

WYROK
z dnia 5 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 04.03.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, Warszawa** protestu / protestów * z dnia 01.02.2008 r.

przy udziale wykonawcy **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Warszawa**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Warszawa**.

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego Nr ref.121/07 na zarządzanie i nadzór nad projektem: „Budowa obwodnicy Gostynina w ciągu drogi krajowej nr 60 odcinek: od km 0+000,00 (km istn. 42+600,00) do km 8+804,00 (km istn. 52+566,81)” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 221-269586 w dniu 16.11.2007 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25,03-808 Warszawa zwaną dalej „Zamawiającym”.

W dniu 30.01.2008 r. firma: BUD-INVENT sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lokal 111, 02-055 Warszawa otrzymała faxem od Zamawiającego dwa pisma datowane na dzień 29.01.2008 r., w pierwszym (znak: GDDKiA-O/WA/R.2/J.G./78/2008) znajdowała się informacja o ich wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, w drugim (znak: GDDKiA-O/WA/R.2/J.G./85/2008) informacja o wynikach oceny i badania ofert, z którego także wynikało, iż zostali wykluczeni z postępowania.

W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający, stwierdził, iż jednym z warunków udziału w postępowaniu było spełnienie wymogu, aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat poprzedzających datę wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizował łącznie: a) w zakresie robót drogowych: nadzór nad robotami obejmujący budowę, przebudowę lub rozbudowę, w zakresie których wchodziło wykonanie podbudów i nawierzchni bitumicznych na drogach klasy min. GP o łącznej długości odcinków minimum 10 km, w tym co najmniej jeden odcinek o długości min. 3 km, b) w zakresie robót mostowych: nadzór nad budową jednego obiektu mostowego o długości min. 50 m. W celu potwierdzenia spełniania powyższego wymogu należało przedstawić wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 1c do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej SIWZ) oraz dołączenia dokumentów potwierdzających, że wymienione w wykazie usługi zostały wykonane należycie. W toku czynności badania i oceny ofert, Zamawiający powziął informację, na podstawie której uznał, iż część przedstawionych przez BUD-INVENT sp. z o.o. w załączniku „Doświadczenie zawodowe” informacji nie jest prawdziwa, co było powodem wykluczenia na podstawie art. 24 ust.2 pkt.2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej Pzp.

W dniu 01.02.2008 r. (wpływ bezpośredni) w nawiązaniu do informacji z dnia 29.01.2008 r. (otrzymanego 30.01.2008 r.) BUD-INVENT sp. z o.o. zwany dalej „Protestującym lub Odwołującym” wniósł protest na czynność swojego wykluczenia z postępowania i uznania złożonej przez siebie oferty za odrzuconą. Protestujący, zarzucił

3

Zamawiającemu naruszenia: art. 24 ust.2 pkt.2, art. 26 ust.4 oraz art.7 ust.1 Pzp i domagał się: 1) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym szczególności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu; 2) Odstąpienia od czynności wykluczenia Protestującego z postępowania; 3) Odstąpienia od czynności uznania złożonej przez Protestującego oferty za odrzuconą.

Zdaniem Protestującego, zapis w formularzu „Doświadczenie zawodowe” odnośnie usługi – Pełnienie funkcji Menadżera Projektu w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji finansowanej zgodnie z procedurami PHARE i standardami Unii Europejskiej pod nazwą poprawa dostępności do terenów inwestycyjnych (odc. Al. Solidarności Pracy od ul. Dożynkowej do granic miasta Lublina) obejmującej wybudowanie wiaduktu przęsłowego o długości 84 m nad istniejącą częścią drogi krajowej Nr 19, tj. obiekt mostowy o długości 84 m, droga klasy GP, całkowita długość: 1,1 km jest zgodny ze stanem faktycznym. Powyższe potwierdza, jego zdaniem, treść referencji z dnia 18.01.2008 r. wystawionych przez Urząd Miasta Lublina (sygn. IN.VI-6/0717/260/08 – stanowiących załącznik do pisma do Zamawiającego z dnia 21.01.2008 r., sygn. BI/0024/2008). Dodatkowo, powyższe potwierdza opis kontraktu, stanowiący element Raportu końcowego z realizacji inwestycji, w którym Protestujący został wskazany jako Inżynier Kontraktu (kopia Raportu końcowego z realizacji inwestycji, także stanowi załącznik do pisma do Zamawiającego z dnia 21.01.2008 r., sygn. BI/0024/2008). Odmienne w chwili obecnej punkt widzenia w tym względzie prezentowany przez Urząd Miasta Lublin (zamawiającego zlecającego wykonanie spornej usługi) jest dla Protestującego niezrozumiały.

Protestujący poprzez powołanie się na pismo z dnia 21.01.2008 r., w którym z własnej inicjatywy odniósł się do zakresu informacji, które mogą powodować wątpliwości interpretacyjne, wskazał ponownie iż sporne usługi zostały wykonane w ramach usług obejmujących część inwestycji, której nazwa została przytoczona w nazwie zamówienia („poprawa dostępności do terenów inwestycyjnych”). Protestujący podniósł, iż nazwa inwestycji została podana prawidłowo, zaś fakt nie wyszczególnienie wszystkich jej elementów, w odniesieniu do których Protestujący świadczył usługi, nie jest wystarczającą przesłanką do wykluczenia z postępowania. Nadmieniam, iż informacje dotyczące: obiektu

mostowego (84 m), klasy drogi (GP) i całkowitej długości (1,1 km), zostały zamieszczone w odrębnych akapitach, a także w przypadku każdej z nich, użyto na początku wielkiej litery. Świadczy to, zdaniem Protestującego, iż powyższe informacje odnoszą się do całej inwestycji, nie zaś do jej części. Protestujący, uważa iż, brak w stosownej rubryce formularza „Doświadczenie zawodowe” określenia wymaganego sposobu dokonania opisu zakresu usługi, prowadzi do wniosku, iż Zamawiający pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcom, dlatego podanie niepełnego, czy nieprecyzyjnego opisu, w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, iż podane zostały informacje nieprawdziwe. Protestujący powołuje

4

się także na możliwość zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust.3 lub 4 Pzp w wypadku stwierdzenia braków lub konieczności wyjaśnienia wątpliwości związanych z ofertą.

W odniesieniu do art. 26 ust. 4 Pzp, Protestujący powołując się na licznych przedstawicieli doktryny zwraca uwagę na obligatoryjny charakter żądania wyjaśnień przez Zamawiającego od Wykonawców odnośnie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu; 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, w wyznaczonym przez siebie terminie w wypadku zaistnienia względem nich wątpliwości. Powyższy obowiązek odnosi się także zdaniem Protestującego, gdy pojawia się wątpliwości dotyczące prawdziwości złożonych oświadczeń lub dokumentów. W przedmiotowym stanie faktycznym, zdaniem Protestującego, Zamawiający nie dopełnił wzmiankowanego obowiązku.

Protestujący, zwraca uwagę na fakt, iż w piśmie z dnia 21.01.2008 r., złożył deklarację udzielenia wyczerpującej odpowiedzi w wypadku wystosowania stosownego pisma o udzielenie wyjaśnień oraz wskazanie przez niego możliwości powstania wątpliwości interpretacyjnych.

W odniesieniu do art. 7 ust.1 Pzp naruszenie przez Zamawiającego powyższego przepisu, polegało zdaniem Protestującego na niezgodnym z prawem dokonaniu czynności jego wykluczenia z postępowania oraz uznania złożonej przez nich oferty za odrzuconą, jak również na niezgodnym z prawem zaniechaniu wezwania Protestującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim została zakwestionowana ich zgodności z prawem. Tymczasem, jak uważa Protestujący, rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz konsekwencje ich nie dochowania mają charakter obiektywne, a także wiążące (również dla Zamawiającego) i, w rezultacie, winny dotyczyć w równym stopniu wszystkich wykonawców.

Uszczerbek Protestującego w interesie prawnym polegał na tym, iż w razie nie dokonania spornej czynności przez Zamawiającego, oferta Protestującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 04.02.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. W dniu 07.02.2008 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania protestacyjnego przyłączył się po stronie Zamawiającego: ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 02-055 Warszawa zwana dalej „Przystępującym”.

W ramach przyłączenia do protestu Przystępujący wniósł o oddalenie protestu i podtrzymanie decyzji o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Wskazał, iż posiada

5

interes prawny, albowiem w przypadku uznania wniosków Protestującego oferta Przystępującego nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Przystępujący, podnosi, iż zgodnie z art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a zatem gdy informacje istotne dla prowadzonego postępowania są nieprawdziwe. Jeżeli informacje nieprawdziwe mają wpływ na wynik postępowania - dotyczą zarówno warunków podmiotowych, jak i w związku z przedmiotem zamówienia – Zamawiający ma, jego zdaniem, obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Do informacji istotnych, Przystępujący zalicza wszystkie, które mają wpływ na ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, zarówno dotyczące strony podmiotowej, jak

i przedmiotu zamówienia. Stwierdzenie nieprawdziwości dostarczonych informacji nie może pozostawiać wątpliwość co tego, że złożone pisemnie oświadczenie jest nierzetelne, a załączone dokumenty fałszywe lub stwierdzające nieprawdę. Powyższe musi być udokumentowane, nie może pozostawiać wątpliwości co do tego, jakie informacje (które dane) zostały podane jako nieprawdziwe (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18.11.1999 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1094/99). Przystępujący stwierdza, iż na potwierdzenie wymaganego warunku przez Zamawiającego Protestujący wykazał się trzema zamówieniami, na potwierdzenie których załączył referencje od zamawiających. W toku jednak postępowania, okazał się jednak iż trzecie z wykazanych zamówień, nie dotyczyło żadnego obiektu mostowego i nadzór inwestorski nie obejmował nadzoru nad robotami mostowymi, co potwierdza, zdaniem Przystępującego SIWZ z tego postępowania.

W związku z powyższym zdaniem Przystępującego Protestujący nie tylko nie spełnia warunków określonych w SIWZ, ale dane wskazane w ofercie i mające istotny wpływ na wynik postępowania były nieprawdziwe, co czyni działanie zamawiającego słusznym.

Jak podnosi dalej Przystępujący, jeżeli Zamawiający stwierdzi, że w stosunku do wykonawcy zachodzi jedna z okoliczności wymienionych w 14-nastu pkt. art. 24 Pzp, ma obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania. Zgadza się, iż co prawda nie ma obowiązku sprawdzania co do zgodności z prawdą wszelkich oświadczeń złożonych przez wykonawców, jednak rozsądnym i właściwym jest, aby oświadczenia te były weryfikowane z treścią złożonych dokumentów (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.06.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1485/05, LEX nr 174638).

Odnosnie art. 26 ust.4 Pzp., Przystępujący podkreśla, iż ma on zastosowanie, gdy dokumenty budzą wątpliwości Zamawiającego. Jego zdaniem, ta sytuacja nie miała miejsca, gdyż Zamawiający wątpliwości wynikające z dokumentów załączonych do oferty tej spółki rozstrzygnął bez wzywania wykonawcy. Dysponując SIWZ z postępowania, w którym uczestniczył Protestujący, Zamawiający ustalił, że informacje w jego ofercie, co do których

6

powziął wątpliwości były nieprawdziwe. W tym kontekście, uważa iż zarzut odnośnie art. 7 ust.1 Pzp, jest także chybiony.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazane Protestującym w tych samym dniu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło przez Zamawiającego pismem z dnia 14.02.2008 r. faxem poprzez jego oddalenie.

Zamawiający stwierdził, iż podtrzymuje decyzję o wykluczeniu Protestującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt.2 Pzp oraz nie uwzględnieniu zarzutu postawionego w proteście dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.4 Pzp.

Zamawiający potwierdza, iż informacja zawarta w wykazie potwierdzającym posiadane doświadczenie, dotycząca wskazanej spornej usługi, ma wpływ na wynik postępowania; od jej (nie)uwzględnienia zależy ocena potencjału Protestującego w kontekście przedmiotowego zamówienia, a tym samym możliwości jego udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, stwierdza, iż okoliczność, iż Protestujący dysponuje wymaganym doświadczeniem, nie wynikającym jednak z załączonych do oferty wykazu i referencji, nie ma wpływu na stwierdzenie, iż Protestujący złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Nie uwzględnia także zarzutów ani żądań zawartych w proteście, w tym także zarzutu dotyczącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców poprzez niestosowanie rygorów postępowania w równym stopniu wobec wszystkich wykonawców.

W dniu 18.02.2008 r. Protestujący na oddalenie protestu (otrzymane faxem 14.02.2008 r.) wniósł odwołanie (dowód wniesienia wpisu z dnia 18.02.2008 r.) do Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosząc o:

1) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym w szczególności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu; 2) Odstąpienia od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; 3) Odstąpienia od czynności uznania złożonej przez Odwołującego oferty za odrzuconą.

Odwołujący stwierdził, iż ciężar udowodnienia okoliczności skutkujących wykluczeniem z postępowania, spoczywa na Zamawiającym. Oparcie się tylko i wyłącznie na piśmie z Urzędu Miasta Lublin jest błędne, zwłaszcza iż ten sam Urząd wystawił dnia

18.01.2008 r., referencje oznaczone sygn. IN.VI-6/0717/260/08, z których treści wynika coś wręcz przeciwnego. Ponadto, zwraca uwagę, iż Zamawiający, winien dokładnie, a nie wybiórczo przeanalizować informacje, szczególnie w sytuacji, gdy dotyczą one możliwości złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (por. np. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-725/05; A. Elżanowska, M. Śledziwska: Zbiory orzecznictwa Becka: Prawo

7

Zamówień Publicznych, Wydawnictwo C.H. Becka, W-wa 2007, s.159). Odwołujący nie rozumie, dlaczego Zamawiający oparł swoją decyzję na odpowiedzi od Urzędu Miasta Lublin, a zignorował dostarczone dodatkowe referencje i Raport końcowy z realizacji inwestycji.

Odwołujący podkreślił, iż wzmiankowana „poprawa dostępności” występuje w treści wykazu załączonego przez niego do oferty, w treści referencji załączonych do pisma Odwołującego z dnia 21.01.2008 r., a także w treści Raportu końcowego z realizacji inwestycji. W rezultacie, zdaniem Odwołującego, dysponuje on doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, a nie zapewnienie możliwości złożenia wyjaśnień narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust.1 Pzp), gdyż stwarzało ryzyko podjęcia przez Zamawiającego wadliwych czynności.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego, Odwołujący stwierdził, iż w przedmiotowym przypadku, są co najmniej istotne wątpliwości co do tego, czy w ogóle, zostały przez niego podane jakiekolwiek nieprawdziwe informacje. Odwołujący podnosi, iż okoliczność iż sporne zamówienie nie dotyczyło żadnego obiektu mostowego i nadzór inwestorski nie obejmował nadzoru nad robotami mostowymi, nie została w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wykazana, w szczególności z uwagi na to, iż Zamawiający nie wziął pod uwagę wszystkich posiadanych informacji i dokumentów, a także uchybił, wynikającemu z art. 26 ust.4 Pzp obowiązkom. Zwraca także uwagę, iż każde wykluczenie musi być rozumiane w sposób obiektywny, tj. oparte na nie budzących wątpliwości zweryfikowanych w wystarczający sposób faktach. Odwołujący dodatkowo, stwierdza, iż wbrew twierdzeniom Przystępującego art. 26 ust. 4 Pzp ma zastosowanie, a Zamawiający ma wręcz obowiązek wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący stwierdził, iż nie sposób przyjąć, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający mógł uzyskać pewność, co do okoliczności, podanych jako podstawa faktyczna wykluczenia jego z postępowania, ani też, że rozpatrzył zagadnienie rzekomego złożenia nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, z różnych stron, w celu jego zrozumienia lub wyjaśnienia.

Odnosząc do art. 7 ust.1 Pzp, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający musi przeanalizować, rozważyć i wziąć pod uwagę wszystkie, a nie jedynie niektóre, spośród znanych mu okoliczności. Zbyt wybiórcze działanie, oparte na nie wystarczających dowodach, przy jednoczesnej wybiórczej, niepełnej i uznaniowej ocenie materiału dowodowego jest zatem równoznaczne z naruszeniem powołanego przepisu. Ponadto, Odwołujący postuluje, aby z równo wnikliwością co jego dokumenty Zamawiający weryfikował analogiczne dokumenty złożone przez pozostałych wykonawców.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu faxem.

8

Zawiadomienie o otrzymaniu kopii odwołania, wraz z wezwaniem uczestników postępowania protestacyjnego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 19.02.2008 r. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przyłączyła się w dniu 27.02.2008 r. firma ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ta sama która przyłączyła się na etapie protestu. W swoim przyłączeniu, podtrzymała swoje zarzuty i całą argumentację z wcześniejszego przyłączenia, rozszerzając tylko zakres o załączone fragmenty SIWZ spornej inwestycji.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonymi w sprawie dowodami i po wysłuchaniu stron na

rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W toku rozprawy skład orzekający Izby dopuścił następujące dowody:

1) Referencje wystawione przez Urząd Miasta Lublin z dnia 18.01.2008 r. – przedłożone przez Odwołującego; 2) Wyciąg z oferty, tj. załącznik nr 3 do SIWZ – wykaz odnoszący się do doświadczenia zawodowego, złożony w postępowaniu prowadzonym w przetargu nieograniczonym na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami obejmującymi „Przebudowę drogi nr 61 Warszawa – Ostrołęka na odcinku przejścia przez m. Legionowo odcinek II od km 19+515 do km 20+390 wraz z wiaduktem nad torami PKP” – przedłożony przez Odwołującego; 3) Wyciąg z oferty, tj. załącznik nr 1c do SIWZ – wykaz odnoszący się do doświadczenia zawodowego, złożony w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania – przedłożony przez Odwołującego; 4) Wezwanie z dnia 20.02.2008 r. wystosowane przez Zamawiającego do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (znak: GDDKiA-O/WA/R.2/B.M./135/2008) w przetargu nieograniczonym na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami obejmującymi „Przebudowę drogi nr 61 Warszawa – Ostrołęka na odcinku przejścia przez m. Legionowo odcinek II od km 19+515 do km 20+390 wraz z wiaduktem nad torami PKP” – przedłożone przez Odwołującego; 5) Pismo z dnia 22.02.2008 r. stanowiące odpowiedź na wezwanie z dnia 20.02.2008 r. do uzupełnienia załączonego do oferty wykazu oraz dokumentów w przetargu nieograniczonym na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami obejmującymi „Przebudowę drogi nr 61 Warszawa – Ostrołęka na odcinku przejścia przez m. Legionowo odcinek II od km 19+515 do km 20+390 wraz z wiaduktem nad torami PKP” – przedłożone przez Odwołującego; 6) Pismo Zamawiającego (znak: GDDKiA-O/WA/R.2/B.M./156/2008) z dnia 28.02.2008 r. skierowane

9

do Odwołującego odnośnie badania i oceny ofert złożonych w przetargu nieograniczonym na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami obejmującymi „Przebudowę drogi nr 61 Warszawa – Ostrołęka na odcinku przejścia przez m. Legionowo odcinek II od km 19+515 do km 20+390 wraz z wiaduktem nad torami PKP” – przedłożone przez Odwołującego; 7) Wyrok KIO z dnia 31.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 119/07 – przedłożony przez Odwołującego. Ponadto, skład orzekający Izby wziął pod uwagę: 1) Raport końcowy z realizacji inwestycji finansowanej z funduszy Unii Europejskiej (Warunki kontraktowe FIDIC) przedłożony przez Odwołującego razem z pismem z dnia 21.01.2008 r. przesłanym Zamawiającemu, 2) Ofertę, tj. załącznik nr 1c do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi realizację wykazanych zamówień, jak również 3) SIWZ (czyli, jak określił Zamawiający Instrukcja dla Wykonawców) w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, skład orzekający Izby stwierdził biorąc pod uwagę przedłożone dowody w sprawie i złożone podczas rozprawy wyjaśnienia stron, iż powyższe naruszenie nie miało miejsca.

Zgodnie ze SIWZ (pkt. 6.3 Instrukcji dla Wykonawców), Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy w ramach doświadczenia zawodowego wykazali się, że w okresie ostatnich trzech lat poprzedzających datę wszczęcia postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizowali łącznie:

- a) w zakresie robót drogowych: nadzór nad robotami obejmujący budowę, przebudowę lub rozbudowę, w zakresie których wchodziło wykonanie podbudów i nawierzchni bitumicznych na drogach klasy min. GP o łącznej długości odcinków minimum 10 km, w tym co najmniej jeden odcinek o długości min. 3 km,
- b) w zakresie robót mostowych: nadzór nad budową jednego obiektu mostowego o długości min. 50 m.

Każde wykazane zadanie mogło równocześnie potwierdzać spełnianie obu powyższych warunków. Aby powyższy warunek można było uznać za spełniony fakt, że wyżej wymienione usługi zostały wykonane należycie musiał być udokumentowany przez poprzednich zamawiających.

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków przez Wykonawców

Zamawiający wymagał przedłożenia (pkt. 7.4.8 Instrukcji dla Wykonawców) wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 1c. Wykaz musiał potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 6.3 Instrukcji dla

10

Wykonawców. Do wykazu winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w wykazie usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący w ramach swojej oferty załączył wykaz (strona 38 i 39 oferty załącznik nr 1c do SIWZ; Wyciąg z oferty, tj. załącznik nr 1c do SIWZ – wykaz odnoszący się do doświadczenia zawodowego, złożony w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania - przedłożony przez Odwołującego) z 3-ma następującymi zamówieniami:

- 1) Pełnienie funkcji Menadżera Projektu (zamiennie zwanego Inżynierem Kontraktu) w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji finansowej zgodnie z procedurami PHARE i standardami Unii Europejskiej pod nazwą przebudowa obwodnicy miasta Lublin, droga S-19, północny wylot z Lublina (przebudowa Al. Spółdzielczości Pracy na odcinku od Al. Morawskiego do ul. Dodysa). Droga klasy GP, całkowita długość 1,1 km (zamawiający Urząd Miasta Lublin);
- 2) Inżynier Kontraktu dla zadania współfinansowanego z funduszy Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego na wykonanie robót budowlanych dla projektów: przebudowa drogi krajowej nr 1 – Al. Włókniarzy na odcinku od Zgierskiej do ul. Pabianickiej. SPOT/2.2/39/04, nr 2 Modernizacja ciągu komunikacyjnego – Wojska Polskiego – Brzezińska na odcinku od ul. Strykowskiej do ul. Spiskiej wraz z wiaduktem (droga krajowa nr 72). SPOT/2.2/40/04 – w tym budowa obiektu mostowego; droga klasy GP, całkowita długość 9 km (zamawiający Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi);
- 3) Pełnienie funkcji Menadżera Projektu (zamiennie zwanego Inspektorem Kontraktu) w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji finansowej zgodnie z procedurami PAHRE i standardami Unii Europejskiej pod nazwą poprawa dostępności do terenów inwestycyjnych (odc. Al. Spółdzielczości Pracy od ul. Dożynkowej do granic miasta Lublina) – obiekt mostowy (84 m.), droga klasy GP, całkowita długość 1,1 km (zamawiający Urząd Miasta Lublin).

Na potwierdzenie, których Odwołujący załączył referencję od zamawiających.

W odniesieniu do trzeciego z wykazanych zamówień, Odwołujący w przedmiotowym wykazie określił czas realizacji od 03.2003 r. do 12.2005 r. Ponadto, przedstawił, iż w ramach pełnienia funkcji Menadżera Projektu (zamiennie zwanego Inspektorem Kontraktu) w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji finansowej zgodnie z procedurami PAHRE i standardami Unii Europejskiej pod nazwą poprawa dostępności do terenów inwestycyjnych (odc. Al. Spółdzielczości Pracy od ul. Dożynkowej do granic miasta Lublina) miała miejsce inwestycja obejmująca obiekt mostowy (84 m.), droga klasy GP, całkowita długość 1,1 km (zamawiający Urząd Miasta Lublin). Na potwierdzenie, której

11

przedłożył Odwołujący referencje z dnia 07.11.2005 r., na wartość kontraktu 3.109.045,93 EUR.

W przedmiotowej sprawie skład orzekający Izby, podziela stanowisko przywołanego w pismach przez strony, orzeczenia Zespołu Arbitrów, iż stwierdzenie nieprawidłowości oświadczenia (.....) musi być udokumentowane, nie może pozostawiać wątpliwości co do tego, jakie informacje (które dane) zostały podane jako nieprawdziwe (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18.11.1999 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1094/99), tylko bowiem w takiej sytuacji można stwierdzić w sposób nie budzący wątpliwości o zaistnieniu przesłanek warunkujących zastosowanie art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp. Aby powyższą pewność uzyskać niezbędne jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. Przy czym nie chodzi o uzupełnianie brakujących oświadczeń lub dokumentów (co w takiej sytuacji jest niedopuszczalne), celem potwierdzenia spełniania kwestionowanego warunku, ale weryfikacja treści złożonych oświadczeń. Należy w tym miejscu dodać, iż w odróżnieniu od uzupełniania dokonywanego w trybie art. 26 ust.3 wyjaśnianie oparte na ust.4 niniejszego artykułu nie musi mieć

charakteru jednokrotnego, lecz powinien mu przyświecać cel główny, tj. autorytatywne wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości, w tym wypadku odnośnie zgodności z prawdą spornego oświadczenia złożonego przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający stwierdził, iż mimo niedochowania obowiązku z art. 26 ust. 4 Pzp, fakt złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania jest niezaprzeczalny i wynika m.in. z przedłożonego przez Odwołującego podczas rozprawy materiału dowodowego. Należy jednakże zaznaczyć, iż powyższe nie miało charakteru celowego, lecz wynikało z niezrozumienia zapisów SIWZ.

Odwołujący w przywołanym wykazie w ramach pozycji trzeciej przytoczył inwestycje obejmującą obiekt mostowy (84 m.), droga klasy GP, całkowita długość 1,1 km (zamawiający Urząd Miasta Lublin), jednakże mimo, iż tak w wykazie do przedmiotowego postępowania, jak i wykazie (analogicznym w swej treści) załączonym jako dowód podczas rozprawy złożonym w postępowaniu prowadzonym w przetargu nieograniczonym na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami obejmującymi „Przebudowę drogi nr 61 Warszawa – Ostrołęka na odcinku przejścia przez m. Legionowo odcinek II od km 19+515 do km 20+390 wraz z wiaduktem nad torami PKP” określił, iż powyższa inwestycja mieści się w okresie czasowym od 03.2003 r. do 12.2005, to z pisma z dnia 22.02.2008 r. przedłożonego przez Zamawiającego w przetargu nieograniczonym na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami obejmującymi „Przebudowę drogi nr 61 Warszawa – Ostrołęka na odcinku przejścia przez m. Legionowo odcinek II od km 19+515 do km 20+390 wraz z wiaduktem nad torami PKP”, jak i Raportu końcowego (str.3) z realizacji inwestycji finansowanej z funduszy Unii Europejskiej (Warunki kontraktowe FIDIC) przedłożonego przez Odwołującego razem z pismem z dnia 21.01.2008 r. przesłanym Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu

12

wynika, iż czasokresem tym był przedział czasowy między 05.2005 a 11.2007 r. Powyższe bezspornie potwierdza złożenie nieprawdziwego oświadczenia w pierwszym wypadku. Kolejna sprzeczność powodująca nieprawdziwość złożonego oświadczenia jest fakt wykazania obiektu mostowego w pozycji trzeciej razem z inwestycją pod nazwą poprawa dostępności do terenów inwestycyjnych (odc. Al. Spółdzielczości Pracy od ul. Dożynkowej do granic miasta Lublina), gdy tak z Raportu końcowego (str.3) z realizacji inwestycji finansowanej z funduszy Unii Europejskiej (Warunki kontraktowe FIDIC) przedłożonego przez Odwołującego razem z pismem z dnia 21.01.2008 r. przesłanym Zamawiającemu, jak i z pisma z dnia 22.02.2008 r. przedłożonego przez Zamawiającego w przetargu nieograniczonym na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami obejmującymi „Przebudowę drogi nr 61 Warszawa – Ostrołęka na odcinku przejścia przez m. Legionowo odcinek II od km 19+515 do km 20+390 wraz z wiaduktem nad torami PKP” wynika, iż są to dwie odrębne inwestycje realizowane w ramach oddzielnych kontraktów, czyli umów będących rezultatem udzielenia zamówienia publicznego po przeprowadzeniu dwóch oddzielnych postępowań. W tym drugim wypadku, na budowę 724 m drogi krajowej Nr 19 – jako dwuprzestrzennej, czteropasmowej drogi o projektowanym obciążeniu 115 kN/os, wybudowaniu wiaduktu przęsłowego o długości 84 m nad istniejącą częścią drogi krajowej Nr 19 oraz nowego wylotu z drogi krajowej Nr 17 od ul. Mełgiewskiej do istniejącego połączenia umożliwiającego ominiecie skrzyżowania z ul. Hutniczą zapewniających dostęp do terenów inwestycyjnych oraz przebudowie istniejących mostów. Do tego jak wskazaliśmy powyżej, realizowanych w różnych przedziałach czasowych. Niniejsze tłumaczy stanowisko uzyskane przez Zamawiającego w spornej kwestii z Urzędu Miasta Lublin. Dodatkowym potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest fakt, iż w referencji z dnia 07.11.2005 r., mówi się o wartości kontraktu 3.109.045,93 EUR, a z przedłożonej na rozprawie, jak i razem z pismem z dnia 21.01.2008 r. przesłanym Zamawiającemu referencji z dnia 18.01.2008 r. mówi się o wartości kontraktu 2 607 843, 86 EUR. Tłumaczenie Odwołującego, iż w obu wypadkach chodzi o realizację celu projektu unijnego, którym jest zapewnienie prawidłowego dostępu do terenów inwestycyjnych, nie ma znaczenia w tym stanie faktycznym, z uwagi na wyraźne przedstawienie jako całości spornej inwestycji - pozycja trzeciej w wykazie załączonym do oferty, a nie jako oddzielnych inwestycji. Podobnie twierdzenia Odwołującego, iż w kwestionowanym zapisie załącznika nr 1c do SIWZ pozycja trzecia, niejako wykazał, choć w sposób niedoskonały oddzielny charakter obu inwestycji, które łącznie spełniają warunek z pkt. 6.3 SIWZ, to należy wyraźnie stwierdzić, iż zapis odnośnie wykazanego terminu temu jednoznacznie przeczy.

Na marginesie należy potwierdzić, iż inwestycja mostowa została zrealizowana przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania przetargowego tj., 05.11.2007 r. (Raport końcowy – str.3).

13

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.4 Pzp, skład orzekający Izby uznał, iż powyższy zarzut jest zasadny. Zgodnie bowiem z poglądami przedstawicieli doktryny podzielanymi przez skład orzekający Izby: „Zamawiający jest obowiązany do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów. Obowiązek taki kreuje komentowany przepis. Obowiązek taki aktualizuje się w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego pojawia się wątpliwość dotyczące złożonych oświadczeń i dokumentów, przy czym mogą to być wątpliwości dotyczące zawartych w nich treści, jak i formy (ewentualnie braków formalnych). A zatem, jeżeli Zamawiający poweźmie wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty, to nie może wyjaśnić ich z osobami trzecimi (np. organem, który wystawił stosowny dokument; z podwykonawcą), nie występując jednocześnie do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień ani nie informując go o tym fakcie. (patrz: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-60/05 oraz Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 03.11.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3159/05). Aktualny wydaje się pogląd wyrażony przez Zespoły Arbitrów w odniesieniu do wyjaśniania ofert, niemniej jednak *mutatis mutandis* dający się zastosować na tle omawianej problematyki. Zdaniem Zespołów Arbitrów, dopóki Zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej art. 87 ust.1 i nie wyjaśni w sposób autorytatywny w swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności zachodzącej w treści oferty jednego wykonawcy, to nie wolno mu odrzucić tej oferty. Odnosząc powyższe do wyjaśniania oświadczeń i dokumentów należy stwierdzić, iż dopóki zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej art. 26 ust.4 i nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomym niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez danego wykonawcę, to nie wolno mu wykluczać tego wykonawcy z postępowania”. (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, s.200-201).

Inny przedstawiciel doktryny z kolei: „(..). w trybie art. 26 ust.4. W oparciu bowiem o ten przepis zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących niejasnych bądź wątpliwych oświadczeń (dokumentów) potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych. Ma to ułatwić ocenę sytuacji. Gdy wykonawca uchylił się od wyjaśnień, zamawiający ocenia przedłożone mu oświadczenia i dokumenty w takim stanie, w jaki one się znajdują. Brak podstaw prawnych do wykluczenia wykonawcy z postępowania za sam fakt zaniechania wyjaśnień.” (R. Szostak: „Komentarz do nowelizacji Prawo Zamówień Publicznych”, Wydawnictwo Publicus, W-wa 2007, str.29).

Ponadto: „Słuszne są stanowiska wyrażone przez Zespoły Arbitrów, iż zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować wszelkich oświadczeń wykonawców, lecz ma obowiązek weryfikować je w oparciu o informacje, które są powszechnie dostępne jak informację, oświadczenia i dokumenty składane przez innych wykonawców (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-724/05 oraz Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia

14

04.03.1999 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-100/99). Uzasadnione żądanie od jednego z wykonawców wyjaśnień w kontekście wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń lub dokumentów nie może być traktowane jako naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji. Naruszenie tej zasady miałoby miejsce natomiast, gdyby wątpliwości dotyczyły kilku ofert, a żądanie wyjaśnień skierowane byłoby tylko do jednego wykonawcy.” (patrz publikacja: Pod redakcją Tomasza Czajkowskiego: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”, wyd. III, UZP, W-wa 2007, str.143).

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp, skład orzekający Izby uznał, iż powyższy zarzut jest zasadny. Powyższe naruszenie należy rozpatrywać w kontekście obowiązku przeprowadzania postępowania wyjaśniającego, o którym było mowa powyżej. Dodatkowo należy zauważyć, iż skoro potwierdzone jest przez orzecznictwo (Wyrok KIO z dnia 09.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/42/07 oraz Wyrok KIO z dnia 22.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/99/08) istnienie obowiązku podjęcia przez Zamawiającego

postępowania wyjaśniającego celem ustalenia prawdziwości złożonych przez Wykonawcę oświadczeń, w wypadku powzięcia w drodze protestu wątpliwości, co do ich zgodności ze stanem faktycznym (Niniejsze należy odnieść także do dokumentów), a powyższy obowiązek wynika z art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający powinien prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz art. 24 ust. 1 i 2 Pzp., nakazujący wykluczyć z postępowania Wykonawcę, w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności enumeratywnie wymienione w tych przepisach (patrz: za Wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 02.02.2006 r., sygn. akt: III Ca 727/05), to tym bardziej istnieje taki obowiązek na etapie badania i oceny złożonych ofert, w wypadku zaistnienia uzasadnionych wątpliwości co do ich treści. Tak też Wyrok KIO z dnia 31.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 119/08. Niedopuszczalne jest rezygnowanie z przeprowadzania takiego wyjaśnienia, wobec wyraźnej woli Wykonawcy składającego ofertę względem jego przeprowadzenia. Powyższe, działanie jest celowym ograniczeniem prawa do obrony przed stawianymi zarzutami, zwłaszcza kwestionującymi prawdziwość złożonego oświadczenia.

W związku z nie potwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego, art. 24 ust.2 pkt.2 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Mimo uznania dwóch z trzech zarzutów, skład orzekający Izby uznał, iż w tym stanie faktycznym bezprzedmiotowe byłoby nakazanie powtórnej oceny i badania ofert, z koniecznością przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, wobec bezspornego uznania faktu przedstawienia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i niemożności ich uzupełnienia. Inna decyzja Izby w niniejszej sprawie, spowodowałaby niepotrzebne wydłużenie procedury przetargowej nie mającej uzasadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym.

15

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) uznając za uzasadnione koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* niepotrzebne skreślić

16