

WYROK

z dnia 4 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 kwietnia 2011 r.** przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB Podbeskidzie sp. z o. o., ul. Górny Bór 31 a, 43-430 Skoczów**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów ul. Bałtycka 8a, 41-500 Chorzów.**

Przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum:
 - **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL sp. z o.o. ul. Salvatorska 14, 30-109 Kraków, (lider);**
 - **Marek Drygała, Jan Drygała, „REMOST” s.c. Budowa i Remonty Mostów Projekty i ekspertyzy, 32-070 Czernichów 511;**
 - **Mota – Engil Central Europe S.A. ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków;**
 - **Mgr inż. Andrzej Kula EUROPROJEKT Projekty i Nadzory Drogowe, ul. Jaskrowa 15, 43-382 Bielsko – Biała;**
 - **Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń INMOST PROJEKT sp. z o.o., ul. Lompy 15/2, 44-100 Gliwice;**
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.
2. wykonawcy: **Zbigniewa Ziajki prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe, ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław,**
- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

1

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

- 1.1 Nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy **Zbigniewa Ziajki prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe, ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław,**
- 1.2. Nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Chorzów Miejski Zarząd Ulic i Mostów ul. Bałtycka 8a, 41-500 Chorzów.

- 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB Podbeskidzie sp. z o. o. ul. Górny Bór 31a, 43-430 Skoczów tytułem wpisu od odwołania.**
- 2.2. Zasądza od zamawiającego: **Miasta Chorzów -Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów ul. Bałtycka 8a, 41-500 Chorzów** na rzecz odwołującego **Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego IMB Podbeskidzie sp. z o.o. ul. Górny Bór 31a, 43-430 Skoczów**, kwotę **23 600,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu na i wykonanie robót budowlanych nieograniczonego „Zaprojektowanie związanych z przebudową drogi krajowej nr 79 ul. Katowicka w Chorzowie wraz z estakadą od skrzyżowania z ul. Konopnickiej do skrzyżowania z ul. Metalowców o łącznej długości 0,9 km,” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 31 grudnia 2010 r. pod pozycją 2010/S 254-390739, w dniu 21 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB Podbeskidzie sp. z o. o. z siedzibą w Skoczowie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia pismem przekazanym za pośrednictwem faksu dnia 13 kwietnia 2011 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty – złożonej przez Zbigniewa Ziarkę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Ziarka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe, z siedzibą we Wrocławiu.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą Pzp, wykonawca: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB Podbeskidzie sp. z o. o. ze Skoczowa zarzucił zamawiającemu: Miastu Chorzów - Miejskiemu Zarządowi Ulic i Mostów w Chorzowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.:

- przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zbigniewa Ziarki prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Ziarka Zbigniew - Przedsiębiorstwo Drogowe, mimo złożenia nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania;
- przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wymienionego wyżej wykonawcę, jako podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert;
- przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert;

3) wykluczenia wykonawcy Zbigniewa Ziarki prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Ziarka Zbigniew - Przedsiębiorstwo Drogowe z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania;

4) odrzucenia oferty złożonej przez wymienionego wyżej Zbigniewa Ziarkę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;

5) dokonania wyboru oferty złożonej przez IMB Podbeskidzie sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że czynności zamawiającego - oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zostały dokonane w sposób wadliwy i sprzeczny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonana przez odwołującego analiza protokołu postępowania, w tym oferty uznanej za najkorzystniejszą, wskazuje bowiem w sposób jednoznaczny, iż zawiera ona nieprawdziwe informacje, mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący zaznaczał,

że złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ, lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego wykluczenia wykonawcy Zbigniewa Ziajki z udziału w niniejszym postępowaniu skutkuje zatem dokonaniem wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert, albowiem winna ona zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Odwolujący przytoczył postanowienia zawarte w Rozdziale I, pkt 6.2.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego - „Wykonawca musi wykazać, że zrealizował (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej następujące zadania porównywalne do przedmiotu zamówienia tzn. polegające na:

1. rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy min. G o długości co najmniej 1 km z uzbrojeniem podziemnym (min. 2 rodzaje uzbrojenia),
2. budowę lub przebudowę drogowego obiektu inżynierskiego o długości całkowitej min. 50 m,
3. zaprojektowaniu budowy lub przebudowy obiektu inżynierskiego o długości całkowitej min. 50 m - PB lub PBW lub PW."

W celu potwierdzenia spełniania w/w warunku udziału w postępowaniu, ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia wykonawcy obowiązani byli przedłożyć zgodnie z

4

punktem 7.2.7 SIWZ wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 5. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w punkcie 6.2.4 niniejszej instrukcji dla wykonawców.

Odwolujący argumentował, że w załączonym do oferty złożonej przez wykonawcę Zbigniewa Ziajkę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ziajka Zbigniew - Przedsiębiorstwo Drogowe wykazie wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, jako potwierdzenie wykonania zadania polegającego na rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy min. G o długości co najmniej 1 km z uzbrojeniem podziemnym (min. 2 rodzaje uzbrojenia) wskazano zadanie pn.: „Przebudowa drogi powiatowej nr 1990 D w m. Rogów Sobócki na długości ok. 3,2 km," realizowane na rzecz Powiatu Wrocławskiego przez firmę PRO - TRA Building sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Betonowej 1 (podmiot udostępniający wykonawcy: Zbigniewowi Ziajce swój potencjał w celu korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W wykazie wykonanych robót budowlanych wykonawca Zbigniew Ziajka jednoznacznie wskazał, iż zadanie to dotyczyło drogi klasy G („Klasa drogi - G").

Odwolujący utrzymywał, że droga powiatowa nr 1990 D w miejscowości Rogów Sobócki jest drogą klasy Z. Na poparcie swoich twierdzeń przedstawił pismo Powiatu Wrocławskiego z dnia 13 kwietnia 2011 r., zawierające oświadczenie wystawiającego, że droga powiatowa nr 1990 D w miejscowości Rogów Sobócki jest zaliczana do dróg zbiorczych - klasy Z.

Odwolujący powołał się na uregulowania rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r. nr 43, poz. 430) wprowadzające następujące klasy dróg:

- 1) autostrady, oznaczone dalej symbolem "A",
- 2) ekspresowe, oznaczone dalej symbolem "S",
- 3) główne ruchu przyspieszonego, oznaczone dalej symbolem "GP",
- 4) główne, oznaczone dalej symbolem "G",
- 5) zbiorcze, oznaczone dalej symbolem "Z",
- 6) lokalne, oznaczone dalej symbolem "L",
- 7) dojazdowe, oznaczone dalej symbolem "D".

powinny mieć parametry techniczne i użytkowe odpowiadające następującym klasom dróg:

- 1) drogi krajowe - klasy A, S, GP i wyjątkowo klasy G,
- 2) drogi wojewódzkie - klasy G, Z i wyjątkowo klasy GP,
- 3) drogi powiatowe - klasy G, Z i wyjątkowo klasy L,
- 4) drogi gminne - klasy L, D i wyjątkowo klasy Z.

Odwołujący wyjaśniał, że klasy dróg zostały oznaczone rosnąco - najwyższą klasą pod względem warunków technicznych jest klasa A, zaś najniższą klasa D. Zdaniem odwołującego, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu należało wykazać się doświadczeniem w rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy min. G. W konsekwencji dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu należało wykazać się realizacją zadania polegającego na rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy G, GP, S lub A. Dalej odwołujący wywodził, że w praktyce zadanie polegające na przebudowie drogi ma na celu podwyższenie jakości technicznej, a w konsekwencji niejednokrotnie również zmianę kwalifikacji w zakresie klasy drogi. Droga powiatowa nr 1990 D w miejscowości Rogów Sobócki jest drogą klasy Z, a zatem w 2009 r. (okres realizacji zamówienia wskazany w wykazie to: 18.12.2008 r. - 12.08.2009 r.) nie mogła być kwalifikowana jako droga klasy wyższej - G. Dodatkowym dowodem potwierdzającym, iż droga powiatowa nr 1990 D w miejscowości Rogów Sobócki była i pozostaje drogą klasy Z stanowi, w ocenie odwołującego, Plan Rozwoju Powiatu Wrocławskiego, do którego Załącznik Nr 1 stanowi Zestawienie dróg powiatowych klasy Z (zbiorcze), gdzie pod poz. 17 widnieje droga pow. Nr 1990 D na odcinku (Mirosławice) K35 - Sobótka, a zatem droga, która została określona w ofercie wykonawcy: Zbigniewa Ziarki jako droga klasy - G.

W przekonaniu odwołującego, przytoczone okoliczności oraz dowody w sposób jednoznaczny świadczą, iż wykonawca: Zbigniew Ziarka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ziarka Zbigniew - Przedsiębiorstwo Drogowe, w wykazie wykonanych robót budowlanych złożył nieprawdziwą informację co do klasy drogi powiatowej nr 1990 D w miejscowości Rogów Sobócki, określając ją jako drogę klasy G, podczas, gdy w istocie jest to droga klasy Z. Informacja ta, zdaniem odwołującego, była kluczowa dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i niewątpliwie miała lub mogła mieć wpływ na jego wynik. W konsekwencji, jak wskazywał odwołujący, wykonawca Zbigniew Ziarka podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających, lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie wykazu wykonanych robót budowlanych, który ma potwierdzić spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jest bowiem okolicznością mającą lub mogącą mieć wpływ na jego wynik. Odwołujący wywodził, że w obecnym stanie prawnym zamawiający obowiązany jest wykluczyć z udziału w postępowaniu zarówno wykonawcę, który złożył informacje, mające

bezpośredni wpływ na wynik postępowania, jak również wykonawcę, który złożył informacje nieprawdziwe, mogące mieć ewentualny wpływ na wynik postępowania. Wynika to w sposób bezpośredni z literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Obowiązek wykluczenia wykonawcy występuje każdorazowo, jeżeli zamawiający stwierdzi wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz ich potencjalnego lub realnego wpływu na wynik postępowania (stanowisko takie wyraziła m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO 2626/10). W zaistniałym stanie faktycznym, jak zaznaczył odwołujący, obie przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostały spełnione. Powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 372/10 stwierdzające: „Podstawą wykluczenia z postępowania jest nie tylko informacja, która ma wpływ na wynik postępowania, ale także taka, która może mieć wpływ na jego wynik. Nie ulega wątpliwości, iż informacje podane przez Przystępującego w wykazie załączonym do oferty niewątpliwie miały wpływ na wynik postępowania, skoro Zamawiający po zapoznaniu się z tymi informacjami, stwierdził, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu.”

Odwołujący podnosił, że wykaz wykonanych robót budowlanych jest dokumentem

samodzielnie sporządzanym przez wykonawcę, który wskazuje w nim informacje istotne z punktu widzenia opisanego przez zamawiającego sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ponosi zatem pełną odpowiedzialność za dane zawarte w wykazie. Stanowisko to potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 sierpnia 2009 r. Sygn. akt: KIO/UZP 1004/09, stwierdzając iż: „informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy - aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd”.

Złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania stanowi samoistną przesłankę do wykluczenia wykonawcy, niezależnie od oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z poczynionymi ustaleniami odwołującego, wykonawca Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ziajka Zbigniew - Przedsiębiorstwo Drogowe złożył nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik postępowania, co skutkowało winno wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Bez znaczenia dla wykluczenia wykonawcy jest w tej sytuacji czy byłby on w stanie wykazać, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

7

Bowiem złożenie nieprawdziwych informacji, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowi samodzielną przesłankę do wykluczenia wykonawcy. Stwierdzając jej wystąpienie, odwołujący wskazywał na obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy bez względu na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji brak jest podstaw do uzupełnienia dokumentów, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 12 października 2009 r. Sygn. akt: KIO/UZP 1223/09, KIO stwierdza: „Podanie nieprawdziwej informacji, nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 Pzp podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane”. Stanowisko takie potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r. KIO/UZP 1098/08, gdzie Izba stwierdziła, iż złożenie „nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować”. W konsekwencji jedynie wykluczenie wykonawcy Zbigniew Ziajka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ziajka Zbigniew - Przedsiębiorstwo Drogowe z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zdaniem odwołującego, będzie działaniem pozostającym w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, mogących mieć wpływ na jego wynik może się zaktualizować na każdym etapie postępowania - z chwilą powzięcia przez zamawiającego wiadomości o złożeniu nieprawdziwych informacji (wyrok KIO z dnia 12 października 2009 r. Sygn. akt: KIO/UZP 1223/09).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił w dniu 26 kwietnia 2011 r. z kopią przesłaną stronom przystąpił wykonawca - konsorcjum firm w składzie:

- Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (lider),
- Marek Drygała, Jan Drygała, REMOST s.c. Budowa i Remonty Mostów Projekty i ekspertyzy z siedzibą w Czernichowie,
- Mota – Engil Central Europe S.A. z Krakowa,

Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń INMOST-PROJEKT sp. z o.o. z Gliwice.

Przystępujący popierał zarzuty odwołującego, jako uzasadniające unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, za zasadne uznając żądanie powtórzenia czynności oceny i odrzucenia ofert nie spełniających wymagań pkt 4.12 Programu Funkcjonalno Użytkowego SIWZ. Wskazał jednocześnie, że jako jedyny spełnia wymóg, w myśl którego wykonawca zobowiązany jest do występowania w procesie pozyskania zlecenia i realizacji zamówienia w konsorcjum, którego uczestnikiem będzie biuro projektowe.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił w dniu 26 kwietnia 2011 r., z kopią pisma przesłaną stronom postępowania wybrany wykonawca Zbigniew Ziajka Przedsiębiorstwo Drogowe z siedzibą we Wrocławiu, który powołując się na swój interes w utrzymaniu wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej wnosił o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu przyznał, że w treści punktu 6.2.4 Rozdziału I specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszczony jest opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego przez wykonawców doświadczenia. Wykonawca winien w tym zakresie wykazać, że zrealizował (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie co najmniej następujące zadania porównywalne do przedmiotu zamówienia tzn. polegające między innymi na:

1) rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy min. G o dł. co najmniej 1 km z uzbrojeniem podziemnym (min. 2 rodzaje uzbrojenia),

Przystępujący powołał się na okoliczność, że w treści oferty złożył oświadczenie, iż w zakresie warunku opisanego w punkcie 1) polegać będzie na doświadczeniu podmiotu trzeciego, i w tym zakresie podał informację o wykonaniu przez udostępniającą swój potencjał spółkę PRO –TRA Building sp. z o.o. przebudowy drogi powiatowej nr 1990D w miejscowości Rogów Sobócki. Zgodnie z informacją uzyskaną przez przystępującego od spółki PRO –TRA Building, przedmiotowa inwestycja dotyczyła drogi klasy G. Przystępujący nie zgodził ze stanowiskiem odwołującego, że przebudowa drogi powiatowej nr 1990D w miejscowości Rogów Sobócki dotyczyła drogi o niższej niż wymagana klasie, gdyż zgodnie z informacją przedstawioną przez inwestora - samorząd powiatu wrocławskiego - droga powiatowa nr 1990D w miejscowości Rogów Sobócki jest drogą klasy Z, oraz że z tego powodu przystępujący powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Dokonując wykładni przepisu zawartego w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przystępujący zauważył, że przepis ten znajduje swój pierwowzór w treści art. 45 ust. 2 lit. g)

tw. dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy wskazanej sekcji dyrektywy. Przystępujący zaznaczał, że w literaturze prezentowany jest pogląd, iż wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy. Nie będzie natomiast podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Zarazem wskazywał, że w celu zachowania integralności prawa wspólnotowego na obszarze państw członkowskich przyjęto w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dwie następujące reguły:

1. prawo wspólnotowe ma pierwszeństwo zastosowania względem niezgodnych z nim norm krajowych,

2. druga zasada nakazuje sądom krajowym stosowanie interpretacji przepisów prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym (tzw. interpretacja prowspólnotowa).

Obowiązek dokonywania wykładni prawa krajowego zgodnie z treścią dyrektyw nie ma bezpośredniej podstawy traktatowej. W orzecznictwie ETS wskazuje się jednak, iż przedmiotowy nakaz ma swoje źródło w art. 288 TFUE, który wymaga od państwa

członkowskiego osiągnięcia rezultatu przewidzianego przez dyrektywę oraz w art. 4 ust. 3 TUE zobowiązującym państwo członkowskie do podjęcia wszelkich środków właściwych dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii.

Biorąc pod uwagę powyżej przywołaną konieczność prowsólnotowej wykładni przepisów prawa zamówień publicznych, przystępujący wywodził, że tym samym art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczyłby wyłącznie takich przypadków, gdy nie budzi wątpliwości umyślność działania wykonawcy. Taki też pogląd prezentowany jest w literaturze przedmiotu, przykładowo stwierdza tak A. Malinowski (chodzi tu o umyślne podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością, jak i W. Dzierżanowski w przywołanych przez przystępującego publikacjach.

Przystępujący postawił tezę, że podlega wykluczeniu taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Ustawodawca dopuszcza bowiem uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia więc działania nieumyślnego.

W niniejszej sprawie, jak zaznaczył przystępujący, błąd wykonawcy wywołany był działaniem podmiotu trzeciego, a więc nie miał charakteru zamierzonego działania przystępującego. Błąd ten wywołany był także okolicznością, iż status przedmiotowej drogi powiatowej nr 1990D nie jest jednoznaczny - przykładowo w sąsiednim powiecie świdnickim ta sama droga zakwalifikowana została do klasy G.

10

Na poparcie swoich twierdzeń, przystępujący przytoczył tezy z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające powyżej przywołaną argumentację o następujących sygn. akt: KIO/UZP 1632/09, KIO/UZP 278/09, KIO/UZP 1098/09, KIO 350/11, KIO 513/11, KIO 2770/10, KIO 2723/10.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców:

1. konsorcjum firm w składzie:

- Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL sp. z o.o. w Krakowie (lider),

- Marek Drygała, Jan Drygała, REMOST s.c. Budowa i Remonty Mostów Projekty i ekspertyzy z siedzibą w Czernichowie,

- Mota – Engil Central Europe S.A. w Krakowie,

- Mgr inż. Andrzej Kula EUROPROJEKT Projekty i Nadzory Drogowe, Bielsko – Biala;

- Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń INMOST-PROJEKT sp. z o.o.,

po stronie odwołującego. Wobec możliwego rozstrzygnięcia sprawy z nakazaniem powtórzenia czynności, sprawa wyboru oferty pozostawała otwarta.

2. wybranego wykonawcę: Zbigniewa Ziarkę - Przedsiębiorstwo Drogowe z siedzibą we Wrocławiu po stronie zamawiającego, którego interes w zachowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej był niewątpliwy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia z dnia 4 maja 2011 r. w odniesieniu do zarzutów odwołującego wobec czynności wyboru oferty przystępującego Zbigniewa Ziarki podał, że nie podziela stanowiska odwołującego i podnosił, iż nie każde przedłożenie nie tego czego wymagał zamawiający skutkować powinno odrzuceniem takiej oferty. Zdaniem zamawiającego informacja nieprawdziwa to taka, która jest niezgodna z rzeczywistością oraz taka, która została podana w sposób zamierzony w celu wywołania błędu u zamawiającego. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby m.in. przytoczone w odpowiedzi na odwołanie, że nieprawdziwa informacja to informacja, która została złożona ze świadomością jej nieprawdziwości. Dlatego też zamawiający nie uwzględnił odwołania, gdyż nie uznał że zachodzą przesłanki, w pierwszym rzędzie do wykluczenia wykonawcy, a następnie do odrzucenia oferty. Zamawiający podkreślił, że trudno jest znaleźć argumenty dla tezy, iż przystępujący świadomie chciał wprowadzić zamawiającego w błąd. Uznał, iż raczej zachodzą okoliczności nieświadomego niezłożenia tych dokumentów w ofercie wybranego wykonawcy, których wymagała SIWZ. Dlatego wnosił o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, zatem nie zachodziły podstawy do

umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty przystępującego Zbigniewa Ziarki, w tym wykazu wykonanych robót budowlanych załączonego do oferty, zobowiązania podmiotu udostępniającego potencjał, oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, dokumentu poświadczającego należyte wykonanie robót przy kwestionowanej drodze, wystawionego przez zlecającego, Planu Rozwoju Powiatu Wrocławskiego, do którego Załącznik nr 1 stanowi Zestawienie dróg powiatowych klasy Z (zbiorcze), str. 37, poz. 17 Planu Rozwoju Lokalnego Powiatu Wrocławskiego, stanowiącego załącznik do uchwały nr XXH/142/04 Rady Powiatu Wrocławskiego z dnia 23 listopada 2004 r., pisma Powiatu Wrocławskiego z 13 kwietnia 2011 r. poświadczającego iż kwestionowana droga zaliczana jest do dróg zbiorczych klasy Z. Pisma do firmy PRO-TRA Building sp. z o.o. wraz z odpowiedzią z 25 stycznia 2011 r.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba nie dopuściła zgłaszanych dowodów w sprawie przez przystępującego na okoliczność, że roboty referencyjne umieszczone w poz. 2 i 3 wykazu usług złożonego w dokumentacji oferty spełniają warunki wyznaczone dla poz. 1. Rozdziału I punkt 6.2.4 SIWZ. Przystępujący ma jedynie prawo opowiedzieć się co do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jak stanowi art. 185 ust. 2 Pzp, zarzuty te zaś dotyczą poz. 1. wykazu i złożenia nieprawdziwych informacji. Wnioski przystępującego wykraczały poza treść zarzutów objętych odwołaniem. Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Jak wynika z postanowień ogłoszenia z dnia 31 grudnia 2010 r. pod pozycją 2010/S 254-390739, postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i dotyczy „Zaprojektowania i wykonania robót budowlanych związanych z „Przebudową drogi krajowej nr 79 ul. Katowicka w Chorzowie wraz z estakadą od skrzyżowania z ul. Konopnickiej do skrzyżowania z ul. Metalowców o łącznej długości 0,9 km”

Zamawiający w Rozdziale I pkt 6.2.4. SIWZ, opisując sposób oceny spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu, w zakresie doświadczenia zawodowego wskazał, iż: „Wykonawca musi wykazać, że zrealizował (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej następujące zadania porównywalne do przedmiotu zamówienia tzn. polegające na:

1. rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy min. G o długości co najmniej 1 km z uzbrojeniem podziemnym (min. 2 rodzaje uzbrojenia),
2. budowę lub przebudowę drogowego obiektu inżynierskiego o długości całkowitej min. 50 m,
3. zaprojektowaniu budowy lub przebudowy obiektu inżynierskiego o długości całkowitej min. 50 m - PB lub PBW lub PW.”

Rozdział I Instrukcja dla wykonawców pkt 7.2.7 SIWZ W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia wykonawcy obowiązani byli przedłożyć wykaz robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone na formularzu

zgodnym z treścią załącznika nr 5. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w punkcie 6.2.4 niniejszej instrukcji dla wykonawców.

Według wzoru załącznika nr 1 do oferty, wykonawca oraz podmiot udostępniający swój potencjał, zobowiązany był złożyć oświadczenie o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp.

Wzór załącznika nr 5 Doświadczenie zawodowe, wymagał oznaczenia wykonawcy, podania informacji dotyczących zlecającego, dokonania opisu charakterystyki zamówienia, klasy technicznej drogi, rodzaju konstrukcji obiektu mostowego, wartości zamówienia i czasu realizacji.

W załączonym do oferty złożonej przez przystępującego wykonawcę: Zbigniew Ziajkę - Przedsiębiorstwo Drogowe z siedzibą we Wrocławiu wykazie wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, jako potwierdzenie wykonania zadania polegającego na rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy min. G o długości co najmniej 1 km z uzbrojeniem podziemnym (min. 2 rodzaje uzbrojenia) ujęte zostało zadanie pn.:

„Przebudowa drogi powiatowej nr 1990 D w m. Rogów Sobócki na długości ok. 3,2 km” z opisem wykonanego uzbrojenia i robót drogowych, podaniem wartości i czasu realizacji.

Wybrany wykonawca wskazał również, iż zadanie to dotyczyło drogi klasy G („Klasa drogi - G”), realizowanej na rzecz Powiatu Wrocławskiego. Z załączonych na stronie 269 oferty

13

przystępującego referencji wynika, że bezpośrednim wykonawcą zamówienia była firma PRO - TRA Building sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Betonowej 1, tj. podmiot wskazany jako udostępniający na rzecz wykonawcy Zbigniewa Ziajki swój potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia, w celu korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Przystępujący przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego firmy: PRO - TRA Building sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów przez uczestnictwo w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca, tj. o udostępnieniu na rzecz przystępującego swego potencjału w postaci doświadczenia nabytego przy przebudowie wymienionej drogi powiatowej nr 1990 D w m. Rogów Sobócki na długości ok. 3,2 km.

Przedłożył też dokument referencyjny wystawiony w imieniu inwestora - Powiatu Wrocławskiego, potwierdzający należyte zrealizowanie robót.

Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu według wzoru załącznika nr 1 do SIWZ podpisała w imieniu „PRO - TRA Building sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu p.

Beata Z. Odrębne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu według wzoru załącznika nr 1 do SIWZ podpisał pan Zbigniew Ziajka.

Oferty złożyli:

- 1) Konsorcjum KPRM Konstrukcje i Wyposażenie Mostów Sp. z o.o., Aspekt sp. z o.o. cena 38 991 000,00 zł,
- 2) Przystępujący - Zbigniew Ziajka, Przedsiębiorstwo Drogowe, cena brutto - 37 000 000,00 zł,
- 3) Odwołujący - Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IBM Podbeskidzie sp. z o.o., cena brutto – 37 247 422,88 zł,
- 4) Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A., cena brutto – 45 869 550,06 zł,
- 5) Konsorcjum: POLDIM Mosty sp. z o.o., POLDIM S.A., cena brutto – 55 947 780,00 zł,
- 6) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., cena brutto – 61 500 000,00 zł.
- 7) Konsorcjum firm:
 - Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL sp. z o.o. (lider)
 - Marek Drygała, Jan Drygała, REMOST s.c. Budowa i Remonty Mostów Projekty i ekspertyzy,
 - Mota – Engil Central Europe S.A.,
 - Mgr inż. Andrzej Kula EUROPROJEKT Projekty i Nadzory Drogowe, cena brutto - 44 399 310,00 zł

Jako zadanie 16 planu Rozwoju Lokalnego Powiatu Wrocławskiego na lata 2004 -2013

14

widnieje inwestycja „Przebudowa nr 1990 D w m. Rogów Sobócki na długości ok. 3,2 km. W załączniku nr 1 do wymienionego Planu Rozwoju, droga ta została ujęta w pozycji 17 jako zestawienie dróg powiatowych klasy Z, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43, poz. 430).

Jako jedyne kryterium oceny, w SIWZ została ustanowiona cena oferty.

Zamawiający za niepodlegające odrzuceniu uznał oferty między innymi wykonawców:

- 1) Przystępującego Zbigniewa Ziarki - Przedsiębiorstwo Drogowe z siedzibą we Wrocławiu, którego wybrał do realizacji zamówienia, ze względu na najniższą cenę oferty,
- 2) Odwołującego - Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego IBM Podbeskidzie Sp. z o.o., zajmującego drugą pozycję w rankingu ofert, ,
- 3) Oferta przystępującego konsorcjum firm w składzie:
 - Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL sp. z o.o. (lider),
 - Marek Drygała, Jan Drygała, REMOST s.c. Budowa i Remonty Mostów Projekty i ekspertyzy z siedzibą w Czernichowie,
 - Mota – Engil Central Europe S.A. w Krakowie,
 - Mgr inż. Andrzej Kula EUROPROJEKT Projekty i Nadzory Drogowe, Bielsko –Biała;
 - Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń INMOST-PROJEKT sp. z o.o.,została sklasyfikowana na pozycji czwartej.

Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z postanowieniami art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej, określone przepisami tej ustawy przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała, że odwołujący – Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB Podbeskidzie sp. z o.o. ma interes w uzyskaniu zamówienia ponieważ złożona przez tego wykonawcę oferta zajmuje drugą pozycję. Istnieje więc możliwość jej wyboru, w przypadku potwierdzenia się zarzutów zaniechania przez zamawiającego podjęcia nakazanych ustawą czynności wobec oferty wybranego wykonawcy - Zbigniewa Ziarki prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Ziarka Zbigniew - Przedsiębiorstwo Drogowe, skutkujących zaistnieniem podstaw do wykluczenia wymienionego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Uzasadnia to powoływanie się przez odwołującego na naruszenie interesu oraz podnoszenia, że zarzucane zaniechania zamawiającego pozbawiły go możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, powodując powstanie po stronie odwołującego szkody w postaci utraty

15

korzyści, które mógłby uzyskać realizując przedmiotowe zamówienie. Opisane okoliczności czynią odwołującego legitymowanym do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

Izba przyjęła jako wiarygodne dowody przedstawione przez odwołującego: plan Rozwoju Lokalnego Powiatu Wrocławskiego na lata 2004 -2013, gdzie jako zadanie 16 widnieje inwestycja „Przebudowa drogi nr 1990 D w m. Rogów Sobócki na długości ok. 3,2 km. W załączniku nr 1 do wymienionego Planu Rozwoju, droga ta została ujęta w pozycji 17 jako zestawienie dróg powiatowych klasy Z. Dodatkowo potwierdza taką okoliczność wyjaśnienie z dnia 13 kwietnia 2011 r. Powiatu Wrocławskiego. Izba uwzględniła również niekwestionowane stanowisko odwołującego, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43, poz. 430) zostały wprowadzone następujące klasy dróg:

- 1) autostrady, oznaczone dalej symbolem "A",
- 2) ekspresowe, oznaczone dalej symbolem "S",
- 3) główne ruchu przyspieszonego, oznaczone dalej symbolem "GP",
- 4) główne, oznaczone dalej symbolem "G",
- 5) zbiorcze, oznaczone dalej symbolem "Z",
- 6) lokalne, oznaczone dalej symbolem "L",
- 7) dojazdowe, oznaczone dalej symbolem "D".

Zatem drogi zaliczone do jednej z kategorii, w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, powinny mieć parametry techniczne i użytkowe odpowiadające następującym klasom dróg:

- 1) drogi krajowe - klasy A, S, GP i wyjątkowo klasy G,
- 2) drogi wojewódzkie - klasy G, Z i wyjątkowo klasy GP,
- 3) drogi powiatowe - klasy G, Z i wyjątkowo klasy L,
- 4) drogi gminne - klasy L, D i wyjątkowo klasy Z.

W niniejszym postępowaniu, wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału podanego w Rozdziale I, pkt 6.2.4 poz. 1 SIWZ winien wykazać się doświadczeniem w rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy min. G, jak postanowił zamawiający ustalając warunki przetargu. W konsekwencji dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu należało wykazać się realizacją zadania polegającego na rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy G, GP, S lub A.

Okolicznością bezsporną jest, że w dokumentach swojej oferty, przystępujący Zbigniew Ziarka dla wykazania spełnienia wyżej opisanego warunku, wskazał odcinek drogi zrealizowanej przez firmę: PRO - TRA Building sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, (jako podmiot udostępniający swój potencjał) w ramach zadania „Przebudowa drogi powiatowej nr 1990 D w m. Rogów Sobócki na długości ok. 3,2 km, z opisem wykonanego uzbrojenia i robót drogowych, podaniem wartości i czasu realizacji oraz oznaczył jako drogę klasy G

16

(„Klasa drogi - G”). Świadczy to, że złożone oświadczenie w tym zakresie nie odpowiada stanowi rzeczywistości. Wybrany wykonawca: Zbigniew Ziarka - Przedsiębiorstwo Drogowe z siedzibą we Wrocławiu, w przystąpieniu do odwołania przyznał powyższe okoliczności. W obronie swojej oferty wywodził natomiast, powołując się na tezy z wybranych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, że jedynie wówczas zachodziłyby normatywne podstawy określone w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do jego wykluczenia z postępowania i odrzucenia złożonej oferty, gdyby sytuacja taka zaistniała z jego umyślnej winy i działania celowego nakierowanego na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Taki też pogląd reprezentował zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, za jakie Izba uznała stanowisko przystępującego zawarte w jego piśmie z dnia 22 kwietnia 2011 r, dodatkowo potwierdzone omówionymi wyżej dowodami z dokumentów.

Zdaniem Izby, tłumaczenie, że przystępujący został wprowadzony w błąd przez swego kontrahenta, osobę reprezentującą firmę: PRO - TRA Building sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, (jako podmiot udostępniający swój potencjał) w ramach zadania „Przebudowa drogi powiatowej nr 1990 D w m. Rogów Sobócki na długości ok. 3,2 km, tj. p. Beatę Z., która jako Prezes Zarządu podpisała w imieniu wymienionej spółki oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, wymaganego w rozdziale I pkt 6.2.4. SIWZ, wykonania w wymaganym okresie zamówienia polegające na: pkt 1. rozbudowie lub przebudowie odcinka drogi klasy min. G o długości co najmniej 1 km z uzbrojeniem podziemnym (min. 2 rodzaje uzbrojenia), nie mogło zostać uwzględnione. Tak samo jak przedstawione przez przystępującego dokumenty na rozprawie tj zapytanie ze stycznia 2011 roku gdzie w odpowiedzi z dnia 25.01.2011 r. wymieniona spółka PRO-TRA Building sp. z o.o. udzieliła informacji, że jest zainteresowana udziałem w realizacji zamówienia przebudowy drogi krajowej nr 79 i dołączyła kopie referencji, które załączył przystępujący w swojej ofercie.

Przepis art. 24 ust. 2 punkt 3 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zatem liczy się sam fakt złożenia nieprawdziwych informacji, niezależnie od przyczyn tego stanu rzeczy i postaci winy wykonawcy. W myśl zasady *lege non distinguende*, czego przepis nie rozróżnia nie należy rozróżniać, Izba uznała, iż na gruncie cytowanego wyżej przepisu nie ma miejsca na różnicowanie winy wykonawcy przy stwierdzeniu faktu podania nieprawdziwych informacji, i wiązania z tym obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania jedynie wówczas, gdy jego działania były zamierzone, celowe i w pełni świadome, co do wprowadzenia zamawiającego w błąd i uzyskania tą drogą zamówienia jak wywodził zarówno zamawiający jak i przystępujący. Stwierdzenie w sposób obiektywny, że informacje wykonawcy podane w

17

ofercie mijają się z prawdą zawsze wynika z jakiś przyczyn. Bądź jest to działanie

zamierzone, czy też rażące niedbalstwo, które może być kwalifikowane jako wina umyślna, bądź też jest rezultatem niedbalstwa, niestaranności przy sporządzeniu oferty, i może być uznane jako wina nieumyślna. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego i obowiązuje go podwyższona staranność, wynikająca z zawodowego charakteru prowadzonej działalności, przewidziana w art. 355 § 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Ponadto stosownie do uregulowań art. 429 K.c. uczestnik postępowania przetargowego odpowiada za działania innego podmiotu, któremu powierzył wykonanie czynności. Przystępujący winien co najmniej sprawdzić wszystkie informacje, oświadczenia i dokumenty przekazane mu przez podmiot udostępniający swą wiedzę, czy są one odpowiednie do wymagań zamawiającego i mogą być podstawą oświadczeń wykonawcy, zamieszczonych w dokumentach oferty. Zaniechanie tych czynności i podanie w ofercie informacji nie zweryfikowanych przesądza, zdaniem Izby, o winie przystępującego. W tym znaczeniu stawiany zarzut wpisuje się w dyspozycję art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane dostawy i usługi, zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy wskazanej sekcji dyrektywy. Cytowany przepis dyrektywy również nie odnosi się do postaci winy wykonawcy. Liczy się poważne wprowadzenie w błąd, za jakie należy uznać informacje, które mimo niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału, oceniane w oparciu o złożone dokumenty, jak w niniejszym przypadku, doprowadziły do wyboru oferty przystępującego do realizacji zamówienia.

Należało zważyć, iż przedłożenie stwierdzających nieprawdę dokumentów bądź nierzetelnych oświadczeń, nawet niezależnie od tego czy skutkowałyby one uzyskaniem zamówienia publicznego, stanowi przestępstwo określone w art. 297 § 1 K.k. w związku z art. 305 K.k. (wyrok SN z 17 października 2006 r. sygn. akt WA 28/06). Na gruncie prawa karnego, w przeciwieństwie do ustawy Pzp, istnieje gradacja sankcji uzależniona od postaci ustalonego w toku postępowania zawinienia sprawcy czynu.

Okoliczność podnoszona przez przystępującego w toku rozprawy, że spełnia warunki udziału określone w Rozdziale I pkt 6.2.4 poz. 1 SIWZ ze względu na faktyczny zakres prac z pozycji 2 i 3 wykazu, potwierdzony referencjami, nie mogła zostać uwzględniona, gdyż liczy się w tym względzie jedynie oświadczenie wykonawcy zawarte w wykazie doświadczenia zawodowego, a nie treść referencji złożonych na potwierdzenie należytego wykonania robót z poz. 2 i 3, które według przystępującego miałyby potwierdzać doświadczenie wykonawcy odpowiednie do zakresu prac podanego w Rozdz. I pkt 6.2.4 SIWZ poz. 1 w oparciu o

18

złożone referencje. Oświadczenie podmiotu trzeciego nie związanego z postępowaniem, w którym składana jest oferta w żadnym wypadku nie może zastępować oświadczenia własnego wykonawcy odnośnie spełnienia przez niego wymaganych warunków uczestnictwa w sposób wyznaczony przez zamawiającego w SIWZ. Również zamawiający nie może odstępować na etapie oceny ofert od ustalonego w SIWZ sposobu oceny ofert podanego do wiadomości wykonawców w ogłoszeniu i w SIWZ.

Nie budzi wątpliwości, iż wykonawca Zbigniew Ziajka złożył nieprawdziwe informacje co do klasy drogi ujętej w wykazie wykonanych robót budowlanych poz. 1, które to informacje, pozostawały istotne dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, mające wpływ na jej wynik, skoro oferta ta została wybrana do realizacji zamówienia. Informacja, mająca znaczenie z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w przetargu, niewątpliwie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Sankcją w przypadku stwierdzenia podania nieprawdziwych informacji jest wyłącznie wykluczenie z uczestnictwa w postępowaniu, bez jakiegokolwiek możliwości uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Podania nieprawdziwych informacji nie można bowiem utożsamiać z popełnieniem widocznego błędu, który może być konwalidowany w drodze zastosowania procedury określonej w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, bądź uzupełnienia wadliwych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 tej ustawy. Z tych względów Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o umożliwienie wykonawcy Zbigniewowi Ziajce uzupełnienia dokumentów. Uzupełnieniu bowiem podlegają jedynie dokumenty, których nie złożono lub zawierające błędy. Takiego charakteru nie mają dokumenty, które podają nieprawdziwe informacje. Takie stanowisko

potwierdza jednolita linia orzecznictwa KIO.

Dowody na okoliczność podania przez przystępującego Zbigniewa Ziarkę nieprawdziwych informacji odnośnie poz. 1 wykazu doświadczenia zawodowego były spójne i jednoznaczne, nadto okoliczności zostały przyznane przez przystępującego.

Postępowanie dowodowe w sprawie potwierdziło zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

- przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zbigniewa Ziarki prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ziarka Zbigniew - Przedsiębiorstwo Drogowe, mimo złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie,
- przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Zbigniewa Ziarkę, jako podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru oferty, niebędącej ofertą najkorzystniejszą w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert;
- przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji naruszenia wyżej wskazanych przepisów ustawy

19

Pzp.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp, miały jednocześnie wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

20

21