

POSTANOWENIE
z dnia 12 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz
Barbara Bettman

Protokolant: Dorota Witek

po rozpoznaniu na posiedzeniu /rozprawie* w dniu /w dniach* 12 września 2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez „Fadbet” S.A, 15-182 Białystok, ul. 27 lipca
60 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy Instytut Medycyny Lotniczej,**
01-755 Warszawa, ul. Krasińskiego 54 protestu /protestów* z dnia 14 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budowlanego „POLBUD” Sp. z o.o., 17-100 Bielsk**
Podlaski, ul. świrki i Wgury 61 zgłaszającego przystąpienie do postępowania
odwoławczego zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża „Fadbet” S.A, 15-182 Białystok, ul. 27 lipca 60
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł**
00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty
wpisu uiszczonego przez „Fadbet” S.A, 15-182 Białystok, ul. 27 lipca 60,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxxna rzecz xxx,
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu
Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy
dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów
własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „Fadbet” S.A, 15-182
Białystok, ul. 27 lipca 60.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu
nieograniczonego pn.: „Modernizacja budynku nr 1 Szpitala – II etap przy ul. Krasińskiego
54/56 w Warszawie”, zostało wszczęte przez Wojskowy Instytut Medycyny Lotniczej
ul. Krasińskiego 54, 01-755 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem
w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S
64-086418 w dniu 02.04.2008 r.

W dniu 24.07.2008 r. wyrokiem, sygn. akt: KIO/UZP 697/08, Izba uwzględniła
odwołanie w ramach wcześniejszego postępowania odwoławczego i nakazała dokonanie
ponownego badania i oceny ofert, odnosząc się do zarzutu naruszenia 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” poprzez zaniechanie czynności
wykluczenia Przedsiębiorstwa Budowlanego POLBUD Sp. z o.o., ul. świrki i Wgury 61,
17-100 Bielsk Podlaski zwanej dalej: „Polbud Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” pomimo
złożenia przez nią nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania lub –
alternatywnie na wypadek nieuwzględnienia tego zarzutu – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10

w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Polbud Sp. z o.o. do uzupełnienia tych dokumentów, a w przypadku ich nieuzupełnienia – wykluczenia z prowadzonego postępowania, w następujący sposób:

„Zgodnie z punktem VIII ppkt 2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia musieli wykazać, iż dysponują m.in.

2

osobą na stanowisko kierownika budowy posiadającą, oprócz innych wymogów, których spełnienie nie było przedmiotem odwołania, doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji minimum 2 zadań obejmujących wykonanie modernizacji lub kapitalny remont obiektów o kubaturze minimum 10.000 m³ każdy, w tym jednego obiektu służby zdrowia służącego do celów medycznych, takich jak: szpital, zakład opieki medycznej, sanatorium, uzdrowisko, dom opieki społecznej, zakład rehabilitacji medycznej.

W „Wykazie osób spełniających wymagania określone dla kierownika budowy, kierowników robót branżowych, geodety...” POLBUD Sp. z o.o. jako kierownika budowy wskazała p. Marka L., który, wg tego wykazu, pełnił funkcję kierownika budowy m.in. w 2001 roku przy remoncie szpitala w Wysokiem Mazowieckiem o kubaturze pow. 20.000 m³ oraz w 2004 r. przy remoncie i modernizacji budynku Urzędu Marszałkowskiego w Białymstoku o kubaturze pow. 10.000 m³. (W dalszym toku postępowania rok 2004 został uznany przez Zamawiającego za wpisany omyłkowo, a za prawidłowy uznany rok 2003).

Z załączonych do oferty uprawnień budowlanych wynika, iż od 25 marca 1997 r. pan L. posiadał uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w ograniczonym zakresie – m.in. do „kierowania robotami budowlanymi w obiektach: a/ o kubaturze mniejszej niż 5.000 m³ ...”, natomiast uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej uzyskał 8 czerwca 2004 r. Możliwe jest, iż p. L. posiada inne uprawnienia budowlane, które nie zostały dołączone do oferty, jednak, zdaniem składu orzekającego Izby, powyższa niezgodność pomiędzy posiadanymi uprawnieniami a deklarowanymi robotami budowlanymi, którymi kierował p. L. budzi uzasadnione wątpliwości co do poprawności podanych informacji, które Zamawiający powinien wyjaśnić, zgodnie z art. 26 ust. 4 lub art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Zamawiający nie wzywał dotychczas Polbud Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie). Tym bardziej, gdyby remont i modernizacja budynku Urzędu Marszałkowskiego miały miejsce w roku 2003, a nie 2004, tj. bezspornie przed 8 czerwca 2004 r. Jednak bez powyższych wyjaśnień i wezwania do uzupełnienia dokumentów skład orzekający Izby nie może stwierdzić, iż zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, tym bardziej, iż w wykazie zostały wymienione również inne roboty budowlane, które mogą mieć wpływ na ocenę spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, a które nie zostały opisane w sposób dostatecznie dokładny w treści wykazu do przeprowadzenia takiej weryfikacji. Polbud Sp. z o.o. nie ustosunkowała się do powyższej kwestii ani w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku złożenia protestu, ani podczas rozprawy”.

W dniu 06.08.2008 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwał firmę Polbud Sp. z o.o., do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających

3

spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie „Wykazu osób spełniających wymagania określone dla kierownika budowy (...)", a także innych dokumentów dotyczących osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy. Wskazał, iż: „Wzmiankowany Wykaz nie potwierdza w sposób jednoznaczny i wystarczający, iż dysponujecie Państwo osobą spełniającą wymogi kwalifikacyjne w zakresie doświadczenia zawodowego dla stanowiska kierownika budowy, postawione w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem, aby osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy, posiadała (m. in.), doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji minimum 2 zadań obejmujących wykonanie modernizacji lub kapitalny remont obiektów o kubaturze minimum 10 000 m³ każde, w tym jednego obiektu służby zdrowia służącego do celów medycznych, takich jak; szpital, zakład opieki medycznej, sanatorium, uzdrowisko, dom opieki społecznej, zakład rehabilitacji medycznej”.

Ponadto: „Według „Wykazu osób spełniających wymagania określone dla kierownika budowy (...)", Pan Marek L., wskazany przez Państwa na stanowisko kierownika budowy, pełnił funkcję kierownika budowy m. in. w 2001 r. przy remoncie szpitala w Wysokim Mazowieckiem o kubaturze pow. 20 000 m³ oraz w 2004 r. przy remoncie i modernizacji budynku Urzędu Marszałkowskiego w Białymstoku o kubaturze pow. 10 000 m³ (w toku postępowania rok 2004 został uznany za wpisany omyłkowo, a za prawidłowy został uznany rok 2003). Z załączonych do oferty dokumentów wynika również, że Pan Marek L., od 25 marca 1997 r. posiadał uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w ograniczonym zakresie - m. in. do „kierowania robotami budowlanymi w obiektach: a) o kubaturze mniejszej niż 5 000 m³..."¹ natomiast uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej uzyskał 8 czerwca 2004 r. Powyższa niezgodność pomiędzy posiadanymi uprawnieniami, a deklarowanymi robotami budowlanymi, którymi kierował Pan L. budzi uzasadnione wątpliwości, co do poprawności podanych informacji, które winny zostać wyjaśnione. Bez wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów nie można stwierdzić, czy spełnienie Państwo przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, tym bardziej, że we wzmiankowanym Wykazie zostały wymienione również inne roboty budowlane, które mogą mieć wpływ na ocenę spełniania warunku tego warunku, a które nie zostały opisane w sposób dostatecznie dokładny w treści Wykazu do przeprowadzenia takiej weryfikacji.

Wyjaśnienia i uzupełnienia, należy złożyć lub przesać do Zamawiającego - Kancelaria W IML bud. nr 2 pok. nr 37, w nieprzekraczalnym terminie do 8 sierpnia 2008 r. /piątek/ do godziny 10.00".

4

W dniu 08.08.2008 r. w odpowiedzi na pismo z dnia 06.08.2008 r. stanowiące wezwanie, zdaniem Polbud Sp. z o.o.: „do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wykazu osób spełniających wymagania określone dla kierownika budowy, a także innych dokumentów dotyczących osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy ze względu na to, iż dysponujemy osobą spełniającą wymogi kwalifikacyjne w zakresie doświadczenia zawodowego dla stanowiska kierownika budowy, postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)" Wyjaśnił on, iż: „Wskazany przez nas pierwotnie w Wykazie osób spełniających wymagania określone w SIWZ na stanowisko Kierownika Budowy Pan Marek L. posiada odpowiednie uprawnienia budowlane, kwalifikacje i doświadczenie wymagane w SIWZ dla osoby Wskazanej na wzmiankowane stanowisko. W szczególności posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji dwóch zadań obejmujących wykonanie modernizacji lub kapitalny remont obiektów o kubaturze minimum 10 000 m³ każde, w tym jednego obiektu służby zdrowia służącego do celów medycznych (szczegółowe doświadczenie opisane w wykazie osób w kolumnie „doświadczenie zawodowe") oraz ponad 10-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy. Tym niemniej, w celu wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości uzupełniamy „wykaz osób spełniających wymagania określone w SIWZ" (Załącznik nr 5 do SIWZ) i wskazujemy na stanowisko Kierownika Budowy Pana Andrzeja T. Pan Andrzej T. posiada odpowiednie, zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Kierownika Budowy uprawnienia budowlane, doświadczenie i kwalifikację a mianowicie

1. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji dwóch zadań obejmujących wykonanie modernizacji lub kapitalny remont obiektów o kubaturze minimum 10 000 m³ każde, w tym jednego obiektu służby zdrowia służącego do celów medycznych a, mianowicie: pełnił min. w latach 1982-1986 funkcję kierownika budowy przy realizacji inwestycji „Modernizacja Zakładu Mleczarskiego w Wysokim Mazowieckiem" - kubatura obiektu powyżej 30 000 m³, w latach 1998-2002 pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji zadania „Kapitalny remont i modernizacja szpitala MSWiA w Białymstoku" - kubatura obiektu powyżej 20 000 m³ (szczegółowe doświadczenie opisane w załączonym wykazie osób);
2. posiada ponad 30-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy,
3. posiada wymagane uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno budowlanej;
4. posiada aktualne zaświadczenie o przynależności do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa (...)"

W dniu 08.08.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty firmy: Przedsiębiorstwa

5

Budowlanego POLBUD Sp. z o.o., ul. świrki i Wigury 61, 17-100 Bielsk Podlaski zwanej dalej: „Polbud Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”.

W dniu 14.08.2008 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 ust.1 i 2 w związku z art. 179 ust.1 Pzp firma: FADBET S.A., ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest wobec dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty polegających na:

- 1) zaniechaniu w wezwaniu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów żądania przedstawienia dokumentów mogących potwierdzić prawdziwość złożonych informacji co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 2) zaniechaniu dokonania czynności wykluczenia Polbud Sp. z o.o., pomimo nie wyjaśnienia przez tę spółkę sprzeczności w złożonym przez nią oświadczeniu, wskazujących na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 3) przedwczesnym wezwaniu do uzupełnienia przez Polbud Sp. z o.o. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Polbud Sp. z o.o. złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
- 5) nieprawidłowym wykonaniu wyroku KIO z dnia 24.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 697/08.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Wskazując na powyższe. Protestujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie z postępowania Polbud Sp. z o.o. i odrzucenie złożonej przez niej oferty;
- 4) wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Protestujący wskazując na doznanie uszczerbku w interesie prawnym, tj. w uzyskaniu niniejszego zamówienia, stwierdził, iż przy prawidłowym postępowaniu Zamawiającego oferta Protestującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W ramach uzasadnienia Odwołujący podniósł, iż w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający podał, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 697/08. Odwołujący uznał powyższe twierdzenie za nie odpowiadające stanowi faktycznemu, dlatego też uznał, że niniejszy protest nie narusza art. 181 ust. 6 Pzp, albowiem Zamawiający nie dokonał

6

czynności zgodnych z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jakim w niniejszej sprawie jest wyrok KIO.

Wskazał, iż w odwołaniu w poprzedniej sprawie Protestujący zarzucał naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Polbud Sp. z o.o. i uznania jego oferty za odrzuconą w związku ze złożeniem przez tę spółkę nieprawdziwych informacji. Jako zarzut alternatywny Protestujący podnosił zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza w/w wyrokiem uwzględniła odwołanie wskazując w uzasadnieniu, że nie może być uwzględniony jedynie zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” oraz zarzut niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania polisą OC. A zatem, zdaniem Protestującego, KIO uwzględniła odwołanie w pozostałym zakresie, nakazując dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Oznacza to, że Zamawiający powinien był zażądać od Polbud Sp. z o.o. dokumentów, które mogłyby ewentualnie wykazać, że wykonawca ten nie złożył w prowadzonym postępowaniu nieprawdziwych informacji. Tymczasem Zamawiający wezwał

jedynie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnianie przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie, Protestujący wskazał na niezgodność pomiędzy posiadanymi uprawnieniami, a deklarowanymi robotami budowlanymi, którymi kierował p. M. L., wskazując, że budzi ona jego wątpliwości. Pomimo tych wątpliwości Zamawiający nie wezwał Polbud Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów, którymi mogłaby wykazać, że w niniejszej sprawie nie występują przesłanki do wykluczenia tego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Dodatkowo, zdaniem Protestującego, Polbud S.A. nie wyjaśniając i nie uzupełniając dokumentów odnośnie doświadczenia i uprawnień M. L., lecz przedstawiając nowego kandydata, potwierdził zarzuty stawiane przez Protestującego na wcześniejszym etapie w stosunku do doświadczenia i uprawnień p. M. L. Polbud Sp. z o.o. oświadczył jedynie, że p. M. L. dysponuje właściwym doświadczeniem i uprawnieniami, ale w żaden sposób tego nie wykazał, proponując w zastępstwie innego kandydata.

Zamawiający, jak podniósł Protestujący, przyjął uzupełnienie dokumentów odnoszących się do nowo proponowanego kandydata na kierownika budowy zupełnie pomijając kwestie złożenia przez Polbud Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania odnośnie do p. M. L., skutkujących wykluczeniem tego Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zamawiający zobowiązany jest też do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

7

W związku z powyższym Zamawiający, zdaniem Protestującego, zaniechał prawidłowego wezwania Polbud Sp. z o.o. do wyjaśnienia, czy złożone przez tego Wykonawcę informacje są nieprawdziwe, zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a następnie bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia Polbud Sp. z o.o., a raczej brak tych wyjaśnień i nie wykluczył Polbud Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji nie uznał oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Ewentualnie dopiero w przypadku wyjaśnienia przez Zamawiającego w toku ponownie dokonywanej czynności badani i oceny ofert, że Polbud Sp. z o.o. nie złożyła nieprawdziwych informacji Zamawiający mógłby wzywać do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Konsekwencją wskazanych w niniejszym proteście działań i zaniechań Zamawiającego jest naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, nakazującego zachowanie zasady uczciwej konkurencji raz równego traktowania wykonawców, oraz art. 7 ust. 3 Pzp, zobowiązującego Zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie Wykonawcy wybranemu z poszanowaniem wszystkich przepisów Pzp.

W dniu 14.08.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 18.08.2008 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączył się: Polbud Sp. z o.o. w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o

- 1) Odrzucenia protestu jako niedopuszczalnego na podstawie art. 181 ust. 6 Pzp;
- 2) Oddalenia protestu /jeżeli nie zostanie uwzględnione żądanie wskazane w pkt 1/;

Przystępujący wskazał, iż interes prawny w przystąpieniu jest niewątpliwy bowiem złożona przez nas oferta została uznana za najkorzystniejszą. Jeżeli doszłoby do uwzględnienia protestu aktualny stan postępowania uległby zmianie. Jeżeli Zamawiający odrzuci, względnie oddali protest, aktualny stan postępowania zostanie niewzruszony, a złożona przez nas oferta będzie nadal ofertą najkorzystniejszą. Niniejsze przystąpienie jest również konieczne, ze względu na cel, jakim jest zabezpieczenie naszego interesu prawnego do zawarcia umowy na realizację zamówienia o udzielenie którego toczy się przedmiotowe postępowanie.

Po pierwsze, Przystępujący stwierdził, iż zgodnie z art. 181 ust. 6 Pzp Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie

z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. W tym miejscu wskazał na wyrok dnia 24 .07.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 697/08, w którym KIO uwzględniła odwołanie i nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert. Powyższe oznacza, jego zdaniem, iż czynnościami Zamawiającego wykonanymi zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu jest ponowne badanie i ocena ofert.

Wobec tego, iż Protestujący wniósł protest, zdaniem Przystępującego, m.in. wobec „dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy czynności badania i oceny ofert” oraz wniósł o „unieważnienie czynności badania i oceny ofert” oraz „ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert” uznaje protest za niedopuszczalny - art. 181 ust. 6 Pzp i podlegający odrzuceniu - art. 180 ust. 7 Pzp (Wykonawca wnoszący protest oraz Wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności). Wskazał na fakt, iż powoływane przez Protestującego okoliczności, w szczególności dotyczące naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp były już przedmiotem rozpoznania przez KIO.

Po drugie, stwierdził, iż ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odnosi się do potencjału Wykonawcy co oznacza, iż polega na zbadaniu, czy dany Wykonawca spełnia, czy też nie postawione warunki podmiotowe w tym także, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Skoro więc Zamawiający, zdaniem Przystępującego, dokonując ponownego badania i oceny oferty uznał, iż w wyniku uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu udowodniono fakt dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie doświadczenie i kwalifikacje, a więc zdolnymi do wykonania zamówienia, miał on obowiązek ponownie uznać złożoną ofertę za najkorzystniejszą.

Przystępujący wskazał także, iż Protestujący nie kwestionował faktu, iż osoba, którą w wyniku uzupełnienia, została wskazana na stanowisko Kierownika Budowy posiada odpowiednie doświadczenie i kwalifikacje wymagane dla osoby przewidzianej na to stanowisko.

Po trzecie, Przystępujący przywołał, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp: *„Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż*

w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów”.

Przystępujący przywoła także wyrok KIO, który jego zdaniem stwierdza, że niezgodność pomiędzy posiadanymi uprawnieniami a deklarowanymi robotami, którymi kierował p. L. budzi uzasadnione wątpliwości co do poprawności podanych informacji, które Zamawiający powinien wyjaśnić, zgodnie z art. 26 ust. 4 lub art. 26 ust. 3 Pzp (Zamawiający nie wzywał dotychczas do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie), a bez powyższych wyjaśnień i wezwania do uzupełnienia dokumentów skład orzekający Izby nie może stwierdzić, iż zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Skoro więc KIO wyraźnie uznała, iż Zamawiający może zastosować zarówno art. 26 ust. 4, jak i art. 26 ust. 3 Pzp, to oznacza, zdaniem Przystępującego, iż Zamawiający dokonując pierwotnie badania i oceny ofert winien w stosunku do nas zastosować procedury przewidziane w tych przepisach. Skoro w wyniku ponownego badania i oceny ofert postępowanie powróciło do wcześniejszego etapu (czynności dokonane w tym zakresie po raz pierwszy uznane zostały za nieważne) Zamawiający, miał obowiązek, jego zdaniem, wezwać Przystępującego do dokonania uzupełnień.

Uznał, iż działanie mające w celu usunięcia wszelkich wątpliwości co do dysponowania przez nas osobami spełniającymi wymagania określone w SIWZ, poprzez wskazanie na stanowisko Kierownika Budowy P. Andrzeja T. było dopuszczalne w świetle

doktryny, jak i obowiązującego orzecznictwa. Przystępujący uznał, iż brak podstaw do uznania, że KIO wskazując na konieczność wezwania do uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wskazało jednocześnie, iż powinno być ono zastosowane w węższym zakresie niż na to pozwala powołany przepis. Stwierdza, iż skoro przepisy dopuszczają możliwość dokonanie zmian w dokumentach w takim zakresie, iż w przypadku wątpliwości co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca może, na dane stanowisko, wskazać w miejsce jednej, inną osobę, to trudno uznać, iż jedynie w stosunku do Przystępującego należało uczynić w tym zakresie wyjątek. W złożonych wyjaśnieniach wyraźnie Przystępujący podniósł, iż wskazał, iż uzupełnienie dokumentów nie wynika z tego, iż informacje dotyczące posiadanego przez Pana L. doświadczenia były nieprawdziwe, ale w celu usunięcia wątpliwości co do spełniania przez nas warunków udziału w postępowaniu.

Po czwarte, odnosząc się do poszczególnych zarzutów oraz argumentacji Przystępujący nadmienił, iż:

Wbrew twierdzeniom Protestującego Zamawiający dokonał czynności zgodnych z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, gdyż ten nakazała jedynie, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a jak wynika z pisma Zamawiającego informującego o wyborze

10

najkorzystniejszej oferty z dnia 08.08.2008 r., Zamawiający zgodnie z powołanym wyrokiem KIO dokonał ponownego badania i oceny ofert.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniami Protestującego, iż czynności badania i oceny ofert zostały dokonane z naruszeniem Pzp, gdyż dokonanie wzmiankowanych czynności nakazała KIO, a poza tym nie wiadomo na czym miałyby polegać naruszenie ustawy czy też niezgodność z prawem podczas badania i oceny ofert skoro, w wyniku tych czynności, Zamawiający wezwał do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący stwierdził, iż poprzez kwestionowane działanie, Zamawiający uczynił zadość również żądaniom Protestującego, podnoszonym w uprzednio wniesionym proteście i odwołaniu. Zauważył także, że jeżeli Protestujący uważał, iż powtórzenie czynności badania i oceny ofert w wyniku wydanego przez KIO wyroku będzie naruszeniem Pzp bądź, iż w przedmiotowym postępowaniu nie powinna nastąpić w wyniku uwzględnienia odwołania czynność badania i oceny ofert, miał możliwość, zaskarżyć wzmiankowany wyrok wnosząc skargę do sądu. Wobec powyższego zastrzeżenia Protestującego w tym zakresie, należy uznać za spóźnione.

Wskazał, iż KIO przychyliła się do uznania za zasadny właśnie tego alternatywnego zarzutu na co wskazuje, w szczególności, treść uzasadnienia powołanego wyroku. Ponadto, zauważył, iż w przypadku uznania przez KIO, iż w złożonej przez nas ofercie znajdują się nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, wskazywanie na konieczność wezwania do wyjaśnienia bądź uzupełnienia dokumentów byłoby bezprzedmiotowe bowiem w myśl art. 191 ust. 2 Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba miała możliwość nakazanie Zamawiającemu wykluczenie nas z postępowania. Skoro do takiego rozstrzygnięcia nie doszło, brak podstaw do uznania, iż w trakcie postępowania odwoławczego potwierdziły się zarzuty Protestującego w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przypomniał także, iż sam Protestujący w złożonym proteście od rozstrzygnięcia którego wniósł następnie odwołanie, potwierdził i opisał posiadane przez P. L. doświadczenie, obecnie, pomijając tę okoliczność. Wobec powyższego, zdaniem Przystępującego, wątpliwy jest również wywód, jakoby KIO nakazała Zamawiającemu wezwanie nas do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia, iż podaliśmy nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Przystępujący przedstawienie nowego kandydata nie uznaje za potwierdzenia zarzutu stawiane przez Protestującego na wcześniejszym etapie w stosunku do doświadczenia i uprawnień P. L., uznał, iż wskazując nowego kandydata ostatecznie udowodnili spełnianie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto w załączeniu przedstawił kopie dokumentu, z którego treści wynika powierzenie p. L. od dnia 01.04.1997 r. stanowiska kierownika budowy.

11

Ponadto, odrzuca twierdzenia, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest przedwczesne, jako nie znajdujące potwierdzenia w uzasadnieniu wyroku KIO. Brak bowiem podstaw do uznania, iż KIO nakazała Zamawiającemu wykonanie poszczególnych czynności w określonej kolejności lub wykonanie jednych czynności przed innymi.

Dodatkowo uznał, iż w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący oświadczył, iż wskazane doświadczenie zawodowe Pana L. jest zgodne z prawdą oraz powołał się na opis tego doświadczenia zawarty w załączonym do oferty Wykazie osób. Z uwagi na wątpliwości KIO w związku z posiadanymi przez Pana L. uprawnieniami budowlanymi, w celu usunięcia wszelkich wątpliwości i udowodnienia, iż nie podlegamy wykluczeniu z przedmiotowego postępowania bowiem spełniamy warunki udziału w nim postawione (w szczególności dysponujemy osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), zgodnie z naszym prawem wskazaliśmy w miejsce Pana L. inną osobę, co do której, podobne wątpliwości nie mogą się pojawić.

Nadto, Przystępujący stwierdził, iż Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust.1 i 3 Pzp, natomiast właśnie w przypadku uwzględnienia protestu doszłoby do ich naruszenia, które polegałoby w przedmiotowym przypadku, w szczególności, na bezpodstawnym powtórzeniu prawidłowo wykonanych, zgodnie z wyrokiem KIO czynności.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxm w dniu 19.08.2008 r. poprzez jego odrzucenie. Zamawiający stwierdził, iż po pierwsze zgodnie z wyrokiem KIO, Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i wezwał Przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podstawą wezwania był art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. W treści pisma Zamawiający wskazał na niezgodność pomiędzy posiadanymi uprawnieniami, a deklarowanymi robotami budowlanymi, którymi kierował Pan M. L. Tym samym Zamawiający postąpił zgodnie z wzmiankowanym wyrokiem, gdyż wezwanie obejmowało zarówno wyjaśnienie wskazanych niezgodności, jak i uzupełnienie dokumentów.

Jednocześnie, wbrew oczekiwaniom Protestującego, zdaniem Zamawiającego nie miał on podstaw prawnych do żądania przedstawienia dokumentów mogących potwierdzić prawdziwość złożonych informacji co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgodnie z Pzp możliwe jest bowiem żądanie wymienionych w SIWZ dla danego postępowania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Co prawda nie ma przeszkód prawnych, jak stwierdził Zamawiający, aby Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień

12

przesłał w odpowiedzi również dokumenty mogące potwierdzić prawdziwość złożonych informacji co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tym niemniej Wykonawca nie ma takiego obowiązku (sam decyduje, czy i jakie dokumenty załączy do wyjaśnień), zaś Zamawiający nie ma prawa nałożyć na Wykonawcę obowiązku dostarczenia takich dokumentów. Reasumując, Zamawiający uznał, iż czynność badania i oceny ofert obejmująca także wezwanie do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu została wykonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu i przepisami Pzp.

Po drugie, w zakresie pozostałych zarzutów i argumentów Zamawiający stwierdził, co następuje:

Wbrew twierdzeniu Protestującego, uznał, iż Polbud Sp. z o.o. złożył wyjaśnienie w przedmiocie wątpliwości spowodowanych niezgodnością pomiędzy treścią uprawnień, a deklarowanym doświadczeniem Pana M. L., wzmiankując, iż Pan M. L. spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego w SIWZ. Jednocześnie ten Wykonawca miał, jego zdaniem prawo przedstawić nowego kandydata, którego kwalifikacje zawodowe nie budzą żadnych wątpliwości, co też uczynił. Nadmieniał, iż Pzp nie zna instytucji „wezwania do przedłożenia dokumentów, za pomocą których można wykazać, iż nie występują przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2”, lecz jedynie instytucję „wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” oraz instytucję „wezwania do uzupełnienia

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu". Jego zdaniem, w przedmiotowym przypadku, z instytucji tych Zamawiający skorzystał, zgodnie z przepisami prawa oraz wyrokiem KIO, zaś złożone wyjaśnienia i uzupełnienia nie dają podstaw do wykluczenia Wykonawcy.

Zamawiający nie zgodził się też z twierdzeniem Protestującego, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, było przedwczesne. Zauważał, iż zarówno w przepisach prawa, jak i wyroku KIO, nie zostało, w żaden sposób, określone, że wzmiankowane wezwanie winno być wystosowane w określonym momencie. Dodatkowo, powołał się na art. 6 kc stwierdzając, iż Protestujący ani obecnie, ani w toku wcześniejszego postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu, a następnie postępowania odwoławczego przed KIO, nie wykazał, że istotnie Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 25.08.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

13

1. art. 181 ust. 6 Pzp przez odrzucenie protestu, pomimo, że protest wnoszony był wobec czynności Zamawiającego wykonanych niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jakim w niniejszej sprawie był wyrok KIO z dnia 24.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 697/08, a także przez nieprawidłowe wykonanie tego wyroku;
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia Przystępującego, pomimo nie wyjaśnienia przez tę spółkę sprzeczności w złożonym przez nią oświadczeniu, wskazujących na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie w wezwaniu żądania przedstawienia dokumentów mogących potwierdzić prawdziwość złożonych informacji co do osoby wskazanej w ofercie na stanowisko kierownika budowy oraz dopuszczenie uzupełnienia oferty o inną osobę na to stanowisko bez wyjaśnienia błędów w dokumentach przedłożonych w ofercie, świadczących o złożeniu nieprawdziwych informacji;
4. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez uznanie, że przepis ten nie ma zastosowania do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów w przypadku dostrzeżenia przez Zamawiającego błędów w dokumentach świadczących o złożeniu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
5. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Konsekwencją wskazanych działań i zaniechań Zamawiające jest naruszenie również art. 7 ust. 1 Pzp, nakazującego zachowanie zasady uczciwej konkurencji raz równego traktowania wykonawców, oraz art. 7 ust. 3 Pzp, zobowiązującego Zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu z poszanowaniem wszystkich przepisów Pzp. Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z niniejszego postępowania Przystępującego i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą.
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nieprawidłowo wykonał wyrok z dnia 24.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 697/08, a zatem nie może być mowy o tym, że dokonał czynności badania i oceny ofert zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jakim jest w/w wyrok KIO.

Wskazał, iż w odwołaniu będącym przedmiotem wyroku KIO, Odwołujący zarzucał naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Przystępującego i uznania jego oferty za odrzuconą w związku ze złożeniem

14

przez tę spółkę nieprawdziwych informacji, na co wskazywały sprzeczności w dołączonych do oferty dokumentach, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Alternatywnie Odwołujący podnosił zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. KIO w/w wyrokiem uwzględniła odwołanie, tym samym uwzględniła zarzut podstawowy podnoszony przez Odwołującego, jakim był zarzut zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Przystępującego i uznania jego oferty za odrzuconą w związku ze złożeniem przez tę spółkę nieprawdziwych informacji. W uzasadnieniu wyroku KIO wskazała, że: *„niezgodność pomiędzy posiadanymi uprawnieniami a deklarowanymi robotami budowlanymi, którymi kierował p. L. budzi uzasadnione wątpliwości co do poprawności podanych informacji, które Zamawiający powinien wyjaśnić”*. KIO wskazała też, że: *„być może p. L. posiada inne uprawnienia, które nie zostały dołączone do oferty”* oraz że: *„w przedstawionym wykazie zostały wymienione również inne roboty budowlane, które mogą mieć wpływ na ocenę spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, a które nie zostały opisane w sposób dostatecznie dokładny w treści wykazu”*. Tym samym KIO, zdaniem Odwołującego jednoznacznie wskazała, że postępowanie Zamawiającego powinno pójść w kierunku zbadania prawdziwości informacji podanych przez Przystępującego w stosunku do proponowanego przez tę spółkę kandydata na kierownika budowy - p. L., w zakresie posiadania przez niego innych uprawnień, czy bardziej szczegółowego opisanie jego doświadczenia, co mogłoby wyjaśnić uzasadnione wątpliwości co do poprawności podanych informacji. KIO wskazała, zdaniem Odwołującego, że to właśnie te nieścisłości powinny podlegać weryfikacji w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

KIO uwzględniła odwołanie w zakresie wskazanym wyżej, nakazując dokonanie ponownego badania i oceny ofert. Oznaczało to zdaniem Odwołującego, że Zamawiający powinien był zażądać od Przystępującego dokumentów, które mogłyby ewentualnie wykazać, że wykonawca ten nie złożył w prowadzonym postępowaniu nieprawdziwych informacji.

Tymczasem, jak zauważa Odwołujący, Zamawiający wezwał jedynie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnianie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie wskazał na niezgodność pomiędzy posiadanymi uprawnieniami a deklarowanymi robotami budowlanymi, którymi kierował p. M. L. wskazując, że budzi ona jego wątpliwości. Pomimo tych wątpliwości nie skierował do Przystępującego jednoznacznego wezwania do wyjaśnienia wątpliwości, czy przedłożenia dokumentów, którymi Przystępujący mogłaby wykazać, że w niniejszej sprawie nie występują przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W złożonych wyjaśnieniach, zdaniem Odwołującego Przystępujący, pomijając sprawę doświadczenia i uprawnień M. L., przedstawił w zamian nowego kandydata, potwierdzając w

15

ten sposób zarzuty stawiane przez Odwołującego na wcześniejszym etapie w stosunku do p. M. L. W wyjaśnieniach Przystępujący, jak wskazał Odwołujący, oświadczyła jedynie, że p. M. L. dysponuje właściwym doświadczeniem i uprawnieniami, ale w żaden sposób tego nie wykazała, proponując w zastępstwie innego kandydata. Odwołujący za wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 19.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-724/05 stwierdza, iż: *„Zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować oświadczeń wykonawcy, lecz ma obowiązek je weryfikować na podstawie wszystkich dostępnych informacji, w tym informacji i oświadczeń składanych przez innych wykonawców w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu”*. Tymczasem, jak podniósł Odwołujący, w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, że Przystępujący złożył wyjaśnienia w przedmiocie wątpliwości spowodowanych niezgodnością pomiędzy treścią uprawnień, a deklarowanym doświadczeniem p. L., wzmiankując, że Pan M. L. spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego.

Wynika z tego, że Zamawiający - wbrew jednoznaczному stanowisku KIO - zamiast wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów zadowolił się jedynie oświadczeniem, a właściwie - jak sam zauważył - „wzmiankowaniem”, które w istocie niczego nie wyjaśnia. Zamawiający przyjmuje więc bezkrytycznie oświadczenie Przystępującego naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. nakazujący zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, oraz art. 7 ust. 3 Pzp zobowiązujący Zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu z poszanowaniem wszystkich przepisów Pzp.

Dodatkowo Odwołujący stwierdził, iż jeśli by nawet przyjąć, że wezwanie

Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów było prawidłowe, to niewątpliwie w odpowiedzi Przystępujący nie wykazała prawdziwości złożonych informacji, pomimo „uzasadnionych wątpliwości” KIO w tym zakresie, a zatem należy przyjąć, że spółka ta złożyła w prowadzonym postępowaniu nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik sprawy, skutkujące jej wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (*wpływ bezpośredni*).

W dniu 26.08.2008 r. Zamawiający przekazał firmie Polbud Sp. z o.o. kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 08.09.2008 r. (wpływ bezpośredni) Polbud Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości, fakultatywnie o nieuwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu Odwołującego, obciążenie wszelkimi kosztami w ramach niniejszego postępowania Odwołującego. W ocenie Przystępującego, zarzuty wraz z ich uzasadnieniem postawione przez Odwołującego się oraz wnioski wysnute na ich podstawie nie zasługują na uwzględnienie bowiem:

16

1. nie opierają się na prawdziwym stanie rzeczy,
2. odnoszą się do zakresu, który był już przedmiotem rozstrzygania KIO,
3. prezentują poglądy sprzeczne z aktualną linią orzecniczą KIO,
4. w swej treści opierają się na nadinterpretacji wyroku KIO w sposób zawężający bądź rozszerzający odpowiednio do założeń linii dowodowej Odwołującego.

Przystępujący stwierdził, iż Zamawiający w sposób literalny wykonał wyrok KIO, sygn. akt: KIO/UZP 697/08 zgodnie, z którym miał obowiązek dokonania czynności polegającej na ponownym badaniu i ocenieniu ofert. W ramach przedmiotowej czynności wezwał na mocy art. 26 ust 3 i 4 Pzp Przystępującego, pismem z dnia 06.08.2008 r. do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie: „Wykazu osób spełniających wymagania określone dla kierownika budowy (...)”, a także innych dokumentów dotyczących osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy. Wezwanie to stoi, jego zdaniem, w zgodzie z brzmieniem uzasadnienia do przywoływanego wyroku. KIO bowiem na str. 10 wyroku stwierdza jednoznacznie, iż: „powyższa niezgodność pomiędzy posiadanymi uprawnieniami a deklarowanymi robotami budowlanymi, którymi kierował p. L. budzi uzasadnione wątpliwości co do POPRAWNOŚCI (a nie jak uporczywie twierdzi odwołujący się PRAWDZIWOŚCI - uwaga Przystępującego) podanych informacji, które Zamawiający powinien wyjaśnić, zgodnie z art. 26 ust 4 i 3 Pzp”. Znamionym i kluczowym dla sprawy jest, w mniemaniu Przystępującego, stwierdzenie z dalszej części uzasadnienia w brzmieniu: „*Jednak bez powyższych wyjaśnień i wezwania do uzupełnienia dokumentów Skład Orzekający Izby nie może stwierdzić, iż zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania (...)*”. Bezsprzecznie zatem uznać należy, zdaniem Przystępującego, za błędny wywód Odwołującego, iż w zakresie zarzutu podania przez Przystępującego rzekomo nieprawdziwych informacji Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. Oczywiście jest, zdaniem Przystępującego, iż Izba w sytuacji podzielenia takowego stanowiska nakazałaby wykluczenie Przystępującego z postępowania. Mając na uwadze, iż to na Odwołującym się spoczywał ciężar dowodu w zakresie podnoszonej okoliczności jasnym jest, w mniemaniu Przystępującego, iż Izba uznała, że nie można uznać podanych informacji za nieprawdziwe, lecz za budzące wątpliwości co do poprawności.

Z powyższego stanu rzeczy wynika jednoznacznie, jego zdaniem, że KIO nie podzieliło stanowiska w zakresie podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. Mając na uwadze powyższe słusznym było uznanie, że Odwołujący się w proteście z dnia 14.08.2008 r. powołuje się na te same okoliczności, które ostatecznie rozstrzygnął Skład Orzekający KIO w przywoływanym wyroku.

17

Dalece błędnym jest podjęcie przez Odwołującego próby dowodzenia, iż KIO zawężyła Zamawiającemu katalog instytucji z art. 26 ust 3 i 4 Pzp. Zamawiający zgodnie ze wskazaniem przywoływanego wyroku miał obowiązek podjąć czynności do jakich uprawnia

i zarazem zobowiązuje brzmienie art. 26 ust 3 i 4 Pzp w pełnym zakresie. Ratio legis art. 26 ust 3 i 4 Pzp bezspornie przemawia za tym, iż przewidziane w nim instytucje mają służyć zbadaniu czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu pomimo braków lub błędów w złożonej ofercie. Błędny jest zatem stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający przy pomocy mechanizmów art. 26 ust 3 i 4 Pzp powinien ograniczyć się do badania prawdziwości zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, które to zresztą nie znalazły uznania w kluczowym dla sprawy wyroku KIO (przedmiotowe informacje KIO uznała za potencjalnie niepoprawne, a nie nieprawdziwe jak błędnie, choć uparczywie określa je Odwołujący).

Za stanowiskiem Zamawiającego oraz Przystępującego jednoznacznie przemawia linia orzecznicza KIO:

„Sygn. akt: KIO/UZP 2/08 str. 11

Nie można zatem powiedzieć, jak chce Zamawiający, że Odwołujący przedstawił dane nieprawdziwe, a jedynie, że przedstawione przez niego informacje nie potwierdzają spełniania warunku,

Sygn. akt: KIO/UZP 04/08 str. 6-7

Izba nie podzieliła interpretacji Odwołującego się odnośnie możliwości uzupełnienia dokumentów poprzez wskazanie nowej osoby na stanowisko Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w specjalności drogowej. Ratio legis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przemawia za dopuszczeniem możliwości uzupełniania dokumentów poprzez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści. Obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Niewezwanie wykonawcy, który złożył dokumenty świadczące o braku spełnienia warunku do ich uzupełnienia mogłoby doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, bowiem wykonawca niespełniający warunków, który złożył stosowny dokument, byłby wykluczony z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast wykonawca, który nie złożył wymaganego dokumentu, byłby wezwany do uzupełnienia dokumentów. W związku z powyższym uznać należy, iż złożenie dokumentu wskazującego na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie przesłanek art. 26 ust. 3 ustawy 7

18

Prawo zamówień publicznych. W takiej sytuacji uznać należy, że wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Sygn. akt: KIO/UZP 27/08 str. 7

Zamówienia publiczne powinny być udzielane w warunkach konkurencji. Ostatnie zmiany ustawy Prawo Zamówień Publicznych zmierzały do tego, aby z przyczyn formalnych nie byli eliminowani z postępowania wykonawcy, którzy spełniają określone przez Zamawiającego warunki ubiegania się o zamówienie. Temu celowi służą procedury uzupełniania dokumentów i składania wyjaśnień do treści dokumentów opisane w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy.

Sygn. akt: KIO/UZP 37/08, KIO/UZP 40/08

Str. 10

Izba stwierdziła, że odrzucenie przez Zamawiającego oferty FLISBUD PBM Stanisław Flis narusza przepis art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą ZA, Izba uznała, że w przypadku złożenia przez wykonawcę nieprawidłowego dokumentu, niepotwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, miał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia - informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej o posiadanych środkach lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 25% wartości zamówienia. potwierdzającego spełnienie warunku. Mając, w szczególności, na uwadze zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako fundamentalną w ustawie Prawo zamówień publicznych, Izba uznała, że złożenie przez wykonawcę dokumentu, którego treść nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie może stawiać tego wykonawcy w pozycji gorszej niż wykonawców, którzy wcale nie złożyli takiego dokumentu lub złożony dokument zawierał błędy. W sytuacji, gdy wykonawca złożył dokument

niepotwierdzający spełniania warunku podmiotowego, tj. nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zastosowanie powinien mieć przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zastosowanie tego przepisu wyrównuje sytuację wszystkich wykonawców, którzy uzyskują możliwość uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, potwierdzających spełnianie warunków nie później niż w dacie wskazanej przez Zamawiającego jako termin ich uzupełnienia."

Ponadto, zdaniem Przystępującego, ważącym dla sprawy jest fakt, iż Odwołujący nie kwestionuje pod żadnym kątem p. Andrzeja T., o którego Przystępujący uzupełnił „wykaz osób” w zakresie kierownika budowy (...). Mając to na uwadze oraz w świetle przywołanego orzecznictwa oraz Wyroku KIO (sygn. Akt: KIO/UZP 697/08) tak działania Zamawiającego w zakresie wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, jak i odpowiedź Przystępującego na wezwanie (pismem z dnia 07.08.2008r.) uznać należy za prawidłowe i uprawnione, a co za tym idzie, rozstrzygnięcie protestu Odwołującego za

19

słuszne i stojące w zgodzie z obowiązującym porządkiem prawnym a zwłaszcza z Pzp i linią orzecniczą KIO.

Odnosząc się do zarzutów zaniechania w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających prawdziwość podanych informacji Przystępujący, zwrócił uwagę, iż Zamawiający nie mógł literalnie wyartykułować takiego żądania. Mógł jedynie, co też uczynił, wezwać do uzupełnienia dokumentów, ale tylko w zakresie wcześniej określonym w SIWZ w celu zbadania spełnienia przez Przystępującego warunków udziału i to jak wyraźnie podkreśla KIO w przywołanym orzecznictwie na dzień w którym upływa wskazany przez Zamawiającego termin na uzupełnienia i wyjaśnienia.

Błędnym jest również wywód Odwołującego, zdaniem Przystępującego, stwierdzający iż charakter odpowiedzi udzielonej przez Przystępującego wskazuje na przyznanie się do podania informacji nieprawdziwej. Jest ono przejawem niezrozumienia przez Odwołującego przywołanego wcześniej Ratio legis art. 26 ust 3 i 4 Pzp.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie i po wysłuchaniu stron oraz Przystępującego na posiedzeniu, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że została wypełniona przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 pkt 5 i 6 Pzp.

Zgodnie z powyższymi przepisami Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący się powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu (pkt 5), odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (pkt 6).

W przedmiotowej sprawie miało miejsce ostateczne rozstrzygnięcie protestu w rozumieniu art. 182 ust.2 pkt 3 lit. a Pzp, tj. z dniem wydania wyroku Izby, w tym wypadku wyrok KIO z dnia 24.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/697/08. Powyższe orzeczenie nie było przedmiotem skargi do sądu okręgowego w trybie art. 194 ust.1 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego przedstawionego w odwołaniu, jak i na posiedzeniu, iż brak było podstaw do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu protestacyjno-odwoławczym art.180 ust.7 w związku z art. 181 ust. 6 Pzp. Zdaniem Izby, istniały przesłanki do odrzucenia protestu Odwołującego, a Odwołujący zgodnie z treścią art.

20

181 ust. 6 Pzp, nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem. Stanowisko Odwołującego, iż protest, jak i odwołanie są wnoszone wobec czynności Zamawiającego wykonanych niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jakim w niniejszej sprawie był wyrok KIO z dnia 24.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 697/08, jest błędne.

W wyroku KIO z dnia 24.07.2008 r., Izba uwzględniła pierwotne odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jednocześnie nie przesądzając o wyniku tej powtórnej oceny w stosunku do zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp przez Przystępującego. Jednakże, przedmiotem niniejszego postępowania protestacyjno-odwoławczego jest wynik powtórnej oceny, czyli de facto nie wykluczenie Przystępującego i wybór jego oferty, co stanowi konsekwencję wyroku KIO z dnia 24.07.2008 r., a dokładnie zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Izba stwierdza, że istotnie, jak twierdził Odwołujący na posiedzeniu, zalecenia o uzupełnienie zawarte w wyroku KIO miało na celu wyjaśnienie, czy informacje przedłożone w ofercie są zgodne z prawdą. Zgodnie bowiem z brzmieniem orzeczenia: *„jednak bez powyższych wyjaśnień (...) skład orzekający Izby nie może stwierdzić, że zachodzą przesłanki wykluczające Wykonawcę z postępowania”*. Jednakże, po pierwsze dowodzi to nie uznania spornego oświadczenia za niezgodnego z prawdą przez KIO, po drugie stwierdzić należy na tej podstawie, iż Zamawiający w swoim wezwaniu działał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem, gdyż zwrócił się de facto o stosowne informacje, mające rozstrzygnąć niniejszą kwestię.

Ponadto, należy zaznaczyć, iż Izba rozpatruje zarzut tylko w jego granicach, dlatego też w uzasadnieniu KIO wskazywano na konkretną osobę nie odnosząc się do kwestii dopuszczalności lub nie uzupełnienia oferty Przystępującego o nową osobę. Faktem jednak niezaprzeczalnym jest, iż miało miejsce nakazanie ponownego badania i oceny ofert, i w jego ramach dokonano ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uchylenia wyboru pierwotnego. Wyrok Izby nie zamykał możliwości skorzystania z instytucji wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp, tj. uzupełnienia oferty Przystępującego o nową osobę, gdyż takie prawo gwarantuje uczestnikom postępowania ponowna ocena i badanie ofert, a więc samo Pzp.

Izba wyjaśnia, iż nie zostało dowiedzione, że pierwotnie złożone oświadczenie przez Przystępującego jest niezgodne z prawdą. Fakt, iż Wykonawca w odniesieniu do osoby P. L., ograniczył się w swojej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonane zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24.07.2008 r. do potwierdzenia wcześniejszego oświadczenia, z całą pewnością nie można uznać za udzielenie wyczerpujących wyjaśnień. Jednak, nie dawały i nie dają one podstawy do zajęcia w tej materii jednoznacznego stanowiska. Formalnie wyjaśnienia zostały złożone, jednakże ich merytoryczny walor niczego nie wniósł. Przystępujący nie miał obowiązku ich złożenia, co nie znaczy, iż nie musi liczyć się z

21

konsekwencjami ich braku. Brak wyjaśnień ze strony Wykonawcy z czym Zamawiający musi się liczyć, nie zwalnia Zamawiającego od wykonania czynności zgodnie z istniejącym stanem faktycznym i prawnym.

Izba stwierdza, iż Zamawiający, wzywając Przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia złożonej oferty miał prawo uczynić to, w tym wypadku wezwać Przystępującego do uzupełnienia oferty o nową osobę na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Należy zauważyć, iż sam Odwołujący w proteście sformułował zarzut przedwczesnego wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (str. 2 i 3 protestu), gdyż dopuszczał jak twierdził, iż: *„Ewentualnie dopiero w przypadku wyjaśnienia przez Zamawiającego w toku ponownie dokonywanej czynności badania i oceny ofert, że Polbud Sp. z o. o nie złożyła nieprawdziwych informacji Zamawiający mógłby wzywać do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu”*. Izba podnosi, iż wobec braku obowiązku ze strony Wykonawcy złożenia postulowanych wyjaśnień, także poprzez uzupełnienie, Zamawiający miał prawo w tym samym wezwaniu wnosić o uzupełnienie w szerszym zakresie niż wynikałoby to z literalnego brzmienia wyroku z dnia 24.07.2008 r. Zamawiający nie dysponował żadnymi dowodami na potwierdzenie nieprawdziwości pierwotnego oświadczenia, nie miał więc podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie tej przesłanki.

Izba zauważa także, iż art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp wymaga, aby informacja nieprawdziwa miała wpływ na wynik postępowania. Skoro powyższa kwestia, tj. prawdziwości pierwotnego oświadczenia nie została rozstrzygnięta, a poprzedni wybór został uchylony, oznacza to, iż jest ona bezprzedmiotowa, gdyż miało miejsce ponowne badanie i ocena ofert. Zdaniem Izby, powyższe nie wpływa na wynik postępowania, tym bardziej, iż jak przyznał Odwołujący, nie kwestionował on doświadczenia osoby, o którą został uzupełniony wykaz w ramach

ponownego badania i oceny ofert, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba dodatkowo wyjaśnia, iż instytucja uzupełniania oferty ma jednokrotny charakter, jednakże nie ma przeszkód prawnych, aby Wykonawca był wezwany ponownie do uzupełnienia oferty w innym zakresie niż miało to miejsce wcześniej.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

22

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejsze wyrok/ postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

23