzystniejszą, która nie podlega odrzuceniu. W przypadku podjęcia wobec wykonawcy „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie oraz złożonej przez niego oferty czynności wynikających z przepisów ustawy Pzp, to właśnie oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający, dnia 12 czerwca 2013 roku, przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

4

Dnia 14 czerwca 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Fotokart Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 9a, 71-541 Szczecin.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

KIO 1389/13

Dnia 10 czerwca 2013 roku wykonawca „SH-Info System” sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych lub zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a polegających na:

- 1) część nr VI (województwo łódzkie):
 - 2) przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
 - 3) zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy „MAPPROJEKT” M..... T....., ul. Powstańców Warszawy 73 lok. 29, 21-100 Lubartów, pomimo okoliczności, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
 - 4) zaniechaniu odrzucenia oferty „MAPPROJEKT” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył wskazany przepis,
 - 5) wyborze oferty „MAPPROJEKT”, jako najkorzystniejszej, pomimo okoliczności, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu o udzielenie oraz nie wykazał spełnienia udziału zamówienia publicznego warunków w postępowaniu, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.
- części nr VII (województwo łódzkie):
- 1) przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1

- ustawy Pzp,
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy (konsorcjum firm): MK Projekt Sp. z o.o., ul. Waszyngtona 14/151, 15-269 Białystok oraz Firma Geodezyjno-Kartograficzna „Radian” J. i J. O..... s.c., ul. Dąbrowskiego 28/4, 15-872 Białystok, pomimo okoliczności, iż konsorcjum złożyło

5

-
- nieprawdziwe informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- 3) zaniechaniu wykluczenia z postępowania konsorcjum, w związku z niewykazaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi do realizacji przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
- 4) wyborze oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo okoliczności, iż konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

część nr VI (województwo łódzkie):

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty „MAPPROJEKT”, jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części nr VI,
3. wykluczenie z postępowania „MAPPROJEKT”,
4. odrzucenie oferty „MAPPROJEKT” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
5. wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

część nr VII (województwo łódzkie):

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla części nr VII,
3. wykluczenie konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, alternatywnie wezwanie konsorcjum do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
4. wykluczenie z postępowania konsorcjum,
5. wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, albowiem oferta odwołującego w obu częściach przedmiotu zamówienia (VI i VII) została zaklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji. Wykonanie czynności przez zamawiającego zgodnie z żądaniem odwołującego spowoduje, iż w obu częściach jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Jednocześnie odwołujący wskazał, iż na skutek wyżej opisanych naruszeń zamawiającego, uniemożliwiono mu uzyskanie

6

zamówienia publicznego w zakresie części VI i VII, pomimo iż jego oferta winna zostać uznana w obu częściach za ofertę najkorzystniejszą. Działanie i zaniechanie zamawiającego prowadzi zatem, zdaniem odwołującego, do poniesienia szkody po stronie odwołującego, polegającej na utracie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w zakresie wskazanym powyżej.

Zamawiający, dnia 12 czerwca 2013 roku, przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

Dnia 14 czerwca 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MK Projekt Sp. z o.o., Firma Geodezyjno-Kartograficzna "Radian" J. i J. O..... s.c., ul. Waszyngtona 14/151, 15-269 Białystok.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

KIO 1388/13

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

7

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie dokonania rzetelnej oceny wykonawców i podejmowanych przez nich działań, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Zamawiający określił wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców chcących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie w rozdziale III s.i.w.z. wskazując, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w szczególności w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, tj. co najmniej 2 (dwie) usługi dla każdej części zamówienia, na które wykonawca składa ofertę, o podobnym charakterze do zakresu prac niniejszego zamówienia, tj. usługi obejmujące swoim zakresem co najmniej jedną z następujących prac:

- a) wykonanie pomiarów z wykorzystaniem sprzętu geodezyjnego lub odbiorników GPS,
- b) realizacja opracowań związanych z wykonaniem lub wykorzystaniem map numerycznych,
- c) realizacja prac związana z modernizacją ewidencji gruntów,

o wartości każdej z usług nie mniejszej niż wskazana w tabeli 3, odpowiednio dla każdej z części zamówienia.

Wykonawca „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie w wykazie usług wskazał, że wykonał na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w okresie od 11 czerwca 2010 roku do 27 grudnia 2010 roku usługi związane z realizacją kontroli na miejscu metodą FOTO o wartości 789.892,00 złotych.

Ponadto wykonawca wskazał, że wykonał na rzecz Związku Celowego Powiatów Województwa Zachodniopomorskiego prace związane z modernizacją ewidencji gruntów za kwotę 874.494,78 złotych.

Ponadto wykonawca „Fotokart” przedstawił referencję wystawioną przez pracownika Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z Departamentu Kontroli, z której treści wynika, że prace na rzecz Agencji zostały wykonane terminowo, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi przepisami i standardami oraz załączył protokół odbioru modernizacji ewidencji gruntów i budynków podpisany przez Związek Celowy Powiatów Województwa Zachodniopomorskiego.

Zdaniem odwołującego wykonawca „Fotokart” świadomie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co winno skutkować wykluczeniem go z postępowania. Jedynie z ostrożności odwołujący zarzuca, że wykonawca „Fotokart” nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego referencja podpisana przez pracownika Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z Departamentu Kontroli zawiera informacje sprzeczne z rzeczywistym stanem faktycznym i prawnym albowiem zamówienie realizowane przez „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie na rzecz Agencji nie zostało wykonane należycie, czego wykonawca Fotokart miał i ma pełną świadomość.

W powyższym zakresie odwołujący powołał się na ^{protokół} końcowy kontroli z dnia 27 grudnia 2010 roku sporządzony na podstawie umowy 67/DKM/2010/2610 z dnia 11 czerwca 2010 roku, z którego wynika, że wykonawcy „Fotokart” Sp. z o.o. w Szczecinie została naliczona kara umowna na podstawie § 9 ust. 3.14 umowy, która została skompensowana z wynagrodzenia tego wykonawcy. Wobec naliczenia kary umownej nie sposób jest zatem mówić o należyтым wykonaniu zamówienia. Odwołujący wskazał, że fakty te są znane tak wykonawcy Fotokart Sp. z o.o. jak i zamawiającemu, gdyż dotyczą umowy realizowanej pomiędzy tymi dwoma stronami. Co więcej wykonawca „Fotokart” podpisując protokół odbioru końcowego kontroli z dnia 27 grudnia 2010 roku bez zastrzeżeń sam potwierdził fakt nienależytego wykonania zamówienia.

W ocenie odwołującego naliczenie kar umownych świadczy dobitnie o tym, że zamówienie nie zostało zrealizowane w sposób należyty. Wobec zawinionego przez wykonawcę „Fotokart” nienależytego wykonania zamówienia referencja, którą posłużył się wykonawca w ofercie przedstawia nieprawdziwe informacje które miały wpływ na wynik postępowania. Wykonawca ten zatem świadomie wskazał informację odbiegającą od rzeczywistości, które miały na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że kwestionuje złożone przez wykonawcę referencje jako nie polegające na prawdzie, tj. iż prace w nich wymienione nie zostały wykonane należycie, albowiem zamawiający podczas dokonaniu odbioru końcowego przedmiotowych prac naliczył wykonawcy kary umowne, co oznacza, że prace będące przedmiotem referencji nie mogły zostać wykonane należycie. Powyższe skutkować winno nieuwzględnieniem złożonych referencji i w konsekwencji wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, albowiem złożył nieprawdziwe informacje mając wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że *„świadome podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zwalnia zamawiającego z obowiązku wzywania do złożenia określonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.”* (wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r. KIO 1602/12; KIO 1607/12; KIO 1613/12; KIO 1616/12; KIO 1617/12; KIO 1618/12). *„Procedura uzupełnienia dokumentów przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, znajduje zastosowanie jedynie do braku dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a nie do dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zawierających informacje nieprawdziwe mające*

lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania” (wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r., KIO 1452/12).

Gdyby zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut składania nieprawdziwych oświadczeń mających wpływ na wynik postępowania, w niniejszej sytuacji, w ocenie odwołującego - działanie „Fotokart” Sp. z o.o. było - sprzeczne z prawem (posługiwanie się dokumentem poświadczającym nieprawdę), sprzeczne z dobrymi obyczajami (przedstawianie dokumentu poświadczającego nieprawdę - należyte wykonanie zobowiązania, pomimo, że z protokołu odbioru końcowego prac wynikało, że prace te nie zostały wykonane należycie) oraz naruszyło interes odwołującego. W tym kontekście oferta wykonawcy „Fotokart” winna podlegać odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Posługiwanie się przez wykonawcę „Fotokart” referencją poświadczającą rzekomo należyte i terminowe wykonanie usług przez tego wykonawcę naruszało nie tylko przepis art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również dyspozycje art. 10 ust. 1 tej ustawy, wedle którego *„czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub*

innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich". „Art. 10 wskazuje także na nieuczciwość takich działań przedsiębiorcy, które wprowadzają w błąd co do innych - poza pochodzeniem - istotnych cech towarów i usług, w szczególności: ilości, jakości, składników, przydatności" (Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Nowińska Ewa Du Vail Michał, LexisNexis, Rok wydania : 2013 ISBN : 978-83-7806-704-7). Ponadto posługiwanie się referencjami poświadczającymi nieprawdę może zostać ocenione, jako noszące znamiona czynu z art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wedle którego czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie w celu przysporzenia korzyści. Jednocześnie odwołujący zauważył, że „o wiadomości wprowadzającej w błąd na gruncie przepisu art. 14 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być mowa wówczas, gdy jej treść nie odnosi się wprost do rzeczywistości, a jedynie w jakiś sposób sugeruje klientowi wyobrażenie o niej, wpływa na postrzeganie przez klienta rzeczywistych cech produktu" (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2012 r. I ACa 1309/2011, LexisNexis nr 4936656). Taka właśnie sytuacja zaistniała w sprawie, albowiem wykonawca „Fotokart" Sp. z o.o. posługując się omawianą referencją sugeruje jakoby jego usługi świadczone w ramach umowy 67/DKM/2010/2610 z dnia 11 czerwca 2010 roku były w całości wykonane należycie, podczas gdy rzeczywistość wyglądała inaczej.

Odwołujący zarzucił, że protokół odbioru prac zrealizowanych na rzecz Związku Celowego

10

Powiatów Województwa Zachodniopomorskiego nie potwierdza spełniania przez wykonawcę „Fotokart Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu. Z treści protokołu odbioru nie wynika bowiem jaka była wartość usług zrealizowanych przez wykonawcę.

Zamawiający w pkt XVIII s.i.w.z. zażądał wskazania w treści oferty części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom. W formularzu ofertowym zamawiający dokonał rozróżnienia na dwa rodzaje prac - terenowe i pozostałe. Tymczasem wykonawca w złożonej ofercie w pkt 9 wskazał, że podwykonawcom zamierzy powierzyć: prace KAMERALNE i polowe, co stanowi 50% ceny ofertowej brutto. W ocenie odwołującego nie sposób przyjąć czy, a jeśli tak to jakie prace wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom ani nie wiadomo w jakiej części. Taki sposób określenia zasad podwykonawstwa nie spełnia wymogów zamawiającego, a zarazem skutkuje tym, że oferta wykonawcy winna zostać uznana za sprzeczną z s.i.w.z., co winno pociągać za sobą jej odrzucenie, czego zamawiający zaniechał. Zupełnie nie wiadomo co oznacza, zawarte w ofercie „Fotokart" stwierdzenie, że 50% prac kameralnych powierzy podwykonawcom. Nie ulega przy tym żadnym wątpliwości fakt, że „każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty i stanowi essentialia negotii przyszłej umowy" (wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 584/12; KIO 594/12). Wykonawca nie sprecyzował, co należy rozumieć przez prace kameralne - nieprzewidziane w s.i.w.z. do wykonania, ani też nie wskazał w istocie w jakiej części prace te będą realizowane przez podwykonawców.

Uwzględniając powyższą sytuację, zdaniem odwołującego, zamawiający winien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podnoszonych przez odwołującego zarzutów, Izba stwierdziła, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przystępujący nie złożył nieprawdziwych informacji w zakresie usługi nr 1 z wykazu wykonanych usług. Przystępujący nie mógł wprowadzić zamawiającego w błąd, gdyż to zamawiający był wystawcą referencji i miał pełną świadomość w jaki sposób rzeczzone zamówienie zostało wykonane. Przystępujący opierając się na referencjach wystawionych przez zamawiającego działał w dobrej wierze przyjmując, iż skoro zamawiający uznał przedmiotowe zamówienie za wykonane z należytą starannością to miał podstawy do przyjęcia, iż to zamówienie zostanie przez zamawiającego zakwalifikowane pozytywnie. Fakt, iż w ramach omawianej usługi zostały naliczone kary umowne ma o tyle znaczenie dla sprawy, iż usługi tej nie można zaliczyć w poczet usług, które mogłyby potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym

działanie przystępującego należało ocenić jako działanie nieumyślne, spowodowane wprowadzenie tego wykonawcy w błąd przez samego zamawiającego.

Izba podziela pogląd odwołującego, iż zamawiający nie może stopniować winy poprzez uznanie, że nieprawidłowa realizacja części zamówienia (w niewielkim stopniu - poniżej 1 %) wyklucza uznanie, że wykonawca wykonał zamówienie nienależycie. Śaden przepis ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych do niej nie przewiduje możliwości gradacji uchybień w realizacji zamówienia pozwalający na przyjęcie, że niewielka część nienależycie wykonanego zamówienia nie powoduje skutku w postaci wykluczenia wykonawcy, który nie potwierdził należytego wykonania zamówienia.

Dlatego też Izba stwierdziła, biorąc powyższe pod uwagę, że w odniesieniu do pozycji 1 wykazu wykonanych usług nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby nie zachodzi również przesłanka do zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż w zakresie usługi nr 1, zamawiający mając na względzie pierwszeństwo przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, winien w pierwszej kolejności wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W związku z tym, iż Izba nie stwierdziła w ofercie przystępującego podania nieprawdziwych informacji, za niezasadny uznać należało zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby przystępujący działając świadomie w wyniku błędnego przeświadczenia popartego stanowiskiem zamawiającego nie złożył oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta przystępującego zawiera informacje, które nie mogą stanowić podstawy do uznania, iż jej złożenie spowodowane było chęcią bezprawnego wyeliminowania innych wykonawców z rynku i nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami.

Odnosnie poz. 2 z wykazu wykonanych usług, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest niezasadny. Odwołujący zarzucił, iż z treści protokołu odbioru prac zrealizowanych na rzecz Związku Celowego Powiatów Województwa Zachodniopomorskiego nie wynika jaka była wartość usług zrealizowanych przez wykonawcę. W ocenie Izby, co znajduje również swoje potwierdzenie w orzecznictwie, dokument składany na potwierdzenie należytego wykonania wskazanego doświadczenia nie musi zawierać w swojej treści wartości wykonanych usług. Informacja ta w sposób wystarczający została przedstawiona w wykazie wykonanych usług. Odwołujący kwestionując brak takiej informacji w protokole odbioru pozostaje w błędzie co do możliwości żądania takiej informacji od podmiotu trzeciego. Odbiorca referencji nie ma bowiem wpływu na sposób ukształtowania opinii o nim i w związku z tym nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego przedstawienia informacji. Najważniejszym jest bowiem

podanie, przez wystawcę opinii czy zamówienie zostało zrealizowane należycie. Z treści protokołu odbioru taka informacja wynika.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący sprzeczności oferty przystępującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2). Odwołujący podał, iż nie jest w stanie ocenić czy, a jeżeli tak to jakie prace wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom ani nie wiadomo w jakiej części. W ocenie Izby przystępujący w treści oferty podał, że zamierza powierzyć podwykonawcom część zamówienia w wielkości 50% wartości oferty - w zakresie prac kameralnych i polowych. Uznać należało, że odwołujący jako profesjonalista winien znać zawodową nomenklaturę używaną w tego typu zadaniach i w ocenie Izby odwołujący ją zna, gdyż nie budziła wątpliwości u odwołującego treść pozostałych dokumentów składających się na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie zamawiający przynajmniej dwukrotnie posługiwał się sformułowaniem „kameralne”, a odwołujący w tym zakresie do zamawiającego nie zwracał się o wyjaśnienie s.i.w.z. Ponadto nawet jeżeli odwołujący nie wie jak zakwalifikować sformułowania „prace kameralne” to Izba wskazuje, że zgodnie z treścią s.i.w.z. należało te prace zakwalifikować do prac pozostałych.

W powyższym zakresie nie potwierdził się zarzut ewentualny – dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1, gdyż treść oferty przystępującego jest jasna i czytelna niewymagająca wyjaśniania.

Izba stwierdziła, że poprzez wprowadzenie przystępującego w błąd, co do prawidłowości wystawionych referencji, które w konsekwencji ustaleń Izby, w wyniku dowodów zgłoszonych przez odwołującego doprowadziło do konkluzji, iż poz. 1 wykazu wykonanych usług winna być uzupełniona w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, został potwierdzony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie przez zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący równe traktowanie wykonawców.

Tym samym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 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).

KIO 1389/13

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

13

Cześć VI – zarzuty dotyczące wykonawcy „MAPPROJEKT” M..... T.....,
ul. Powstańców Warszawy 73 lok. 29. 21- 100 Lubartów.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w stosunku do wykonawcy „MAPPROJEKT” nie zrealizował ciążącego na nim obowiązku wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czym naruszył postanowienia ustawy - Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału III s.i.w.z., o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w szczególności w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonawcy, którzy zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, tj. co najmniej 2 (dwie) usługi dla każdej części zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę, o podobnym charakterze do zakresu prac niniejszego zamówienia, tj. usługi obejmujące swym zakresem co najmniej jedną z następujących prac:

- a. wykonanie pomiarów z wykorzystaniem sprzętu geodezyjnego lub odbiorników GPS,
- b. realizacja opracowań związanych z wykonaniem lub wykorzystaniem map numerycznych,
- c. realizacja prac związana z modernizacją ewidencji gruntów,

o wartości każdej z usług nie mniejszej niż wskazana w Tabeli 3, odpowiednio dla każdej z części zamówienia. W przedmiotowej części wartość ta wynosi 400 000,00 zł.

Wykonawca „MAPPROJEKT” w złożonej przez siebie ofercie (załącznik nr 4 do s.i.w.z.) przedstawił wykaz zrealizowanych usług. Obie wskazane usługi były zrealizowane na rzecz Okręgowego Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego w Lublinie Sp. z o.o.

Usługa Nr 1 obejmowała kontrolę w zakresie kwalifikowalności powierzchni metodą inspekcji terenowej o wartości 617.391,61 zł brutto i realizowana była w okresie od dnia 21 czerwca 2010 roku do dnia 21 grudnia 2010 roku. Jako potwierdzenie należytego wykonania usługi, wykonawca załączył do oferty protokół końcowego odbioru z dnia 21 grudnia 2010 roku, podpisany pomiędzy OPGK i „MAPPROJEKT”. W protokole tym zaznaczono, że zamawiający (OPGK) potwierdza, iż zachodzą okoliczności skutkujące naliczeniem kar umownych w łącznej wysokości 9.384,23 zł (słownie dziewięć tysięcy trzysta osiemdziesiąt cztery złote 23/100). Usługa nr 2 obejmowała kontrolę w zakresie kwalifikowalności

14

powierzchni metodą FOTO o wartości 612.759,92 zł brutto i realizowana była w okresie od 05.07.2011 roku do 05.01.2012 roku. Jako potwierdzenie należytego wykonania umowy, wykonawca załączył do oferty:

- a) protokół częściowego odbioru z dnia 29 grudnia 2011 roku, podpisany pomiędzy

Okręgowym Przedsiębiorstwem Geodezyjno-Kartograficznym w Lublinie Sp. z o.o. i „MAPPROJEKT”. W protokole tym zaznaczono, że zamawiający (OPGK) potwierdza, iż zachodzą okoliczności skutkujące naliczeniem kar umownych na podstawie §9 umowy, w łącznej wysokości 5.941,49 zł (słownie pięć tysięcy dziewięćset czterdzieści jeden złotych 49/100),

- b) protokół częściowego odbioru z dnia 5 stycznia 2012 roku, podpisany pomiędzy Okręgowym Przedsiębiorstwem Geodezyjno-Kartograficznym w Lublinie Sp. z o.o. i „MAPPROJEKT”. W protokole tym zaznaczono, że zamawiający (OPGK) potwierdza, iż zachodzą okoliczności skutkujące naliczeniem kar umownych na podstawie §9 umowy, w łącznej wysokości 12.188,31 zł (słownie dwanaście tysięcy sto osiemdziesiąt osiem złotych 31/100),

Nadto, sam zamawiający ma wiedzę o nienależytym wykonaniu tychże usług, co potwierdzają odpowiednio:

- a) protokół końcowy podpisany dnia 8 grudnia 2010 r. na podstawie umowy 50/DKM/2010/2610 z dnia 18 czerwca 2010 roku pomiędzy Zamawiającym i OPGK, w którym stwierdzono, iż OPGK otrzymał zapłatę w wysokości jedynie 10 % (2 gospodarstw) oraz nie otrzymał zapłaty wcale za 18 gospodarstw. W protokole stwierdzono również, iż zachodzą okoliczności skutkujące naliczeniem kar umownych na podstawie §9 ust. 3 i 4 umowy, w wysokości 13.899,49 zł (słownie trzynaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych 49/100),
- b) protokół końcowy podpisany dnia 5 stycznia 2012 r. na podstawie umowy 30/DKM/2011/2610 z dnia 1 lipca 2011 roku pomiędzy Zamawiającym i OPGK, w którym stwierdzono, iż zachodzą okoliczności skutkujące naliczeniem kar umownych na podstawie §9 umowy, w wysokości 19.378,01 zł (słownie dziewiętnaście tysięcy trzysta siedemdziesiąt osiem złotych 01/100), w tym:
- 7.852,43 zł brutto (słownie: siedem tysięcy osiemset pięćdziesiąt dwa zł i 43/100) za niedotrzymanie terminu przekazania dokumentacji pokontrolnej;

- 11.525,58 zł brutto (słownie: jedenaście tysięcy pięćset dwadzieścia pięć zł i 58/100) za niedotrzymanie wymogów jakościowych opisanych w umowie.

Z powyżej przedstawionych dokumentów, zdaniem odwołującego, jednoznacznie wynika, że w związku z realizacją wyżej wskazanych usług, OPEG naliczył „MAPPROJEKT” kary umowne, co było konsekwencją faktu, że OPGK wykonał nienależycie usługę na rzecz zamawiającego. Oznacza to, że w żadnym wypadku nie można przyznać, iż usługi te zostały wykonane należycie. Nienależyte wykonanie przez wykonawcę zobowiązania wynikającego z umowy z reguły skutkuje poniesieniem przez niego odpowiedzialności kontraktowej na podstawie art. 471 i następnych Kodeksu cywilnego. Przy nienależytym spełnieniu świadczenia, świadczenie zostało wprawdzie udzielone, lecz nie jest ono prawidłowe, tzn. odbiega w mniejszym lub większym stopniu od świadczenia wymaganego w umowie. Zamawiający dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z Wykonawcą, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok SN z 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, LEX nr 50891; wyrok SN z 7 lipca 2005 r., V CK 869/04, LEX nr 150649; wyrok SN z 9 lutego 2005 r., II CK 420/04, LEX nr 301769). Pojęcie niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia jest równoznaczne z pojęciem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, co oznacza, że chodzi tu o odpowiedzialność za szkodę w rozumieniu art. 471 k.c. Dla zaistnienia odpowiedzialności odszkodowawczej, poza przesłankami szkody, naruszenia zobowiązania oraz związku przyczynowego pomiędzy nimi warunkiem *sine qua non* jest, by naruszenie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiada (art. 471 k.c). Co prawda art. 471 k.c. wprost nie wskazuje winy jako przesłanki odpowiedzialności dłużnika, jednakże zasady te wyprowadzić można z dalszych przepisów - z art. 472, 473 i 474 k.c. W konsekwencji niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego musi być następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także musi być skutkiem zawartej umowy, a ciężar dowodu zaistnienia tej okoliczności spoczywa na zamawiającym. Tak ukształtowany zakres odpowiedzialności może być jednak modyfikowany na mocy art. 473 § 1 k.c.

Nie sposób wymienić wszystkich sytuacji, w których nienależyte wykonanie umowy zachodzi. Może być ich tyle, ile rodzajów świadczeń i obowiązków stron przewidziano w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że najistotniejszą rzeczą, jaką referencje lub inne składane dokumenty winny przedstawiać, to okoliczność, że usługi są lub były wykonane należycie (wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2009 r.,

16

sygn. akt: KIO/UZP 1500/09, wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1432/09).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień nie muszą zawierać wprost sformułowania, że usługi, dostawy lub roboty budowlane zostały "wykonane należycie", jednak z ich treści powinna wynikać pozytywna ocena, iż zamówienia zostały zrealizowane w sposób prawidłowy i staranny, tj. zgodny z umową - w wymaganym terminie oraz w pełnym zakresie (wyrok KIO z 24 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1432/09). W innym orzeczeniu stwierdzono: „Przez należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 Kc wzw. z art. 14 ustawy staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należy więc uznać, że ocena należytej staranności powinna uwzględnić całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe technicznie wykonanie czynności. Niedotrzymanie terminu wykonania prac, dwukrotne jego przedłużanie oraz obciążenie wykonawcy karami umownymi, nie może stanowić podstawy do uznania, że prace zostały wykonane należycie zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (wyrok z dnia 15 maja 2012 r. sygn. akt KIO 858/12, sygn. akt KIO 861/12). „Wykonawca składający ofertę (...) zobowiązany był przedłożyć Zamawiającemu, niezależnie od wykazu wykonanych usług, także dokument, który miał potwierdzać nie tylko, że usługi ujęte w wykazie zostały wykonane, ale że zostały one wykonane należycie. Faktem jest, iż dokument taki nie musi w sobie zawierać w każdym przypadku stwierdzenia, że „usługi zostały wykonane należycie”. Wynikać jednak z niego powinno, że usługi, do których się on odnosi zostały zrealizowane w sposób zgodny umową, prawidłowo i starannie. Tymczasem przedstawione przez Przystępującego wraz z ofertą referencje odnoszące się do usługi ujętej w drugiej pozycji wykazu wykonanych usług potwierdzają jedynie fakt wykonania przez Wykonawcę określonej usługi. Nie zawierają w sobie żadnego elementu oceny jakości wykonanych prac, czy chociażby wskazania, że usługa została wykonana zgodnie z umową. W ocenie składu orzekającego, zasadnie podnosi w tym zakresie Odwołujący, iż tak przedstawiony Zamawiającemu dokument nie potwierdza w sposób jednoznaczny, że usługa, do której się on odnosi, została wykonana w sposób należyty. A taka właśnie jest funkcja tegoż dokumentu. Jediną okolicznością, którą ma on potwierdzać, jest właśnie należyte wykonanie określonej usługi. Zaznaczyć tu należy, że analogiczna ocena spotkała referencje przedstawione przez Przystępującego na potwierdzenie wykonania pracy ujętej w pozycji pierwszej wykazu wykonanych usług, z tą tylko różnicą, iż w tym przypadku,

17

już z samych referencji wynikało, że Przystępujący nie usunął uchybień, których się dopuścił w trakcie realizacji usługi, dlatego też obciążony karami umownymi, które zostały przez niego zapłacone. Także w tych referencjach brak informacji o należytych wykonaniu usługi, do której się one odnoszą” (wyrok KIO z dnia 27 października 2011 roku, sygn. akt KIO 2209/11). Tym samym, jeśli nałożono karę umowną na dłużnika, jego świadczenie w istocie nie może zostać uznane za spełnione należycie.

W ocenie odwołującego wynika, że „MAPPROJEKT” złożył wraz z ofertą nieprawdziwe informacje. Poprzez złożenie wykazu zrealizowanych usług, wykonawca ten złożył również oświadczenie, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie. Skoro oświadczenie to jest nieprawdziwe, w ocenie odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia „MAPPROJEKT” z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż niezmiernie istotnym jest fakt, że „MAPPROJEKT” złożył nieprawdziwe informacje świadomie. Sam wykonawca załączył dokumenty, które o tym

wprost świadczą. Odwołujący podniósł, że z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że zamawiający musi wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Przepis ten, poza samym faktem złożenia nieprawdziwych informacji, dla swojej skuteczności nie odnosi się do żadnych dodatkowych okoliczności, które muszą zaistnieć po stronie wykonawcy, np. jego zamiaru, stopnia winy lub stanu świadomości.

Skutkiem powyższego stanowiska jest również twierdzenie, że brak jest możliwości konwalidowania czynności złożenia na etapie postępowania nieprawdziwych informacji, co potwierdzają orzeczenia: wyrok KIO z dnia 15 września 2011 r. (KIO 1881/11), podobnie: wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r. (KIO 736/11), wyrok KIO z dnia 14 lipca 2011 r. (KIO 1415/11). Orzecznictwo wskazuje również, że świadome podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zwalnia zamawiającego z obowiązku wzywania do złożenia określonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r. KIO 1602/12; KIO 1607/12; KIO 1613/12; KIO 1616/12; KIO 1617/12; KIO 1618/12). Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do wniosku, że dopiero ponowne złożenie nieprawdziwej informacji (będącej skutkiem wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp) może być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z poglądem takim nie sposób się zgodzić.

Odwołujący podniósł, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia, wynikających z komentowanego przepisu, powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w

18

przeciwным razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie rozpoznawanej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywa na odwołującym. W przedmiotowym stanie faktyczny, jest to oczywiste i nie wymaga dodatkowego badania. Treść nieprawdziwej informacji została jednoznacznie wskazana w załączonym do oferty dokumencie.

Oprócz wyżej wskazanych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, zdaniem odwołującego wykonawca „MAPPROJEKT” złożył ofertę, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub naraża interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej. Należy podkreślić, że katalog deliktów opisanych w rozdziale II ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Odwołujący przyjął, że złożona oferta nieuczciwie zachwala zrealizowaną usługę wskazaną w załączonym do oferty wykazie usług zrealizowanych przez „MAPPROJEKT”. Potwierdza ona informację, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należyście, czym nieuczciwie zachwala rzetelność wykonywanych usług przez „MAPPROJEKT”.

19

oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich". Art. 10 wskazuje również na nieuczciwość takich działań przedsiębiorcy, które wprowadzają w błąd, co do innych - poza pochodzeniem - istotnych cech towarów i usług, w szczególności: ilości, jakości, składników, przydatności.

W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie odwołującego, wykonawca „MAPPROJEKT” wprowadzał w błąd Zamawiającego twierdząc, że wykonał należycie usługi wskazane w wykazie, co oznacza, że ich jakość nie powinna budzić żadnych wątpliwości. Z treści załączonych do oferty dokumentów wynika zgoda odmienny wniosek. Konieczność zapłaty kar umownych przez „MAPPROJEKT” przesądza o złej jakości realizowanej umowy, czego konsekwencją była konieczność skorzystania przez zlecającego z narzędzia będącego surogatem odszkodowania.

W związku z powyższym, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który wprowadza zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc przy zastosowaniu dozwolonego dla danej wartości trybu i po dokonaniu niezbędnych przewidzianych prawem czynności. Do niezbędnych przewidzianych prawem czynności należy m.in. obowiązek wykluczenia wykonawcy w przypadku, gdy zaistnieje choćby jedna przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ustawy Pzp. Takie okoliczności, zdaniem odwołującego, mają miejsce w przedmiotowym postępowaniu, a zamawiający pomimo tego, nie wykluczył wykonawcy z postępowania, czym naruszył bezwzględnie obowiązujący przepis ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Część VII – zarzuty dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum firm): MK Projekt Sp. z o.o., ul. Waszyngtona 14/151, 15-269 Białystok oraz Firma Geodezyjno-Kartograficzna „Radian” J. i J. Osińscy s.c., ul. Dąbrowskiego 28/4, 15-872 Białystok.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, iż podtrzymuje wcześniej prezentowaną argumentację. Wskazał jedynie, że zamawiający, w stosunku do konsorcjum nie zrealizował ciężącego na nim obowiązku wykluczenia z postępowania

20

o udzielenie zamówienia publicznego, czym naruszył postanowienia w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołujący wskazał, iż konsorcjum w złożonej przez siebie ofercie (załącznik nr 4 do s.i.w.z.) przedstawiło wykaz zrealizowanych usług. Obie usługi były zrealizowane na rzecz Transprojekt Gdański sp. z o.o., ul. Partyzantów, 80-25 Gdańsk – Wrzeszcz.

Usługa nr 1 zgodnie z wykazem obejmowała prace przy modernizacji ewidencji gruntów (podział działek) o wartości 1.040.355,00 zł brutto i realizowana była w okresie od dnia 23 lutego 2009 roku do dnia 27 kwietnia 2010 roku. Jako potwierdzenie należytego wykonania umowy, wykonawca załączył do oferty umowę nr PD-777 z dnia 23 lutego 2009 roku oraz protokół ostatecznego odbioru roboty geodezyjnej z dnia 27 kwietnia 2010 roku na kwotę 1.040.335 zł brutto,

Usługa nr 2 zgodnie z wykazem obejmowała wykonanie map numerycznych, dokumentacji podziałowej, map ewidencyjnych wraz z wypisem z ewidencji o wartości 424.085,00 zł brutto i realizowana była w okresie od dnia 23 lutego 2009 roku do dnia 06 czerwca 2011 roku. Jako potwierdzenie należytego wykonania umowy, wykonawca załączył do oferty umowę nr PD-776 z dnia 23 lutego 2009 roku oraz:

- a) protokół ostatecznego odbioru roboty geodezyjnej z dnia 25 października 2010 roku na kwotę 128.100,00 zł brutto,
- b) protokół ostatecznego odbioru roboty geodezyjnej z dnia 25 października 2010 roku na kwotę 124.440,00 zł brutto,
- c) protokół ostatecznego odbioru roboty geodezyjnej z dnia 6 czerwca 2011 roku na kwotę 171.858,00 zł brutto.

Zdaniem odwołującego, z tak przedstawionych w ofercie dokumentów wynika, że wykaz zrealizowanych usług załączony do oferty zawiera informacje nieprawdziwe. Okoliczność tą

udowadniają dokumenty będące podstawą twierdzenia konsorcjum, że wskazane usługi zostały wykonane należycie, w szczególności świadczą o tym załączone umowy wraz z właściwymi protokołami odbioru. Odwołujący wskazał, że usługa nr 1 o wartości wskazanej w wykazie 1.040.355,00 zł brutto jest niezgodna co do wysokości wynagrodzenia z treścią zawartej umowy, w której to wskazano wartość prac na kwotę 910.000,00 zł netto, co daje kwotę brutto 1.119.300,00 zł.

Co ważniejsze, realizacja ta nie obejmuje wszystkich wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących warunku udziału w postępowaniu - wiedzy i doświadczenia.

21

Zawarta umowa nie obejmowała żadnych prac polegających na modernizacji, jak zostało wskazane w załączonym do oferty wykazie usług. Protokół również tego nie potwierdza. Faktyczny zakres prac obejmował jedynie wykonanie dokumentacji podziałowej działek (900 000,00 zł netto) oraz wypisy z ewidencji gruntów do decyzji środowiskowej (10 000,00 zł netto). Z załączonego protokołu wynika również, że prace nie zostały wykonane należycie, tzn. w terminie określonym umownie. Według wykazu, prace zostały zakończone w dniu 27 kwietnia 2009 roku, umowa wskazuje na terminu 30 listopada 2009 roku (dokumentacja podziałowa), 15 marca 2009 rok (wypisy). Protokół zaś został podpisany dopiero w dniu 27 kwietnia 2010 roku, co wskazuje na wystąpienie opóźnienia. Takie zestawienie dat nie pozwala na uznanie, że obowiązki Firmy Geodezyjno-Kartograficznej „Radian” zostały zrealizowane w sposób należyty, a co za tym idzie, oświadczenie dotyczące właściwego wykonania prac jest niezgodne z prawdą.

W zakresie usługi nr 2, konsorcjum wskazało, że realizowało wykonanie map numerycznych, dokumentacji podziałowej, map ewidencyjnych wraz z wypisem z ewidencji za kwotę 424.085,00. Z treści załączonych dokumentów wynika, że wartość wykonanych prac to 424.125 zł brutto (łącznie wartość wynika z załączonych protokołów). Dodatkowo, załączone protokoły obejmują wykonanie dokumentacji podziałowej działek, a nie jak twierdzi wykonawca również wykonanie map numerycznych, map ewidencyjnych wraz z wypisem z ewidencji,

Również terminowość wykonanej umowy budzi u odwołującego wiele wątpliwości w zakresie prawdziwości złożonego oświadczenia. Zgodnie z umową, wykonanie dokumentacji podziałowej miało zakończyć się w dniu 15 listopada 2009 roku. Zgodnie z wykazem zrealizowanych usług, miało to miejsce dopiero w dniu 6 czerwca 2011 roku, co świadczy o nieterminowości zrealizowanej usługi. Za nieprawidłowością realizacji usługi przemawia również fakt, że umową zostało objęte wykonanie dokumentacji podziałowej 550 działek, protokoły potwierdzają jedynie 462 dokumentacje. Skoro wyżej wskazane oświadczenia są nieprawdziwe, w ocenie odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego nie budzi żadnych wątpliwości fakt, iż nieprawdziwe informacje dotyczące treści wykazu zrealizowanych dostaw, załączonego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza ma wpływ na wynik postępowania. Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił potencjał konsorcjum w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca ten podlegałby wykluczeniu, co zmieniłoby klasyfikację ofert podlegających ocenie.

22

Zgodnie z treścią rozdziału III s.i.w.z. lit. c, zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj., dysponowaniem sprzętem lub odbiornikami spełniającymi wymienione w Tabeli 5 wymagania, umożliwiające wykonanie zamówienia.

Konsorcjum w załączonym do oferty wykazie narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, wskazało w zakresie pkt 1) „sprzęt geodezyjny” m.in. GPS R6 marki Trimble.

Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia odbiorniki GPS winny być wskazane w pkt 2 wykazu „Odbiorniki GPS”. Jest to o tyle istotne, że w stosunku do odbiorników GPS, zamawiający postawił dodatkowe wymagania w s.i.w.z. w zależności

od modelu, którym dysponuje wykonawca.

Wskazany przez wykonawcę odbiornik GPS spełnia wymagania oznaczenia C, czego skutkiem było obowiązkowe załączenie do oferty treści oświadczenia wg wzoru zawartego w załączniku nr 8 do s.i.w.z., który stanowić miał integralną część wykazu urządzeń. Aby wypełnić załącznik nr 8, wykonawcy zostali zobowiązani do przeprowadzenia weryfikacji odbiornika GPS. Jeżeli weryfikacja wskaże, że parametr „W” mieści się w przedziale wskazanym przez zamawiającego, wykonawcy mogą zaoferować określone urządzenie. W przeciwnym wypadku, taki sprzęt nie może być wykazywany przez wykonawcę. Skoro wykonawca nie załączył oświadczenia wynikającego z treści załącznika nr 8 do s.i.w.z. można domniemywać, że urządzenie to nie spełnia wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to również, że zamawiający nie uzyskał informacji w zakresie wyznaczenia szerokości strefy buforowej na podstawie wartości wskaźnika „W” określonego wg wymagań Tabeli 6 s.i.w.z. Brak wskazania wynikających z treści s.i.w.z. parametrów dotyczących wymagań stawianych opisanym urządzeniom stanowi o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym, zamawiający zobowiązany jest wykluczyć z postępowania wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, chyba, że zaistnieją przesłanki do wezwania o uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Rozpoznając wskazane zarzuty, Izba stwierdziła, co następuje.

W zakresie części VI zamówienia.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny. W ocenie Izby zamawiający nierówno traktował wykonawców, uznając złożone przez wykonawcę Mapprojekt dokumenty, za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny. Z treści złożonych do oferty wykonawcy Mapprojekt dokumentów wynika, iż wskazane w wykazie wykonanych usług zadania nie zostały wykonane należycie. Okoliczność

23

powyższą potwierdzają protokoły załączone do oferty wykonawcy wraz z załącznikami (strony od 21 do 27 oferty), z których wynika, iż wykonawcy zostały naliczone kary umowne. W powyższym zakresie Izba popiera stanowisko prezentowane przez odwołującego, iż naliczenie kar umownych wyklucza możliwość uznania, iż dane zamówienie zostało wykonane należycie. Izba podziela również pogląd prezentowany w uzasadnieniu wyroku KIO 1388/13 o braku możliwości gradacji kar i uzależnienia tego stopniowania od uznania należytego wykonania zamówienia. Izba wskazuje, że wykonawca Mapprojekt świadomie podał informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie części VI zamówienia.

Izba wskazuje, że najistotniejszą rzeczą jaką referencje lub inne składane dokumenty winny przedstawiać to okoliczność, że usługi są lub były wykonane należycie (wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1500/09, wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1432/09). Okoliczność, czy usługi, które wymieniają referencje zostały wykonane należycie lub nienależycie należy analizować przez pryzmat przepisów kodeksu cywilnego księgi III dotyczącej zobowiązań.

W ocenie Izby naliczenie kar umownych świadczy o tym, że zamówienie nie zostało zrealizowane w sposób należyty.

Jak wynika z dyspozycji art. 483 § 1 k.c. *można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)*. Kara umowna jest zatem dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służyć realnemu wykonaniu zobowiązań (wyrok SN z 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt: V CSK 85/08). Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną do ścisłego wypełnienia postanowień umowy.

W jednym z wyroków Sąd Najwyższy skonstatował, że *„wrazie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 kc.). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność”* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., sygn. akt: II CSK 180/10). Zatem zamawiający dla realizacji

przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z wykonawcą, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok SN z 27 czerwca 2000 r., sygn. akt: I CKN 791/98, wyrok 24

SN z 7 lipca 2005 r., sygn. akt: V CK 869/04, wyrok SN z 9 lutego 2005 r., sygn. akt: II CK 420/04). W niektórych okolicznościach dłużnik będzie zwolniony od obowiązku zapłaty kary umownej. Skoro bowiem przesłanką uzasadniającą zwolnienie dłużnika z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wykazanie, że przyczyną takiego stanu rzeczy są okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, to przyjąć trzeba, że analogiczne zasady obowiązują w odniesieniu do omawianego dodatkowego zastrzeżenia umownego. Wykonawca zatem będzie zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, że przyczyną opóźnienia są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (W. Czachórski, *Zobowiązania*, 2009, s. 350; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, 2008, s. 343; T. Wiśniewski (w:) G. Bieniek, *Komentarz*, t. I, 2007, s. 626). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się zatem z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika z art. 471 k.c., gdy od przewidzianego tym przepisem odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje ona niezależnie od poniesionej szkody. „Kara umowna przewidziana w art. 483 kc stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy. Od odszkodowania sensu stricto kara umowna różni się tylko tym, że należy się bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 k.c.), jeżeli chodzi natomiast o podstawy odpowiedzialności, ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych (wyrok Sądu Najwyższego z 20 marca 1968 roku, sygn. akt: II CR 419/67). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika określonej w art. 471 k.c., od określonego w tym przepisie odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje - jak wynika z art. 484 § 1 kc. - bez względu na wysokość szkody” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2002 roku, sygn. akt: V CKN 357/00). Pogląd ten znajduje także potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 11 marca 2004 roku (sygn. akt: V CK 369/03), cyt.: *Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (określonego obowiązku kontraktowego) z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 KC w związku z art. 471 KC).*

Powyższe oznacza, iż fakt naliczenia kary umownej wywołuje skutek w postaci uznania, iż wykonawca Maprojekt składając oświadczenie w postaci wykazu wykonanych usług, które miały być wykonane należycie, oświadczył nieprawdę, czym wywołał błędny obraz rzeczywistości powodujący uznanie, które spowodowało u zamawiającego niewłaściwą ocenę stanu faktycznego, a co za tym idzie niewłaściwą ocenę wykonawcy Maprojekt.

25

Zamawiający posługując się nieprawdziwą informacją, ujawnioną przez wykonawcę Maprojekt świadomie, dokonał wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części VI zamówienia, poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę Maprojekt, zamiast wykonawcę tego wykluczyć na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie zgłoszonego dowodu w postaci protokołu z dnia 5 stycznia 2012 roku zgłoszonego przez odwołującego na rozprawie, Izba stwierdziła, że protokół ten potwierdza jedynie, że zachodzą okoliczności skutkujące naliczeniem kary umownej Okręgowemu Przedsiębiorstwu Geodezyjno-Kartograficznemu w Lublinie sp. z o.o., które było stroną umowy z ARiMR. Jednakże wskazać należy, że wykonawca ten (OPGK) został wskazany w wykazie, jako ten na czyją rzecz wykonywane były usługi z wykazu usług ze strony 5 oferty przystępującego. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu nie mogą być brane pod uwagę referencje (w postaci protokołu końcowego) dla wykonawcy, który nie bierze udziału w postępowaniu, który nie wykazywał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym potwierdził się również zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej pomimo okoliczności skutkujących wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest niezasadny. W ocenie Izby zamiarem wykonawcy Mapprojekt nie było pomawianie lub nieuczciwe zachwalenie, utrudnianie dostępu do rynku, czy też inne wymienione w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zachowania.

Cześć VII

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny, gdyż zamawiający nie traktował wykonawców w sposób równy, w szczególności jeżeli chodzi o obowiązek potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi przeznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba nie stwierdziła, iż przystępujący złożył w swojej ofercie informacje nieprawdziwe mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zarzuty odwołującego, iż zakres wykonywanych usług wymienionych w wykazie usług strona 5 oferty przystępującego nie odpowiada zakresowi opisanemu przez zamawiającego w warunku w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała za niezasadne. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia przystępującego, jak i brzmienie przepisów rozporządzenia

26

Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 29 marca 2001 roku w sprawie ewidencji gruntów i budynków Izba nie stwierdziła, że informacje podane przez przystępującego są informacjami nieprawdziwymi.

Izba przyjęła wyjaśnienia przystępującego za wiarygodne, że podane przez niego w ofercie wykonane prace (dokumentujące doświadczenie w ubieganiu się o udzielenie zamówienia) w zakresie podziału działek polegały na odszukaniu i wyrównaniu osnowy scaleniowej, w oparciu o którą policzona była wcześniej obowiązująca ewidencja gruntów w obrębach objętych pracami firmy „Radian” s.c. Na podstawie tak otrzymanych współrzędnych obliczono powierzchnię całych działek przed podziałem z dokładnością do 1 m². W sytuacji, gdy różnica działek między policzonymi, a otrzymanymi z Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej (PODGiK) przekraczała dopuszczalną tolerancję, sporządzano odpowiednią dokumentację i następowała zmiana powierzchni. Dopiero w oparciu o nowo policzoną powierzchnię działek następował właściwy ich podział. Poza wyżej wymienionymi czynnościami badano stan prawny nieruchomości, a całość prac stanowiła dokumentację geodezyjno-prawną.

Z powyższego opisu wynika, że sporządzenie ww. dokumentacji geodezyjno-prawnej nie różni się w istotny sposób od prac związanych z modernizacją gruntów. Są to prace tożsame rodzajowo. W konsekwencji należało przyjąć, że przystępujący wykazał posiadanie wiedzy i doświadczenia wymaganego przez zamawiającego do realizacji prac modernizacyjnych ewidencji gruntów.

Nadto odwołujący nie udowodnił, że rozbieżność czasowa pomiędzy terminami wynikającymi z umów, a protokołami miała związek z nieterminowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, co skutkowałoby uznaniem, że zamówienia nie zostały wykonane należycie. Z protokołów bezspornie wynika, że roboty zostały przyjęte bez zastrzeżeń.

Ponadto Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia przystępującego-konsorcjum, iż rozbieżności pomiędzy przedłożonymi umowami, a protokołami odbioru wynikają z faktycznej ilości wykonanego zamówienia, co również znalazło swoje odzwierciedlenie w ostatecznej wysokości kwot rozliczeniowych. Dowodu przeciwnego odwołujący nie złożył.

Izba stwierdziła natomiast, iż przystępujący-konsorcjum niewłaściwie wypełnił załącznik Nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego też przystępujący winien zostać wezwany w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu we wskazanym w odwołaniu zakresie. Izba uznała, że niezasadny jest zarzut w tym zakresie dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, za zasadny uznając zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W powyższym zakresie

27

Izba podziela stanowisko odwołującego, że urządzenie GPS R6 wskazane w ofercie przystępującego, jako sprzęt geodezyjny winno zostać opisane w tabeli nr 2 załącznika Nr 6 do s.i.w.z. jako odbiornik GPS, a przystępujący zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia winien przedłożyć stosowne oświadczenia i dokumenty

walidacyjne w zakresie oferowanego odbiornika GPS. Zamawiający konstruując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał w odniesieniu do odbiorników GPS przedłożenia stosownych oświadczeń i dokumentów wg. wariantów A, B lub C. Zamawiający zaniechał obowiązku egzekwowania swoich uprawnień nadzorczych w zakresie wymogów przez siebie postawionych w odniesieniu do przystępującego, dlatego też za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 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: