

Sygn. akt: KIO 1511/12

**WYROK**  
z dnia 31 lipca 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2012 r. przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych, Plac Niepodległości 1, 22-100 Chełm**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A., T4B Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia odwołującego z postępowania dokonanych dnia 5 lipca 2012 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych, Plac Niepodległości 1, 22-100 Chełm** i

---

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Lubelskiego Zarządu Obsługi Przejść Granicznych, w Chełmie** na rzecz **ERBUD S.A., w Warszawie** kwotę 23 600 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Lublinie.

**Przewodniczący: .....**

---

Sygn. akt: KIO 1511/12

**Uzasadnienie**

Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych w Chełmie (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „BUDOWĘ PRZEJŚCIA GRANICZNEGO W DOŁHOBYCZOWIE - ETAP I, część IV” .

Odwołujący: ERBUD S.A. w Warszawie wniósł dnia 16.07.2012 r. odwołanie od czynności Zamawiającego tj. od:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- b) czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: Budimex S.A. Warszawa i T4B Spółka z o.o. Al. Warszawa (dalej „Konsorcjum Budimex”) jako najkorzystniejszej,
- c) czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy ERBUD S.A. Warszawa, Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
  - a) art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez unieważnienie czynności z dnia 18 maja 2012 r. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz poprzez wybór oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej,
  - b) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, iż Odwołujący nie złożył nieprawdziwych informacji,
  - c) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania,

pomimo, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu,  
d) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z Postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
  - b) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
  - c) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
  - d) uznanie dokonanego przez Zamawiającego w dniu 18 maja 2012 r. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej za prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy.
- Względnie, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.  
Odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która zawiera najniższą cenę i jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert.  
Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.  
Stosownie do pkt 7.1 SIWZ, o udzielenie niniejszego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy uczestniczyli w wykonaniu (tj. zakończeniu) jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu systemów niskonapięciowych obejmujących co najmniej jeden lub

---

kilka łącznie z następujących systemów niskonapięciowych obejmujących co najmniej jeden lub kilka łącznie z następujących systemów: SKD, SSWIN, SSP, CCTV, SWOC, ANPR, TCS SSR, okablowanie strukturalne, sieci WLAN o wartości: 1) co najmniej 12,00 mln PLN brutto lub 2) co najmniej 15,00 mln brutto, w przypadku wykonania kilku systemów łącznie.

Zamawiający nie zamieścił definicji poszczególnych systemów wskazanych w warunku udziału w postępowaniu. W treści SIWZ nie wprowadzono wymogu udokumentowania przez wykonawcę wartości wykonanych systemów niskonapięciowych. Potwierdzenie spełnienia opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu miało nastąpić poprzez złożenie oświadczenia wykonawcy w wykazie zrealizowanych robót budowlanych.

Odwołujący stwierdza, że spełnił powyżej postawiony warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, co potwierdził dołączając do oferty list referencyjny wystawiony przez Gdański Uniwersytet Medyczny z dnia 3.01.2012 r., z którego wynika, iż wykonał roboty budowlane polegające na budowie obiektu Centrum Medycyny Inwazyjnej w Gdańsku (CMI), w tym polegające na wykonaniu systemów niskonapięciowych takich jak m.in. systemu sygnalizacji pożarowej SAP z systemem Gemos, dźwiękowego systemu ostrzegawczego DSO, systemów alarmowych SSWiN, telewizji przemysłowej CCTV, zabezpieczenia ogólnego i kontroli dostępu KD, systemów audiowizualnych i telewizji dydaktycznej, TV-SAT, instalacji teletechnicznych dla potrzeb medycznych - instalacji przyzywowych i kontroli wejścia, systemu przywoławczego, okablowania strukturalnego i telefonicznego). W celu wykazania spełnienia w/w warunku wiedzy i doświadczenia ERBUD S.A. do oferty dołączył również wykaz, w treści którego zawarł informację o zrealizowanych w ramach w/w inwestycji systemach niskonapięciowych o wartości 18.893.944 zł brutto - zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ oraz oświadczenie o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Ustawy na zał. nr 2 do SIWZ.

Ponadto, Odwołujący składając wyjaśnienia pismem z dnia 7 maja 2012r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.04.2012r. (pismo TZ-3231/6/12) ponownie oświadczył, iż w ramach zamówienia „Budowa obiektu Centrum medycyny Inwazyjnej ( wykazał wykonanie następujących robót budowlanych polegających na wykonaniu systemów niskonapięciowych spełniających wymagania zamawiającego: SKD, SSWiN, SSP, CCTV, okablowanie strukturalne, sieci WLAN oraz oświadczył, że łączna wartość wymienionych systemów wyniosła ponad wymagane przez Zamawiającego 15 mln zł brutto.

W związku z powyższym należy przyjąć, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu stosownie do przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

2. Odnosząc się do drugiej podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania - art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Odwołujący podnosi, iż złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia oświadczenia o wartości wykonanych systemów niskonapięciowych w ramach

---

inwestycji na budowę CMI (wartość przekraczająca wymagane warunkiem udziału w postępowaniu 15 mln zł brutto) odpowiadają prawdzie.

Punktem wyjścia wszelkich rozważań należy uczynić ugruntowane w orzecznictwie

stanowisko, iż przypisanie wykonawcy nieprawdziwych informacji jest czynnością skutkującą istotnymi następstwami prawnymi, zatem zarzut taki powinien być wykazany w sposób niewątpliwy i jednoznaczny na podstawie dowodów (wyrok KIO z dnia 29.12.2011r. sygn. KIO 2698/11). Zamawiający w uzasadnieniu decyzji z dnia 5 lipca 2012 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie wykazał w sposób ponad wszelką wątpliwość ani nie przywołał jednoznacznych dowodów, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podkreśla, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30.04.2012r. (pismo TZ-3231/6/12) złożył wyjaśnienia pismem z dnia 7 maja 2012r. dot. wartości zrealizowanych systemów. Wyjaśnienia te nie budziły wątpliwości Zamawiającego, który wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Na marginesie wskazuje, iż odnośnie w/w czynności Zamawiającego toczy się obecnie postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym w Lublinie pod sygn. akt IX Ga 238/12 (skarga konsorcjum Budimex i T4B na postanowienie KIO w sprawie 1066/12 z dnia 6.06.2012 r. o odrzuceniu odwołania), a w postępowaniu tym Zamawiający nie uwzględnił odwołania w zakresie zarzutów odnoszących się do rzekomego podania przez wykonawcę Erbud S.A. nieprawdziwych informacji, a zatem uznaje, że oferta tego Wykonawcy jest prawidłowa i takich informacji nie zawiera. Innymi słowy Zamawiający aktualnie pozostaje w sporze (broniąc wyboru oferty Erbud jako najkorzystniejszej), a równolegle unieważnia dokonanie wyboru tej oferty i wyklucza Wykonawcę Erbud z postępowania (!)

Zamawiający dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert (powyższe potwierdza fakt wezwania wykonawcy Erbud w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp pismem z dnia 22.06.2012 r. nr TZ-3231/6/12), mimo że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uległo już zakończeniu (zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp kończy się ono z chwilą wyboru oferty wykonawcy. Aby Zamawiający mógł dokonać czynności ponownej oceny ofert, musiał w pierwszej kolejności unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czego jeszcze wówczas nie uczynił, a zatem dokonał ponownego badania i oceny ofert po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czym naruszył przywołane w petitum przepisy ustawy Pzp. Bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (uczynił to dopiero w dniu 5 lipca 2012 r.), a zatem po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie mógł również badać merytorycznie rzekomych dowodów przedstawionych przez w/w Konsorcjum w dniach 8 i 29 czerwca 2012 r. Po pierwsze zostały one zgłoszone w trybie nie przewidzianym ustawą Pzp, tj. po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia i z pominięciem środków ochrony prawnej (nie może być żadnym

---

uzasadnieniem dla bezprawnych działań Zamawiającego fakt odrzucenia odwołania Konsorcjum postanowieniem z dnia 6.06.2012 r. ponieważ od tego orzeczenia służyła skarga do sądu okręgowego z czego Konsorcjum skorzystało). Reasumując, Zamawiający nie miał prawa brać pod uwagę rzekomych dowodów zgłoszonych w trybie pozaustawowym w dniach 8 i 29.06.2012 r. i na tej podstawie dokonać wykluczenia wykonawcy Erbud S.A., ale powinien czekać do prawomocnego rozstrzygnięcia toczącego się postępowania dotyczącego zarzutu podania nieprawdziwych informacji (skarga do Sądu Okręgowego została wniesiona w dniu 27.06.2012 r. a czynność, unieważnienia wykluczenia i ponownego wyboru miała miejsce w dniu 5.07.2012 r.). W konsekwencji działań Zamawiającego doszło do obejścia przepisów ustawy dotyczących środków ochrony prawnej. W świetle ustawy miejscem merytorycznego badania ewentualnych dowodów na okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji jest postępowanie ze środków ochrony prawnej (nadal się toczy). W okresie toczących się postępowania ze środków ochrony prawnej, tj. w okresie w którym zawieszeniu ulega wiązanie ofertą, Zamawiający „nie powinien podejmować żadnych czynności, z wyjątkiem jedynie odpowiedzi na odwołanie” (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, - do art. 182 - J. Pieróg, C.H. Beck, wyd. 11, rok 2012). Taki „pozaustawowy”, tj. z pominięciem środków ochrony prawnej, tryb uwzględniania żądań jednego z Wykonawców wyklucza możliwość ustosunkowania się do tych żądań przez pozostałych Wykonawców, co de facto oznacza, że zostało przeprowadzone konkurencyjne „postępowanie” w stosunku do toczącego się postępowania ze środków ochrony prawnej, „za plecami” Wykonawcy, którego oferta została pierwotnie wybrana najkorzystniejszą. Po to ustawodawca wprowadził do ustawy środki ochrony prawnej i powierzył rozstrzyganie niezależnym instytucjom, aby jeden z wykonawców z Zamawiającym nie dokonywali „sądu” nad ofertą innego wykonawcy z pogwałceniem procedur. Wykluczenie Odwołującego jest zastanawiające zwłaszcza, gdy dokonana się analizy materiału dowodowego, który miałby rzekomo świadczyć o tym, że

Odwołujący złożył informacje nieprawdziwe. Jest to w gruncie rzeczy, ten sam materiał dowody i ta sama argumentacja co przedstawiona w w/w toczącym się postępowaniu odwoławczym i skargowym. Konsorcjum w większości załączyło te same dowody, które obecnie stanowią dla Zamawiającego jedyną podstawę dla wykluczenia Wykonawcy Erbud z postępowania (pomijając oczywiście część nieczytelnych harmonogramów ze względu na które odwołanie Konsorcjum zostało odrzucone). Pozostałe dowody, a w tym opinia PISA, na którą obecnie powołuje się Zamawiający, były czytelne i jako takie nie stanowiły zdaniem Zamawiającego wystarczającej podstawy do przyjęcia, że wykonawca Erbud złożył nieprawdziwe informacje, a zatem nie stanowiły podstawy do uwzględnienia odwołania Konsorcjum. Jak pokazuje działanie Zamawiającego, nie stanowi również podstawy do uwzględnienia skargi Konsorcjum, do której ten materiał dowodowy został załączony już prawidłowo.

---

Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, iż Zamawiający błędnie uznał za wiarygodne dowody przedkładane sukcesywnie przez Konsorcjum Budimex w toku lub poza procedurą postępowania o udzielenie zamówienia. Wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wskazał, dlaczego w jego ocenie dowody przedstawione przez Konsorcjum Budimex zasługują na uwzględnienie. Brak jest w tym zakresie po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia wykluczenia z postępowania. Jak wynika ze wszystkich wyjaśnień składanych przez Wykonawcę Erbud w trakcie postępowania (i po jego zakończeniu), wartość pominiętych lub niezakwalifikowanych przez Budimex S.A. i T4B Spółka z o.o. robót budowlanych polegających na wykonaniu systemów niskonapięciowych w ramach inwestycji na budowę CMI, bez wątpienia mieści się w zakresie systemów wymaganych przez SIWZ, co oznacza, że gdyby Budimex S.A. i T4B Spółka z o.o., jak również autorzy przedstawionych ekspertyz, dokonali rzetelnych obliczeń na podstawie kompletnej dokumentacji, to zauważyliby, że ERBUD S.A. podał informacje wyłącznie prawdziwe i mające oparcie w stanie faktycznym, a wartość łączna wykonanych systemów, które zostały przez Odwołującego pominięte lub nieuwzględnione, przekracza kwotę 15 mln zł brutto.

W ocenie ERBUD S.A. - opieranie się na dowodzie z dokumentu prywatnego wydanego przez organizację, która nie jest ani instytucją zaufania publicznego (a jedynie dobrowolnym zrzeszeniem pewnej grupy przedsiębiorców), ani ekspertem w zakresie wszystkich systemów objętych wymaganiami SIWZ, a która ponadto jest silnie powiązana z jednym konsorcjantów (T4B na swoich stronach internetowych i w wielu powszechnie znanych publikacjach „chwali się” w niektórych „systemach alarmowych” monopolistyczną pozycją na rynku), zdecydowanie eliminuje sporządzony dokument jako dowód w sprawie. Jak wykazał ERBUD S.A., przedstawione Zamawiającemu przez Budimex S.A. i T4B Spółka z o.o. dokumenty i wyliczenia nie obejmują szeregu robót budowlanych polegających na wykonaniu systemów niskonapięciowych w ramach inwestycji na budowę CMI, zatem nie mogą z oczywistych względów stanowić dowodu, iż wartość systemów niskonapięciowych wykonanych w ramach inwestycji CMI jest niższa niż 15 mln zł brutto. W konsekwencji uznaje się, że ERBUD S.A. w sposób dostateczny wykazał spełnienie określonego w pkt 7.1 iż zarzut podania nieprawdziwych informacji nie budzi żadnych wątpliwości. Tym bardziej, że w toczącym się w/w postępowaniu odwoławczym, zarzutu tego nie uwzględnił.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.06.2012r., po raz kolejny złożył wyjaśnienia potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie uwzględnił tych wyjaśnień ERBUD S.A., opierając się na dokumentach (opiniach prywatnych wydanych na zlecenie strony zainteresowanej uzyskaniem zamówienia) pomijających w swej treści istotne fakty w zakresie mającym decydujące znaczenie dla wartości wykonanych systemów niskonapięciowych. Zarówno treść opinii

---

Polskiej Izby Systemów Alarmowych, jak i Politechniki Warszawskiej, obrazują zupełną dowolność w kwalifikowaniu poszczególnych zakresów i kwot do wartości wykonanych systemów napięciowych.

Dla skuteczności wykluczenia Odwołującego z postępowania zamawiający powinien udowodnić podstawy faktyczne (złożenie nieprawdziwych informacji) oraz zamiar ich podania w ofercie. (por. KIO 1999/11) „istnieje po stronie zamawiającego konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności zarzucanych odwołującemu, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Fakt złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę

zamawiający winien wykazać za pomocą dowodu wskazującego na zaistnienie zarzuczanych wykonawcy zachowań, w sposób pewny w konkretnie stwierdzonych okolicznościach". Podobnie KIO 1731/11 i 1757/11, cyt. „przepis o wykluczeniu wykonawcy z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji ma charakter sankcyjny, nie powinno się go traktować rozszerzająco i stosować w wypadku, gdy nie stwierdzono jednoznacznie owej nieprawdziwości”.

Reasumując, przyjęcie przez Zamawiającego dowodów przedłożonych przez Konsorcjum Budimex należy uznać za błędne, zaś czynność wykluczania Odwołującego z postępowania za rażąco naruszającą dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy. W konsekwencji, także czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego.

3. Niezależnie od powyższego, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przestrzega zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

lakoniczne, nigdy nie były przedmiotem Referencji w ofercie

Konsorcjum Budimex są

żądania wyjaśnień w związku z podaną w wykazie wartością wykonanych systemów niskonapięciowych. Pomimo braku weryfikacji tych referencji przyjęto - w przeciwieństwie do obecnych działań Zamawiającego - iż Konsorcjum Budimex wykazało spełnienie opisanego w pkt 7.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

Chronologia wydarzeń i czynności, jakie miały miejsce w, wskazuje na nie przestrzeganie przez Zamawiającego zasad, które statuuje przepis art. 7 ust. 1 ustawy. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy, jest niewątpliwie stosowany w toku badania i oceny złożonych ofert. Kwestia wartości systemów niskonapięciowych wykonanych przez ERBUD na obiekcie CMI była przedmiotem wyjaśnień w toku badania i oceny złożonych ofert. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.04.2012r., Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia pismem z dnia 07.05.2012r. Wyjaśnienia te były dla Zamawiającego wystarczające, skutkiem czego był wybór oferty ERBUD S.A. jako najkorzystniejszej, dokonany zawiadomieniem z dnia 18 maja 2012r. dokonał czynności wyboru oferty ERBUD S.A. jako najkorzystniejszej. Czynność wyboru oferty Odwołującego stała się przedmiotem odwołania z dnia 25 maja 2012r.

---

wnieśnionego przez Konsorcjum Budimex. Odwołanie to zostało następnie odrzucone przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowieniem z dnia 6 czerwca 2012r. sygn. akt. KIO/ 1066/12. Pomimo odrzucenia odwołania oraz faktu, iż Konsorcjum Budimex wniosło skargę na ww. postanowienie KIO, Konsorcjum to kierowało do Zamawiającego, w trybie pozaustawowym, z pominięciem środków ochrony prawnej określonych, kolejne pisma do Zamawiającego, wskazujące na rzekome nie spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Następnie, w dniu 22 czerwca 2012r. Zamawiający wezwał Odwołującego, po raz kolejny, do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości niskoprądowych. Czynność Zamawiającego była dokonana po wyborze oferty ERBUD S.A. jako najkorzystniejszej, który to wybór uprawomocnił się z chwilą ogłoszenia postanowienia KIO sygn. akt. KIO/ 1066/12.

Pomimo tego, Odwołujący kolejny raz potwierdził spełnienie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, składając jednocześnie obszernie wyjaśnienia w tym zakresie. Kolejne zdziwienie Odwołującego wywołało zawiadomienie Zamawiającego z dnia 5 lipca 2012r. o wyborze oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej. Pomimo dwukrotnego złożenia Zamawiającemu, wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania.

Wskazał na fragment pisma Zamawiającego z dnia 5 lipca 2012r., cyt. „Konsorcjum *firm*: Budimex S.A i T4B Sp. z o.o. wniosło odwołanie do KIO na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie zostało odrzucone ze względów formalnych bez merytorycznej oceny odwołania i zawartych w nim argumentów.

*W związku z postanowieniem KIO, zamawiający otrzymał od odwołującego w dniu 08.06.2012 r. oraz 29.06.2012 r. treść dowodów potwierdzających niespełnienie przez wykonawcę - Erbud S.A. warunku udziału w postępowaniu. Z załączonych dokumentów wynika, że wartość systemów wymaganych przez zamawiającego a wykonanych w ramach budowy CMI w Gdańsku wynosi poniżej 15 mln zł. Odwołujący załączył dowody m.in. SIWZ budowy CMI - Akademii Medycznej w Gdańsku. umowę na wykonanie. w charakterze generalnego wykonawcy robót budowlanych, umowy dodatkowe, protokół odbioru częściowego i końcowego, harmonogramy rzeczowo-finansowe oraz dwie opinie dot. wartości systemów niskonapięciowych spełniających wymagania zamawiającego, a*

wykonanych w ramach budowy CMI, a także interpretację aktów prawnych i norm dotyczących systemów niskoprądowych. Są to dowody, na podstawie których można określić wartość i zakres.

W związku z uzyskaniem nowych dowodów zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości i zakresu wykonanych systemów niskonapięciowych. Na wezwanie zamawiającego wykonawca ponownie potwierdził spełnienie warunku udziału w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

---

Po przeanalizowaniu złożonych przez strony postępowania dokumentów zamawiający uznał, że dowody przedstawione przez odwołującego zasługują na uwzględnienie.”

Odwołujący podkreśla, iż dowody otrzymane przez Zamawiającego w dniu 8 i 29 czerwca 2012 r. nigdy nie zostały przekazane Odwołującemu przez Zamawiającego ! Tymczasem to na ich podstawie Zamawiający dokonał w dniu 5 lipca 2012r. tak daleko idącej czynności, jak wykluczenie Odwołującego z postępowania, w szczególności w zakresie podstawy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało wystosowane do Odwołującego w dniu 22 czerwca 2012r., tymczasem kolejne dowody przedłożone przez Konsorcjum Budimex zostały przekazane Zamawiającemu dopiero w dniu 29 czerwca 2012r. Odwołujący wskazał na orzecznictwo dot. art. 7 ust. 1 ustawy, w tym GKA orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, KIO i sądów okręgowych. W toku rozprawy złożył pismo procesowe na poparcie argumentacji wraz z załącznikami, w tym oświadczeniem projektanta o realizowanych systemach niskonapięciowych, opinię rzeczoznawców o funkcjonalnym powiązaniu systemu DSO (dźwiękowy system ostrzegawczy) i systemu SAP (system sygnalizacji pożaru) oraz kwalifikacji tych systemów jako urządzeń przeciwpożarowych, zestawienie rzeczowe i wartościowe robót dla zadania CMI w Gdańsku ze wskazaniem łącznej wartości 18 893 944 zł w zestawieniu z wyliczeniem dokonany przez PISA wziętym pod uwagę przez zamawiającego przy ponownej ocenie oferty, protokół zaawansowania robót i kosztorys ofertowy dla ww zadania w części instalacji teletechnicznej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że dokonał szczegółowej analizy dokumentów źródłowych złożonych przez konsorcjum Budimex z pismem z 6 czerwca 2012 roku, w szczególności dokumentów pod pozycjami 2, 12, 18, 21 wykazu dokumentów przekazanych przy tym piśmie, uwzględniając okoliczność, że wymagał wykazania się realizacją określonych systemów w ramach realizacji jednego zamówienia (załącznik nr 13, odpowiedź na pytanie nr 2 z 20 kwietnia 2012 roku). Nie uwzględnił zamówień dodatkowych udzielanych z wolnej ręki, jako uzupełniających przy realizacji CMI i na tej podstawie wyliczył kwotę w wartości wykonanych systemów na 8 547 677 zł, tj. poniżej wymaganych 15 mln zł. Składa sporządzone zestawienie uwzględnionych prac na wyżej wskazaną kwotę. Przysnął, że w informacji o czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej nie zawarł informacji, w jakim zakresie wartościowym i w odniesieniu do których realizowanych systemów niskonapięciowych w inwestycji CMI w Gdańsku uznał doświadczenie odwołującego, a których nie uwzględnił.

Stwierdził, że wobec wykazania przez konsorcjum Budimex wymaganego doświadczenia w realizacji jednego zadania nie było potrzeby żądania wyjaśnień co do innych robót.

---

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – konsorcjum Budimex, wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że wykluczenie odwołującego spowodowało doprowadzenie postępowania do stanu zgodnego z prawem. Uznał, że zamawiający miał podstawy do sprawdzenia, po wyborze oferty, prawdziwości oświadczenia Erbud S.A. o spełnieniu warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wskazał na możliwość uchylecia się przez zamawiającego od skutków swojego oświadczenia o wyborze oferty w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego (art. 84 i 88 kc). Stwierdził, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a w jego toku przedkładał informacje niezgodne ze stanem faktycznym, wpływające na wynik postępowania. Wskazał na treść oferty odwołującego, w tym wykaz wykonanych robót (s. 13) z informacją o wykonaniu systemów niskoprądowych o wartości 18 893 944 zł z referencjami Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego o zrealizowaniu prac objętych projektem budowlanym i wykonawczym o wartości 201 412 957,89 zł.

Przystępujący wskazał na przebieg postępowania, w którym zamawiający wzywał wykonawcę do wyjaśnień w przedmiotowej sprawie, w tym wezwaniu z 30.04.2012, gdzie zamawiający żądał wyjaśnienia „w zakresie łącznej wartości, wykonanych w ramach budowy CMI, systemów niskoprądowych spełniających wymagania..” Stwierdził, że już z treści referencji wynikało, że na kwotę wskazanych w wykazie 18 mln zł składał się szereg systemów, które nie były wskazane w siwz i ogłoszeniu, a zaoferowane w tamtym przetargu instalacje teletechniczne miały wartość nie spełniające wymogu min. 15 mln zł. W ocenie przystępującego wartość robót o takich parametrach wyniosła 12 167 007,41 zł, co wynika z informacji uzyskanych od Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego zawartych w umowach tego zamawiającego z odwołującym Erbud S.A. Wskazując na otrzymane informacje stwierdził, że Erbud S.A. poświadczyl nieprawdę i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazał na orzecznictwo SN i KIO dotyczące pojęcia „nieprawdziwe informacje” użytego w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Podkreślił, że odwołujący nie zaprzeczył prawdziwości dokumentów złożonych przez konsorcjum Budimex oraz nie zaprzeczył treści dokumentów uzyskanych z Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku. Wskazał również, że przytoczenie w odwołaniu czynności wezwania do złożenia wyjaśnień z 22.06.2012 r. i wskazanie na jej bezzasadność należy uznać za spóźnione.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem odwołującego, zamawiającego i przystępującego do postępowania odwoławczego uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu, zważyła, co następuje.

---

W kwestii dopuszczalności prawa zamawiającego do badania i oceny ofert wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznaje możliwość weryfikacji przez zamawiającego podjętej pierwotnie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w sytuacji powzięcia nowych informacji dotyczących oferty mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Należy zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej. Definicja postępowania zawarta w art. 2 pkt 2a nie wskazuje takiego momentu lecz cel postępowania, jakim jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 sygn. akt: III CZP 103/10 postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 pkt 7a ustawy da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych, natomiast przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, „ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.” W takim stanie rzeczy twierdzenie o niemożności zweryfikowania przez zamawiającego wcześniejszych swoich ocen w odniesieniu do wykonawców i złożonych przez nich ofert jest niezasadne.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania w wyniku uznania, że złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia opisanego w pkt 7.1 siwz skład orzekający zauważa, że w wykazie wykonanych robót (załącznik nr 4 do oferty) wykonawca podał wartość systemów niskonapięciowych (niskoprądowych) w wysokości 18 893 944 zł tj. przekraczającą wymóg min. 15 milionów zł określony w siwz.

W związku zakwestionowaniem przez konkurencyjnego wykonawcę doświadczenia odwołującego zamawiający zażądał od odwołującego złożenia wyjaśnień w zakresie łącznej wartości systemów niskonapięciowych spełniających wymagania zamawiającego. W kolejnych wyjaśnieniach odwołujący deklarował wykonanie wymaganych systemów tj. SKD, SSIWN, SSP, CCTV, okablowanie strukturalne i sieci WLAN o wartości przekraczającej 15 mln zł. W wyjaśnieniach tych nie przedstawiał jednak żadnych wartości zrealizowanych poszczególnych systemów. Należy stwierdzić, że celem wyjaśnień jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast trudno przypisać walor wyjaśnienia stwierdzeniu, że postawione warunki zostały spełnione. Dopiero w treści odwołania wykonawca wskazał na przykłady jego zdaniem niestusznie nieuwzględnionych prac przez zamawiającego w toku kolejnego badania oferty nadal nie przedstawiając specyfikacji rzeczowo wartościowej zrealizowanych systemów.

---

Jednocześnie Izba zauważyła, że również zamawiający uzasadniając decyzję o uznaniu braku wymaganego doświadczenia odwołującego nie wskazał, pomimo stwierdzenia, że przeanalizował dokumentację pozyskaną od wystawcy referencji za pośrednictwem przystępującego, jaka jego zdaniem jest wartość wykonanych systemów zgodnych z wymogami siwz, lecz poprzestał na stwierdzeniu, że wartość takich systemów jest mniejsza niż 15 mln zł. W ocenie składu orzekającego zamawiający na tym etapie oceny ofert oparł się na opiniach Polskiej Izby Systemów Alarmowych z 22.05.2012 r. oraz Instytutu Telekomunikacji Politechniki Warszawskiej z 5.06.2012 r. sporządzonych na zlecenie członka konsorcjum przystępującego. W opiniach tych dokonano wyliczeń wartości systemów zgodnych i pokrewnych z siwz. Pierwsza z nich wskazuje na kwotę 12 167 007,41 zł, druga – 11 135 192,27 zł. Odwołujący zanegował powyższe opracowania uznając je za wewnętrznie sprzeczne i nierzetelne kwestionując kompetencje autorów i stwierdził, że oparte są one na niepełnej informacji o zakresie prac realizowanych na rzecz Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego. W wyjaśnieniach z 25.06.2012 r. wskazał przykłady bezpodstawnie, jego zdaniem, nieuwzględnionych w opiniach systemów. Nadal jednak nie przedstawił własnych obliczeń na potwierdzenie oświadczenia o spełnieniu spornego warunku udziału w postępowaniu. Zestawienie takie zawierające wyliczenie wartości systemów jako zgodnych z siwz przedmiotowego postępowaniu z odniesieniem do wyliczeń PISA odwołujący złożył na rozprawie jako załącznik nr 5 do pisma procesowego (w aktach sprawy). W powyższym zestawieniu ujęto prace wykonane zarówno na podstawie umowy głównej, jak i umów uzupełniających, a zatem analogicznie do zakresu opracowań wyżej wskazanych. Podobnie też wszyscy autorzy, w tym odwołujący przyjmowali dla niektórych elementów instalacji własne oszacowania co do zakresu, w tym w ujęciu procentowym, prac odpowiadających wymogom siwz, co może dodatkowo wyjaśnić różnice w końcowym wyniku. W tym miejscu należy zauważyć, że wymagania dotyczące wartości i rodzajów systemów niskonapięciowych określone w siwz, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 2 z dnia 20.04.2012 r. miały dotyczyć wykonania „w ramach jednego zamówienia”. Izba uznaje za uzasadnione stwierdzenie odwołującego, że w ramach zadania referencyjnego wykonywane były instalacje teletechniczne odpowiadające wymogom siwz w obecnym postępowaniu także w branżach innych, takich jak roboty budowlane, instalacje elektryczne, sieci zewnętrzne telekomunikacyjne (okoliczność nie kwestionowana na rozprawie). W ocenie Izby odwołujący wykazał także w oparciu o przedstawiony dowód z opinii rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych, że dźwiękowy system

Centrum ostrzegawczy powiązany

funkcjonalnie z systemem sygnalizacji pożaru w Medycynie Inwazyjnej stanowią wspólny system zabezpieczenia przeciwpożarowego, a zatem mogą być uwzględnione przy ustalaniu wartości na potrzeby postępowania.

---

Skład orzekający zauważył ponadto, że obliczona przez zamawiającego wartość systemów spełniających w jego ocenie warunki udziału przedstawiona w formie tabelki na rozprawie nie uwzględnia powyższego stanowiska i nie została przekonująco uzasadniona.

W toku nakazanego ponownego badania oferty odwołującego zamawiający winien uwzględnić ustalenia zawarte w niniejszym wyroku, co nie wyklucza prawa do żądania od wykonawcy żądania wyjaśnień co do przedstawionych w toku postępowania dowodów na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznaje w świetle przedstawionych w toku postępowania odwoławczego dowodów, że wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy pzp.

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

Przewodniczący: .....