Sygn. akt: KIO 1836/12

WYROK
z dnia 12 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. PLESBUD Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 99/9, 02-001 Warszawa i CHM OBRAS E INFRASTRUCTURAS S.A., C/Jean Claude Combaldieu S/N 03004 Alicante, Hiszpania** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Generała Zajączka 9, 01-518 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, tj. Miastu Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PLESBUD Sp. z o.o. i CHM OBRAS E INFRASTRUCTURAS S.A., z postępowania i w konsekwencji uznania ich oferty za odrzuconą oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;**

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. PLESBUD Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 99/9, 02-001 Warszawa i CHM OBRAS E INFRASTRUCTURAS S.A., C/Jean Claude Combaldieu S/N 03004 Alicante, Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **Miasta Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o tj. Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 99/9, zamówienie, PLESBUD 02-001 Warszawa i CHM OBRAS E INFRASTRUCTURAS S.A., C/Jean Claude Combaldieu S/N 03004 Alicante, Hiszpania** kwotę: **13 634 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1836/12

Uzasadnienie

Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu (dalej: „Zamawiający") prowadzi, w trybie

przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę *drogi rowerowej w al. Piłsudskiego - ul. Rokicińskiej na odcinku od ul. Kopcińskiego do ul. Augustów oraz do dworca kolejowego Łódź- Widzew".* Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa *Pzp".* Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 czerwca 2012 r. pod nr 226728.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. PLESBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i CHM OBRAS E INFRASTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Alicante, Hiszpania (dalej: „Odwołujący") w dniu 28 sierpnia 2012 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacja o tej czynności została przekazana Odwołującemu w dniu 23 sierpnia 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 28 sierpnia 2012 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 11 września 2012 r.

W postępowaniu tym wykonawca SKANSKA S.A. (dalej: „Przystępujący") na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2012 r. w dniu 30 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp (złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania) oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp (brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu).

W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie, w związku z czym doszło do przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp - poprzez jego błędne zastosowanie i błędne przyjęcie, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania w efekcie czego doszło do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp — poprzez jego błędne zastosowanie i błędne przyjęcie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w efekcie czego doszło do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
4) naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp — poprzez jego błędne zastosowanie poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień odnośnie spełniania warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia;
5) naruszenie §4 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817), zwanego dalej: „rozporządzeniem *w sprawie dokumentów*" w związku art. 7 ust. 1 ustawy Pzp — poprzez dokonanie wykluczenia Odwołującego z zaniechaniem przeprowadzenia rzetelnego postępowania wyjaśniającego polegającego na zwróceniu się do organu w Królestwie właściwego Hiszpanii, będącego zamawiającym inwestycji pn. „Droga ekspresowa łącząca autostradę A7 w

Santomera z okręgiem Mar Menor. Odcinek Zeneta — San Jarier" o wyjaśnienie czy w ramach przedmiotowego zamówienia była wykonywana sygnalizacja świetlna.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, oraz będącego tego następstwem odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty' Odwołującego oraz o
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał na swój interes we wniesieniu odwołania i poniesioną w związku z zarzutami odwołania szkodą. W odwołaniu przywołał też okoliczności faktyczne związane z podniesionymi w odwołaniu zarzutami. Przede wszystkim zwrócił uwagę na treść punktu 6.1.2. SIWZ, gdzie Zamawiający wprowadził opis warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez wskazanie, że: „w *szczególności Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (zakończył) w ramach jednego zamówienia robotę budowlaną polegającą na budowie ścieżek rowerowych wraz z sygnalizacją świetlną o długości min. 0,5 km* oraz potwierdzi, że została ona wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona". Podkreślił, że co do spełniania tego opisu warunku w dniu 13 sierpnia 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp m. m. do wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonych dokumentów. Podniósł, że na potwierdzenie tego warunku wykazał się wykonaniem budowy drogi ekspresowej i równoległej ścieżki rowerowej z sygnalizacją świetlną o długości 29,4 km odcinek Zeneta — San Javie. Zamawiający stwierdził jednak, że ponieważ w załączonych referencjach nie było mowy o wykonaniu sygnalizacji świetlnej, to konieczne było zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienie czy budowa ścieżki rowerowej obejmowała również sygnalizację świetlną. Odwołujący podkreślił również, że w dniu 14 sierpnia 2012 r. zwrócił się do Zamawiającego - w związku z otrzymanym w dniu 13 sierpnia 2012 r. ok godz. 16.30 wezwaniem, uwzględniając, że 15 sierpnia 2012 r. jest dniem ustawowo wolnym od pracy - o przedłużenie terminu na zadośćuczynienie temu wezwaniu Zamawiającego, jednakże Zamawiający odmówił przedłużenia tego terminu pismem z dnia 17 sierpnia 2012 r., a więc wysłanym ostatniego dnia terminu na złożenie wyjaśnień. W efekcie powyższego Odwołujący odpowiedział na to wezwanie składając w dniu 17 sierpnia 2012 r. wyjaśnienia i oświadczając, że realizacja zamówienia pn. „Droga ekspresowa łącząca autostradę A7 w Santomera z okręgiem Mar Menor. Odcinek Zeneta — San Javier" obejmowała również

---

budowę ścieżki rowerowej wzdłuż drogi i sygnalizację świetlną. Pomimo powyższego w dniu 23 sierpnia 2012 r. Zamawiający, w wyniku badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako najkorzystniejszą wybrał ofertę spółki SKANSKA S.A. oraz wykluczył Odwołującego z postępowania z powołaniem się na art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy Pzp, uzasadniając swoje stanowisko tym, że wskazana przez niego budowa dotyczyła drogi ekspresowej, która z założenia jest drogą bezkolizyjną toteż Zamawiający sprawdził podaną informację w Internecie na mapach Google, że na wskazanym odcinku drogi wszystkie skrzyżowania są bezkolizyjne i nigdzie nie stwierdzono sygnalizacji świetlnej. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący złożył nieprawdziwą informację, że spełnia warunek udziału w postępowaniu podczas gdy w rzeczywistości go nie spełnia, a zatem z tego powodu Zamawiający wykluczył go z udziału w postępowaniu.

Według Odwołującego Zamawiający niezasadnie wykluczył go z postępowania. Podkreślił, że Zamawiający, przede wszystkim wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie spełniania powyższego warunku w zakresie wybudowania w ramach tego zamówienia sygnalizacji świetlnej, w związku z czym Odwołujący oświadczył, że takie wybudował. Skoro Zamawiający powziął w wątpliwość prawdziwość oświadczeń złożonych przez Odwołującego na skutek wezwania to mógł i powinien wezwać go do dalszych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący, powołując się na stanowisko doktryny, wskazał, że inaczej niż w przypadku uzupełniania dokumentów, proces ich

wyjaśniania może być wielokrotny. Niezależnie od powyższego wskazał, że Zamawiający - stosownie do dyspozycji § 4 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów posiada instrument w postaci zwrócenia się do właściwego organu o wyjaśnienia treści dokumentów, czego nie uczynił. Zamawiający zatem – w ocenie Odwołującego - naruszył dyspozycję art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wnikliwego wyjaśnienia wątpliwości, którą powziął i wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień, jak również § 4 ust. 4 powołanego wyżej rozporządzenia poprzez zaniechanie zwrócenia się przez siebie do właściwego organu w Hiszpanii (zamawiającego powyższej inwestycji) o udzielenie informacji dotyczących powyższej kwestii. Zamiast tego, Zamawiający przeprowadził samodzielnie postępowanie dowodowe i opierając się na wątpliwym prywatnym źródle jakim są mapy oferowane przez Google, arbitralnie podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

W treści odwołania Odwołujący zastrzegł też, że najpóźniej na rozprawie przedłoży wiarygodne dowody związane z realizacją zamówienia pn. „Droga ekspresowa łącząca autostradę A7 w Santomera z okręgiem Mar Menor. Odcinek Zeneta — San Javier" wskazujące, że Odwołujący wykonał w ramach tego zamówienia sygnalizację świetlną, które to dowody – jego zdaniem - potwierdzą, że wyjaśnienia przez niego złożone były prawdziwe i że spełnia on wymagane w niniejszym postępowaniu warunki wiedzy i doświadczenia.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania oraz przyjętą tam argumentację. Dodatkowo przedłożył dokumenty, tj. oryginalną językową dokumentu protokołu odbioru prac z inwestycji „Droga ekspresowa łącząca autostradę A7 w Santomera z okręgiem Mar Menor. Odcinek Zeneta — San Javier" wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski na potwierdzenie wykazania, że w ramach wskazanego zamówienia publicznego wykonano także sygnalizację świetlną ścieżek rowerowych. Podkreślił też, że protokół ten został sporządzony 1 października 2010 r. i potwierdza wykonanie przez Odwołującego sygnalizacji świetlnej w ramach tej inwestycji. Na powyższe – według Odwołującego - wskazują zapisy zawarte w tym protokole, choćby na str. 7 i 8 z tłumaczenia przysięgłego protokołu, gdzie w rozdziale 5 „Sygnalizacja i znaki drogowe" wymienia się wykonanie m.in. takich prac jak semafory ścieżki rowerowej, ramy świetlnej, panele z sygnalizacją świetlną. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający przy opisie warunku co do wiedzy i doświadczenia w SIWZ nie wskazał ilości wymaganych sygnalizatorów świetlnych czy też jakiego rodzaju ma być ta sygnalizacja. Posłużył się on określeniem potocznym „sygnalizacja świetlna" i aktualnie po otwarciu ofert nie może weryfikować zapisu warunku pod kątem swoich ewentualnych, nie wyrażonych w opisie warunku potrzeb. Odwołujący zwrócił także uwagę, że Zamawiający w opisie warunku nie posłużył się ani sformułowaniami ani odesłaniem do przepisów Ministra Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych, gdzie w par. 1 tego rozporządzenia wskazuje się na znaki świetlne i sygnały świetlne.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na niezasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego. Złożył też do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że załączone do oferty Odwołującego referencje wzbudziły jego wątpliwości w odniesieniu do tego, czy przedmiot umowy wykazywanej inwestycji obejmował budowę sygnalizacji świetlnej. Podkreślił, że przedmiotem referencji była objęta m.in. budowa dróg serwisowych koniecznych dla zapewnienia ciągłości istniejących sieci dróg rolniczych i drogi ekspresowej. Według Zamawiającego szczegółowo opisany zakres inwestycji wskazywał na sprzeczność z opisem podanym w wykazie wykonanych robót. Z tych też względów Zamawiający skorzystał z dostępnych map satelitarnych zawierających zdjęcia drogi ekspresowej na odcinku Zeneta – San Javier i ustalił w oparciu o ten materiał, że na przedstawionych zdjęciach nie widać

---

jakiejkolwiek sygnalizacji świetlnej, w szczególności na trasie ścieżki rowerowej. Podkreślił, że na zdjęciach widać wiadukty, nasypy, ścieżkę rowerową w kolorze niebieskim, węzły służące zmianie kierunku ruchu.

Jako dowód w sprawie przedłożył płytę CD zawierającą zdjęcia satelitarne drogi ekspresowej Zaneta-San Javier na okoliczność wykazania, iż w ramach przedmiotowego przedsięwzięcia została wykonana budowa drogi ekspresowej wraz ze ścieżką rowerową

bez wykonania sygnalizacji świetlnej.

Zamawiający podkreślił również, że powyższe stało sie podstawą do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów. W wyniku tego wezwania Odwołujący złożył jedynie oświadczenie, iż zakres budowy obejmował sygnalizację świetlną, co pozostawało w sprzeczności – zdaniem Zamawiającego – z posiadanymi przez Zamawiającego zdjęciami satelitarnymi wskazanej drogi ekspresowej. Według Zamawiającego proces wyjaśniania dokumentów może mieć charakter wielokrotny, ale w niniejszej sprawie nie pojawiły się kolejne zagadnienia wymagające – zdaniem Zamawiającego – dodatkowych wyjaśnień. Zdaniem Zamawiającego posiadane przez niego zdjęcia satelitarne drogi na wskazanym odcinku pozostawały w spójności z zakresem opisanym w załączonych referencjach, tj. widać na nich wiadukty, nasypy, drogi serwisowe, ścieżkę rowerową. Tymczasem – według Zamawiającego – ani zdjęcia ani referencje nie wskazują, iż zakres robót obejmował budowę sygnalizacji świetlnej. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący poza swoim oświadczeniem, iż przedmiot umowy obejmował budowę wskazanej sygnalizacji świetlnej nie przedstawił żadnego wyjaśnienia co do szczegółowego zakresu robót, jak również nie uzupełnił dokumentów wskazujących na spełnienie warunku. W ocenie Zamawiającego zestawienie zdjęć satelitarnych z treścią referencji wskazywało, że budowa na w/w odcinku drogi obejmowała budowę drogi ekspresowej wraz ze ścieżką rowerową natomiast nie obejmowała budowy sygnalizacji świetlnej tym bardziej, że w celu zapewnienia dostępu do nieruchomości budowano drogi serwisowe, a nie sygnalizację świetlną, jak również obejmował budowę węzłów w celu zmiany kierunku ruchu oraz wjazdu na sferę odpoczynku. Powyższe okoliczności – w ocenie Zamawiającego – przesądziły, iż nie istniały podstawy faktyczne do prowadzenia postępowania wyjaśniającego, jak również wskazywały, iż wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem zakres robót nie obejmował budowy sygnalizacji świetlnej.

W toku rozprawy Zamawiający dodatkowo wskazywał, że według niego sygnalizacja świetlna to pewien system sterowania ruchem, a nie znaki świetlne zaś wskazywane przez Odwołującego elementy wskazujące na rzekome wykonanie sygnalizacji świetlnej, np.

---

semafor ścieżka rowerowa jest to znak drogowy, prawdopodobnie świetlny, informujący o ścieżce rowerowej. Podkreślił, że nie stanowi wypełnienia warunku wykazanie się realizacją semaforów, które służą do wydawania sygnałów świetlnych, tymczasem dla sygnalizacji świetlnej potrzebny jest odrębny system zarządzania i sterowania tą sygnalizacją. Wskazał też, że semafor jedynie ostrzega o styku ulicy ze ścieżką rowerową, a więc stanowi element wykonania drogi ekspresowej, a nie ścieżki ekspresowej, a zgodnie z rozdziałem 6 protokołu odbioru wykonana w ramach tej inwestycji ścieżka rowerowa liczyła około 30 km, toteż wykorzystanie na tej trasie jedynie 6 semaforów rzekomo dla sygnalizacji świetlnej byłoby niecelowe.

III. Stanowisko Przystępującego

Przytsepującym złożył swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wskazując na niezasadność zarzutów odwołania i w związku z powyższym konieczność jego oddalenia.

W toku rozprawy poparł w całości stanowisko Zamawiającego, podkreślając dodatkowo, iż treść warunku opisanego w SIWZ odnosiła się do ścieżek rowerowych, a nie do drogi ekspresowej - należało zatem wykazać się wykonaniem sygnalizacji świetlnej w ramach ścieżek rowerowych. Podkreślił, że sygnalizację tę należało rozumieć w sposób potoczny i tak zrozumieli ten warunek wszyscy wykonawcy, oprócz Odwołującego. Podniósł, że rozdział 5 w protokole odbiorów prac przedłożonym przez Odwołującego zatytułowany „Sygnalizacja i znaki drogowe” odnosi się do wykonania wskazanego zakresu prac przez Odwołującego na drodze ekspresowej, czego Przystępujący nie kwestionuje, a nie na ścieżce rowerowej. Na powyższe – według niego - wskazują chociażby pozycja ze strony 8 tłumaczenia protokołu – „rama świetlna wskazująca koniec drogi ekspresowej”. Podkreślił również, że Zamawiający ma prawo korzystać z wszelkich dostępnych mu środków dowodowych dla weryfikacji spełniania warunku przez wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania i jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności, która w sposób bezpośredni pozbawiła Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego, tj. czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Powyższe naraziło także Odwołującego na poniesienie wymiernej szkody. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała też, że wykonawca SKANSKA S.A. zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wypełnił wszystkie formalne wymogi skutecznego zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, stając się formalnie uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 29 czerwca 2012 r.

W zamieszczonej na stronie internetowej SIWZ Zamawiający w pkt 6.1.2. SIWZ, wprowadził opis warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez wskazanie, że: „w *szczególności Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (zakończył) w ramach jednego zamówienia robotę budowlaną*

---

polegającą na budowie ścieżek rowerowych wraz z sygnalizacją świetlną o długości min. 0,5 km oraz potwierdzi, że została ona wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona."

W terminie na składanie do Zamawiającego swoją ofertę złożył m.in. Odwołujący. W swojej ofercie Odwołujący zamieścił formularz nr 5 (załącznik do SIWZ), tj. Wykaz wykonanych robót. W wykazie tym wskazał na jedną wykonaną pracę na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, tj. inwestycję: „Budowa *drogi ekspresowej i równoległej ścieżki rowerowej z sygnalizacją świetlną o długości 29,4 km, odcinek Zeneta – San Javier",* realizowaną dla Consejeria de Obras Publicas y Ordenacion del Territorio de la Region de Muricia Plaza Satntona, 6.30006 Muricia z datą wykonania robót: 08.10.2010. Do oferty Odwołujący dołączył też w wersji oryginalnej językowej wraz z tłumaczeniem przysięgłym z języka hiszpańskiego dokument wystawiony przez odbiorcę robót.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2012 r. wezwał Odwołującego o wyjaśnienie lub uzupełniania dokumentów w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wskazując jako podstawę prawną na art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 14 sierpnia 2012 r. zwrócił się do Zamawiającego o przedłużenie terminu na zadośćuczynienie temu wezwaniu Zamawiającego. Zamawiający odmówił przedłużenia tego terminu pismem z dnia 17 sierpnia 2012 r. Odwołujący w dniu 17 sierpnia 2012 r. odpowiedział Zamawiającemu na wezwanie, składając wyjaśnienia i oświadczając, że realizacja zamówienia pn. „Droga ekspresowa łącząca autostradę A7 w Santomera z okręgiem Mar Menor. Odcinek Zeneta — San Javier" obejmowała również budowę ścieżki rowerowej wzdłuż drogi i sygnalizację świetlną.

Zamawiający pismem z dnia 23 sierpnia 2012 r. zwrócił się do instytucji Consejeria de Obras Publicas y Ordenacion del Territorio de la Region de Muricia Plaza Satntona, 6.30006 Muricia z prośbą o wskazanie czy realizacja zamówienia pn. „Droga *ekspresowa, łącząca autostradę A7 w Satntomera z okręgiem del Mar Menor. Odcinek Zeneta – San Javier"*

obejmowała również budowę sygnalizacji świetlnej. W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że nie otrzymał odpowiedzi na to pismo.

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2012 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy SKANSKA S.A. oraz wykluczył Odwołującego z postępowania z powołaniem się na art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy Pzp, uzasadniając swoje stanowisko tym, że wskazana przez niego budowa dotyczyła drogi ekspresowej, która z założenia jest drogą bezkolizyjną toteż Zamawiający sprawdził podaną informację w Internecie na mapach Google, że na wskazanym odcinku drogi wszystkie skrzyżowania są bezkolizyjne i nigdzie nie stwierdzono sygnalizacji świetlnej.

Czynność ta została zaskarżona w trybie złożonego odwołania przez Odwołującego do Izby.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła, aby Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia czy też z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji.

Podstawą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była wyłącznie informacja pochodząca z Internetu. Zamawiający przedstawił Izbie jako dowód w sprawie nagranie pochodzące z Internetu z wyszukiwarki Google. Izba po analizie wskazanego dowodu przedłożonego przez Zamawiającego stwierdziła, że przywołane nagranie nie może stanowić podstawy do kategorycznego i pewnego twierdzenia, że Odwołujący podał w swojej ofercie nieprawdziwe informacje. Powyższa informacja nie może także stanowić podstawy uznania, że Odwołujący nie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Stwierdzić należy, że przedłożone Izbie nagranie nie jest czytelne. Nagranie nie przestawia wyraźnych i niepodważalnych obrazów, które miałyby potwierdzać, że prezentowana w ofercie Odwołującego inwestycja nie zawierała wykonania sygnalizacji świetlnej. Obrazy są na tyle nieczytelne, że nie można stwierdzić, że są odzwierciedleniem rzeczywistego stanu rzeczy (czy faktycznie są to zdjęcia satelitarne), czy też stanowią przygotowaną przez niewiadome osoby określoną animację komputerową. Ponadto – jak słusznie wskazywał Odwołujący – prezentowane nagranie (o ile faktycznie jest to nagranie) prawdopodobnie prezentuje dane z okresu faktycznego wykonywania robót na wykazywanej inwestycji, a nie dane z momentu zakończenia inwestycji. Z tych też względów prezentowany przez Zamawiającego jedyny dowód na potwierdzenie okoliczności podania nieprawdziwych informacji przez Odwołującego oraz na potwierdzenie niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Odwołującego, Izba uznała za niewiarygodny.

Tymczasem z akt sprawy (dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) wynika, że Odwołujący na potwierdzenie spełniania wskazanego warunku

---

udziału w postępowaniu przedłożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ i wynikające z przepisów ustawy Pzp dokumenty. Do oferty Odwołującego załączony został wykaz robót, w którym w ramach w/w inwestycji Odwołujący wskazał, że obejmowała ona wykonanie drogi ekspresowej i ścieżki rowerowej z sygnalizacją świetlną o mieszczącej się w ramach opisu warunku długości. Do wykazu załączono dokument, który potwierdza należyte wykonanie tej inwestycji. Odwołujący na żądanie Zamawiającego potwierdził również, że inwestycja ta obejmowała wykonanie sygnalizacji świetlnej. Powyższe – w ocenie Izby - stanowi wypełnienie opisu warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający nie dysponując żadnymi wiarygodnymi dowodami w sprawie wykluczył Odwołującego z postępowania, uznając, że inwestycja ta nie obejmowała wykonania sygnalizacji świetlnej. Podstawą takiej decyzji Zamawiającego mogłaby być np. informacja uzyskania od podmiotu zamawiającego, na rzecz którego owa inwestycja była realizowana. Takiej informacji od hiszpańskiego podmiotu Zamawiający, pomimo formalnego wystąpienia do niego w tej sprawie, nie uzyskał. Tymczasem Odwołujący w toku rozprawy przedłożył dodatkowy dowód potwierdzający – zdaniem Izby – że przywoływana przez niego inwestycja obejmowała również wykonanie sygnalizacji świetlnej. Na powyższe wskazują - zdaniem Izby –

wykazywane w ramach przedłożonego przez Odwołującego protokołu z odbioru wskazanych robót prace określone w rozdziale 5 tego protokołu „Sygnalizacja i znaki drogowe". Wskazuje się tam w zestawieniu *quasi* kosztorysowym na wykonanie w zakresie tej inwestycji m.in. 6 szt. semafora ścieżka rowerowa, czy 4 szt. paneli z sygnalizacją świetlną. Powyższe wskazuje, że przywoływana przez Odwołującego inwestycja obejmowała wykonanie sygnalizacji świetlnej. Przedłożony przez Odwołującego dowód stanowi dodatkowy argument powyższe potwierdzający poza treścią dokumentów przedłożonych przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku i jego wyjaśnień odnośnie treści tych dokumentów. Brak jest natomiast jakiegokolwiek dowodu, który potwierdzałby przeciwną tezę o nieobjęciu wskazaną inwestycją wykonania sygnalizacji świetlnej. Odwołujący nie musiał w tym zakresie przedstawiać Zamawiającemu dodatkowych dowodów na etapie postępowania o zamówienie publiczne wobec braku podstaw do podważania przez Zamawiającego okoliczności oświadczonych przez wykonawcę w ramach przedłożonego wykazu prac. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że w ramach dokumentu, który ma potwierdzać należyte wykonanie robót – w świetle obowiązujący przepisów prawa (ustawa Pzp i rozporządzenie w sprawie dokumentów) oraz poglądów prezentowanych w orzecznictwie - nie ma obowiązku wykazywania wszystkich szczegółów dotyczących realizowanej inwestycji. Istotne w tym zakresie jest tylko potwierdzenie prawidłowości (należytego) wykonania określonych prac.

Co do próby definiowania pojęcia „sygnalizacja świetlna" Izba uznała, że nadawanie przez Zamawiającego znaczenia temu pojęciu innego niż znaczenie potoczne, na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po otwarciu ofert), jest niedopuszczalne. Zamawiający w SIWZ, opisując warunek udziału w postępowaniu i używając wskazanego pojęcia, nie dookreślił co ma na myśli, nie wskazał jaki charakter miałaby mieć realizowana sygnalizacja świetlna, co oznacza według niego sygnalizacja świetlna, czy też jaki miałby być jej stopień skomplikowania, zatem dopuszczalne w tym zakresie jest rozumienie potoczne tego pojęcia. Jeśli więc wykonawca wykazał – zdaniem Izby w dostateczny sposób – iż wykonywał w ramach wskazanego przedsięwzięcia panele z sygnalizacją świetlną, czy też semafory ścieżki rowerowej, powyższe nie może przeczyć twierdzeniu, że w ramach inwestycji nie wykonywano sygnalizacji świetlnej odnoszącej się do ścieżki rowerowej. Takiego przeciwnego wiarygodnego dowodu nie przedłożono w sprawie.

Z tych też względów Izba uznała, że zarzuty odwołania odnoszące się do czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania należało uznać za słuszne. W tym także kontekście potwierdził się zarzut naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurenci wykonawców.

Nie potwierdził się natomiast zarzut nie wystąpienia przez Zamawiającego do podmiotu zagranicznego o stosowane informacje w trybie § 4 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, bowiem Zamawiający faktycznie skorzystał z tej możliwości, co wynika z dokumentacji postępowania, niezależnie od okoliczności, iż zarzut ten odnoszący się do czynności nie wymienionej w katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w zamówieniach publicznych o wartości poniżej progów UE (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp) nie podlega zaskarżeniu w trybie odwoławczym.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp i uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wybór oferty najkorzystniejszej - orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba – w oparciu o rachunki przedłożone do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy - uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz.

U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł;

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 wskazanego rozporządzenia – koszty opłaty skarbowej uiszczonej przez Odwołującego od udzielonych pełnomocnictw w kwocie 34 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł.

Przewodniczący: ……