

WYROK
z dnia 3 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14, 22 i 30 stycznia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2014 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DROG-POL Sp. z o.o.
ul. 3 Maja 39, 42-360 Poraj

w postępowaniu prowadzonym przez

Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach
ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. komandytowa Dalachów 354, 46-325 Rudniki** oraz **T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BADERA Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. Dalachów 354, 46-325 Rudniki** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. komandytowa oraz T. B. prowadzącego działalność**

gospodarczą pod nazwą **BADERA Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.**,

2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DROG-POL Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego DROG-POL Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zimowe utrzymanie dróg administrowanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach z podziałem na części” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 sierpnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 151-271734.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DROGPOL” Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 i art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz podjęciu czynności zmierzających do udzielenia zamówienia wykonawcom wybranym niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. podlegającym wykluczeniu z postępowania oraz którzy złożyli ofertę podlegającą odrzuceniu w zakresie części I zamówienia, a polegających na:

1. unieważnieniu czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. komandytowa oraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. zwanych dalej „Konsorcjum B.”,
2. unieważnieniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum B.,
3. unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
4. dokonaniu ponownego badania i oceny ofert, w wyniku której zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum B.,
5. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum B., pomimo iż wykluczenie Konsorcjum B. i uznanie oferty tych wykonawców za odrzuconą i wybór oferty odwołującego były czynnościami zgodnymi z ustawą Prawo zamówień publicznych, tj.:

a) art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum B., unieważnienie odrzucenia oferty złożonej przez tych wykonawców i przez unieważnienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz dokonanie w konsekwencji wyboru oferty ww. wykonawców podlegających wykluczeniu i których oferta podlega odrzuceniu, jako najkorzystniejszej,

b) art. 94 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie skutkujące unieważnieniem wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo iż w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartych w tomie I, rozdziale 1. pkt 15 okoliczność niedysponowania przez Konsorcjum B. sprzętem niezbędnym do zimowego utrzymania wymaganego zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykazanego przez tych wykonawców w załączonym do oferty wykazie „Potencjał techniczny” w dacie przeprowadzania kontroli przez zamawiającego winna skutkować uznaniem, iż wykonawcy ci uchylają się od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz w konsekwencji dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji rankingowej bez przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, tj. oferty odwołującego,

c) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 i art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na unieważnieniu czynności wykluczenia Konsorcjum B. i tym samym zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum B., pomimo iż nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu,

d) art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum B. o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy,

e) art. 87 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 85 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum B. z uwagi na dokonanie przez nich niedozwolonej zmiany istotnej treści oferty,

f) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 104 zd. 1 Kodeksu cywilnego i art. 210 § 1 Kodeksu spółek handlowych w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego niezastosowanie polegające na nieodrżuceniu oferty Konsorcjum B. z uwagi na fakt, że oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do jej podpisania w imieniu ww. wykonawców, której pełnomocnictwo zostało udzielone w związku z nieważną umową konsorcjum,

g) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na nieodrzczeniu oferty Konsorcjum B., pomimo iż nie odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

h) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na niewykluczeniu Konsorcjum B., pomimo iż nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunku wskazanego w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszącego się do BADER-DROG Sp. z o.o.,

i) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na niewykluczeniu Konsorcjum B., pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu czynności: wykluczenia Konsorcjum B., odrzucenia oferty Konsorcjum B., wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum B.,
2. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
3. wykluczenia Konsorcjum B. i odrzucenia oferty Konsorcjum B., a także przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

III Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega uwzględnieniu.

1. W zakresie zarzutu nieuprawnionego unieważnienia przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum B. oraz unieważnienia wyboru oferty odwołującego, a następnie ponownego wyboru oferty Konsorcjum B. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż zamawiający w każdej chwili aż do momentu podpisania umowy, w razie stwierdzenia, że któraś z jego czynności – w szczególności istotnych dla wyniku

postępowania – została wykonana wadliwie, a czynność ta może na danym etapie zamówienia zostać unieważniona, dokonana lub powtórzona, ma prawo skorygować swoje wadliwe działanie lub zaniechanie.

Owszem, w ustawie Prawo zamówień publicznych brak regulacji w tym zakresie analogicznych do art. 186 ust. 2 zd. 2 czy art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wynika to z samej istoty prowadzenia postępowania w sposób rzetelny. Obowiązek taki można wywieść poczynając od art. 5 Kodeksu cywilnego, który kładzie nacisk na działanie podmiotów zgodnie z zasadami współżycia społecznego, poprzez art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym położono nacisk na działanie zamawiającego z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz na dokonanie wyboru wykonawcy zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami procedury opisanej w ustawie Prawo zamówień publicznych, aż do art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiącego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Tym samym zamawiający powinien wybrać ofertę wykonawcy, który złożył ofertę najbardziej korzystną, a jednocześnie oferta ta nie podlega odrzuceniu, a sam wykonawca wykluczeniu z postępowania. Zatem zamawiający, mając wątpliwości, czy dokonał wyboru zgodnie z tą zasadą, ma prawo, a nawet powinien, powtórnie przyrzeć się swojemu działaniu.

Z drugiej strony, odmowa przyznania zamawiającemu takiego uprawnienia – czy wręcz nałożenia na niego takiego obowiązku – skutkowałaby proceduralnym patem. Z jednej bowiem strony zamawiający musiałby zawrzeć umowę z nieprawidłowo wybranym wykonawcą, co byłoby wprost niezgodne z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w dalszych konsekwencjach mogłoby skutkować unieważnieniem umowy czy odpowiedzialnością zamawiającego w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Z drugiej strony zamawiający mógłby rozważać unieważnienie postępowania, jednak jest to możliwe tylko w przypadkach wskazanych w art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jedyne przepisy, na który zamawiający mógłby się powołać, to pkt 7, zgodnie z którym postępowanie należy unieważnić, jeśli jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Jednak wada tego typu (nieprawidłowy wybór wykonawcy) na tym etapie nie jest niemożliwa do usunięcia (łatwo ją usunąć powtarzając czynność), zatem nie ma podstaw do unieważnienia postępowania. A z drugiej strony przepis ten mówi wprost o usuwaniu wad postępowania i nie wskazuje, że wady takie mogą być usuwane tylko w konsekwencji przeprowadzenia postępowania odwoławczego.

Samo postępowanie odwoławcze służy wykonawcom i jest ograniczone terminami zawitymi wskazanymi w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie zamawiającemu. Tym samym terminy na badanie poprawności czynności zamawiającego określone w tym przepisie nie dotyczą zamawiającego. Co do kwestii proceduralnych związanych

z postępowaniem odwoławczym, to o ile wyrok Izby o treści wskazanej w art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wiąże zamawiającego, to postanowienie o odrzuceniu odwołania jest tylko wskazaniem, że z przyczyn formalnych wyliczonych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie dokona merytorycznego rozpoznania zarzutów, nie stanowi zaś o tym, czy zarzuty są słuszne, czy też niesłuszne. W takim przypadku – w przeciwieństwie do wyroku uwzględniającego odwołanie – Izba nie nakazuje ani nie zakazuje zamawiającemu wykonania danych czynności.

Zresztą identyczna sytuacja zaistniała w postępowaniu wcześniej, kiedy to zamawiający unieważnił swój pierwotny wybór oferty Konsorcjum B. jako najkorzystniejszej i wybrał ofertę odwołującego. Sytuacja różniła się jedynie tym, że Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania w związku z cofnięciem odwołania, nie badała natomiast prawidłowości zarzutów.

Tym samym, w formalnego punktu widzenia możliwe było powtórzenie przez zamawiającego i z jego własnej inicjatywy czynności badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Natomiast inną kwestia jest, że w konsekwencji czynność ta spowodowała nieprawidłową sytuację w postępowaniu. Izba bowiem zgadza się z tym, że pierwotna reakcja zamawiającego na negatywny wynik kontroli, tj. wybór kolejnej oferty, była prawidłowa.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oprócz postanowień co do warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego wykonawcy (pkt 7.2. ppkt 3 i pkt 8.1.3), zamawiający przewidział niejako drugi etap kontroli tego potencjału – już w stosunku do wykonawcy wybranego.

W rozdziale 15. „Informacje o formalnościach, jakich należy dopełnić po wyborze oferty w celu zawarcia umowy” pkt 15.2 zamawiający wskazał, że wykonawca ten zobowiązany jest, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, do udostępnienia do wglądu sprzętu niezbędnego do zimowego utrzymania, wymaganego zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i który został wykazany przez wykonawcę w załączonym do oferty wykazie „Potencjał techniczny” – w celu dokonania kontroli przez zamawiającego w zakresie potwierdzenia dysponowania przez wykonawcę odpowiednim sprzętem, spełniania wymagań ilościowych oraz technicznych wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający podkreślił przy tym wytłuszczonym drukiem, że brak dopełnienia przez wykonawcę ww. formalności zostanie potraktowany jako uchylene się przez wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takim wypadku umowa z wykonawcą, którego oferta została wybrana, nie zostanie podpisana.

Jak więc wynika z powyższego, owa planowana przez zamawiającego kontrola była czymś więcej niż „zwykłą formalnością” i mogła mieć znaczące skutki dla zawarcia umowy.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że punkt 15.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie elementów kontroli powiązany jest z punktem 4.5.2 „Szczegółowej specyfikacji technicznej zimowego utrzymania dróg” stanowiącej część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której wskazano na elementy wyposażania pojazdów, w tym konieczność posiadania urządzeń GPS („4.5.2. Satelitarny System Lokalizacji Pojazdów GPS. Nośniki pod pługosolarki muszą być wyposażone w telefony komórkowe, radia CB oraz urządzenia do monitoringu i transmisji GPS/GSM wraz z zestawem głośnomówiącym i czujnikami posypu i płużenia.”).

W tym miejscu należy podkreślić, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla danego postępowania przetargowego są w tym postępowaniu wiążące i ewentualne stwierdzenie, że z innych dokumentów, np. umowy z firmą Wasko S.A., wynikają inne obowiązki, nie ma dla danego postępowania znaczenia.

Kontrola taka została przeprowadzona u wykonawcy – Konsorcjum B. 21 października 2014 r. Jak wynika z protokołu tej kontroli, pracownicy zamawiającego badali, czy na wymienionych w protokole nośnikach zamontowano GPS-y dla systemu WASKO oraz czy solarki posiadają system odczytu temperatury nawierzchni dla automatycznego dawkowania. W protokole wskazano, że solarki posiadają system odczytu temperatury nawierzchni oraz że nie posiadają GPS-ów. Brak ten spowodował zmianę decyzji zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty z Konsorcjum B. na ofertę odwołującego.

Podczas rozprawy powołani świadkowie – pracownicy zamawiającego M. M. i W. B. – potwierdzili, że nie sprawdzali zainstalowania w kontrolowanych pojazdach urządzeń GPS. Informację o ich braku w kontrolowanych pojazdach uzyskali od uczestniczącego w kontroli T. B. i informację tę przyjęli jako prawdziwą. Zgodnie z oświadczeniami obu świadków pan B. poinformował, iż ma urządzenia GPS na innych kontraktach, co świadkowie zrozumieli jako informację, że w tych kontrolowanych pojazdach urządzeń nie ma.

Izba uznała, że trzeci pracownik zamawiającego występujący w postępowaniu jako świadek, tj. K. W., nie uczestniczyła aktywnie w przedmiotowej rozmowie i nie wniosła do sprawy żadnych informacji dotyczących technicznych ustaleń podczas kontroli.

Izba uznała również, iż pozostali dwaj świadkowie – ze strony przystępującego – nie byli uczestnikami ani bezpośrednimi świadkami rozmowy dotyczącej urządzeń GPS, nie posiadają więc bezpośrednich informacji o tej rozmowie i jej ustaleniach.

Izba uznała także, że zeznania świadków M. M. i W. B. nie są sprzeczne z wyjaśnieniami udzielonymi podczas rozprawy przez T. B. .

W związku z powyższymi ustaleniami Izba stwierdziła, iż po pierwsze nie było sporne, że jednym z elementów wyposażenia pojazdów, w które pojazdy miały być wyposażone podczas kontroli, o której mowa w punkcie 15.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, były urządzenia GPS. W wyniku kontroli ustalono, że kontrolowane pojazdy w takie urządzenia nie są wyposażone, co zostało odnotowane w protokole kontroli podpisanym zarówno przez ww. pracowników zamawiającego, jak i T. B. (kolumna „Czy zamontowano na nośniku GPS dla systemu firmy WASKO” – stwierdzenie „NIE” przy każdym z pojazdów).

Jak wynika z zeznań świadków M. M. i W. B. taki wpis w protokole był wynikiem oświadczenia T. B., który – być może w wyniku niezrozumienia wymagań lub innego nieporozumienia – doprowadził kontrolujących do powzięcia takiego przekonania. Co więcej – nawet jeśli było to nieporozumienie w trakcie rozmowy, nie zostało ono skorygowane podczas sporządzania protokołu kontroli. W protokole kontroli nie ma też żadnych ustaleń co do możliwości uzupełnienia przez wykonawcę brakujących i przeprowadzenia rekontroli.

Tym samym – niezależnie od tego, czy takie urządzenia w pojazdach były zainstalowane, czy też nie – wynik kontroli w zakresie wyposażenia pojazdów (nośników) w GPS był negatywny i to z przyczyn dotyczących wykonawcy. Sam T. B. zaś, jako profesjonalny uczestnik postępowania, powinien wiedzieć, że wynik kontroli powinien być pozytywny, a więc, jeśli pojazdy (nośniki) były wyposażone w urządzenia GPS, to taki powinien być wynik kontroli.

Przy tym należy podkreślić, że w ramach procedury udzielania zamówień publicznych ważne jest nie tylko to, czy dany wykonawca wymagania zamawiającego spełnia, ale także, czy w odpowiednim momencie i zgodnie z wymaganiami zamawiającego wykaże to spełnianie. Konieczność tę podkreśla np. brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy przypomnieć, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoich orzeczeniach wielokrotnie podkreślał, że wykonawcy jako podmioty profesjonalne muszą być świadome konsekwencji swoich działań, m.in. w niedawnym wyroku z 26 września 2014 r. w sprawach połączonych T-91/12 i T-280/12: „(88) Poza tym, ponieważ skarżące są przedsiębiorstwami lotniczymi, a zatem profesjonalistami w sektorze lotniczym, musiały znać przedmiot kontroli przeprowadzanych w celu uzyskania licencji zezwalającej im na loty, czyli AOC. Dowodzą tego skądinąd pisma wysłane do skarżących przez luksemburskiego Direction de l’aviation civile przed przeprowadzeniem kontroli dotyczących przedłużenia ważności AOC, które

skarżące załączyły do ich pisma z dnia 20 grudnia 2011 r. i w których wskazano poszczególne elementy tych kontroli, a w szczególności elementy „Flight safety management” (zarządzanie bezpieczeństwem lotów) i „Security”. (89) Z powyższego wynika, że nie przekazując Komisji sprawozdań „pré-AOC” za rok 2009 i „AOC Continuous Oversight Audit” za rok 2010 w odpowiedzi na jej pismo z dnia 2 grudnia 2011 r., skarżące nie dostarczyły jej wszystkich istotnych informacji we właściwym czasie.”

Podobnie w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. (akapit 38.): „Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązku dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo, jak inni kandydaci.”

W wyroku tym zresztą Trybunał Sprawiedliwości zawarł także zalecenie dla zamawiających: „Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby (...) nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów...”. Sytuacja faktyczna wyroku dotyczy żądania wyjaśnień, ale można ją odnieść wprost to całokształtu działań zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z punktu 15.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ustalenia zamawiającego powinny wynikać z kontroli – i to przeprowadzonej „w terminie wyznaczonym przez zamawiającego”. Termin ten po uzgodnieniach z wykonawcą został ustalony na 21 października 2014 r. Nie powinno być zatem tak, że do pozytywnej weryfikacji zdolności technicznej wykonawcy zamawiający dochodziłby po zdobywaniu informacji z innych oddziałów GDDKiA, od firmy WASKO S.A. lub z jeszcze innych źródeł.

Jak wskazał zamawiający w punkcie 15.2 „brak dopełnienia przez wykonawcę ww. formalności zostanie potraktowany jako uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takim wypadku umowa z wykonawcą, którego oferta została wybrana, nie zostanie podpisana”.

Tym samym zamawiający byłby uprawniony do wyboru kolejnej oferty, zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który określa konsekwencje uchylania się przez wykonawcę od zawarcia umowy.

W swojej czynności z 30 października 2014 r. zamawiający jednak nie uznał, że wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, lecz że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykluczył go powołując się na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, że takie konsekwencje negatywnego wyniku kontroli są w niniejszej sytuacji najbardziej adekwatne – wykonawca bowiem nie uchylał się od kontroli, a zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania w razie negatywnego wyniku kontroli. Z jednej strony więc można by je *per analogiam* uznać za podlegające konsekwencjom wskazanym w punkcie 15.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z drugiej jednak wskazują na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, a przynajmniej niewskazanie tego spełnienia.

Zatem, w braku jednoznacznych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba przyjęła rozwiązanie korzystniejsze dla wykonawcy, tj. konieczność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, która jednak nie skutkuje zatrzymaniem wadium.

Izba wskazuje jednak, że w przyszłości, przewidując podobne kontrole, zamawiający powinien dokładniej opisać ich procedurę, m.in. konsekwencje negatywnego wyniku kontroli, ewentualną rekontrolę itd.

Po zapoznaniu się z dokumentami przedstawionymi przez zamawiającego Izba nie stwierdziła jednak, że podstawa wykluczenia powinna obejmować także art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. złożenie nieprawdziwych informacji w tym zakresie, gdyż nie stwierdzono jednoznacznie złożenia nieprawdziwych informacji. Z informacji przedstawionych przez zamawiającego wynika, że kwestionowany sprzęt (urządzenia GPS) rzeczywiście mógł się znajdować w kontrolowanych pojazdach, nawet jeśli wykonawca w trakcie kontroli tego nie wykazał.

3. W zakresie zarzutu braku w solarkach wymaganego sterowania, gromadzenia danych oraz automatycznego sterowania procesem posypu przy użyciu podczerwieni mierzącego temperaturę nawierzchni Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia solarki muszą być wyposażone w układ sterujący, który przy pomocy czujnika podczerwieni mierzy temperaturę nawierzchni oraz automatycznie dobiera odpowiednią optymalną dawkę posypywania. Ilość soli i solanki musi być odpowiednia i jednocześnie niezależna od prędkości pojazdu i szerokości posypu. System ten w dowolnej chwili musi mieć możliwość uzyskania w pojeździe wydruku komputerowego zawierającego następujące informacje: trasę przejazdu, temperaturę nawierzchni powiązaną z kilometrażem drogi, średnią szerokość posypu, ilość przebytych kilometrów, ilość zażytej soli, ilość zużytej solanki. Dane muszą być gromadzone w sposób narastający i dzienny. Praca musi być udokumentowana wydrukami komputerowymi z urządzenia pługosolarki (każdorazowy wyjazd).

Odwołujący zarzucił, że zainstalowane w pojazdach urządzenia mierzą temperaturę powietrza, a nie nawierzchni, zaś w pojazdach zamontowane zostały atrapy urządzeń.

Wyposażenie pojazdów w czujniki podczerwieni mierzące temperaturę nawierzchni było przedmiotem kontroli z 21 października 2014 r. i zostało przez zamawiającego zweryfikowane pozytywnie (adnotacja „TAK” w kolumnie „Czy solarka posiada system odczytu temperatury nawierzchni dla automatycznego dawkowania?”). Obaj przeprowadzający kontrolę pracownicy zamawiającego – świadkowie M. M. i W. B., potwierdzili również, że system ten weryfikowali, a z ikonki zamieszczonej na wyświetlaczu urządzenia (graficzny symbol drogi) wynika, że mierzy ono temperaturę nawierzchni, a nie powietrza.

Izba uznała, iż twierdzenie o atrapach urządzeń jest zbyt daleko idące. Sama metodologia przeprowadzonej 21 października 2014 r. kontroli być może nie była idealna, jednak pozwoliła pracownikom zamawiającego ocenić przygotowanie sprzętu zgodnie ze stanem ich wiedzy i w sposób, w jaki dokonywali tego u wszystkich wykonawców. Poza tym w trakcie kontroli z 20 stycznia 2015 r. przedstawiciele zamawiającego ze szczególną uwagą badali tę kwestię i ponownie potwierdzili, że czujniki podczerwieni zgodne są z wymogami zamawiającego.

W tym miejscu Izba wyjaśnia, że wzięła tu pod uwagę kontrolę z 20 stycznia 2015 r., w przeciwieństwie do poprzedniego zarzutu dotyczącego urządzeń GPS, ponieważ w trakcie kontroli z 21 października 2014 r. czujniki zostały zweryfikowane pozytywnie i wynik kolejnej kontroli jedynie potwierdził ustalenia kontroli poprzedniej.

Co zaś do wymogu bezpośredniego drukowania w pojeździe, w odpowiedzi na pytanie nr 1 z 9 września 2014 r. w punkcie 4. („Czy każdy pojazd musi mieć zainstalowaną drukarkę?”) zamawiający wskazał, że nie wymaga zainstalowania drukarki w każdej solarce.

Tym samym zamawiający dopuścił, że wymagany wydruk będzie się odbywał w inny sposób niż poprzez drukarkę w pojeździe.

4. W zakresie zarzutu złożenia przez Konsorcjum B. nieprawdziwego oświadczenia dotyczącego własności sprzętu Izba stwierdziła, że rzeczywiście wykonawca ten udzielił zamawiającemu błędnej (nieprawdziwej, niezgodnej ze stanem faktycznym) informacji, jednak nie ma tu zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że w treści wykazu „Potencjał techniczny” Konsorcjum B. oświadczyło, że cały wykazany sprzęt stanowi własność konsorcjum. Jednak część tego sprzętu – cztery

samochody ciężarowe VOLVO – stanowi przedmiot leasingu, a jego właścicielem jest leasingodawca – Europejski Fundusz Leasingowy S.A.

Okoliczność ta została przez Konsorcjum B. przyznana i została przez Izbę uznana za niesporną.

Konsorcjum Badera zatem udzieliło zamawiającemu nieprawdziwych informacji. Jednak Izba nie stwierdziła ich wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie miał szczególnych wymagań co do własności sprzętu. Do tego sprzęt leasingowany uznawany jest za potencjał własny podmiotu, nie ma tu więc konieczności składania dokumentów dotyczących zgody podmiotu trzeciego na jego użytkowanie, najem itp. Oczywiście, w zakresie okresu trwania leasingu zamawiający potencjalnie mógł zażądać takich informacji, jednak ich nie zażądał – zgodnie z wzorem formularza 3.3. „Potencjał techniczny” wykonawcy mieli podać jedynie nazwę i opis parametrów sprzętu, ilość sztuk oraz podstawę dysponowania.

Brak jest także informacji przeciwnej, tj. że okres leasingu pojazdów jest krótszy niż okres realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego.

5. W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodnej z art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych deklaracji powierzenia całości wykonania zamówienia podwykonawcom i niezgodnej z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmiany tej deklaracji Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wskazał, że w rozdziale 1 pkt 5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający przewidział dopuszczalność powierzenia wykonywania zamówienia podwykonawcom, wskazując jednoznacznie, iż ww. powierzenie dotyczy jedynie części zamówienia, co koresponduje z treścią art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do którego wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Jak wynika bowiem z literalnej treści tego przepisu, ustawodawca ograniczył możliwość korzystania z podwykonawcy przy realizacji zamówienia jedynie do części realizowanego zamówienia. Zdaniem odwołującego prawidłowa wykładnia powinna więc prowadzić do wniosku, iż wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy całości udzielonego mu zamówienia do samodzielnego wykonania, a jedynie jego ściśle określoną treść, w przeciwnym wypadku doszłoby bowiem do obejścia wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie także w treści definicji umowy o podwykonawstwo zawartej w art. 2 pkt 9b ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą należy przez nią rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane

stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Zdaniem odwołującego interpretacja ww. przepisu powinna uwzględniać okoliczność, iż wykonawca jest zobligowany do wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, natomiast w sytuacji, gdy całość zamówienia udzielonego danemu wykonawcy zostanie powierzona podwykonawcy, zamówienie w rzeczywistości w całości realizować będzie podmiot, który nie tylko nie musi spełniać warunków udziału w postępowaniu, w szczególności posiadać wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, finansowego, osobowego, ale nadto w stosunku do którego mogą zachodzić przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu, czego nie sposób byłoby zaakceptować. Wprowadzenie bowiem przez zamawiającego określonych warunków udziału w postępowaniu ma na celu powierzenie realizacji zamówienia podmiotowi gwarantującemu prawidłowe wykonanie zamówienia, natomiast w przypadku przekazania realizacji całości zamówienia podwykonawcy zamawiający takiej gwarancji nie otrzymuje.

W zarzucie tym odwołujący podniósł kwestię, która od lat stanowi przedmiot dyskusji, tj. wykonywanie zamówienia przez podmiot wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a możliwość zlecenia generalnego podwykonawstwa czy szerokiego zakresu podwykonawstwa, i która nadal pozostała nierozstrzygnięta.

Wątpliwości te podziela także Izba, gdyż jej zdaniem z etycznego i „słuszczyńskiego” punktu widzenia niedopuszczalne byłoby tylko pozorne ubieganie się o zamówienie i faktyczne zlecenie przez wykonawcę całości wykonania zamówienia podmiotowi, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania. Przy tym niedawno wprowadzone do ustawy Prawo zamówień publicznych przepisy art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.”), jak i powyżej zacytowany art. 2 pkt 9b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazują na „część zamówienia”, a nie jego całość.

Jednak wątpliwe jest, by ustawodawca przez takie sformułowanie przepisów chciał zakazać zlecenia generalnego podwykonawstwa – bardziej prawdopodobne jest to, że standardowo odniósł się do najczęstszej sytuacji, tj. zlecenia wykonania części zamówienia jednemu lub większej liczbie podwykonawców. Przy tym należy zwrócić uwagę, że gdyby przyjąć taką interpretację, wykonawca nie mógłby zlecić podwykonawstwa w 100%, ale w części 90% czy 99% już tak, co byłoby nielogiczne.

Do tego w przypadku, gdy zamawiający nie zastrzeże obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę danych części zamówienia czy prac (art. 36a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), czego w tym postępowaniu zamawiający nie uczynił, zakres zadeklarowanego podwykonawstwa nie ma żadnego wpływu na ocenę oferty przez zamawiającego, zatem rzeczywiście wykonawcy – skoro nie ma ograniczeń i ich deklaracja do niczego ich nie zobowiązuje – często w ofercie wskazują na potencjalne obszary, których wykonanie powierzą podwykonawcom. (Powyższe nie dotyczy korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, co jednak nie ma miejsca w tej sprawie, więc zostało pominięte).

Zatem tę kwestię rzeczywiście należałoby rozpatrywać w kontekście pozorności czynności złożenia oferty czy działania w celu obejścia przepisów o wykluczaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jednak zdaniem Izby w przypadku Konsorcjum B. taka okoliczność nie zachodzi – Izba nie ma wątpliwości, że wykonawca ten, niezależnie od niefortunnego stwierdzenia w ofercie („zamówienie zrealizujemy przy udziale podwykonawców w następującym zakresie usług: cały zakres zamówienia”), zamierzał realizować zamówienie w głównej mierze swoimi siłami i ma ku temu potencjał albo też może go zdobyć samodzielnie.

Jak podkreślił sam odwołujący w odwołaniu, wykonawca ten w ofercie wskazał wyraźnie, że będzie polegał wyłącznie na własnej wiedzy i doświadczeniu, a także na swoim sprzęcie i zdolnościach kadrowych.

Art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera zakaz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty (poza zakresem wskazanym w ust. 2 tego artykułu). Tym samym wszelkie próby takiej zmiany są bezskuteczne i traktuje się je tak, jakby ich nie było. Jednak w przypadku, gdy deklaracja wykonawcy dotycząca podwykonawców nie jest powiązana z żadnymi konsekwencjami – w zakresie choćby korzystania z potencjału danego podwykonawcy przy realizacji umowy – to wykonawca w ogóle nie jest zobowiązany do wykonywania zamówienia przy pomocy podwykonawców i jego oświadczenie w ofercie nie stanowi istotnego elementu przyszłej umowy.

Tym samym, zdaniem Izby, oświadczenie Konsorcjum B. w zakresie podwykonawstwa należałoby raczej uznać za interpretację pierwotnego, zawartego w ofercie, oświadczenia, o której mowa w art. 65 Kodeksu cywilnego, niż zmianę zamiaru wykonawcy w tym zakresie. Tym bardziej w warunkach niniejszej sprawy, gdzie nie jest to istotna zmiana oferty, wbrew temu, co wskazuje odwołujący.

6. W zakresie zarzutu nieuprawnionego prowadzenia przez zamawiającego i Konsorcjum B. w trakcie wyjaśniania treści oferty tego konsorcjum negocjacji dotyczących treści złożonej

oferty, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum B., Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Niezgodnych z prawem negocjacji odwołujący upatruje w tym, że Konsorcjum B., bez wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawiło zamawiającemu wydruk z Centralnej Informacji KRS dotyczący BADER-DROG Sp. z o.o. oraz pismo Knychtech Sp. z o.o. z 6 października 2014 r., podczas gdy zamawiający zażądał jedynie złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do sposobu reprezentacji BADER-DROG Sp. z o.o., w tym wskazania, z którego z dokumentów złożonych wraz z ofertą owa okoliczność wynika, a także wyjaśnień w zakresie spełniania przez wskazany w wykazie „Potencjał techniczny” sprzęt wymogów zamawiającego. Stanowiło to naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i czynność ta powinna zostać uznana za niewywołującą żadnych skutków.

Prosząc o wyjaśnienia zamawiający pokazuje wykonawcy, które kwestie związane z ofertą lub innymi dołączonymi do niej dokumentami budzą jego wątpliwości. Sama procedura wzywania do wyjaśnień i ich udzielania nie jest tak sformalizowana, jak wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Wyjaśnienia mają na celu rozwianie owych wątpliwości zamawiającego, a w jaki sposób zrobi to wykonawca, w dużej mierze zależy od jego wyboru. Im bardziej przekonujące są wyjaśnienia, tym lepiej i dla tego wykonawcy, i dla zamawiającego. Nie ma zakazu, by wyjaśnienia były rozszerzone, czy poparte dodatkowymi dokumentami czy dowodami na to, że fakty wskazane przez wykonawcę są zgodne ze stanem faktycznym. Jest to bardzo częsta praktyka wykonawców, która nie jest uznawana za niedopuszczalną. Zresztą nawet przy wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wykonawca może przedstawić dodatkowe dokumenty w stosunku do wymienionych przez zamawiającego, wskazujące na to, że wymagania zamawiającego zostały spełnione.

Tym samym Izba nie widzi tu żadnych naruszeń procedury – odwołujący także ich nie wskazał poza samym stwierdzeniem faktu, że takie dokumenty zostały zamawiającemu przedłożone.

7. W zakresie zarzutu zaniechania przez Konsorcjum B. przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych dla komplementariusza Bader-Drog Sp. z o.o. Sp. komandytowa Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z punktem 8.8.c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli

złożyć dokumenty wymienione między innymi w punkcie 8.3.5 specyfikacji, tj. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wymagany zaś według art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zakres informacji wskazuje na konieczność przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego przez komplementariuszy spółek komandytowych.

W skład Konsorcjum B. wchodzi spółka komandytowa, której komplementariuszem jest BADER-DROG Sp. z o.o., dla której to spółki nie przedłożono informacji z Krajowego Rejestru Karnego, co winno prowadzić do wykluczenia z postępowania Konsorcjum.

Izba stwierdziła, że nie jest sporne, iż komplementariuszem BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. komandytowej jest BADER-DROG Sp. z o.o. Nie jest to osoba fizyczna, lecz podmiot zbiorowy, a więc podlegający odpowiedzialności karnej zgodnie z ustawą z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. 2014 poz. 1417). Art. 16 tej ustawy stanowi, że podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności na podstawie ustawy, jeżeli osoba, o której mowa w art. 3, popełniła przestępstwo:

1) przeciwko obrotowi gospodarczemu, określone w:

- a) art. 296, art. 297–306 oraz art. 308 Kodeksu karnego,
- b) art. 224–232 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej,
- c) art. 38–43a ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach,
- d) art. 171 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe,
- e) art. 303–305 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej,
- f) art. 585–592 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych,
- g) art. 33 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa,
- h) art. 36 oraz art. 37 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym,

2) przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi, określone w:

- a) art. 310–314 Kodeksu karnego,
- b) art. 178–180 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi,
- c) art. 37 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych,
- d) art. 99–101 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych,

- 3) łapownictwa i płatnej protekcji, określone w:
- a) art. 228–230a, art. 250a i art. 296a Kodeksu karnego,
 - b) art. 192b i art. 192c ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych,
 - c) art. 46–48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie;
- 4) przeciwko ochronie informacji, określone w art. 267–269b Kodeksu karnego;
- 5) przeciwko wiarygodności dokumentów, określone w art. 270–273 Kodeksu karnego;
- 6) przeciwko mieniu, określone w art. 286 i 287 oraz w art. 291–293 Kodeksu karnego;
- 7)10) przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, określone w art. 199–200b i art. 202–204 Kodeksu karnego;
- 8) przeciwko środowisku, określone w:
- a) art. 181–184 oraz art. 186–188 Kodeksu karnego,
 - b) art. 31–34 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach,
 - c) (uchylona),
 - d) art. 58–64 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o organizmach genetycznie zmodyfikowanych,
 - e) art. 37b ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej,
 - f) art. 127a i art. 128a ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody,
 - g) art. 47a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową,
 - h) art. 35a ustawy z dnia 16 marca 1995 r. o zapobieganiu zanieczyszczaniu morza przez statki;
- 9) przeciwko ludzkości określone w art. 119 Kodeksu karnego oraz przeciwko wolności i porządkowi publicznemu, określone w art. 189a i w art. 252, art. 255, art. 256–258, art. 263 oraz w art. 264 Kodeksu karnego;
- 9a) przeciwko rodzinie i opiece określone w art. 211a Kodeksu karnego;
- 10) określone w art. 23–24b ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 11) przeciwko własności intelektualnej, określone w art. 115–1181 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych;
- 12) o charakterze terrorystycznym oraz określone w art. 165a i art. 255a Kodeksu karnego;
- 13) określone w art. 53, art. 55 ust. 1 i 3, art. 56 ust. 1 i 3, art. 57, art. 58, art. 59 ust. 1 i 2, art. 61, art. 62 ust. 1 i 2, art. 63, art. 64 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii;
- 14) określone w art. 124, art. 124a, art. 126 i art. 130 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne;

15) określone w art. 58 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych;

16) określone w art. 45–51 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych;

17) określone w art. 9 i art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Podmiot zbiorowy podlega również odpowiedzialności na podstawie ustawy, jeżeli osoba, o której mowa w art. 3, popełniła przestępstwo skarbowe:

1) przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji, określone w art. 54 § 1 i 2, art. 55 § 1 i 2, art. 56 § 1 i 2, art. 58 § 2 i 3, art. 59 § 1–3, art. 60 § 1–3, art. 61 § 1, art. 62 § 1–4, art. 63 § 1–4, art. 64 § 1, art. 65 § 1–3, art. 66 § 1, art. 67 § 1 i 2, art. 68 § 1, art. 69 § 1–3, art. 70 § 1–4, art. 71–72, art. 73 § 1, art. 73a § 1 i 2, art. 74 § 1–3, art. 75 § 1 i 2, art. 76 § 1 i 2, art. 77 § 1 i 2, art. 78 § 1 i 2, art. 80 § 1–3, art. 80a § 1, art. 82 § 1 oraz art. 83 § 1 Kodeksu karnego skarbowego;

2) przeciwko obowiązkom celnym oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami, określone w art. 85 § 1 i 2, art. 86 § 1–3, art. 87 § 1–3, art. 88 § 1 i 2, art. 89 § 1 i 2, art. 90 § 1 i 2, art. 91 § 1–3, art. 92 § 1 i 2, art. 93, 94 § 1 i 2 oraz art. 95 § 1 Kodeksu karnego skarbowego;

3) przeciwko obrotowi dewizowemu, określone w art. 97 § 1–3, art. 98 § 1, art. 99 § 1 i 2, art. 101 § 1, art. 102 § 1, art. 103 § 1, art. 104 § 1, art. 105 § 1, art. 106 § 1, art. 106a § 1, art. 106b § 1, art. 106c § 1, art. 106d § 1, art. 106i § 1 oraz art. 106j § 1 Kodeksu karnego skarbowego;

4) przeciwko organizacji gier hazardowych, określone w art. 107 § 1–3, art. 107a § 1, art. 108, art. 109, art. 110 i art. 110a Kodeksu karnego skarbowego.

Art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia sankcji w postaci wykluczenia w zależności od tego, czy komplementariuszem jest osoba fizyczna, czy prawna. Jak wynika z porównania obu list przestępstw, częściowo się one pokrywają.

Zatem Konsorcjum B. rzeczywiście powinno przedstawić informację z KRK dla swojego komplementariusza. Jednak brak tego dokumentu nie stanowi jeszcze podstawy do wykluczenia wykonawcy, gdyż dokument ten podlegałby uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (jednak w obecnym stanie faktycznym zamawiający nie musi wzywać do takiego uzupełnienia w związku z wykluczeniem wykonawcy z innej przyczyny).

8. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że jest ona nieważna na mocy odrębnych przepisów, tj. art. 104 zd. 1 Kodeksu cywilnego i art. 210 § 1 Kodeksu spółek handlowych w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego Izba stwierdziła, że zarzut ten się nie potwierdził.

W ramach tego zarzutu odwołujący wskazał, że w skład Konsorcjum B. wchodzi BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. komandytowa oraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BADERA Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. . Komplementariuszem BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. komandytowa uprawnionym do jej reprezentowania jest BADER-DROG Sp. z o.o., której członkami zarządu są T. B. i G. B. . T. B. jest zatem zarówno wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia wraz z BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. komandytowa, jak i prezesem zarządu BADER-DROG Sp. z o. o.

Konsorcjum B. wraz ze swoją ofertą przedłożyło umowę konsorcjum z 10 września 2014 r., która została podpisana przez T. B. i G. B. działających w imieniu BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. komandytowa oraz przez T. B. działającego w imieniu własnym jako uczestnika konsorcjum.

Na mocy art. 210 § 1 Kodeksu spółek handlowych ww. umowę konsorcjum uznać należy za nieważną, bowiem zawartą przez osoby nieuprawnione do działania w zakresie tej czynności prawnej w imieniu spółki komandytowej. Stosownie do ww. przepisu do wszelkich umów między spółką a członkiem zarządu spółkę reprezentuje rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników. Zdaniem odwołującego powyższy przepis, pełniący funkcję ochronną i zabezpieczającą interesy wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji, gdy bezpośrednią stroną umowy jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ale także w sytuacji, gdy stroną takiej

umowy jest spółka komandytowa, w imieniu której działa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 6 lutego 2014 r. sygn. akt IX GC 619/12: „ Na podstawie art. 117 K.s.h. reprezentantami spółki komandytowej są ci wspólnicy, którzy są komplementariuszami (...) Na podstawie art. 210 § 1 K.s.h. zarząd spółki z o.o. nie może reprezentować spółki w umowie z członkiem zarządu. Ponieważ komplementariusz bez ograniczenia odpowiada za długi spółki komandytowej (art. 102 K.s.h.) i umowa zawierana przez spółkę z o.o. jako komplementariusza bezpośrednio wpływa na stan zobowiązań komplementariusza, to zarząd spółki z o.o. będącej komplementariuszem nie może reprezentować spółki z o.o. – a tym samym spółki komandytowej – w umowie z członkiem zarządu komplementariusza. Powód podnosi, że art. 210 K.s.h. ustanawia wyjątek od ogólnych reguł reprezentacji spółki z o.o. i nie może być interpretowany rozszerzająco. Jednakże ze względu na ścisły związek zobowiązań spółki komandytowej i jej komplementariusza dopuszczenie do zawierania umów z członkami zarządu komplementariusza przez spółkę komandytową reprezentowaną przez komplementariusza reprezentowanego z kolei przez drugiego członka zarządu całkowicie niweczyłoby ochronny cel art. 210 K.p.c. Przepis ten nie tylko ma zapobiegać nadużywaniu przez członków zarządu swojej funkcji i pozyskiwaniu przez nich intratnych zamówień od spółki, lecz ma także chronić wspólników przystępujących do spółki. Nowi wspólnicy przejmujący spółkę powinni mieć możliwość poznania umów, z których ktoś może wywodzić roszczenia wobec spółki. Wymóg powołania przez wspólników spółki z o.o. specjalnego pełnomocnika do zawarcia umowy z członkiem zarządu zmniejsza ryzyko zatajenia umowy przez nabywcami udziałów: Skutkiem niezastosowania się do zasad określonych w art. 210 § 1 K.s.h jest bezwzględna nieważność dokonanej czynności na podstawie art. 58 k.c. (tak wyrok SN z 23 lipca 2009 r., II.PK.36/09, LEX 533075 i wyrok SN z 19 stycznia 2010 r. I.UK.281/09, LEX 577826), co sąd bierze pod uwagę z urzędu na każdym etapie sprawy (tak wyrok SA w Krakowie z 13 listopada 2013 r. I.ACa.1037/13). Dlatego umowa z (..) niezależnie od tego, czy rzeczywiście została zawarta w tym dniu, nie wiąże pozwanej spółki.”

Zdaniem odwołującego, wobec nieważności ww. umowy konsorcjum za nieważne uznać należy również pełnomocnictwo udzielone liderowi Konsorcjum B. . Pełnomocnictwo to zostało udzielone *de facto* w treści tej umowy konsorcjum (§ 4 ust. 1 i 2), stanowiąc jej element. Wadliwości tej nie sanuje przedłożenie przez Konsorcjum B. odrębnego dokumentu pełnomocnictwa udzielonego przez T. B. spółce komandytowej, bowiem rzeczywiste upoważnienie musi mieć oparcie w treści umowy konsorcjum.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty nie potwierdził się. Odwołujący wskazał, że spółkę powinna reprezentować rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą

zgromadzenia wspólników. Konsorcjum B. oświadczyło, iż posiada odpowiednie dokumenty wewnętrzne spółki w zakresie reprezentacji spółki do zawarcia umowy z członkiem zarządu i jest gotowe przedstawić je na żądanie zamawiającego. Dokument ten nie został dołączony do oferty, gdyż nie był przez zamawiającego żądany.

Tym samym żądanie odrzucenia oferty Konsorcjum B. jest przedwczesne.

9. Izba uznała również, iż nie potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum B. ze względu na niewykazanie wymaganego doświadczenia ze względu na nieprawidłowo wystawione referencje.

Odwołujący wskazał, że w punkcie 7.2 ppkt 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający żądał spełnienia przez wykonawców warunku posiadania doświadczenia w postaci realizacji minimum jednej usługi (zamówienia) polegającej na zimowym utrzymaniu dróg krajowych przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, udokumentowanego zgodnie z punktem 8.1.2a ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownymi poświadczeniami. Udokumentowanie spełniania warunku oświadczeniem wykonawcy mogło nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać takiego poświadczenia (pkt 8.1.2a ppkt 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Konsorcjum B. celem wykazania spełniania warunku przedłożyło wykaz wykonywanych usług wraz z referencjami, z których to dokumentów nie wynika, że dotyczą one usług zimowego utrzymania dróg krajowych realizowanych przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych, jak wymagał tego zamawiający. Wobec powyższego zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień odnośnie tego, czy usługi te realizowane były przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych, na które to zapytanie Konsorcjum oświadczyło, że usługi te były wykonywane przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych. Jednakże zdaniem odwołującego w świetle punktu 8.1.2a ppkt 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia samo oświadczenie Konsorcjum B. nie może zostać uznane za wystarczające dla potwierdzenia posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, albowiem nie zachodziły jakiegokolwiek obiektywne przesłanki uniemożliwiające uzyskanie poświadczenia potwierdzającego ww. okoliczność, a Konsorcjum B. zaistnienia takowych okoliczności nie wykazało. Samo oświadczenie Konsorcjum nieoparte odpowiednimi referencjami uznać należy za niewystarczające.

Tym samym, skoro Konsorcjum nie przedłożyło prawidłowych referencji, stosownie do postanowień art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu.

Izba uznała, że w rozpatrywanej sytuacji wezwanie wykonawcy do wyjaśnień było wystarczające, jeśli same wyjaśnienia nie budziły wątpliwości co do ich prawdziwości.

Informacja, że usługi realizowane były przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych, jest rodzajem informacji, który co do zasady znajduje się w opisie usług zawieranych w wykazach wykonanych usług. Wykazy takie stanowią oświadczenia wykonawców. Tym samym również wyjaśnienia w tym zakresie jak najbardziej mogą pochodzić od wykonawców.

W niniejszej sprawie zamawiający, pomimo pytania, w zasadzie nie miał wątpliwości, że deklarowane usługi były wykonywane przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych, gdyż taki jest standard usług wskazanych w wykazie, dotyczących zimowego utrzymania dróg krajowych, a wykonywanych dla GDDKiA oddział w Poznaniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: