

Sygn. akt KIO/1439/10

WYROK
z dnia 23 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 lipca 2010 r. przez **Konsorcjum: Azysa Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o., Azysa Obras y Proyectos S.L., ul. Sokolnicza 5/63, 53-676 Wrocław** odwołania, od czynności zamawiającego **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu, ul. Oleska 127, 45-231 Opole,**

przy udziale **Konsorcjum DROG-BUD Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Azysa Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o., Azysa Obras y Proyectos S.L., ul. Sokolnicza 5/63, 53-676 Wrocław**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć do kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum:Azysa Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o., Azysa Obras y Proyectos S.L., ul. Sokolnicza 5/63, 53-676 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum:Azysa Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o., Azysa Obras y Proyectos S.L., ul. Sokolnicza 5/63, 53-676 Wrocław** na rzecz **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu, ul. Oleska 127, 45-231 Opole** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy,
- 2) wykluczenie odwołującego z postępowania niezgodnie przepisami prawa, tj. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez uznanie, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy przez nadużycie uprawnień przyznanych mu przepisami ustawy,
- 3) zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy.

Wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z ofertą odwołującego;
- 4) nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego na podstawie faktury przedłożonej na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał m.in., że do oferty załączył referencje wystawione dnia 2 lipca 2008 r. przez „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. z siedzibą w Łucku dla „Energopol-Południe” S.A. z siedzibą w Sosnowcu. Ponieważ referencje te wzbudziły wątpliwości, zamawiający pismem z dnia 21 czerwca 2010 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień w sprawie ich wiarygodności. W odpowiedzi odwołujący przesłał referencję wystawioną przez „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. w dniu 15 marca 2010 r. wyjaśniając, że podmiotem, który uzyskał zamówienie w postępowaniu na „Rekonstrukcję (remont) drogi państwowej w kierunku Ustług-Łuck-Riwne” był „Budimex-Dromex” Lwów, którego podwykonawcą był „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. na rzecz, którego „Energopol-Południe” S.A. wykonywał część

robót. Na dowód odwołujący przedłożył referencję wystawioną przez „Budimex-Dromex” na rzecz „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. oraz umowę generalnego podwykonawstwa pomiędzy tymi firmami, a także umowę na świadczenie usług pomiędzy „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. a „Energopol-Południe” S.A.

Podniósł, że w uzasadnieniu wykluczenia zamawiający powołał się na informację uzyskaną od Państwowej Służby Dróg Samochodowych Obwodu Wołyńskiego, z której w jego ocenie wynika, że prace wykazane w referencjach nie zostały wykonane.

Odwołujący podał, że skorzystał z uprawnienia jakie stwarzają przepisy ustawy i na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy polegał na wiedzy i doświadczeniu „Energopol-Południe” S.A. z siedzibą w Sosnowcu. Skorzystanie z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu obejmowało wyłącznie wykonanie stabilizacji MCE. „Energopol-Południe” S.A. zgodził się na udostępnienie swojego zasobu i jednocześnie dostarczył odwołującemu uwierzytelnione przez siebie referencje wystawione przez „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. z dnia 2 lipca 2008 r.

Zestawienie treści referencji wystawionych przez „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. w dniu 2 lipca 2008r. z treścią referencji wystawionych w dniu 15 marca 2010 r. nie uprawnia, w ocenie odwołującego, do formułowania wniosku, iż referencje z dnia 2 lipca 2008r. zawierają nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący stwierdził, że poza jego wiedzą były powody dla których obie referencje różnią się między sobą. Obie referencje nie zostały wystawione dla niego lecz dla podmiotu trzeciego i odwołujący nie jest w ich posiadaniu. Nie może zatem ponosić negatywnych konsekwencji działań podmiotu, na zasobach którego polega przy wykonaniu zamówienia. Uznał, że referencje z dnia 2 lipca 2008 r. mogły być, co najwyżej uznane za obarczone błędem. Odwołujący dołączył do pisma z dnia 24 czerwca 2010 r. umowę zawartą przez „Budimex-Dromex” Lwów a „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o., z której wynika, że „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. realizowała roboty drogowe metodą zimnego recyklingu na drodze „Ustyług - Łuck- Równe” oraz na drodze „Grybowycia - Mysztiw - Iwaniwka” (pkt 1.1) a roboty te miały być wykonane zgodnie z umową w okresie od lipca 2007 r. do 31 października 2007 r. (pkt 4). Umowa ta wskazuje również wielkość robót do wykonania (pkt 1.3). Ponadto z umowy na świadczenie usług pomiędzy „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. a „Energopol-Południe” S.A. wynika, że „Energopol-Południe” S.A. był podwykonawcą „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o., zakres robót wykonywanych przez „Energopol-Południe” S.A. obejmował prace remontowo-budowlane budowy dróg (pkt 2 ust. 2.1.2), termin wykonania umowy nie został wskazany konkretnym terminem lecz zdarzeniem, tj. całkowite wykonanie przez strony własnych zobowiązań (pkt 6 ust. 1). Zdaniem odwołującego, w świetle wskazanych dokumentów brak jest podstaw do uznania, że przedłożone referencje zawierają nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik

postępowania. Można jedynie uznać, że referencje z dnia 2 lipca 2008r. obarczone są błędem, co nie stoi w sprzeczności z przywołaną przez zamawiającego informacją uzyskaną od Państwowej Służby Dróg Samochodowych Obwodu Wołyńskiego.

Wskazał również, że zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty naruszył art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta wykonawcy, który został wyłoniony niezgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący stwierdził, że ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu, zgodnie z kryterium oceny ofert, jest oferta odwołującego.

Zamawiający powołując się na postanowienia siwz w sprawie potwierdzenia doświadczenia wykonawcy, bardzo obszernie przedstawił swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie, podał chronologicznie dokonywane czynności podjęte w celu ustalenia prawdziwości informacji zawartych w referencji z dnia 2 lipca 2008 r. załączonej do oferty. Zwrócił się do odpowiednich służb drogowych na terenie Ukrainy, Ambasady RP w Kijowie oraz do odwołującego o złożenie wyjaśnień w przedmiocie referencji, na które wykonawca powołał się jako referencje dotyczące innego podmiotu (art. 26 ust. 2b ustawy). Stwierdził, że referencje zawierają nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, bowiem uzyskano potwierdzenie, że części wykazanych robót w ogóle nie wykonano, natomiast wynikające z referencji wykonanie dotyczyło innych odcinków drogi, wskazywało inną powierzchnię wykonania. Na rozprawie zamawiający przedłożył dowód w postaci raportów publikowanych przez Komisję Nadzoru Finansowego, z których wynika, że podmiot, na którego doświadczenie powołuje się odwołujący, świadczył jedynie czynności związane z udostępnieniem sprzętu.

W konsekwencji uznał, że informacje zawarte w referencjach dotyczących robót drogowych, wystawionych przez „Energopol Road Ukraina” - Spółkę z o.o. na rzecz „Energopol-Południe” SA. i załączonych do oferty odwołującego są nieprawdziwe.

Stwierdził, że wszystkie występujące w dokumentacji podmioty są profesjonalnymi wykonawcami robót drogowych, należało więc oczekiwać od nich profesjonalnej staranności w wystawianiu, weryfikowaniu i posługiwaniu się dokumentami odnoszącymi się do prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Nieprawdziwa informacja zawarta w referencjach, która wynika wprost z treści referencji, pozostaje w oczywistej sprzeczności z obowiązkiem dochowania przez podmioty profesjonalnej staranności i daje podstawę do przypisania im winy, w formie co najmniej niedbalstwa, za sporządzenie i posłużenie się dokumentami zawierającymi nieprawdziwe informacje, co z kolei obligowało zamawiającego, także w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przywołanego w odwołaniu, do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Stwierdził, że wbrew wywodom odwołania nieprawdziwość informacji zawartych w referencjach załączonych do oferty odwołującego nie oznacza, że referencje są obarczone błędami, zatem zamawiający nie był zobligowany do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia referencji nie zawierających błędów.

Wskazał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) z dnia 13 lutego 2008r. sygn. KIO/UZP 60/08 (LEX nr 393521),
- 2) z dnia 5 lutego 2009r. sygn. KIO/UZP 99/09 (LEX nr 487640),
- 3) z dnia 19 sierpnia 2009r. sygn. KIO/UZP 1004/09 (LEX nr 512855),
- 4) z dnia 12 października 2009r. sygn. KIO/UZP 1223/09 (LEX nr 522168).

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego wywodząc szczegółowo, iż informacje zawarte w referencji nie znajdują uzasadnienia w faktach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych polegających na Rozbudowie drogi wojewódzkiej nr 414 na odcinku Smolarnia - Krobusz w km 24+565 do 35+760.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE w dniu 10 lutego 2010 r. nr 2010/S 28-039722.

Zamawiający opisał w siwz w pkt 4.1. lit c) sposób dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wymagając by wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał stabilizację MCE o powierzchni minimum 96 000 m² (roboty drogowe). W wyniku zmiany siwz w dniu 23 lutego 2010 r. minimalny wymóg powierzchni zmniejszył do 50 000 m².

W pkt 7.11 siwz opisał, że wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku opisanego w pkt 4.1 ma być sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 4 wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący na str. 141-142 oferty zamieścił wykaz ważniejszych robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, wyszczególniając 5 pozycji. Robotami, które potwierdzały spełnianie wymagań zamawiającego w zakresie stabilizacji MCE mogły być tylko roboty wykazane w poz. 5 wykazu, a mianowicie „Rekonstrukcja (remont) drogi państwowej w kierunku Ustług-Łuck-Riwne (Ukraina)” o wartości 5 111 400 PLN, wykonanie stabilizacji MCE w ilości 61 900 m², w okresie 12.2007 – 05.2008, na rzecz zleceniodawcy

„Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. Łuck. Na potwierdzenie, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, wykonawca załączył referencje str. 152-153 oferty (tłumaczenie na język polski) wystawione przez „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. w Łucku, z dnia 2 lipca 2008 r.

W referencji podano, że w okresie od grudnia 2007 r. do maja 2008 r. firma „Energopol Południe” S.A. z Sosnowca na zamówienie wystawcy referencji wykonała roboty:

Rekonstrukcję (remont) drogi państwowej w kierunku Ustług-Łuck-Riwne na odcinkach:

- a) od km 130 + 000 do 131 + 200 o powierzchni nawierzchni 11 900 m²,
- b) b) od km 127 + 000 do 128 + 200 o powierzchni nawierzchni 50 000 m²,

z zastosowaniem technologii:

- a) przy kładzeniu warstwy wzmacniającej z mieszanki MCE metodą zimnego recyklingu (...),
- b) przy kładzeniu asfaltowej warstwy wiążącej (...),
- c) przy kładzeniu asfaltowej warstwy ścieralnej (...).

Na str. 154 oferty odwołujący zamieścił oświadczenie o zobowiązaniu się przez „Energopol Południe” S.A. do oddania wykonawcy do dyspozycji na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia – robót budowlanych wskazanych w załączniku nr 4 do oferty, tj. wykonanie stabilizacji MCE w okresie 12.2007- 05.2008, Droga państwowa Ustług-Łuck-Riwne (Ukraina), gdzie odbiorcą robót był „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. (zakres objęty sporem).

Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu powziął wątpliwości co do wykonania wzmacniającej warstwy z mieszanki MCE metodą zimnego recyklingu na odcinkach:

- a) od km 130+000 do 131+200 o powierzchni nawierzchni 11 900 m²,
- b) od km 127+000 do 128+200 o powierzchni nawierzchni 50 000 m².

Wątpliwości zamawiającego wzbudziła blisko pięciokrotna zmiana szerokości wykonywanych robót na odcinku drogi pomiędzy kilometrami 127+000 a 131+200.

Zamawiający zwrócił się do Państwowej Służby Drogowej Obwodu Równieńskiego o udzielenie informacji czy roboty były wykonywane w okresie grudzień 2007 – maj 2008, gdzie wykonawcą była „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o., czy inwestor dopuścił podwykonawcę „Energopol Południe” S.A. oraz o potwierdzenie wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, prawidłowo ukończonych i odebranych, a także potwierdzenie zgodności ilości podanej w referencjach ze stanem faktycznym (pismo z dnia 14 maja 2010 r.).

Wystąpił także do Wydziału Promocji, Handlu i Inwestycji Ambasady RP w Kijowie z prośbą o udzielenia pomocy w uzyskaniu informacji niezbędnych do rozstrzygnięcia prowadzonego postępowania (pismo z dnia 18 maja 2010 r.). Ponadto upoważnił do kontaktów na terenie

Ukrainy obywateli Ukrainy - Jakowczenko O., Moszurenko J. (pismo z dnia 14 maja 2010 r.) i Lewandowskiego C.

Służba Dróg Samochodowych w Obwodzie Równieńskim udzieliła odpowiedzi pismem przekazanym Jakowenko O. z dnia 21 maja 2010 r., które wpłynęło do zamawiającego w dniu 18 czerwca 2010 r., że „Energopol Południe” S.A. nie prowadziła w okresie grudzień 2007 – maj 2008 prac rekonstrukcyjnych drogi samochodowej Ustyłuh – Łuck – Równe na odcinku km 130+000 – km 131+200 (odcinek drogi odpowiada pkt a) referencji z dnia 2 lipca 2008 r.).

Z uwagi, że drugi wskazany odcinek drogi km 127+000 – km 128+200 znajduje się poza granicami Obwodu Równieńskiego (odcinek drogi odpowiada pkt b) referencji z dnia 2 lipca 2008 r.), służba poinformowała, że nie ma na ten temat danych.

Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 27 maja 2010 r. do Państwowej Służby Drogowej Obwodu Wołyńskiego o informacje co do odcinka drogi 127+000 a 131+200.

Służba tego obwodu udzieliła informacji pismem z dnia 22 czerwca 2010 r., które wpłynęło do zamawiającego w dniu 24 czerwca 2010 r., że na odcinku drogi od km 127+200 do km 130+000 (lewy pas) były prowadzone prace w miesiącach maj – grudzień 2007 r. przez generalnego wykonawcę „Budimex–Dromex” na mocy umowy zawartej 30 maja 2007 r.

Firma „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. udzielała usługi generalnemu wykonawcy w zakresie sporządzania podstawy (drogi) wg technologii zimnego recyklingu maszyną WR 2500 o ogólnej powierzchni 22 917 m². Wystawca dokumentu stwierdził łamanie przez generalnego wykonawcę grafiki wykonywanych prac oraz niedotrzymanie wymaganych odchyleń powodujące komplikacje sporządzania warstwy wyrównawczej. Umowa została rozwiązana w 2009 r. w związku z likwidacją firmy „Budimex–Dromex”.

Zamawiający wezwał wykonawcę pismem z dnia 21 czerwca 2010 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień w sprawie wiarygodności referencji z dnia 2 lipca 2008 r., bazując na danych z Obwodu Równieńskiego (z Obwodu Wołyńskiego brak było jeszcze informacji).

Odwołujący złożył pismo z dnia 24 czerwca 2010 r. podając, że zaistniała omyłka w treści załączonej referencji za którą przeprasza, załączył skorygowaną referencję z której wynika wykonanie stabilizacji metodą MCE o powierzchni 82 900 m², więc więcej niż w pierwotnej referencji 61 900 m² (z dnia 2 lipca 2008 r.) oraz drugą referencję i dwie umowy.

I. Referencje:

1. Z dnia 18 lutego 2008 r. (brak nazwy wystawcy) wynika, że „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. realizowała od lipca 2007 r. do stycznia 2008 r. rekonstrukcję (remont) drogi na odcinkach:

- a) km 127+200 do 130+000 o powierzchni pokrycia 27 900 m²,
- b) km 121+400 do 127+000 o powierzchni pokrycia 110 000 m²,

wyszczególniając w 9 pozycjach sprzęt, którym dysponowała spółka.

2. Z dnia 15 marca 2010 r. wystawioną przez „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o., w której podano, że od lipca 2007 do grudnia 2007 „Energopol-Południe” S.A. realizowała rekonstrukcję (remont) drogi na odcinkach:

a) km 127+200 do 130+000 o powierzchni pokrycia 27 900 m²,

b) km 121+400 do 127+000 o powierzchni pokrycia 55 000 m²,

wyszczególniając w 8 pozycjach sprzęt, którym dysponował wykonawca (w tym wykazie brak jest rozściełacza masy bitumicznej o szerokości roboczej 8 m, podanego w referencji z dnia 18 lutego 2008 r.).

II. Umowę podwykonawstwa nr 1 z dnia 14 lipca 2007 r. zawartą pomiędzy „Budimex-Dromex” (główny podwykonawca) a „Energopol Road Ukraina” (podwykonawca), przedmiotem, której było wykonanie prac z zakresu utworzenia podstaw dróg samochodowych o znaczeniu krajowym metodą zimnego recyklingu:

1.1.1. „Ustylug–Łuck–Równe” na odcinku od km 127+200 do 130+000 z terminem wykonania do 20.08.2007 r. (4.1.1.),

1.1.2. „Ustylug–Łuck–Równe” na odcinku od km 121+400 do 127+200 z terminem wykonania do 31.10.2007 r. (4.1.2.),

1.1.3. droga samochodowa o znaczeniu lokalnym z terminem wykonania do 16.11.2007 r. (4.1.3.), która nie kwalifikowała się do uznania doświadczenia ze względu na jej lokalny rodzaj.

W pkt 7.1. umowy dopuszczono możliwość zaangażowania przez „Energopol Road Ukraina” (podwykonawcę) podpodwykonawców, po uprzednim uzyskaniu pisemnej zgody „Budimex-Dromex” (podwykonawcy głównego).

III. Umowę z dnia 20 lipca 2007 r. zawartą pomiędzy „Energopol Road Ukraina” (zamawiający) a „Energopol-Południe” S.A. (wykonawca). Wykonawca zobowiązał się do świadczenia usługi:

2.1.1. obsługi specjalistycznych (drogowych) maszyn i urządzeń podczas budowy i remontu dróg na Ukrainie,

2.1.2. wykonanie prac remontowo-budowlanych dróg wg wykazu wskazanego przez zamawiającego,

2.1.3. tłumaczenie tekstów (pisemne) specjalistycznych norm budowlanych, regulacji prawnych polsko-ukraińskich oraz tłumaczenie ustne dla zatrudnionych pracowników przy budowie dróg na Ukrainie.

W aktach sprawy brak jest wykazu wskazanych robót do wykonania przez wykonawcę. Na rozprawie pełnomocnik odwołującego oświadczył, że nie jest w posiadaniu żadnego dowodu dotyczącego wskazanych prac do wykonania, poza złożonymi referencjami. Również nie została ujawniona pisemna zgoda „Budimex-Dromex” (podwykonawcy głównego) na

zaangażowanie „Energopol-Południe” S.A. jako podpodwykonawcy, co zgodnie ze stanowiskiem odwołującego, istotnie, nie stanowi o nieważności zawartej umowy.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (oferta odwołującego tańsza od oferty wybranej).

Reasumując powyższe, ustalono:

- 1) odcinki drogi i powierzchnie nawierzchni z wykazu robót (załącznik nr 4) i referencji z dnia 2 lipca 2008 r. w zakresie:
 - a) od km 130+000 do 131+200 o powierzchni nawierzchni 11 900 m²,
 - b) od km 127+000 do 128+200 o powierzchni nawierzchni 50 000 m²,są zgodne wewnętrznie, zaś nie odpowiadają faktom,
- 2) informacja Obwodu Równieńskiego:
 - a) na odcinku oznaczonym lit. a) „Energopol Południe” S.A. - nie prowadziła robót,
 - b) na odcinku oznaczonym lit. b) brak danych ze względu na Obwód Wołyński,
- 3) informacja Obwodu Wołyńskiego:
 - b) co do odcinka oznaczonego lit. b) podano inny odcinek drogi, roboty prowadziła „Energopol Road Ukraina” na rzecz „Budimex-Dromex”,
- 4) referencja z dnia 18.02.2008 r.:

podano inne długości dwóch odcinków drogi, potwierdzono wykonanie robót przez „Energopol Road Ukraina”,
- 5) umowa z dnia 14 lipca 2007 r.- odcinek w jednym parametrze różni się od podanego w referencji z dnia 18.02.2008 r., wykonawcą był „Energopol Road Ukraina”,
- 6) referencja z dnia 15 marca 2010 r.:
 - a) odcinki drogi odpowiadają umowie z dnia 14 lipca 2007 r. za wyjątkiem jednego parametru oraz odpowiadają referencji z dnia 18.02. 2008 r., nie odpowiadają powierzchni nawierzchni,
 - b) dokładnie te same odcinki drogi wykonywały dwie spółki jednocześnie „Energopol Road Ukraina” i „Energopol Południe” S.A. (porównanie obu referencji).
- 7) złożony na rozprawie wydruk raportu bieżącego nr 87/2007 z dnia 16.08.2007 r. publikowanego przez Komisję Nadzoru Finansowego zawierający informację zarządu spółki „Energopol Południe” S.A. o podpisaniu:
 - a) umowy przez spółkę zależną „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. z ukraińską spółką „Budimex-Dromex” Sp. z o.o. na wykonanie na terenie Ukrainy

podbudowy dróg samochodowych metodą zimnego recyklingu, szacunkowa wartość umowy –ok.9,6 mln brutto, termin zakończenia robót –do 16.11.2007 r.,

- b) umowy przez spółkę „Energopol Południe” S.A. ze spółką zależną „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. na wynajem środków technicznych w celu realizacji ww. zadania, szacunkowa wartość umowy –ok. 1,8 mln zł brutto, za kryterium znaczącej umowy przyjęto kapitały własne.

KIO zważyła.

Zgodnie z postanowieniami siwz wykaz robót wraz z referencjami miał służyć potwierdzeniu posiadania przez wykonawcę doświadczenia w przedmiocie realizacji określonych przez zamawiającego robót, w celu umożliwienia zamawiającemu dokonania podmiotowej weryfikacji wykonawców.

W złożonych przez wykonawcę dokumentach – wykazie robót, trzech referencjach i dwóch umowach, w zestawieniu z informacjami uzyskanymi przez zamawiającego, stwierdzono, że nie ma zgodności co do wykonania przez „Energopol-Południe” S.A., jako innego podmiotu udostępniającego swoje doświadczenie w realizacji robót odpowiadających potrzebom zamawiającego, w przedmiocie terminów wykonania, zakresów poszczególnych odcinków dróg, w jednej informacji zawarto wręcz zaprzeczenie wykonania wskazanego odcinka drogi. Ponadto wskazano odcinki drogi wykonywane w całości przez dwie spółki jednocześnie, uzyskano potwierdzenie, że spółka udostępniła tylko środki techniczne w celu realizacji zadania oraz podniesiono nienależyte wykonywanie robót przez generalnego wykonawcę.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania w razie podania informacji nieprawdziwych, przez które należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje nie odpowiadające faktom, o ile złożone informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Niewątpliwie informacje zawarte w ofercie odwołującego – wykaz i referencja z 2 lipca 2008 r., po ich weryfikacji przez zamawiającego na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, nie odpowiadają faktom ustalonym w toku czynności zamawiającego przy udziale odwołującego (wyjaśnienia wraz z nowymi referencjami i umowami, złożone na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy) oraz mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania ze względu na cenę oferty.

Wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest obligatoryjne w razie niezłożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów albo złożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów zawierających błędy, przy czym błędy nie mogą dotyczyć treści merytorycznej dokumentu lub oświadczenia. Oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu. Co do ustaleń o niewłaściwości referencji z dnia 2 lipca 2008 r., występuje zgodność stron w tym zakresie, z tym, że odwołujący uzasadnił to błędami dokumentów, które można konwalidować przez wezwanie wykonawcy do złożenia innych referencji (złożył je wraz z pismem z dnia 24 czerwca 2010 r.), zamawiający zaś uzasadnił podaniem nieprawdziwych informacji, które skutkują wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W ocenie KIO, wobec rozbieżnych danych w zebranych dokumentach w toku postępowania i czynności wyjaśniających, w tym potwierdzenia, iż wraz z ofertą złożono referencje niezgodne ze stanem faktycznym (z dnia 2 lipca 2008 r.), w zestawieniu z zasługującymi na uwagę stanowiskami służb drogowych właściwych w przedmiocie prowadzonych robót drogowych na Ukrainie oraz przy uwzględnieniu oficjalnego komunikatu wykonawcy, udostępniającego swoje doświadczenie, iż wykonawca ten brał udział w wykonaniu robót tylko przez udostępnienie sprzętu, nie można uznać, że czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania narusza art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Potwierdzeniem doświadczenia zgodnie z postanowieniami siwz, powinien być wykaz robót sporządzony przez wykonawcę oraz referencje wystawione przez podmiot, na rzecz którego wykonano roboty budowlane, potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dokumenty te, by potwierdzały wymóg zamawiającego, powinny być spójne w treści i jednoznacznie potwierdzać nabyte doświadczenie.

W rozpoznanej sprawie wykaz robót jest zgodny z referencją z dnia 2 lipca 2008 r, która, jak potwierdzono, jest niezgodna z rzeczywistością. Informacjom zawartym w referencji z dnia z dnia 15 marca 2010 r. w zestawieniu z umową z dnia 20 lipca 2007 r, w której wskazano 3 rodzaje czynności wykonywanych przez „Energopol-Południe” S. A., t.j. obsługę specjalistycznych (drogowych) maszyn i urządzeń podczas budowy i remontu dróg na Ukrainie, wykonanie prac remontowo-budowlanych dróg wg wykazu wskazanego przez zamawiającego i tłumaczenie tekstów (pisemne) specjalistycznych norm budowlanych, regulacji prawnych polsko-ukraińskich oraz tłumaczenie ustne dla zatrudnionych pracowników przy budowie dróg na Ukrainie, przeczy oświadczenie zawarte w wydruku raportu bieżącego nr 87/2007 z dnia 16.08.2007 r. opublikowanego przez Komisję Nadzoru Finansowego, zawierające informację zarządu spółki „Energopol Południe” S.A. o podpisaniu umowy przez tę Spółkę ze spółką zależną „Energopol Road Ukraina” Sp. z o.o. tylko na

wynajem środków technicznych w celu realizacji ww. zadania o szacunkowej wartości umowy – ok. 1,8 mln zł brutto.

Podkreślić należy, że zgodnie z przeważającym orzecznictwem sądowym i KIO nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozróżnia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością.

Dyrektywa 2004/18/WE nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”. Informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu wykonawca bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie zamawiającego w błąd (wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1004/09).

W ocenie KIO, brak jest podstaw do uwzględnienia stanowiska odwołującego, że za referencje udostępnione przez podmiot trzeci, wykonawca, który posługuje się nimi, nie ponosi odpowiedzialności, ponieważ referencje nie pochodzą od niego.

Zamawiający ma obowiązek zweryfikować referencje, tak jak wszystkie pozostałe referencje składane w postępowaniu.

Ponadto należy podnieść, że wykonawca, który korzysta z udostępnionego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy doświadczenia innego podmiotu, nie może korzystać z tego doświadczenia bez udziału podmiotu w realizacji zamówienia.

W ocenie UZP „powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu.

Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 55¹ i 55² kc). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym

to doświadczenie jest związane. Z tych względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia, niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. (...) Nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia (opinia pt. Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych)".

W związku z powyższymi ustaleniami, KIO oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, z ograniczeniem wysokości do kwoty 3600 zł, zgodnie z § 3 ust. 2 lit.b 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:

.....

