

WYROK
z dnia 13 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Robert Skrzyszewski
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2013 r. przez **wykonawcę J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: SKORUPA ENERGY Technic J..... S....., ul. Powstańców Śląskich 4a, 46-380 Dobrodzień** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba, ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu, tj. Samodzielnemu Publicznemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba w Piekarach Śląskich, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy **J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: SKORUPA ENERGY Technic J..... S..... z siedzibą w Dobrodzieniu** i odrzucenia jego oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, jak również nakazuje mu unieważnienie czynności unieważnienia wystąpienia do wskazanego wykonawcy z dnia 8 stycznia 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełniania oferty o Wykaz robót budowlanych, a także wezwania do wyjaśnienia wykazu nakazuje dotyczącego uzupełnionego oraz zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy **J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: SKORUPA ENERGY Technic J..... S..... z siedzibą w Dobrodzieniu;**

-
2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba, ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: SKORUPA ENERGY Technic J..... S....., ul. Powstańców Śląskich 4a, 46-380 Dobrodzień** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od **Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba, ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie** na rzecz **wykonawcy J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: SKORUPA ENERGY Technic J..... S....., ul. Powstańców Śląskich 4a, 46-380 Dobrodzień** **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba w Piekarach Śląskich (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Termomodernizacja - Oddział Kochcice”. 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 14 sierpnia 2012 r. pod nr 302158.

W postępowaniu tym wykonawca J..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: SKORUPA ENERGY Technic J..... S..... z siedzibą w Dobrodzieniu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 28 stycznia 2013 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego. Informacja o tych czynnościach została przekazana Odwołującemu w dniu 23 stycznia 2013 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 28 stycznia 2013 r.

Zamawiający informację o złożonym odwołaniu przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 28 stycznia 2013 r. W dniu 6 lutego 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe AGROCOM Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, złożył zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (nadanie zgłoszenia przystąpienia w urzędzie pocztowym w dniu 30 stycznia 2013 r.).

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowieniem z dnia 5 lutego 2013 r. skierowała odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 13 lutego 2013 r.

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

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp i uznaniu jego oferty na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp jako odrzuconej, mimo iż Odwołujący się nie podlega wykluczeniu a złożona oferta nie powinna zostać uznana za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust 1. ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji poprzez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego się i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, co dowodzi naruszenia powyższej zasady,
2. naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego się z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji i uznanie oferty złożonej przez Odwołującego się za odrzuconą mimo, iż do powyższego nie doszło i oferta nie powinna za taką zostać uznana,
3. naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Odwołującego jest ofertą zgodną z SIWZ i najtańszą w jedynym kryterium cena.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego się na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp,

2. unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp,
3. unieważnienia czynności unieważnienia przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty i uzupełnienia dokumentów,
4. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ,
5. dokonania oceny i badania oferty Odwołującego,
6. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał na okoliczności faktyczne związane z przedmiotową sprawą. Wskazał, że w informacji o wynikach postępowania Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, że :
„Wykonawca w swojej ofercie - w wykazie wykonanych robót budowlanych podał wykonanie robót dla Ośrodka Szkolno - Wychowawczego dla Niesłyszących w Lublińcu przy ul.

Stalmacha 90 polegających na pracach termomodernizacyjnych, kotłowni parowej instalacjach co., wod -kan., instalacjach solarnych, kominach i ogólnobudowlanych na kwotę 1.579.062,00 zł i w dacie wykonania XII.2007 - VI.2010r. Po powzięciu informacji o możliwych innych datach wykonania i kwotach, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia. Wykonawca potwierdził, iż podane prace w większości zostały wykonane w innych terminach niż podano - nie mieszczących się w wymaganym okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. W związku z tym, Wykonawca przyznał, iż podał nieprawdziwe informacje. Zatem na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca zostaje wykluczony z postępowania, jako że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.”.

Odwołujący wyjaśnił, że w złożonej ofercie załączono wykaz wykonanych robót dla Ośrodka Szkolno - Wychowawczego dla Niesłyszących w Lublińcu w okresie od VII.2007 r. do XII.2010 r. wraz z dokumentem potwierdzającym ich należyte wykonanie tj. referencjami wystawionymi 28 lipca 2011 r. przez ówczesnego Zamawiającego. Wskazał, że w trakcie postępowania Zamawiający w dniu 02.01.2013 r., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego w ofercie wykazu wykonanych robót. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, wskazując, że referencje wystawione przez Ośrodek Szkolno - Wychowawczy w Lublińcu potwierdzają wykonanie prac termomodernizacyjnych na łączną kwotę 1 579 062,00 zł. Jednakże, dla pełnego zaspokojenia oczekiwań Zamawiającego w kwestii złożenia wyjaśnień Odwołujący dokonał weryfikacji tych referencji i przejrzał swoje archiwum z którego wynikało, że Odwołujący wykonał prace na rzecz ww. Ośrodka na jeszcze większą kwotę niż to wynika z referencji tj. 1 748 659,09 zł, co szczegółowo przedstawił Zamawiającemu w treści złożonych wyjaśnień. Ponadto wyjaśnił, że referencje wystawia Zamawiający i Odwołujący nie może ponosić konsekwencji omyłek popełnianych przez tegoż Zamawiającego. Kwotę jaką podał w wykazie wykonanych robót, była kwota potwierdzona przez ww. Ośrodek w treści referencji. Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający w dniu 08.01.2013r., na podstawie art. 26 ust 3 ww. ustawy wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych robót bowiem „nie może uznać robót wykonanych dla Specjalnego Ośrodka Szkolno - Wychowawczego w Lublińcu.” Termin uzupełnienia wyznaczono na dzień 09.01.2013r. do godz. 13:00. Odwołujący uzupełnił wymagane dokumenty w wyznaczonym terminie zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Wskazał też, że w związku z uzupełnieniem wykazu wykonanych robót, Zamawiający pismem z dnia 09.01.2013 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących nowego wykazanego doświadczenia. Odwołujący złożył w wyznaczonym terminie wymagane przez Zamawiającego wyjaśnienia. Podkreślił, że dniu 23.01.2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie uzupełnionych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie w tym samym dniu, przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe AGROCOM Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący nie zgodził się w czynnością podjętą przez Zamawiającego, a polegającą na wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podkreślił, że nie

podał nieprawdziwych informacji, jedynie sugerując się wystawionymi referencjami podał że prace zostały wykonane w okresie krótszym niż miało to rzeczywiście miejsce. Powyższe – jak podniósł - nie było jednak zamierzone i natychmiast wyjaśnione Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Zwrócił uwagę, że Zamawiający posiłkował się pomocą innych osób i to na ich sugestie zażądał od Odwołującego złożenia wyjaśnień. Podniósł, że nie miał świadomości, że okres wykonywania robót budowlanych na rzecz Ośrodka Szkolno - Wychowawczego dla Nieślyszących w Lublińcu podany przez ówczesnego Zamawiającego był nieprawdziwy, jednocześnie wyjaśnił to w sposób rzetelny Zamawiającemu, wskazując terminy wykonywania robót. Zwrócił uwagę na to, że w wyniku złożonych wyjaśnień i uzupełnień okres wykonywania robót został rozszerzony, a nie - jak wskazuje Zamawiający - niemieszczący się w wymaganym terminie. W wyniku wyjaśnień i uzupełnień Zamawiający uzyskał informacje, że prace były wykonywane w zupełnie innym terminie lub terminach niż te podane przez Odwołującego się w wykazie wykonanych robót - tak bowiem nie było. Podkreślił, że okres ten został chronologicznie przedstawiony, w wyniku czego nastąpiło jego wydłużenie - prace rozpoczęły się w VIII 2002 r. i były wykonywane do VIII 2010 r., natomiast w wykazie wykonanych robót Odwołujący podał okres wykonywania od IX 2007 r. do VI 2010 r.

Podniósł, że w jego ofercie nie zostały podane informacje nieprawdziwe, a jedynie informacje niepełne lub niewyczerpujące. Odwołujący zwrócił uwagę, że działał w dobrej wierze i opierał się na referencjach - dokumentach podmiotów trzecich, jednakże szybko swoją omyłkę poprawił. Podkreślił, że wydłużenie terminu wykonywania prac nie miało wpływu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, bowiem od początku je spełniał - okres 5 lat dotyczy zakończenia wykonywania prac, a nie wymaga aby wszystkie prace zostały wykonane w tym okresie. Zakończenie wykonywania prac nastąpiło w 2010 r. i to nie uległo zmianie, zatem winno być przez Zamawiającego uznane.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO. Przywołał wyrok w sprawie: KIO 171/11, KIO 172/11, wskazując na dopuszczalność wykazywania się przez wykonawców zamówieniami, których realizacja rozpoczęła się przed okresem wskazanym w

przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Przywołał wyrok KIO 2314/12, wskazując, że nawet jeżeli Zamawiający niesłusznie uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu na etapie składania ofert, to w pełni je wykazał uzupełniając i wyjaśniając treść dokumentów przedstawianych Zamawiającemu na podstawie art. 26 ust 3 i art. 26 ust 4 ustawy Pzp.

Wskazał, że w trakcie postępowania wątpliwości Zamawiającego zostały wyjaśnione i doprecyzowane, a unieważnienie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień oraz wykluczenie z postępowania było dla Odwołującego niezrozumiałe. Zamawiający bowiem dokonywał słusznych kroków wyjaśniając treść złożonych dokumentów i wzywając do uzupełnienia brakujących dokumentów, jednakże w momencie, w którym jasno wynikało, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu Zamawiający unieważnił swoje czynności i uznał, że Odwołujący składał nieprawdziwe informacje. Powołał się na wyrok KIO w sprawie: KIO/UZP 916/10, wskazując, że w pierwszej kolejności Zamawiający winien skorzystać w instytucji udzielania wyjaśnień przez wykonawcę, gdyż samo istnienie rozbieżności w dokumentach nie dotyczących spełniania warunków udziału nie oznacza automatycznie postawienia i na tej podstawie wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem skoro Zamawiający unieważnił czynności dot. wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia, to wskazuje to iż działał z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Co do nieprawdziwych informacji Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO w sprawach KIO 1082/11, KIO 371/11, KIO 1178/11, KIO 637/11, wskazując, że istota podania nieprawdziwych informacji tkwi w celowym działaniu podającego informację, który zdaje sobie sprawę z odmiennego stanu faktycznego niż przez niego podawany i działa w zamiarze wprowadzenia w błąd innej osoby.

Odwołujący zwrócił również uwagę na to, że całe postępowanie prowadzone przez Zamawiającego budzi wątpliwości w kontekście art. 7 ustawy Pzp, czyli zasady uczciwej konkurencji. Podkreślił, że procedura przetargowa trwa już od 18 września 2012 r. (ponad 4 miesiące) pomimo złożenia tylko dwóch ofert Zamawiający już wcześniej dokonał nieuzasadnionego i bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp i wyboru drugiego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu. Zwrócił uwagę na to, że bezprawność tej czynności potwierdził wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2012 r. sygn. akt: KIO 2421/12 wydany w niniejszym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tymczasem aktualnie Zamawiający próbuje „wyeliminować” Odwołującego z postępowania i dokonać wyboru niezgodnego z przepisami oferty drugiego wykonawcy, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Dodatkowo wskazał, że w opisie warunku dotyczącym wiedzy i doświadczenia w SIWZ Zamawiający nigdzie nie określił, że wykonawcy muszą wykazać się dwoma odrębnymi robotami, z których każda miałaby być wartości 1,4 mln zł, a skoro tego nie napisał w SIWZ nie może tego wymagać od wykonawców. Podkreślił, że Zamawiający w SIWZ określił warunek jako wykonanie co najmniej dwóch robót o określonej wartości i w tym zakresie w wykazie wykonanych robót Odwołujący podał prawdziwe daty i prawdziwe wartości zamówień.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko wyrażone w informacji o wynikach postępowania z 23 stycznia 2013 r. Dodatkowo powołał się na orzecznictwo Izby, w tym m.in. wyrok KIO/UZP 1078/11 wskazując, że nieprawdziwe informacje to informacje wskazujące na odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości i bez znaczenia w tym zakresie jest wina czy jej brak po stronie wykonawcy i charakter tych nieprawdziwych informacji. Wskazał również na brak możliwości stosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Na poparcie swojego stanowiska przywołał orzeczenia KIO/UZP 1226/10, KIO/UZP 1275/11, KIO/UZP 2197/10. Wskazał, że Odwołujący w swojej ofercie podał nieprawdziwe informacje poprzez zamieszczenie na str. 4 oświadczenia o spełnianiu warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamieszczenie na str. 6 oferty wykazu wykonanych robót i wskazania tam prac wykonanych na rzecz Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Nieśłyszących w Lublińcu. Wskazał też na treść referencji dotyczących prac wykonanych na rzecz tego ośrodka zamieszczonych na str. 7 oferty, z których wynika, że w okresie grudzień 2007 - czerwiec 2010 realizowanych było kilka robót w wyniku prowadzonych kilku procedur przetargowych, a poza tym wskazuje się tam na łączną kwotę dotyczącą tych prac. Powołał się również na wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w piśmie z dnia 3 stycznia 2013 r., w których potwierdził on fakt, iż w przypadku wykazywanego doświadczenia realizowanego na rzecz Ośrodka Szkolno Wychowawczego w Lublińcu mamy do czynienia z kilkoma pracami wykonanymi na łączną kwotę. Podkreślił, że nie jest istotne w niniejszej sprawie kiedy rozpoczęło się spełnienie świadczeń wykazanych w ramach warunku wiedzy i doświadczenia, skoro Odwołujący wykazał kilka realizowanych zamówień, każde z odrębną datą rozpoczęcia i zakończenia świadczenia

roboty. Tym samym w ocenie Zamawiającego warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia opisany w SIWZ nie został przez Odwołującego spełniony. Co do czynności unieważnienia wezwania do uzupełnienia dokumentów Zamawiający podkreślił, że doszedł do wniosku, iż kierując to wezwanie do Odwołującego naruszył przepisy ustawy Pzp, dlatego też postanowił unieważnić tę czynność po to, ażeby nie doprowadzić do naruszenia przepisów ustawy i obarczenia postępowania wadą. Wskazał też, że przepisy ustawy Pzp nie zabraniają Zamawiającemu takiego działania. Zamawiający podkreślił również, że po jego stronie nie ma złej woli działania na niekorzyść Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił także, że z informacji przez niego uzyskanych, przywoływane w wyjaśnieniach przez Odwołującego prace były zrealizowane w 2006 roku, co nie mieści się w opisie warunku. Na powyższe – jego zdaniem - wskazuje ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w BZP nr 134 z 1 lipca 2005 r. poz. 31553.

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, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i 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 drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe AGROCOM Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie uzyskał przymiotu uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego. Izba uznała, że zostały wypełnione wszystkie wymogi formalne, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp warunkujące skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Izby na piśmie w dniu 6 lutego 2013 r. na skutek wezwania Zamawiającego przekazanego wykonawcy w dniu 28 stycznia 2013 r. W świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp dla dochowania terminu na skuteczne złożenie przystąpienia istotne jest, aby zgłoszenie przystąpienia nastąpiło na piśmie, bądź przy użyciu bezpiecznego elektronicznego podpisu poprzez jego złożenie fizyczne do Prezesa Izby w terminie 3 dni od dnia przekazania wezwania Zamawiającego wraz z kopią odwołania. Nie

może w tym zakresie mieć znaczenia – podobnie jak w przypadku złożenia odwołania (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp) i w odróżnieniu od złożenia skargi na orzeczenie Izby (art. 198b ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp) – nadanie zgłoszenia przystąpienia w urzędzie pocztowym. W przypadku ustalenia w przepisach ustawy Pzp terminu na złożenie przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) ustawodawca nie wprowadził szczególnej regulacji (jak to miało miejsce choćby w przypadku złożenia skargi na orzeczenie Izby), która pozwalałaby na taki sposób postępowania dla wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych.

Izba uznała również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W tym przypadku Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec czynności polegającej na wykluczeniu go z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, tj. czynności, które w sposób bezpośredni pozbawiały Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, w wystarczający sposób wskazał swój uszczerbek z uzyskaniem zamówienia, stosownie do regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

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 14 sierpnia 2012 r.

W zamieszczonej na stronie internetowej SIWZ Zamawiający w Rozdziale VII lit. A pkt 1 SIWZ opisał warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia poprzez wskazanie, że wykazanie wykonania przez wykonawcę (zakończenia) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 robót budowlanych polegających na termomodernizacji budynku lub budynków na kwotę minimum 1 400 000 zł każda. W postanowieniach SIWZ Zamawiający zażądał także od wykonawców przedłożenia na potwierdzenie spełniania tego warunku oświadczenia o spełnianiu warunków (załącznik nr 2), wykazu robót budowlanych z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane w dobrej jakości (nałożycie).

Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu odbyło się w dniu 18 września 2012 r.

W postępowaniu tym złożono dwie oferty – oferta złożona przez Odwołującego i przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe AGROCOM Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej.

Do oferty Odwołującego załączone zostały oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (str. 4 oferty), wykaz wykonanych robót (str. 6 oferty) oraz referencje dotyczące wykazanych robót (str. 7-10 oferty). W załączonym wykazie wykonanych robót Odwołujący w ramach warunku wiedzy i doświadczenia wskazał na 2 prace wykonane na rzecz:

1) Invado Sp. z o.o. w okresie czerwiec 2010 r. marzec 2011 r. o wartości 1 808 100,00 zł

2) Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Nieśłyszących i Słabosłyszących w Lublińcu w okresie grudzień 2007 r. czerwiec 2010 r. o wartości 1 579 062,00 zł

Zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2013 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazanych prac na rzecz Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Nieśłyszących w Lublińcu. Podkreślił, że z informacji jakie Zamawiający otrzymał od drugiego wykonawcy, w tym z Biuletynu Zamówień Publicznych Nr 134, poz. 31553 z dnia 1 lipca 2005 r., Nr 289, poz. 67388 z dnia 21 grudnia 2005 r. oraz Nr 97, poz. 28987 z dnia 18 czerwca 2004 r., jak również pisma ze Specjalistycznego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Lublińcu z dnia 7 grudnia 2012 r. i wystąpienia pokontrolnego RIO wynikają inne niż podano w wykazie robót Odwołującego kwoty oraz daty wykonania robót.

Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. potwierdził, że przywołane referencje potwierdzają wykonanie w wyniku procedur przetargowych prac termo modernizacyjnych na budynkach (internaty, szkoły. Kuchnia, stołówka, biura, budynki mieszkalne) na łączną kwotę 1 579 062,00 zł. Podkreślił jednocześnie, że dla weryfikacji tych referencji dokonał przeglądu swoich archiwów, z czego wynikało, że wykonał prace we wskazanym zakresie na jeszcze większą kwotę niż wynika to z referencji, tj. na kwotę: 1 748 659,09 zł. Dodatkowo wyjaśnił, że na przestrzeni ostatnich lat wykonywał na rzecz Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Nieśłyszących w Lublińcu wiele prac, których suma przekraczała kwotę 2 milionów złotych. W związku z potrzebą wykazania się odpowiednimi referencjami Odwołujący zwrócił się do Ośrodka o wydanie referencji i nie wyklucza pomyłki tego zamawiającego w sumowaniu wartości poszczególnych prac. Wyjaśnił też, że Odwołujący, który nie wystawił przedmiotowych referencji nie może ponosić odpowiedzialności za błędy popełnione przez ich wystawcę. Odwołujący jednocześnie też przedstawił zakres poszczególnych prac wchodzących w zakres referencji z podaniem również szczegółowych kwot poszczególnych robót oraz szczegółowych dat ich realizacji.

Niezależnie od powyższego w przypadku uznania przez Zamawiającego wskazanych wyjaśnień za wystarczające Odwołujący dodatkowo podkreślił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wymagane przez Zamawiającego bowiem wykonał także inne wymienione roboty budowlane, tj.:

- ogrzewanie podłogowe wraz z posadzkami;
- kotłowni olejowej 220 kW;
- instalacji kominowych;
- wentylacji wraz z rekupacją;
- elewacji budynków;
- dachu;
- izolacji termicznych budynku;
- montaż drzwi i okien;
- instalacji wod.-kan.;
- prace ogólnobudowlane: płytkowanie, tynkowanie, prace wykończeniowe,

wykonane na rzecz Meblonowak z siedzibą w Dobrodzieniu na kwotę: 1 652 000,00 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełniania oferty o wykaz robót budowlanych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazując, że w związku ze złożonymi wyjaśnieniami nie może uznać wykazanych przez Odwołującego robót, wykonanych na rzecz Ośrodka w Lublińcu.

Odwołujący pismem z dnia 9 stycznia 2013 r. uzupełnił ofertę dołączając nowy wykaz wykonanych robót budowlanych, wskazując tam w zamian za prace wykonane na rzecz Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Nieśłyszących w Lublińcu prace wykonane w latach 2008 r. i 2010 r. na rzecz Meblonowak z siedzibą w Dobrodzieniu na kwotę 1 652 000,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w związku z uzupełnionym wykazem robót, tj. o wskazanie, w jakich konkretnie terminach i na jakie kwoty zostały wykonane prace dla zamawiającego, tj. Meblonowak z siedzibą w Dobrodzieniu.

W piśmie z dnia 10 stycznia 2013 r. Odwołujący wyjaśnił, że wskazane prace zostały wykonane w ramach jednej umowy na kwotę 1 652 000,00 zł w okresie 8 września 2008 – 29 grudnia 2010 r. Wskazał jeszcze raz zakres wykonywanych prac w ramach tego zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2013 r. poinformował Odwołującego, że unieważnił swoją czynność wystąpienia do Odwołującego w dniu 8 stycznia 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania oferty o wykaz robót budowlanych a także wezwania do wyjaśniania uzupełnionego wykazu robót.

Pismem z tej samej daty Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe AGROCOM Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazano, że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje co do robót budowlanych wykazanych w wykazie robót. Chodziło o roboty wykonane na rzecz Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Niesłyszących w Lublińcu na kwotę: 1 579 062,00 zł w dacie grudzień 2007 czerwiec 2010 r.

Wskazana czynność została zaskarżona w trybie odwołania aktualnie rozpoznawanego przez Izbę.

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

W ocenie Izby Zamawiający naruszył obowiązujące przepisy prawa wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji uznając, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Przywołany art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Stosownie zaś do art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji stwierdzenia przez Zamawiającego, że po pierwsze wykonawca podał nieprawdziwe informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a po drugie informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, tj. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej czy też unieważnienie postępowania, z którymi to czynnościami wiąże się sytuacja danego wykonawcy w tym postępowaniu związana z uzyskaniem przez niego tego zamówienia. Wskazana przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania została ukształtowana przez ustawodawcę jako niezależna od przesłanki opisanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający wyklucza wykonawcę, jeśli wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie wykazane przez Zamawiającego jako podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania nieprawdziwe informacje dotyczą oceny spełniania warunku

udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W informacji o wynikach postępowania Zamawiający wskazał, że nieprawdziwe informacje podane przez Odwołującego dotyczą prac na rzecz terminów wykonania Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Niesłyszących w Lublińcu, wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, jak i wartości tych robót. W toku rozprawy Zamawiający dodatkowo wskazywał, że wykazane zamówienie stanowi *de facto* kilka pojedynczych zamówień zrealizowanych po przeprowadzeniu kilku odrębnych postępowań o zamówienie publiczne, o łącznej wartości tych zamówień. Powyższe potwierdzają stwierdzenia zawarte w treści referencji, ustaleniach Zamawiającego, jak i wyjaśnieniach udzielonych przez samego Odwołującego. Okoliczności tej tak w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed Zamawiającym, jak i w trakcie postępowania odwoławczego, nie negował sam Odwołujący, wręcz potwierdzając te okoliczności. W toku rozprawy przed Izłą Odwołujący wprost stwierdził, że Zamawiający w opisie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie wymagał od wykonawców, aby wykazali się odrębnymi zamówieniami na roboty budowlane każde o określonej wartości. Powyższe okoliczności wyraźnie wskazują na odmienny sposób interpretacji treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego przez Zamawiającego w SIWZ niż to prezentuje Zamawiający.

Odwołujący zatem opis tego warunku rozumiał jako możliwość wykazania się każdym zamówieniem na prace termomodernizacyjne budynku lub budynków rozumiane jako ciąg prac realizowanych na rzecz określonego podmiotu na kwotę 1 400 000,00 zł w okresie ostatnich pięciu lat, rozumiane jako sytuacja, kiedy realizacja tych prac zakończyła się we wskazanym okresie. Taki sposób pojmowania opisu warunku udziału w postępowaniu Odwołujący konsekwentnie prezentował tak w treści swojej oferty - wykazując się treścią referencji, w których wyraźnie wskazano na wykonanie kilku robót budowlanych realizowanych w ramach kilku procedur przetargowych na rzecz tego samego podmiotu na łączną kwotę 1 579 062,00 zł - w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach dotyczących przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentów, jak i w toku postępowania odwoławczego. Tymczasem Zamawiający wskazany opis warunku w SIWZ rozumiał jako konieczność wykazania się odrębnymi dwoma robotami budowlanymi, polegającymi na termomodernizacji budynku lub budynków o wartości każda z tych robót: 1 400 000,00 zł, realizowanych w okresie ostatnich 5 lat.

Powyższa rozbieżność w rozumieniu treści warunku udziału w postępowaniu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym stała się podstawą do uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący podaje nieprawdziwe informacje w postępowaniu w celu uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. Zdaniem Izby taki sposób postępowania Zamawiającego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. W przedmiotowej sprawie *de facto*

możemy mówić o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, tj. warunku, który wyraźnie - biorąc pod uwagę jego literalną treść – odnosił się do wykazania się realizacją dwóch odrębnych robót budowlanych, a więc pozyskanych w ramach co najmniej odrębnych kontraktów, o wartości każda z tych robót 1 400 000,00 zł. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu stanowi zaś odrębną od art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, opisaną w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W przypadku stwierdzenia, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający, uznając, że w tym przypadku mamy do czynienia z błędnym dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ma obowiązek wezwania takiego wykonawcy do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co zresztą Zamawiający w niniejszej sprawie pierwotnie uczynił. Nie możemy jednak w takiej sytuacji mówić o nieprawdziwych informacjach podanych przez Odwołującego.

Błędna interpretacja postanowień SIWZ nie może stanowić podstawy do uznania, że mamy do czynienia z podaniem nieprawdziwych informacji. Podobne stanowisko w tym zakresie wyraził Sąd Okręgowy w Toruniu w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt: VI Ga 134/12. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone we wskazanym orzeczeniu Sądu Okręgowego w Toruniu, który wskazał zamawiającego, dokonując oceny dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie wykonawcy, powinien w pierwszej kolejności wykluczyć zaistnienie błędnej interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub omyłki wykonawcy. W przypadku zaś wadliwej interpretacji specyfikacji w zakresie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i pozostawania w przekonaniu o spełnieniu tychże warunków, a w konsekwencji przedstawiania dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca taki automatycznie podlegałby sankcji wykluczenia z postępowania, co jest niedopuszczalne w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca w sposób niezależny ukształtował odrębną w tym zakresie przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W przedmiotowej sprawie – jak wskazano – nie możemy w żadnym przypadku mówić o celowym działaniu ze strony Odwołującego podania nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia, tylko o omyłkowym postrzeganiu zapisów SIWZ, co do oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, co nie mogło stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz wezwania go do uzupełniania dokumentów.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że Izba nie dokonywała oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie nowej roboty wykazanej przez niego w uzupełnionym wykazie robót, wobec nie objęcia tej kwestii zaskarżeniem

Odwołującego i wobec samej czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Co do zaskarżenia czynności unieważnienia czynności wezwania do uzupełniania

dokumentów, Izba uznała, że ta czynność Zamawiającego w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawych sprawy była nieprawidłowa.

Powyższe nie podważa jednak możliwości unieważnienia przez Zamawiającego określonej, dokonanej przez siebie czynności w postępowaniu jako takiej. Brak możliwości samoweryfikacji prawidłowości dokonania swoich czynności w postępowaniu przez zamawiającego świadczyłby o nakazie dla zamawiającego określonego, nieprawidłowego działania w postępowaniu i ewentualnego zawarcie nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób świadomy i wręcz celowy, w sytuacji gdyby w takim postępowaniu wykonawcy z jakiś powodów nie chcieli korzystać ze środków ochrony prawnej. Zdaniem Izby takiemu zachowaniu przeczą przepisy ustawy Pzp. Jako podstawę prawną do samoweryfikacji nieprawidłowo dokonanych w postępowaniu przez zamawiającego czynności może stanowić art. 84 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (brak naprawienia określonych błędów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego do momentu udzielenia przez niego zamówienia publicznego, prowadziłby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu).

W przedmiotowej sprawie jednakże działania Zamawiającego, polegające na unieważnieniu dokonanej przez siebie czynności wezwania Odwołującego do uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz wyjaśnienia treści dokumentów były sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, skoro do podjęcia takiego działania ze strony Zamawiającego (przede wszystkim skierowania wezwania do uzupełniania dokumentów) zmuszały go te przepisy.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przywołane w odwołaniu naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp potwierdziło się.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, uznając jednocześnie, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania, 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 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 kwocie 10 000 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....