

WYROK

z dnia 13 listopada 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2013 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2013 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT w Gdyni, 81 – 571 Gdynia, ul. Starochwaszczyńska 64**, w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 44 – 100 Gliwice, ul. Rybnicka 47**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., 02 – 972 Warszawa, ul. A. Branickiego 15** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT w Gdyni, 81 – 571 Gdynia, ul. Starochwaszczyńska 64 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT w Gdyni, 81 – 571 Gdynia, ul. Starochwaszczyńska 64 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Wielobranżowego ELGRUNT w Gdyni, 81 – 571 Gdynia, ul. Starochwaszczyńska 64 na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 44 – 100 Gliwice, ul. Rybnicka 47 kwotę 3765 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika zamawiającego

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 44 – 100 Gliwice, ul. Rybnicka 47, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację gospodarki wodno-ściekowej w Gliwicach II Etap – Ostropa.

W dniu 22.10.2013r zamawiający poinformował wykonawców o nieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, dokonaniu ponownej oceny ofert, wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. w Warszawie oraz wykluczeniu z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT w Gdyni, 81 – 571 Gdynia, ul. Starochwaszczyńska 64, z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz złożenia nieprawdziwych informacji w treści dokumentów mających wykazać spełnienie

warunków udziału w postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 Prawa zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert wykonane po rozstrzygnięciu przetargu i prawomocnym wyborze oferty odwołującego,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 3) art. 87 ust.1 Prawa zamówień publicznych, poprzez wykluczenie odwołującego z przetargu bez wezwania go do złożenia wyjaśnień co do prawdziwości jego oświadczeń złożonych w ofercie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
- 5) art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez bezzasadne wykluczenie odwołującego, który spełniał warunki udziału w postępowaniu i nie podał nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia ponownej czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A. w Warszawie,
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu

3

odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał iż zamawiający po otrzymaniu od Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” sp. z o.o. z dnia 16.10. 2013 roku uznał, że odwołujący nie wykazał aby zrealizował kanalizację sanitarną lub deszczową z wykonaniem odwodnienia igłofiltrami oraz projektem odwodnienia przy zastosowaniu metody bezwibracyjnego wciskania ścianek szczelnych. Natomiast w oparciu o pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał wykonania ścianek stalowych szczelnych metodą bezinwazyjną, metodą bezwibracyjnego wciskania lub metodą statyczną na głębokość co najmniej 5 metrów w ilości minimum 3000 m2. Wykluczenie odwołującego z postępowania wg. zamawiającego stało się konieczne z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazanie spełnienia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez SIWZ i załącznik do SIWZ- Instrukcję dla wykonawców (IDW).

Odwołujący odnosząc się do wykluczenia go z postępowania, działania zamawiającego w tym zakresie uznał za bezprawne. W pierwszej kolejności wskazał, że zaskarżone czynności zamawiającego zostały wykonane już po rozstrzygnięciu przetargu i prawomocnym wyborze oferty najkorzystniejszej tj. złożonej przez zamawiającego. Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny ofert. Również zdaniem odwołującego bezpodstawne było także wykluczenie odwołującego z postępowania, gdyż zamawiający nie poinformował odwołującego, że otrzymał pisma innych podmiotów, z których miało wynikać, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie przedłożył tych pism odwołującemu i nie wezwał go do złożenia wyjaśnień co do ich treści, pomimo iż zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust 4 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w przypadku posiadania wątpliwości dotyczących treści złożonych dokumentów. To oznaczało, że wykluczenie wykonawcy wymagało uprzedniego podjęcia postępowania wyjaśniającego, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust.1 Prawa zamówień publicznych (Pzp). Stwierdził również, że informacje podane zamawiającemu przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów”, na temat realizacji przez odwołującego robót na zadaniu pod nazwą „Gospodarka wodno-ściekowa w Żyrardowie i Jaktorowie w ramach Fundusz Spójności CCI 2005/PL/16/C/PE/002. Zadanie nr IV - Budowa Kanalizacji sanitarnej w gminie Jaktorów”, nie pokrywają się ze stanem faktycznym. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT wykonywało prace na w/w zadaniu w oparciu o

projekty budowlane przekazane przez inwestora. Jednym z elementów tego projektu był grawitacyjny kanał zrzutowy dn. 500 w ul. Leśnej w Żyrardowie. Kanał ten posadowiony był

4

na głębokości ok. 4,0 m w gruncie wymagającym intensywnego odwadniania. Bliskość zabudowy budziła obawy odwołującego, iż na skutek odwodnienia szkieletu gruntowego może dojść do niekontrolowanych osiadań i spękań znajdujących się w bliskiej odległości zabudowań. Ze względu na ogólność przekazanej dokumentacji w zakresie sposobu odwodnienia oraz ryczałtowy charakter zlecenia, odwołujący zdecydował się sam zlecić na własny koszt i ryzyko wykonanie odpowiedniego projektu odwodnienia wykopów.

Również informacja dotycząca sposobu wykonania stalowych ścianek szczelnych na w/w zadaniu jest nieprecyzyjna. W ramach tego kontraktu należało wybudować 4 przepompownie ścieków oraz 5 stacji podciśnieniowych, na terenie których były posadowione stalowe zbiorniki podciśnieniowe. Dokumentacja projektowa, jak i kosztorys ofertowy przewidywały umocnienie wykopów na terenie stacji podciśnieniowych za pomocą ścianek Larsena. W efekcie końcowym wykonano tą metodą 3 080 m² stalowych ścianek szczelnych o głębokości 9,0 m. Z uwagi na ryczałtowy charakter zleconych robót prace te odwołujący wykonał na własny koszt i ryzyko, zabezpieczając się w ten sposób przed niebezpieczeństwem zniszczenia sąsiadujących budynków

Natomiast w ramach kontraktu „Wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze LCS Ciechanów, Przetarg 2B; wiadukt kolejowy w km 79,227; wiadukt kolejowy w km 80,417; wiadukt drogowy w km 81,684; wiadukt kolejowy 82,747; wiadukt kolejowy w km 84, 424; wiadukt kolejowy w km 85,350 w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Ciechanów” wykonywane były ścianki szczelne pogrążone bezwibracyjnie z uwagi na bliskość istniejącej zabudowy. Technologia wykonania ścianek szczelnych została na etapie realizacji projektu zmieniona przez wykonawcę na własny koszt i ryzyko celem zabezpieczenia przed ewentualnymi rozszczeniami za szkody w majątku osób trzecich. Reasumując powyższe wywody, odwołujący stwierdził iż w tej sytuacji wykluczenie go z postępowania nastąpiło bezpodstawnie oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych a przede wszystkim naruszyło przepis art.24 ust.2 pkt.4 Prawa zamówień publicznych albowiem odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu i nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Ponadto odwołujący w odwołaniu nie precyzując poniższych kwestii jako zarzutu (brak wskazania w wykazie podniesionych zarzutów), podniósł, że wybrany wykonawca POL-AQUA S.A nie spełnia wymogów z art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp gdyż wykonawca ten zgodnie z publikowanymi przez siebie raportami finansowymi, generuje stratę na prowadzonej działalności gospodarczej, co stawia pod znakiem zapytania jego zdolność do wykonania przedmiotu zamówienia tak znacznej wartości.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie

5

podnosząc iż zarzuty odwołania są niezasadne , a podnoszone zarzuty nie zostały potwierdzone jakimikolwiek wiarygodnymi dowodami.

Również wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A., 02 – 972 Warszawa, ul. A. Branickiego 15, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w złożonym na posiedzeniu piśmie procesowym wniósł oddalenie odwołania wskazując na niezasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Szczegółowe odniesienie się do stanowisk zamawiającego i przystępującego nastąpi (w niezbędnym zakresie) przy rozpatrywaniu poszczególnych zarzutów odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ w tym IDW, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i przystępującego złożonych do protokołu w

roku rozprawy, ustalili i zważyli, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienia odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą i uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu realizację przedmiotowego zamówienia.

Przed przejściem do merytorycznej oceny podniesionych zarzutów Izba uznaje za niezbędne wskazanie w układzie chronologicznym pewnych zdarzeń mających istotne znaczenie dla oceny podniesionych zarzutów.

W dniu 1 października 2013 roku zamawiający dokonał pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez odwołującego. W dniu 10 października do Prezesa KIO wpłynęło odwołanie wykonawcy POL-AQUA S.A. w którym zakwestionował on wybór oferty tut. odwołującego stwierdzając, że nie spełnił on warunków

6

udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 9.1.2 ppkt b) i d), a ponadto złożył nieprawdziwe informacje poprzez wskazanie w wykazie usług, a także w piśmie z dnia 2 września 2013 roku, że posiadał wymaganą przez zamawiającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu określonych robót. Do tego postępowania zgłosił przystąpienie tut. odwołujący.

Postępowanie to ze względu na unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty zostało umorzone przez Izbę, w związku z jego cofnięciem. Wobec domniemywania zasadności zarzutów wobec oferty odwołującego, podniesionych w odwołaniu wykonawcy POL-AQUA S.A. zamawiający podjął czynności sprawdzające u zamawiających - pisma z 14.10.2014 roku, celem potwierdzenia stawianych mu przez POL-AQUA zarzutów, albo potwierdzenia że złożone wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia odwołującego polegały na prawdzie.

Wcześniej, bo pismem z dnia 20.09.2013 roku zamawiający wystąpił do odwołującego z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 i 4 do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów oraz złożenia stosownych wyjaśnień. Istotnym elementem wezwania było wezwanie „do złożenia wyjaśnień, jaką metodą wykonane zostały ścianki szczelne w ramach zamówień wymienionych pod pozycją 3 Wykazu robót budowlanych na str 13 oferty (Zadanie nr IV – budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Jaktorów) oraz pod pozycją 1 na str 14 oferty (Wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze LCS Ciechanów)”.

Odwołujący ELGRUNT pismem z dnia 23 września 2013 roku wraz z pismem podmiotu udostępniającego odwołującemu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia – POLWAR S.A., potwierdził iż wykazane w Wykazie roboty spełniają wymagania zamawiającego w tym zakresie.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy, że zamawiający w pkt 9.1.2. **b)** Instrukcji dla Wykonawców (IDW) stanowiącej cz. I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowił, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy *posiadają wiedzę i doświadczenie rozumiane m.in. jako wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia na roboty budowlane, którego przedmiotem było wykonanie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej długości minimum 25 km z wykonaniem odwodnienia igłofiltrami oraz projektem odwodnienia o wartości kontraktu nie niższej niż 25 000 000,00 zł netto.*

Na potwierdzenie powyższego warunku odwołujący przedłożył na str.12-14 oferty wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym pod pozycją nr 3 wskazał zamówienie „Zadanie nr IV - Budowa kanalizacji sanitarnej w gminie Jaktorów”, w ramach którego miał wykonać kanalizację sanitarną na odcinku 175 km wraz z odwodnieniem igłofiltrami oraz

projektem odwodnienia, jak również ścianki stalowe szczelne wykonane metodą bezinwazyjną, metodą bezwibracyjnego wciskania na głębokości ponad 5 m, w ilości ponad

7

3000 m² (metoda wykonania ścianek została potwierdzona przez odwołującego w piśmie z 23.09.2013 roku).

Natomiast w zakresie wymogu z pkt 9.1.2.d) IDW, zamawiający wymagał, *aby wykonawca wykazał się doświadczeniem rozumianym jako wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, zamówień polegających na wykonaniu ścianek stalowych szczelnych wykonanych metodą bezinwazyjną dla otaczających obiektów budowlanych, metodą bezwibracyjnego wciskania lub metodą statyczną, na głębokość minimum 5 m w łącznej ilości minimum 3000 m².*

Na potwierdzenie powyższego warunku odwołujący przedłożył na str.12-14 oferty wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym pod pozycją nr 1 na stronie 14 wskazał zamówienie „Wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze LCS Ciechanów, Przetarg 2B(...)”, w ramach którego podmiot udostępniający mu zasoby miał wykonać ścianki stalowe szczelne metodą bezwibracyjnego wciskania na głębokość 8-18 m w ilości 3280 m² (metoda wykonania ścianek została potwierdzona przez odwołującego w piśmie z dnia 23.09.2013 r.)

Zamawiający w odpowiedzi na wysłane do zamawiających pisma z 14.10.2014 roku, w dniu 16.10.2013 r. otrzymał pismo od Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. zawierające informacje na temat zrealizowanej przez odwołującego inwestycji „Zadanie IV „Budowa kanalizacji sanitarnej w gminie Jaktorów”. Natomiast w dniu 22 października 2013 r. zamawiający otrzymał pismo dotyczące zrealizowanej przez podmiot udostępniający zasoby - POLWAR S.A. inwestycji na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. pn. „Wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze LCS Ciechanów, Przetarg 2B: wiadukt kolejowy w km 79.277; wiadukt kolejowy w km 80.417 wiadukt drogowy w km 81.684; wiadukt kolejowy 82.747; wiadukt kolejowy w km 84.424; wiadukt kolejowy w km 85.350 w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowych E 65/ C-E 65 na odcinku Warszawa — Gdynia — obszar LCS Ciechanów”

Z pisma otrzymanego od PGK „Żyrardów” sp. z o.o. wynikało, że wykonawca tego zamówienia nie wykonywał projektu odwodnienia igłofiltrami, jak również nie wykonał ścianek szczelnych metodą bezinwazyjną dla otaczających obiektów budowlanych, metodą bezwibracyjnego wciskania na głębokość minimum 5 m w łącznej ilości minimum 3000 m², gdyż umocnienie ścian wykopów stanowiły tam standardowe szalunki stalowe.

Natomiast z pisma PKP S.A. wynikało, że metodą bezwibracyjną wykonano ścianki tylko w ilości 318,2 m², natomiast pozostała część ścianek wykonywana była metodą wibracyjną, a więc inną niż dopuszczoną przez zamawiającego.

Natomiast odnośnie faktu wykonania ścianek wymaganą przez zamawiającego metodą, co miało wynikać z przejściowego świadectwa płatności to można tylko wg. Izby

8

ustalić, że dla każdego z 5 zbiorników wykonano ścianki mające po 120 m² natomiast nie wykazano jaką metodą te ścianki zostały wykonane. Jednakże zdaniem Izby, gdyby nawet przyjąć iż te ścianki wokół zbiorników zostały wykonane metodą bezwibracyjną to i tak odwołujący (w oparciu o pisma zamawiających PKP SA i PGK „Żyrardów” sp. z o.o.) wykonał łącznie maksymalnie 918,2 m² ścianek, a więc ponad trzykrotnie mniej niż to wynikało z wymagań zamawiającego wskazanych w SIWZ (IDW).

Odwołujący na potwierdzenie spełniania tego warunku przedłożył pismo wystawione przez inspektora nadzoru Pana W., z którego wynikało, że na robotach dot. budowy kanalizacji sanitarnej w gminie Jaktorów wykonano uszczelnienie ścianek wykopów przy pomocy profili stalowych o długości 9 m i łącznej powierzchni ponad 3000 m² z zastosowaniem bezwibracyjnej metody ich pograżania. Zamawiający odnosząc się do tego pisma podniósł zarzut, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż Pan A. W. była inspektorem nadzoru na tej budowie, nadzorował cały zakres robót i tym samym posiada wiedzę w tym zakresie, a ponadto oświadczenie nie zawiera wskazania iż dotyczyło ono

zadania IV wykonywania kanalizacji dla gminy Jaktorów.

Izba poddając ocenie powyższą argumentację stron i przystępującego oraz przedstawione w tym zakresie dowody stwierdza iż odwołujący nie wykazał, że dane podane w pismach PKP S.A i PGK „Żyrardów” sp. z o. o. zawierają nieprawdziwe dane i są niezgodne z rzeczywistością. Izba daje wiarygodność dowodową pismom ww. podmiotów, gdyż zostały wydane i podpisane przez osoby reprezentujące te podmioty gospodarcze, ponadto podmioty te w żaden sposób nie były zainteresowane (nic takiego nie wykazano) takim czy innym rozstrzygnięciem przedmiotowego postępowania. Ponadto biorąc pod uwagę precyzje w podaniu określonych danych, należy wywieść wniosek iż zostały one wystawione w oparciu o dokładną analizę dokumentów dotyczących realizacji przedmiotowych postępowań.

Natomiast Izba odmówiła wiarygodności dowodowej pismu wystawionemu przez Pana A. W., gdyż jak słusznie zauważył zamawiający nie zostało nawet wykazane iż osoba wystawiająca to pismo faktycznie pełniła funkcję inspektora nadzoru na tej budowie, a ponadto nie zostały usunięte wątpliwości czy wystawione oświadczenie dotyczy zakresu realizowanych na zadaniu IV kanalizacji w gminie Jaktorów.

Nadto zauważyć należy, że jeśli odwołujący – jak twierdzi, miał podstawy do kwestionowania treści ww. pism i zawartych w nich danych, to zdaniem Izby nie było jakichkolwiek przeszkód, aby przedstawiając odpowiednie dokumenty wystąpił do PKP SA i PGK „Żyrardów” sp. z o.o., o zmianę treści pism skierowanych do zamawiającego, a wcześniej do odwołującego POL-AQUA SA. Odwołujący pomimo tego iż o treści tych pism powziął wiadomość co najmniej od daty doręczenia mu kopii odwołania wykonawcy POL-AQUA SA, a więc od 10

9

października 2013 roku, takich czynności nie podjął, a tym samym nie wykazał w sposób wiarygodny, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, ustalone w SIWZ.

Należy zauważyć, że postępowanie przed Izbą ma charakter kontrydiktoryjny. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Dotyczy to również przesłanki wpływu na wynik postępowania. W okolicznościach sprawy, dotyczących tego zarzutu ciężar dowodu w tej mierze spoczywał na odwołującym. Przepis art. 6 kc, stosowany poprzez art. 14 Pzp, statuujący ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania odwoławczego obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik odwołania (podobnie teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07, publ. w: *Lex* nr 487510).

W zakresie tego zarzutu odniesienia Izby wymaga również kwestia wykazania się przez odwołującego spełnieniem wymogu z pkt 9.1.2 ppkt b) IDW dotyczącego wykonania projektu odwodnienia. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku odwołujący podał, że biorąc pod uwagę ogólność przekazanej przez zamawiającego dokumentacji projektowej w zakresie sposobu odwodnienia wykopów, zdecydował się sam zlecić na własny koszt i ryzyko wykonanie projektu odwodnienia wykopów, którego kopie załączył do odwołania.

Zamawiający i przystępujący wobec takiego stanowiska odwołującego podnieśli zarzut iż ewentualne wykonanie przez odwołującego we własnym zakresie i na własne potrzeby projektu odwodnienia, bez zlecenia go przez zamawiającego i bez dokonania przez niego weryfikacji i odbioru takiego projektu, nie może potwierdzać spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można się bowiem wykazywać jedynie zamówieniami, które zostały wykonane na czyjeś zlecenie, a nie wyłącznie dla potrzeb własnych wykonawcy i z jego inicjatywy.

Izba uznaje za zasadne powyższe stanowisko oraz dodatkowo stwierdza, że dla każdego wykonanego zadania które miało służyć wykonawcy jako dowód posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, wykonawcy musieli dostarczyć referencje potwierdzające prawidłowe wykonanie robót. Wystawiony przez PGK „Żyrardów” Sp. z o. o. dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia w postaci referencji nie obejmował wskazanego przez odwołującego projektu odwodnienia, gdyż zamawiający w ogóle nie wiedział iż odwołujący taki projekt wykonał. Ponadto Izba stwierdza, że fakt iż za

wykonanie tego zamówienia ustalono wynagrodzenie w formie ryczałtowej nie znaczenia, gdyż w sytuacji wykonywania robót budowlanych w ramach- czerwony FIDIC, wykonawca

10

zobowiązany będzie zawsze do wykonania robót zgodnie z treścią otrzymanej dokumentacji. Rzekomy fakt wykonywania robót budowlanych w oparciu o inną dokumentację niż ta otrzymana i znana zamawiającemu, jest w takiej sytuacji mało prawdopodobny.

Wobec powyższego za zasadną Izba uznaje czynność zamawiającego w wyniku której stwierdził, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 9.1.2 ppkt Bi d IDW i wykluczył go z postępowania.

W zakresie kolejnej wskazanej w odwołaniu podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, a dotyczącej podania przez odwołującego zarówno w wykazie jak i w składanych wyjaśnieniach nieprawdziwych informacji które miały wpływ na wynik postępowania, wskazać należy, że stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Interpretacja powyższego przepisu, w zakresie przesłanek możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, winna być dokonywana w myśl 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 (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z obowiązkiem państw członkowskich UE, przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazując jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy w złożeniu nieprawdziwych informacji. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który „jest winny poważnego wyprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji”. Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie należy do zamawiającego, który powinien dokonać jej oceny na podstawie obiektywnych czynników.

Dla dokonania wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych Dla zaistnienia informacji. przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dodatkowo wykazanie przez zamawiającego, że w danych okolicznościach złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Tym samym zamawiający oceniając dokonane ustalenia może wykluczyć wykonawcę z postępowania tylko wtedy gdy nabędzie pewność co tego, że złożenie nieprawdziwych informacji było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy i ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe przesłanki do możliwości wykluczenia muszą zaistnieć kumulatywnie.

11

Podobne stanowisko w tym zakresie wynika również z z uzasadnienia do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.07.2012r. sygn.akt IVCa 63/12 w którym stwierdzono iż *przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zawnionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem*

w błąd i podania nieprawdziwych

informacji w celu wprowadzenia zamawiającego

wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia publicznego. Jednocześnie zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było skutkiem omyłki. Dokonując oceny tej sytuacji zamawiający winien brać pod uwagę okoliczności na chwilę składania tych oświadczeń przez wykonawcę, a nie na chwilę ich oceny przez zamawiającego(por. wyrok z dnia 23 września 2013 r. sygn. akt KIO 1766/13).

W tej materii Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 433/08 stwierdził, że *dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, nie jest więc wystarczające jedynie „uprawdopodobnienie” przez zamawiającego złożenia nieprawdziwych informacji*”. Taki

pogląd wynika również ze stanowiska Izby wyrażonego w wyroku KIO 73/11 w którym stwierdzono, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób nie budzący wątpliwości, z uwagi na skutek jaki niesie zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu”.

Przyjęcie stanowiska iż wszystkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania jest niedopuszczalne, gdyż stoi to w jawnej sprzeczności z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp,

Nie jest dopuszczalne przyjęcie założenia iż podanie przez wykonawcę oświadczeń wiedzy nie wykazujących spełnienia warunku udziału w postępowaniu, może być utożsamiane z nieprawdziwą informacją mającą wpływ na jego wynik. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. nie może w takiej sytuacji zastosowania, gdyż niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu / art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pz.p./ stanowi odrębną podstawę wykluczenia.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że zamawiający biorąc pod uwagę zaistniałe okoliczności przyjął założenie iż odwołujący celowo podał nieprawdziwe informacje, jednakże w żaden sposób tego nie wykazał, nie udowodnił. Nie należy również zdaniem Izby, tracić z pola widzenia możliwości błędnego zinterpretowania przez odwołującego ilości metod wykonania ścianek stalowych szczelnych. Zgodnie z pkt 9.1.2

12

ppkt d) zamawiający wymagał wykazania się zrealizowaniem wykonania ścianek „metodą bezinwazyjną dla otaczających obiektów budowlanych, metodą bezwibracyjnego wciskania lub metodą statyczną”. Według odwołującego wymienione zostały trzy metody, natomiast wg. zamawiającego z którym to stanowiskiem zgadza się również Izba, dwie metody, gdyż podany opis dotyczył metod bezinwazyjnych, a obecnie jak wykazano są tylko dwie takie metody tj. metoda bezwibracyjnego wciskania lub metoda statyczna. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że występują jeszcze inne metody bezinwazyjnego wykonywania ścianek wykopów.

Wobec powyższego Izba nie uznała za udowodnione przez zamawiającego iż w sprawie zostały spełnione przesłanki ustawowe z art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczące możliwości uznania, że odwołujący składając oświadczenia w formie wykazu czy wyjaśnień, celowo i świadomie podawał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego zarzut odwołującego w tym zakresie znalazł potwierdzenie i został przez Izbę uwzględniony, chociaż ze względu na potwierdzenie się przesłanki niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie miał on wpływu na treść orzeczenia Izby.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego bezpodstawnego - zdaniem odwołującego, nieuprawnionego unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny ofert, wykonanej po rozstrzygnięciu przetargu i prawomocnym wyborze oferty odwołującego, Izba stwierdza, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO jeżeli po dokonaniu czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający dojdzie do wniosku, że w toku badania i oceny ofert popełnił błąd, mogący mieć wpływ na wynik postępowania, to w takiej sytuacji zamawiający ma prawo (i obowiązek) czynność badania i oceny ofert powtórzyć. (por wyroki KIO sygn. akt 1689/11, KIO 159/11, KIO 1939/10, KIO 2865/10; KIO 1404/10, KIO 1275/12).

Pogląd przeciwny sprowadzałby się w konsekwencji do obowiązku podpisania umowy z wykonawcą, np. niespełniającym warunków udziału w postępowaniu, bądź składającym ofertę podlegającą odrzuceniu. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest podpisanie umowy z wykonawcą który został pozytywnie zweryfikowany w zakresie postawionych mu wymagań oraz złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a więc z wykonawcą który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia i racjonalnego wydatkowania środków publicznych na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Tym samym podniesiony zarzut jako niezasadny nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Izba nie stwierdziła także, aby zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych

13

prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Odwołujący w jakikolwiek sposób nie wykazał, że zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu czy zgodności treści oferty, w sposób odmienny traktował poszczególnych wykonawców.

Nie zostało też wykazane, że zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty nie tego wykonawcy, która w świetle treści SIWZ była ofertą najkorzystniejszą.

Również nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 93 ustawy Pzp, gdyż w postępowaniu miało miejsce unieważnienie pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie unieważnienia postępowania do czego powyższy przepis się odnosi.

Natomiast w zakresie niewezwania odwołującego do wyjaśnienia niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdza, że faktycznie nie było przeszkód, aby zamawiający z takim wezwaniem do odwołującego wystąpił. Jednakże wziąć należy pod uwagę sytuację, że zamawiający dokonując wykluczenia odwołującego z postępowania dysponował treścią zarówno wyjaśnień odwołującego w zakresie podstawy wykluczenia jak i dokumentami z których niezbitnie wynikało, że odwołujący postawionych w SIWZ wymagań nie spełnił. Brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 i 26 ust. 4 ustawy Pzp nie było na tyle istotnym naruszeniem ww. przepisów ustawy mających wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust.2), które uzasadniałoby uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie powyższych wezwań, ponieważ jak Izba ustaliła wykluczenie odwołującego z postępowania było zasadne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp, .

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

14