

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 lipca 2015 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiającego z dnia 03 lipca 2015 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gminę Lubin ul. Władysława Łokietka 6a, 59-300 Lubin

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 03.07.2015 roku znak UZP/DKUE/KD/9/2015

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia na Zapewnienie dostępu do Internetu 128 uczestnikom projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Lubin”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Marek Koleśnikow
	Daniel Konicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej zasługują na uwzględnienie

U z a s a d n i e

Zamawiający Gmina Lubin prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego finansowanego ze środków UE z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka na lata 2007-2013

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 205.637,10 zł, (tj. 48.672,65 euro)

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający żądał przedłożenia wraz z ofertą wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat

przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (zgodnie z zał. nr 8 do siwz).

Wykonawca K. składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu na potwierdzenie ww. warunku wykazał realizowane na rzecz Gminy Ścinawa zadanie pn.: *Realizacja zamówienia dostarczenia internetu do pięciu punktów na terenie Ścinawy: 2 łącza o przepustowości 2 Mb/s w każdą stronę w trzech punktach, 1 łącze 1 Mb/s w każdą stronę, 1 łącze 15 Mb/s w każdą stronę, 1 łącze przepustowości 3 Mb/s w każdą stronę w Punkcie Obsługi Klienta PuP, w technologii 802.11 a/b/g/n, czas trwania umowy 24 m-ce.*

Wykazując niniejsze zadanie wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających jego należyłą realizację, w związku z powyższym został wezwany do ich przedłożenia.

W uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, referencjach z dnia 22.04.2014 r. Gmina Ścinawa oświadczyła, iż „w ramach prowadzonej współpracy Firma K. realizuje dla nas usługi z zakresu dostarczania szerokopasmowego stałego dostępu do sieci Internetu. Od samego początku współpraca przebiega bez najmniejszych zastrzeżeń. Solidność pracowników tej firmy przekłada się na wysoką jakość świadczonych usług oraz wysoki profesjonalizm i zaangażowanie przy błyskawicznym rozwiązywaniu pojawiających się problemów. Polecamy współpracę z firmą K. odbiorcom szukającym stabilnego dostępu do sieci Internet, z profesjonalnym wsparciem technicznym.”

Wykonawca OrNet Sp. z o.o. składając w dniu 18.05.2014 r. odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty podniósł m.in., iż „...zamawiający przyjął za prawidłowe referencje K., które nie dość, że dotyczą usług które wciąż trwają, ale i nie zawierają żadnych danych technicznych, nie zawierają usług wymaganych przez zamawiającego – przepustowości i informacji o ich symetryczności oraz zastosowanej technologii, których brak wytknął zamawiający skarżącemu.”

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania nie wynikało, aby Zamawiający dokonał weryfikacji powyższych informacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, kontrolujący Prezes UZP wystąpił do Gminy Ścinawa o wskazanie, czy wykonawca K. rzeczywiście wykonał na jej rzecz ww. zamówienie, bądź też inne zamówienia potwierdzające opisany warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W odpowiedzi na powyższe Gmina Ścinawa pismem z dnia 09.03.2015 r. poinformowała, iż:

- „Nie potwierdzamy zestawienia na rzecz Gminy Ścinawa przez firmę K. 5 łączy do sieci Internet w okresie 21.06.2012 r. do 20.06.2015 r. o czasie trwania umów 24 miesięcy.

- Nie potwierdzamy wartości usług dostępu do Internetu, tj. 32.844 zł świadczonych na rzecz Gminy Ścinawa przez K. w okresie 21.06.2012 r. do 20.06.2015 r.

Gmina Ścinawa na podstawie analizy usług świadczonych przez firmę K. na rzecz Gminy Ścinawa w okresie 23.04.2011r. do 23.04.2014 r. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia".

Udzielone przez Gminę Ścinawa wyjaśnienia prowadzą zatem do wniosku, iż wykonawca K. sporządzając wykaz doświadczenia uwzględniający zadanie pn.: *Realizacja zamówienia dostarczenia internetu do pięciu punktów na terenie Ścinawy: 2 łącza o przepustowości 2 Mb/s w każdą stronę w trzech punktach, 1 łącze 1 Mb/s w każdą stronę, 1 łącze 15 Mb/s w każdą stronę, 1 łącze przepustowości 3 Mb/s w każdą stronę w Punkcie Obsługi Klienta PuP, w technologii 802.11 a/b/g/n, czas trwania umowy 24 m-ce, złożył nieprawdziwe informacje.*

Odnosząc się do powyższego ustalenia stwierdził, że wykonawca który dla uzyskania zamówienia podaje Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, to zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podlega wykluczeniu, z zastrzeżeniem iż może to nastąpić tylko wobec wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odnosząc powyższe ustalenia do działań Zamawiającego w tym postępowaniu stwierdził, że Zamawiający dysponuje w postępowaniu możliwością zwracania się bezpośrednio do właściwych podmiotów, na rzecz których roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały być wykonane, z prośbą o przedstawienie dodatkowych informacji lub dokumentów (por. § 1 ust. 5 rozporządzenia), czego Zamawiający nie uczynił. Podał także iż w toku tego postępowania wykonawca OrNet Sp. z o.o. składając odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wskazał m.in. na bardzo ogólną treść referencji wystawionych przez Gminę Ścinawa i brak jasności co do spełnienia w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu. Pomimo tego, powyższe okoliczności nie zostały ostatecznie zweryfikowane przez zamawiającego przed zawarciem umowy o realizację przedmiotowego zamówienia, a zatem na etapie umożliwiającym mu weryfikację czynności podjętych w toku badania i oceny ofert.

Reasumując dokonane ustalenia postępowania kontrolnego podniósł, że brak dokonania jednoznacznej weryfikacji doświadczenia wykonawcy w niniejszym zakresie spowodował, iż w niniejszej procedurze doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż doszło do wyboru oferty wykonawcy, który przedkładając nieprawdziwe informacje na temat swojego doświadczenia uzyskał przedmiotowe zamówienie, winien zaś zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie tego przepisu. Tym samym stwierdzone

naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp miało również wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Zamawiający po zapoznaniu się z protokołem wyniku kontroli, pismem dnia 3 lipca 2015 roku wniósł do kontrolującego Prezesa UZP zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej. W przesłanych zastrzeżeniach stwierdził, że nie zgadza się z wynikiem kontroli wskazującym na zaniechanie przez Zamawiającego sprawdzenia faktycznego zakresu przedmiotowego usług, zrealizowanych przez Wykonawcę K.. Stwierdzenie wystąpienia naruszenia, wskazanego w informacji o wyniku kontroli zostało oparte przede wszystkim na informacji otrzymanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od Urzędu Gminy Ścinawa nie potwierdzającej zestawienia na rzecz Gminy Ścinawa przez firmę K. 5 łączy do sieci Internet w okresie 21.06.2012r. do 20.06.2015r. o czasie trwania umów 24 miesięcy oraz nie potwierdzającej wartości usług dostępu do Internetu, tj. 32.844 zł świadczonych na rzecz Gminy Ścinawa w okresie 21.06.2012r. do 23.04.2014r. Dodatkowo Zamawiającemu został przedstawiony zarzut zaniechania jednoznacznego sprawdzenia faktycznego zakresu przedmiotowego usług zrealizowanych przez Wykonawcę K., mimo poinformowania przez drugiego z Wykonawców biorącego udział w postępowaniu o uchybieniach w ofercie Wykonawcy K..

W związku z powyższym, Zamawiający pragnie przypomnieć, że w niniejszym postępowaniu wymagał od Wykonawców wykazania się doświadczeniem m.in. w zakresie wykonania zestawienia minimum 5 łączy i świadczenia usług transmisji danych o przepustowości co najmniej 1 Mb/s (rozumianych jako transmisja symetryczna o przepustowości 1 Mb/s w każdą stronę) na każdym łączy, w technologii światłowodowej lub radiowej przez okres minimum 6 miesięcy.

Wykonawca K. w poz. 2 skorygowanego (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego) wykazu, wskazał „realizację zamówienia dostarczenia Internetu do pięciu punktów na terenie Ścinawy: 2 łączy o przepustowości 2 Mb/s w każdą stronę w trzech punktach, 1 łączy 1 Mb/s w każdą, 1 łączy 15 Mb/s w każdą stronę, 1 łączy przepustowości 3 Mb/s w każdą stronę w Punkt Obsługi Klienta PuP, w technologii 802.11 a/b/g/n, czas trwania umowy 24 m-ce. Wartość brutto usługi : 32844,00 PLN, Data Wykonania: 21.06.2012 do 20.06.2015, Podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane: Urząd Gminy Ścinawa". Do wykazu, w zakresie wyżej wskazanym, Wykonawca załączył potwierdzoną za zgodność z oryginałem kserokopię referencji wystawionej przez Urząd Miasta i Gminy Ścinawa zawierającą poświadczenie realizowania przez firmę K. „usługi z zakresu dostarczania szerokopasmowego stałego dostępu do sieci Internetu. Wystawca dokumentu podkreśla *„przebieg współpracy bez najmniejszych zastrzeżeń, solidność pracowników, wysoką jakość świadczonych usług, wysoki profesjonalizm i zaangażowanie przy błyskawicznym rozwiązywaniu pojawiających*

się problemów". Urząd Gminy Ścinawa „poleca współpracę z firmą K. odbiorcom szukającym stabilnego dostępu do sieci Internet, z profesjonalnym wsparciem technicznym".

W toku badania oferty firmy K., Zamawiający ustalił, że wskazana w wykazie usług technologia oznacza technologię radiową w paśmie nielicencjonowanym, co odpowiada wymogom stawianym przez Zamawiającego oraz, że przedstawiona ilość łączy, przepustowość transmisji danych oraz czas świadczenia usługi spełnia co najmniej w stopniu minimalnym, a nawet w wyższym, warunki określone w postępowaniu. Zamawiający nie miał więc zastrzeżeń do zapisów wykazu ani też podstaw do poddania w wątpliwość ich prawdziwości ponieważ wszystkie wymagane parametry zostały dokładnie opisane przez Wykonawcę i odpowiadały zapisom specyfikacji w powyższym zakresie.

Załączona referencja również nie budziła zastrzeżeń Zamawiającego. Owszem, nie zawierała ona danych technicznych świadczonych usług, ale potwierdzała świadczenie usług z zakresu dostarczania szerokopasmowego stałego dostępu do sieci Internet oraz poświadczała jej świadczenie w stopniu wyższym niż tylko należyty. Zgodnie z powszechnie przyjętą definicją „szerokopasmowy dostęp do Internetu" to usługa polegająca na łączeniu z Internetem za pomocą szybkiego łącza lub medium o dużej przepustowości.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający uznał wskazane przez Wykonawcę w wykazie usługi dostarczenia Internetu do pięciu punktów na terenie Ścinawy za element szerokopasmowego stałego dostępu do Internetu. Zamawiający nie dokonywał dalszej weryfikacji informacji zawartych w oświadczeniu Wykonawcy, ponieważ nie budziły one jego wątpliwości. Podkreślił także iż Zamawiający uznał, że dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania lub wykonywania usług wskazanych przez Wykonawcę w wykazie. Zdaniem Zamawiającego, to oświadczenie Wykonawcy składane w formie wykazu usług jest dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem, przyjmuje się bowiem w zamówieniach publicznych, że oświadczenie składane przez Wykonawcę w formie wykazu może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji. Z kolei co do treści referencji, to zgodnie z dyspozycją zawartą w *Rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, mają one potwierdzać jakość wykonanych usług.

Podkreślił, że Zamawiający jest zobowiązany do dokonywania czynności sprawdzających wobec dokumentów i oświadczeń w ofertach jeśli budzą one wątpliwości Zamawiającego. W tym przypadku, trudno mówić o zaniechaniu przez Zamawiającego wyjaśnienia zakresu wskazanych usług wobec braku wątpliwości Zamawiającego lub zastrzeżeń co do treści przedstawionych dokumentów, z żadnego dokumentu też nie wynikało, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie.

Rozpatrując łącznie przedstawione przez Wykonawcę oświadczenie i referencję, Zamawiający nie miał wątpliwości, że usługi są świadczone należycie a Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Nieprawdą jest także, że Zamawiający miał podstawy podejrzewać, że Wykonawca oświadczył nieprawdę bo został poinformowany o uchybieniach w ofercie Wykonawcy K. przez drugiego z Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jak zacytowano w informacji o wyniku kontroli, Wykonawca, który nie otrzymał zamówienia zarzucił Zamawiającemu uznanie referencji, które dotyczą usług trwających i nie zawierających danych technicznych w tym danych o przepustowości, symetryczności oraz zastosowanej technologii. Wykonawca nie poddawał w wątpliwość faktu wykonania zamówienia przez firmę K. tylko to, że brak w jej treści szczegółowego opisu zakresu usług oraz, że dotyczy ona usług nadal wykonywanych. Powyższe twierdzenia nie dały Zamawiającemu podstaw do powątpiewania w fakt wykonania wskazanego zamówienia a tym samym podejrzewania, że Wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje. Jednocześnie podkreślił, że Zamawiający ze szczególną starannością weryfikował i badał wiele elementów obu złożonych ofert, które budziły jego wątpliwości lub były niejasne, co w szczególności ze strony Wykonawcy odwołującego się a następnie wnioskującego o wszczęcie kontroli, potraktowane zostało jako przejaw nierównego traktowania. Powyższe wynika z dokumentacji postępowania, które w całym swym przebiegu obfitowało we wzajemne oskarżenia i różnego rodzaju zarzuty pod adresem Wykonawców prowadzących ze sobą bezpardonową walkę. Tym bardziej Zamawiający musiał szczególnie starannie rozważać swoje decyzje i działania. W związku z tym Zamawiający starannie badał obie oferty i wyjaśniał wątpliwości tam gdzie one wystąpiły, jednocześnie starając się oceniać treść obu ofert całościowo, działając w granicach prawa z każdorazowym uzasadnieniem podejmowanych działań, przy jednoczesnym zachowaniu obiektywizmu i racjonalizmu.

Osobnego wyjaśnienia, zdaniem Zamawiającego wymaga kwestia informacji otrzymanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od Urzędu Gminy Ścinawa nie potwierdzającej zestawienia na rzecz Gminy Ścinawa przez firmę K. 5 łączy do sieci Internet w okresie 21.06.2012r. do 20.06.2015r. o czasie trwania umów 24 miesięcy oraz nie potwierdzającej wartości usług dostępu do Internetu, tj. 32.844 zł świadczonych na rzecz Gminy Ścinawa w okresie 21.06.2012r. do 23.04.2014r. Zamawiający podniósł, że nie miał wglądu ani do pytania skierowanego do Urzędu Gminy Ścinawa ani też do udzielonej przez ten urząd odpowiedzi, dlatego też nie może odnieść się do tej kwestii.

Podniósł, że w wyniku kontroli zarzuca się Zamawiającemu, że nie zweryfikował ostatecznie spełniania warunku udziału przez wybranego wykonawcę, jednocześnie podkreślając, że ocena zaistnienia okoliczności obligujących Zamawiającego do wykluczenia

Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga potwierdzenia złożenia przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji w sposób stanowczy i niebudzący wątpliwości. Dodatkowo Zamawiający wykluczając Wykonawcę musi mieć pewność nie tylko co do tego, że nastąpiło złożenie nieprawdziwych informacji ale również, że było wynikiem celowego i zamierzonego działania Wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego, posiadane informacje, w tym wynikające z dokumentów własnych Wykonawcy jak i wystawionych przez Urząd Gminy Ścinawa, nie dają takiej pewności.

Ze względu na treść oświadczenia Gminy Ścinawa mającą zasadnicze znaczenie dla niniejszej sprawy, Zamawiający podjął działania zmierzające do wyjaśnienia, czy rzeczywiście stan faktyczny wygląda tak jak zostało to wywnioskowane na podstawie tego oświadczenia. Przede wszystkim Zamawiający poinformował Wykonawcę K. o treści oświadczenia Gminy Ścinawa i wywodzonym z tego oświadczenia zarzucie złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W dniu 03 lipca bieżącego roku, Wykonawca K. przedstawił Zamawiającemu dokumenty, w tym wyjaśnienie własne, oświadczenie Urzędu Gminy Ścinawa wystawione w dniu 01.07.2015r., potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie umów, faktur i zestawienia rachunków dotyczące usług świadczonych przez firmę K.. Z treści tych dokumentów wynika, że firma K. realizowała w okresie badanym w postępowaniu i nadal realizuje na rzecz Gminy Ścinawa oraz podległych jej jednostek organizacyjnych łącza i dostęp do Internetu o przepustowości co najmniej 1 Mb/s symetrycznej dla wielu punktów, w tym na podstawie umów zawartych z Gminą Ścinawa - dla 5 punktów. Z dokumentów wynika również, że czas świadczenia usługi dla tych 5 punktów przekracza okres wymaganych 6 miesięcy.

Biorąc pod uwagę przytoczone w piśmie okoliczności sprawy, załączone dokumenty podniesione argumenty oraz istniejący stan faktyczny, zdaniem Zamawiającego brak jest przesłanek do stwierdzenia, że w postępowaniu doszło do wyboru oferty Wykonawcy, który powinien zostać z niego wykluczony ponieważ celowo i w sposób zamierzony złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej i podał, że w ramach wniesionego w przedmiotowym postępowaniu odwołania, Zamawiający poinformowany został o wątpliwościach co do wykazania przez K. warunków udziału w postępowaniu. Kontrolujący stwierdził iż w trakcie kontroli niewątpliwie ustalono, że postawiony warunek udziału wymagał od wykonawców składających oferty, aby wykazali się doświadczeniem polegającym na wykonaniu 5 łączy zdobytym w związku z realizacją wyłącznie jednego zamówienia, a nie jak to argumentuje zamawiający iż chodziło o „wykonania zestawienia minimum 5 łączy i świadczenia usług transmisji danych o przepustowości co najmniej 1 Mb/s (rozumianych jako transmisja

symetryczna o przepustowości 1 Mb/s w każdą stronę) na każdym łączu, w technologii światłowodowej lub radiowej przez okres minimum 6 miesięcy". Tym samym według Prezesa UZP „wszystkie wskazane powyżej usługi były udzielane odrębnie, na przestrzeni kilku lat, w ramach oddzielnych umów. Wykonawca dysponuje zatem doświadczeniem w realizacji 5 łącz, ale zdobytym w ramach odrębnych 5 zamówień”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego podniesionego w złożonych zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego ponieważ z dokonanych ustaleń nie wynikało jednoznacznie, że udzielenie zamówienia nastąpiło w sytuacji, kiedy wybrany wykonawca złożył ofertę zawierającą nieprawdziwe informacje skutkującą potrzebą wykluczenia go z postępowania.

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Dokonując oceny podniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń do wyniku kontroli podkreślenia wymaga iż kontrolujący w informacji o wyniku kontroli doraźnej zarzuca Zamawiającemu, że ten w wyniku poniesienia działań, które nakłada na Zamawiającego ustawa Pzp i przepisy wykonawcze do tej ustawy, dopuścił do udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył wraz z ofertą nieprawdziwe oświadczenia i tym samym na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 winien podlegać on wykluczeniu z postępowania.

Do tego zarzutu odnoszą się tylko zastrzeżenia Zamawiającego .

Poddając analizie odpowiedź kontrolującego na zastrzeżenia Zamawiającego zauważa się, że w swoim stanowisku Prezes UZP wskazuje na nowy zarzut wobec Zamawiającego iż udzielił on zamówienia wykonawcy niezgodnie z postawionych w SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu, cyt:” *zamawiający wymagał, aby doświadczenie polegające na wykonaniu 5 łącz zdobyte było w związku z realizacją wyłącznie jednego zamówienia. Z dodatkowych informacji uzyskanych od Gminy Ścinawa wynika, iż wszystkie wskazane powyżej usługi były udzielane odrębnie, na przestrzeni kilku lat, w ramach oddzielnych umów. Wykonawca dysponuje zatem doświadczeniem w realizacji 5 łącz, ale*

zdobytym w ramach odrębnych 5 zamówień. W niniejszym przypadku nie może być zatem mowy o realizacji jednego „zadania” jak wskazano w wykazanie doświadczenia załączonego do oferty wykonawcy.

Odnosząc się bezpośrednio do ww. stanowiska kontrolującego stwierdzić należy, że w odpowiedzi na zastrzeżenia postawiono Zamawiającemu nowy zarzut nie ujęty w wyniku kontroli w którym oprócz ogólnego sformułowania o braku wykazania spełnienia warunku udziału nie ma wzmianki o takiej interpretacji SIWZ przez kontrolującego.

Ponadto brak jest wykazania na jakich ustaleniach kontroli zostało oparte i wywiedzione takie stanowisko.

Zwrócenia uwagi wymaga fakt iż Prezes UZP wystąpił do Gminy Ścinawa o udzielenie wyjaśnień formułując pytania w zakresie wykonywanych na jej rzecz przez firmę K. usługi wykonania łącza internetowych. Istotnym w tej kwestii jest pytanie nr 4 gdzie Prezes UZP pyta „ czy ww. usługi były zlecane w ramach jednego zamówienia polegającego na zestawieniu minimum 5 łącza (innymi słowy, czy m.in. 5 ww. usług stanowi przedmiot jednego zamówienia, a co za tym idzie na etapie udzielenia zamówienia ich wartość była szacowana łącznie)”.

W odpowiedzi na to pytanie Gmina Ścinawa odpowiada tylko, że *W/w usługi były zlecane w ramach osobnych umów.*

Oceniając powyższe stwierdzić należy, że udzielona odpowiedź nie zawiera pełnej odpowiedzi na to istotne pytanie. Analizując wykaz podmiotów dla których realizowane były wskazane przez Gminę łącza, nie można wykluczyć sytuacji iż zrealizowane usługi objęte były jednym zamówieniem (tak jak o tym była mowa w pytaniu), a tylko wskazane jednostki w imieniu Gminy zawierały umowy na wykonanie zamówienia z wybranym wykonawcą. Izba nie dysponuje dokumentacją w tej sprawie, gdyż dotyczy to innej jednostki nie objętej tym postępowaniem. Zauważenia wymaga także, że te ustalenia dokonane były przez kontrolującego już po przesłaniu Zamawiającemu wyniku kontroli.

Zdaniem Izby niezbędna jest także ocena możliwości prawnych dokonywania czynności kontrolnych i ustaleń, już po przesłaniu Zamawiającemu informacji o wyniku kontroli.

Zgodnie z treścią art. 166 ust.1 Pzp „zakończeniem kontroli doraźnej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli doraźnej ...”). Tym samym wszystkie czynności prowadzonej kontroli, które mają wpływ na zarzucane Zamawiającemu nieprawidłowości w prowadzonym postępowaniu winny zostać ujęte w wyniku kontroli. W oparciu o przesłany wynik kontroli Zamawiający formułuje zastrzeżenia co do ustaleń Prezesa UZP. Dlatego też, zdaniem Izby niewłaściwym jest powoływanie nowych argumentów mających świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp dopiero po wniesieniu zastrzeżeń.

Na tym etapie Zamawiający jest bowiem pozbawiony prawa do obrony, gdyż nie może zgłosić do tych ustaleń zastrzeżeń. Zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp powinny zostać postawione, o ile zaistnieje taka potrzeba, na etapie doręczenia Zamawiającemu informacji o wyniku kontroli doraźnej (art. 166 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp). Dlatego też przywołane nowe zarzuty podniesione wobec Zamawiającego przez Prezesa UZP dopiero w odpowiedzi na zastrzeżenia nie mogą oddziaływać na rozstrzygnięcie Izby o zasadności zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego (podobnie uchwała KIO 104/13).

Dodać należy, że w świetle przepisu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej. Zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP tych zastrzeżeń nie uwzględnił.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż rozstrzygając o zasadności wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń zobowiązana jest uwzględnić informację o stwierdzeniu naruszenia wraz z aktami kontroli oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego, w granicach, jakich Prezes UZP nie uznał ich za zasadne. Za spóźniony i nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia zastrzeżeń Izba uznała nowy zarzut wyartykułowany dopiero w odpowiedzi Prezesa UZP na zastrzeżenia, a dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Prezesa UZP *wykonawca wykazał się posiadaną wiedzą i doświadczeniem nabytym w zamówieniach realizowanych na podstawie pięciu oddzielnych umów, a nie w jednym zamówieniu obejmującym 5 zestawień łączy...*(str 8 odp. na zastrzeż.).

Izba nadmienia, że po wpłynięciu zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes UZP może prowadzić ustalenia czy podniesione zastrzeżenia są zasadne, ale biorąc pod uwagę treść art. 166 ust.1 i 2 oraz 167 ust.1 Pzp nie może to prowadzić, przy zachowaniu dotychczasowego wyniku kontroli, do formułowania nowych zastrzeżeń wobec Zamawiającego. Jeśli w wyniku ustaleń Prezesa UZP dokonanych już po otrzymaniu zastrzeżeń, wyjdą na jaw nowe okoliczności uzasadniające postawienie Zamawiającemu nowych zarzutów co do przeprowadzonego postępowania, to zdaniem Izby winno to skutkować wydaniem nowego wyniku kontroli, do którego Zamawiający miałby prawo się odnieść.

Wobec powyższego Izba poddała ocenie zasadność zastrzeżeń podniesionych wobec stanowiska Prezesa UZP wyrażonego w informacji o wyniku kontroli doraźnej iż Zamawiający dopuścił do realizacji zamówienia wykonawcę, który podał w ofercie nieprawdziwe informacje.

Izba podkreśla iż uznaje za prawidłową i uznaje jako własną, bez potrzeby ponownego

powielania, wykładnię przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 dokonaną przez Kontrolującego. Zauważenia wymaga iż przy rozstrzygnięciu kwestii czy w złożonej ofercie zostały podane nieprawdziwe informacje istotnym jest rozstrzygnięcie czy w sprawie mamy do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji, czy też z niewykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Za stanowiskiem Sądu Okręgowego w Toruniu z 6 grudnia 2012 roku sygn akt IV Ga 134/12 należy stwierdzić iż „*dokonując oceny dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie zamawiający powinien w pierwszej kolejności wykluczyć zaistnienie błędnej interpretacji istotnych warunków zamówienia lub omyłki wykonawcy i ocenić, czy omyłka ta wpływa /może wpływać/ na wynik postępowania*”.

Dalej w uzasadnieniu wyroku Sąd stwierdził iż istotnym jest ustalenie, czy nie nastąpiło błędne odczytanie wymagań SIWZ. Gdyby to miało miejsce to brak jest podstaw do uznania spełnienia przesłanki złożenia nieprawdziwych informacji i wykluczenia wykonawcy, gdyż „*niewskazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu / art. 24 ust. 2 pkt. 4 p.z.p./ stanowi przeciw odrębną podstawę wykluczenia*”. Tym samym dla oceny możliwości zastosowania przepisu art. 24 ust.2 pkt.3 niezbędne jest w pierw ustalenie czy w sprawie nie zachodzi przesłanka niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Kwestią, która stanęła przed składem orzekającym było wywiedzenie w oparciu o jakie okoliczności faktyczne Kontrolujący wywiódł iż wykonawca K. złożył w ofercie nieprawdziwe informacje. Wskazać należy w protokole kontroli na ustalenia, zawarte na str 9 - 10, dotyczące ustaleń Prezesa UZP już po przedstawieniu stanowiska Władzy Wdrażającej Programy Europejskie (WWPE) jako Instytucji Wdrażającej Działanie 8.4. oraz Gminy Ścinawa do której Prezes UZP wystąpił z wnioskiem „o wskazanie, czy wykonawca K. wykonał na rzecz Gminy Ścinawa wskazane w wykazie usług zamówienia, bądź też inne zamówienia potwierdzające przytoczony powyżej warunek udziału w postępowaniu”.

W oparciu o uzyskaną odpowiedź od WWPE kontrolujący stwierdził, cyt. ” *Mając na uwadze informacje przekazane przez WWPE stwierdzić należy, iż w ramach przedmiotowej procedury nie potwierdził się zarzut braku wykazania przez wykonawcę realizacji jednego zamówienia polegającego na świadczeniu usług dostępu do Internetu dla minimum 50 użytkowników końcowych przez co najmniej 6 miesięcy. Również udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny prowadzą do wniosku, iż zaproponowana cena nie była rażąco niska*”.

Natomiast Gmina Ścinawa odpowiadając na zadane pytania podała w konkluzji, że „*Gmina Ścinawa na podstawie analizy usług świadczonych przez firmę K. na rzecz Gminy Ścinawa w okresie 23.04.2011r. do 23.04.2012 r. nie potwierdza spełniania warunku udziału*

w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia”. Powyższe kończy się stwierdzeniem kontrolującego, że „Udzielone przez Gminę Ścinawa wyjaśnienia prowadzą zatem do wniosku, iż wykonawca K. sporządzając wykaz doświadczenia uwzględniający zadanie pn.: *Realizacja zamówienia dostarczenia internetu do pięciu punktów na terenie Ścinawy: 2 łącza o przepustowości 2 Mb/s w każdą stronę w trzech punktach, 1 łącze 1 Mb/s w każdą stronę, 1 łącze 15 Mb/s w każdą stronę, 1 łącze przepustowości 3 Mb/s w każdą stronę w Punkcie Obsługi Klienta PuP, w technologii 802.11 a/b/g/n, czas trwania umowy 24 m-ce, złożył nieprawdziwe informacje*”.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że w zarówno w protokole kontroli jak i w informacji o wyniku kontroli nie wskazano jednoznacznie na czym miało polegać złożenie nieprawdziwych informacji. Opieranie się, bez poddania starannej analizie stanowiska Gminy Ścinawa, iż wykonawca K. nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, jest co najmniej zastanawiające – gdyż to nie podmiot na rzecz którego wykonawca K. realizował jakieś zamówienia może decydować o tym, czy ten wykonawca w zupełnie innym (tym) postępowaniu spełnia warunki udziału.

Przedstawione przez Gminy Ścinawa stanowisko, winno być podstawą dla przeprowadzenia szczegółowych ustaleń kontrolnych, celem jednoznacznego wykazania czego wykonawca K. nie wykonywał, a podał w wykazie dla oceny spełniania warunku udziału, jako usługę wykonaną. Tego w protokole nie wykazano, ani nie zawarto. Z protokołu nie wynika także, aby dokonano ustaleń co do faktu, czy w sprawie mamy do czynienia z niespełnianiem warunku udziału w postępowaniu, czy z wykazaniem spełniania tego warunku, ale miało to miejsce w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji. Brak jest konkretnego ustalenia i wykazania na czym polegało złożenie nieprawdziwych informacji. Brak jest poddania weryfikacji stanowiska Gminy Ścinawa.

W tym zakresie należy także zwrócić uwagę na stanowisko wyrażone w odpowiedzi na zastrzeżenia, gdzie na str.8 odpowiedzi na zastrzeżenia podano, że, „Z dodatkowych informacji uzyskanych od Gminy Ścinawa wynika, iż wszystkie wskazane powyżej usługi były udzielane odrębnie, na przestrzeni kilku lat, w ramach oddzielnych umów. Wykonawca dysponuje zatem doświadczeniem w realizacji 5 łączy, ale zdobytym w ramach odrębnych 5 zamówień”. Odnosząc się do tej kwestii, wskazać należy, że wobec wykonawcy deklarującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu można w oparciu o przepis art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 Pzp stwierdzić, że albo ten wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, bądź wykonawca ten tego warunku nie spełnia. W zakresie niespełniania warunku udziału możemy mieć do czynienia z dwoma sytuacjami, pierwsza dotyczy sytuacji kiedy wykonawca nie spełnia warunku bo tego nie wykazał, oraz drugą, że warunku nie spełnia, bo pomimo wskazania na jego spełnianie dokonał tego podając nieprawdziwe

informacje. Czyli w obu ostatnich sytuacjach, mamy do czynienia z niespełnianiem warunku udziału w postępowaniu. Natomiast jeśli z ustaleń wynika, że warunki zostały spełnione, to nawet gdyby przy okazji podano nieprawdziwe informacje to taki wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż informacje te nie mają wpływu na jego wynik.

Poddania ocenie Izby wymagało ustalenie, czy w świetle postawionego w SIWZ warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca K. ten warunek spełniał. Zgodnie z tym warunkiem wykonawca winien wykazać się wykonaniem:

- *co najmniej jednego zamówienia polegającego na świadczeniu usług dostępu do Internetu dla minimum 50 użytkowników końcowych przez co najmniej 6 miesięcy,*
- *co najmniej jednego zamówienia polegającego na zestawieniu minimum 5 łączy i świadczeniu usług transmisji danych o przepustowości co najmniej 1 Mb/s (rozumianych jako transmisja symetryczna o przepustowości 1 Mb/s w każdą stronę) na każdym łączy, w technologii światłowodowej lub radiowej przez okres minimum 6 miesięcy.*

Spełnianie pierwszego z warunków raczej nie budzi wątpliwości gdyż Wykonawca K. od czerwca 2012 roku świadczył usługi w zakresie łączy internetowych dla jednostek Gminy Ścinawa, a także dla samego Urzędu Gminy. Jak wynika z informacji WWPE (str 9 protokołu) już w ramach projektu POIG.08.04.00-02-078/10 na dzień 15.12.2012 r. Beneficjent podłączył 120 stacji klienckich, a postępowanie zostało wszczęte w dniu 10.04.2014 r. Co do drugiego z warunków to jak wyżej Izba stwierdziła, został on postawiony Zamawiającemu dopiero w odpowiedzi na zastrzeżenia. Jednakże niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że sprawa spełniania tego warunku nie została wyjaśniona, a ustalenia kontroli oparto tylko na stanowisku Gminy Ścinawa - *iż wykonawca K. warunku udziału w tym postępowaniu nie spełnia.*

Z analizy stanu faktycznego wskazanego w protokole kontroli można mieć uzasadnione wątpliwości w tym zakresie, otóż Gmina Ścinawa w piśmie z dnia 13.07.2015 r. poinformowała Prezesa UZP, że firma K. świadczyła na rzecz gminy Ścinawa następujące umowy:

- 1) Centrum Kultury i Turystyki - styczeń 2011 r. (do dnia 31.03.2013 r.).
- 2) ZMOK (obecne łączy do utrzymania telefonii VOIP) - styczeń 2012 r. do nadal;
- 3) Urząd Miasta i Gminy Ścinawa - czerwiec 2012 r. do nadal;
- 4) Port Ścinawa - czerwiec 2013 r. do nadal;
- 5) Miejsko-Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej - sierpień 2013 r. do nadal;
- 6) PSZOK - sierpień 2013 r. do nadal;
- 7) Miejsko-Gminna Biblioteka Publiczna - maj 2013 r. do nadal.

Z pkt 5 tego pisma wynika także iż tylko usługa dla PUP nie był zlecaną przez Gminę, a w pkt 6 stwierdzono, że firma K. świadczyła usługi na rzecz Gminy Ścinawa i jej jednostek

organizacyjnych od 2011 r.

Tym samym należy stwierdzić - co wynika także z pisma wykonawcy K. załączonego do zastrzeżeń Zamawiającego, iż usługi były wykonywane w ramach zlecenia Gminy Ścinawa, a były realizowane na rzecz jednostek organizacyjnych tej Gminy. W tej sytuacji brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia niespełniania przez wykonawcę K. tego warunku udziału, z protokołu kontroli to nie wynika.

Odniesienia wymaga także fakt wskazywanego w protokole kontroli złożenia przez drugiego z wykonawców tj. OrNet Sp. z o.o. odwołania do KIO z którego, zdaniem kontrolującego należało wywieść informacje o zaistniałych nieprawidłowościach w postępowaniu. Otóż nie można pomijać faktu, że w odwołaniu wskazano tylko na kwestie, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezasadne uznanie referencji, które dotyczą usług trwających i nie zawierających danych technicznych w tym danych o przepustowości, symetryczności oraz zastosowanej technologii. Wykonawca nie poddawał w wątpliwość faktu wykonania zamówienia dla Gminy Ścinawa przez firmę K. tylko to, że brak w treści złożonych referencji szczegółowego opisu zakresu usług oraz tego, że dotyczy ona usług nadal wykonywanych. Odwołanie to zostało jednak cofnięte przez Odwołującego, co może pośrednio wskazywać na niezasadność podnoszonych zarzutów. Odwołanie cofnięte nie wywołuje żadnych skutków prawnych, które ustawa wiąże z jego wniesieniem i tym samym trudno winić Zamawiającego za to, że nie przeprowadził kontroli w kierunku wskazanym w cofniętym odwołaniu.

Powyższe przemawiało za uwzględnieniem zastrzeżeń Zamawiającego gdyż w protokole kontroli nie wykazano w sposób jednoznaczny, że udzielenie zamówienia wykonawcy K. nastąpiło w sytuacji, kiedy ten wykonawca dla uzyskania zamówienia podał w ofercie nieprawdziwe informacje, a informacje te miały wpływ na wynik postępowania skutkującym udzieleniem temu wykonawcy zamówienia. Za wyrokiem SO w Krakowie z dnia 5.12.2014 sygn akt XII Ga 659/14 stwierdzić należy, że złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy. Tej rozbieżności kontrola w sposób bezsporny nie wykazała.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....