

WYROK
z dnia 22 lipca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 lipca 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2013 roku przez **Odwołującego – Tractebel Engineering S.A z siedzibą w Katowicach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Produkcji, Handlu i Usług "H-GAZ" M. H....., W. H..... Sp. J. (Lider), GASCONTROL POLSKA Sp. z o.o. (Partner), IGEA s.r.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Rzeszowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
2. kosztami postępowania obciąża Przystępującego - **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Produkcji, Handlu i Usług "H-GAZ" M. H....., W. H..... Sp. J. (Lider), GASCONTROL POLSKA Sp. z o.o. (Partner), IGEA s.r.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Rzeszowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Tractebel Engineering S.A z siedzibą w Katowicach, tytułem wpisu od odwołania,

1

-
- 2.2. zasądza od Przystępującego **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Produkcji, Handlu i Usług "H-GAZ" M. H....., W. H..... Sp. J. (Lider), GASCONTROL POLSKA Sp. z o.o. (Partner), IGEA s.r.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Rzeszowie**, na rzecz Odwołującego – **Tractebel Engineering S.A z siedzibą w Katowicach**, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

W dniu 5 lipca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. (t.j. Dz.U.

2010, nr 113, poz. 759 ze zm.) Prawo Zamówień Publicznych (dalej „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Katowicach.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie projektu wykonawczego i projektu budowlanego dla przebudowy gazociągu DN300 Kopki-Stalowa Wola” prowadzi Zamawiający Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Tarnowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 087-148522 w dniu 4 maja 2013 roku.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu polegające na:

1. badaniu ofert i ocenie ofert w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia przez Wykonawcę oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania Wykonawcy tj. konsorcjum firm (zwanym dalej Wykonawcą): - Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług „H-GAZ” M. H....., W. H..... Sp. j. - Lider konsorcjum; Gascontrol Polska Sp. z o.o.; GEA s.r.o, z siedzibą dla Lidera w Rzeszowie,
3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, podczas gdy oferta Odwołującego była najkorzystniejszą, a sam Wykonawca winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Powyższym czynnościom Odwołujący zarzuca niezgodność z ustawą Pzp polegającą na:

1. naruszeniu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy z powodu złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
2. naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie, że Wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt IX.3 SIWZ i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

3

4. naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców wyrażonych w art. 7 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Wykonawcy, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, nakazanie wykluczenia z postępowania konsorcjum firm i odrzucenie jego oferty; nakazanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący się otrzymał dnia 26 czerwca 2013 r. za pomocą poczty elektronicznej, zgodnie więc z art. 182 ustawy Pzp został zachowany termin do wniesienia odwołania. Kopię odwołania doręczono Zamawiającemu. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek bankowy UZP.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w złożeniu odwołania z uwagi, iż zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia wymienionych czynności spowodowało wybór oferty innego Wykonawcy, podczas gdy to oferta Odwołującego winna być wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że po zapoznaniu się z treścią oferty Wykonawcy oraz z treścią uzasadnienia decyzji o wyborze Zamawiającego, Odwołujący stwierdza, iż wskazane w petitum czynności Zamawiającego są niezgodnie z ustawą Pzp.

Zamawiający w pkt IX.3 SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia o poniższym brzmieniu:

„O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej 2 projekty odpowiadające rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia. Za projekt odpowiadający rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia Zamawiający uznaje wykonanie zamówienia w zakresie

zaprojektowania gazociągu wysokiego ciśnienia (MOP >1,6 MPa) o średnicy minimum DN200 i długości minimum L>2 km", zastrzegając w uwagach, iż warunek ten może spełniać łącznie grupa wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Z powyższego wynika, że aby spełnić warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w przypadku gdy o udzielenie zamówienia ubiegało się konsorcjum, wykonawcy ci łącznie powinni w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert wskazanym w zamówieniu wykonać co najmniej dwa projekty gazociągu wysokiego ciśnienia (MOP >1,6 MPa) o średnicy minimum DN200 i długości minimum L>2 km. Biorąc pod uwagę fakt, że termin składania ofert upływał 11 czerwca 2013 r., o godz. 11.00, oznaczony przez Zamawiającego pięcioletni okres to przedział czasowy mieszczący się pomiędzy datą 11 czerwca 2008 r. a datą 11 czerwca 2013 r. Z uwagi na przedmiot zamówienia, pkt IX.3 SIWZ nie pozostawia wątpliwości, iż Zamawiający posługując się stwierdzeniem „wykonanie

4

zamówienia w zakresie zaprojektowania gazociągu wysokiego ciśnienia (...)" wymagał doświadczenia w wykonaniu w tym okresie pełnej dokumentacji projektowej, czyli projektu budowlanego i wykonawczego, jako odpowiadającego rodzajem przedmiotowi zamówienia. Tak sformułowany warunek w żadnym innym miejscu SIWZ nie został zmodyfikowany.

Wykonawcą ubiegającym o zamówienie jest konsorcjum, co oznacza, że aby spełnić ten warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, łącznie podmioty wchodzące w skład konsorcjum powinny po 11 czerwca 2008 r. wykonać co najmniej dwa zamówienia w zakresie zaprojektowania gazociągu wysokiego ciśnienia (MOP >1,6 MPa) o średnicy minimum DN200 i długości minimum L>2 km.

Na dowód spełnienia warunków określonych w pkt IX.2 SIWZ zostały przedstawione przez Wykonawcę dwa dokumenty wystawione dla IGEA s.r.o.

1. pierwszy potwierdzał realizację dokumentacji projektowej w latach 2010-2012 dotyczącą budowy gazociągu wysokiego ciśnienia DN500/300 Stonava-Žukov o długości 10,8 km (dalej jako Referencje Stonava-Žukov),
2. drugi z przedłożonych dokumentów wskazywał, iż Wykonawca w 2010-2012 opracowywał dokumentację projektową dotyczącą rekonstrukcji gazociągu wysokiego ciśnienia DN500 Suchá-Albrechtice o długości 6,3 km (dalej jako Referencje Suchá-Albrechtice).

Oba dokumenty wystawione zostały przez RWE Distribuční služby s.r.o. z siedzibą w Brnie.

Odwolujący ustalił na podstawie Decyzji Urzędu Gminy w Albrechticach, Wydział Urzędu Budowlanego z dnia 7 listopada 2012r., że RWE Distribuční služby s.r.o. z siedzibą w Brnie w dniu 17.04.2007 uzyskała pozwolenie na budowę dla projektu rekonstrukcji gazociągu wysokiego ciśnienia DN500 Suchá-Albrechtice, natomiast sama dokumentacja projektowa została sporządzona przed 2007 rokiem. Z treści powyższego dokumentu jednoznacznie wynika, iż pozwolenie na budowę zostało udzielone na podstawie dokumentacji projektowej rekonstrukcji gazociągu wysokiego ciśnienia DN500 Suchá-Albrechtice wykonanej przed 2007 oraz, że Decyzja przedłużająca ważność pozwolenia na budowę w roku 2012 została wydana również w oparciu o uprzednio zweryfikowaną i niezmienioną dokumentację projektową. Oznacza to, iż dokumentacja projektowa, na którą powołuje się Wykonawca w swych referencjach oraz w ofercie, że wykonywał rzeczoną dokumentację dotyczącą gazociągu Suchá-Albrechtice w latach 2010-2012r. jest informacją nieprawdziwą, a posłużenie się nią miało wpływ na wynik postępowania.

Nieprawdziwą jest informacja, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Przesłanka nieprawdziwości informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zachodzi wówczas, gdy złożone przez Wykonawcę informacje nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistym (obiektywnym) stanie faktycznym ustalonym w sposób pewny,

5

tj., niebudzący żadnych wątpliwości (wyr. KIO z 22.2.2012 r., KIO 267/12). Wykonawca, wobec tego, iż sam wykonywał dokumentację projektową dotyczącą gazociągu Suchá-Albrechtice zdawał sobie sprawę, iż przedłożone referencje oraz informacje zawarte w ofercie dotyczące rekonstrukcji gazociągu wysokiego ciśnienia DN500 Suchá-Albrechtice o długości 6,3 km nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistości, zarówno ze względu na rok wykonania dokumentacji projektowej jak i zakres jej wykonania, a jednak przedłożył

wskazane referencje na okoliczność potwierdzenia spełnienia wymogów określonych w pkt IX.3 SIWZ. W tym miejscu zauważyć należy, że takie działanie Wykonawcy było celowe, albowiem Wykonawca swoim działaniem zmierzał do osiągnięcia podwójnego rezultatu, po pierwsze zakwalifikowania się do udziału w postępowaniu oraz co bardziej istotne - Wykonawca chciał wygrać postępowanie przetargowe. Takie zachowanie Wykonawcy w oczywisty sposób prowadzi do wniosku, że celowo złożył nieprawdziwe informacje wiedząc, iż mają one niewątpliwy wpływ na wynik postępowania. Nie podlega bowiem wątpliwości okoliczność, że Wykonawca dysponował stosowną wiedzą odnośnie czasu i zakresu wykonanego przez siebie zamówienia w zakresie realizacji dokumentacji projektowej a jednak posłużył się w ofercie nieprawdziwą informacją. Wykonawca sam sporządzał dokumentację projektową, nie korzystał w tym zakresie z usług podmiotów trzecich, zatem niemożliwe jest by nie dysponował stosowną wiedzą odnośnie momentu sporządzania przez samego siebie dokumentacji.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp uznać można, że możliwe jest wykluczenie Wykonawcy z postępowania w sytuacji łącznego spełnienia przez niego dwóch przesłanek, tzn. złożenia nieprawdziwych informacji oraz okoliczności, iż informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Powyższy pogląd znalazł odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1226/10 - dla stwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji istotnym jest, czy miały one realny i rzeczywisty wpływ na wynik postępowania. Tym samym, na skutek podania nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania, Wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Działanie Wykonawcy polegające na przedłożeniu dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje w oczywisty sposób zmierzało do wygrania przez niego postępowania przetargowego i do tego doprowadziło poprzez wybór jego oferty. Oczywistym jest, że bez przedłożenia dokumentu poświadczającego nieprawdę nie wygrałby postępowania. Zatem niewątpliwie uznać należy, iż działanie Wykonawcy polegające na przedłożeniu dokumentu poświadczającego nieprawdę jest działaniem celowym, które w sposób oczywisty zmierzało do wywarcia wpływu na wynik postępowania przetargowego, a konkretnie do wygrania tego postępowania i do tego doprowadziło.

Odnosząc się do zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że z decyzji z dnia 7 listopada 2012 r. wprost wynika, iż została wydana na podstawie dokumentacji przedłożonej celem wydania pozwolenia na budowę w 2007 r. Decyzja z dnia 7 listopada 2012 r. stanowi, że „Zakres budowy ani jej trasa nie zmieniają się i będą zgodne z wydanym prawomocnym pozwoleniem na budowę nr ref. SU289/05, 48/07/SR/ROZ/SP-Soch z dnia 17.04.2007 oraz z dokumentacją zweryfikowaną podczas postępowania w sprawie pozwolenia na budowę”. Wniosek o przedłużenie ważności pozwolenia na budowę z 2007 r. przedłożono w 2011 r. i uzupełniono w 2012 r., w oparciu o pierwotną, niezmienną dokumentację projektową. Zatem skoro pozwolenie na budowę w zakresie rekonstrukcji gazociągu wysokiego ciśnienia DN500 Suchá-Albrechtice zostało wydane w 2007 r. to niezaprzeczalnie projekt, na który powołuje się Wykonawca został wykonany przed tą datą, a zatem nie można w tym przypadku mówić o spełnieniu przez Wykonawcę postanowień pkt IX.3 SIWZ, gdyż wykonanie tego projektu nastąpiło przed pięcioletnim okresem wymaganym przez Zamawiającego. Tym samym nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu. Ponadto, z Referencji Suchá-Albrechtice nie wynika by Wykonawca opracował dokumentację projektową polegającą na zaprojektowaniu gazociągu wysokiego ciśnienia (MOP>1,6 MPa) o średnicy minimum DN200 i długości minimum L>2 km. Wystawca referencji przyznaje bowiem tylko, że Wykonawca opracowywał dokumentację projektową dotyczącą rekonstrukcji gazociągu wysokiego ciśnienia DN500 Suchá-Albrechtice o długości 6,3 km nie wskazując w jakim zakresie. Zatem uznać należy, że wykonanie projektu w zakresie rekonstrukcji gazociągu przed 2007 r. w sposób oczywisty stoi w sprzeczności z wymogiem, o którym mowa w pkt IX.3 SIWZ. Zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek okresu pięciu lat, w trakcie którego należy wykonać dwie pełne dokumentacje projektowe, tylko w sposób jasny określił, iż wykonanie dwóch dokumentacji projektowych zgodnych z warunkami przedłożonego zamówienia winno mieć miejsce w okresie pięciu lat poprzedzających termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Zatem nie sposób uznać by opisany powyżej projekt spełniał cechy projektu jaki opisany został w pkt IX.3

SIWZ, skoro Wykonawca wykonał go przed 2007 r., czyli sporo przed datą 11 czerwca 2008 r., tj. początkową datą od której biegnie omawiany pięcioletni okres.

Przesłanka nakazująca wykluczenie Wykonawcy z przetargu z powodu nieprawidłowości w dokumentowaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i stanowi o obowiązku wykazania przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wymóg wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie sprowadza się wyłącznie do przedłożenia samych dokumentów i oświadczeń, ale także do przedstawienia przez Wykonawcę wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych, które pozwolą Zamawiającemu ocenić wskazywane okoliczności. Zadaniem Zamawiającego nie jest bowiem prowadzenie

7

postępowania wyjaśniającego i ustalanie faktów, które mogłyby wskazać, że Wykonawca warunki spełnia. W przypadku istnienia jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie przemawiają one na niekorzyść Wykonawcy, gdyż zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp to na nim spoczywa obowiązek wykazania, że warunki te spełnia (wyr. KIO z 2.7.2010 r., KIO/UZP 1197/10).

Zamawiający wymagał w SIWZ aby Wykonawca wykazał się doświadczeniem, czyli w okresie pięciu lat przed terminem złożenia oferty zrealizował co najmniej dwa projekty odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Za taki uznał zaprojektowanie gazociągu wysokiego ciśnienia (MOP>1,6 MPa) o średnicy minimum DN 200 i długości minimum L>2km. Wykonawca, którego oferta została wybrana wykazując spełnienie ww. warunku wskazał jako jeden z dwóch projektów gazociąg Suchá-Albrechtice oraz przedstawił stosowne Referencje Suchá-Albrechtice. Jednakże wobec przedłożonej wraz z niniejszym odwołaniem Decyzji wynika, iż wniosek o przedłużenie ważności pozwolenia na budowę z 2007 r. przedłożono w 2011 r. i uzupełniono w 2012 r., w oparciu o pierwotną, niezmienną dokumentację projektową wykonaną przed 2007 rokiem. Powyższą sytuację jednoznacznie potwierdza cytowany wyżej fragment Decyzji z dnia 7 listopada 2012 r. Uznać należy, iż powyższe warunki zostały określone przez Zamawiającego w sposób jasny i precyzyjny, zatem należy wyeliminować jakąkolwiek możliwość błędnej interpretacji przez Wykonawcę.

W oparciu o wskazane okoliczności uznać należy, że Wykonawca w sposób nieprawidłowy dokumentował warunki udziału w postępowaniu co oznacza, iż powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, a jego oferta zostać uznana za odrzuconą.

Z uwagi na wskazane powyżej okoliczności wniesienie odwołania należało uznać za zasadne.

W dniu 10 lipca 2013 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z 8 lipca 2013 roku, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - Przedsiębiorstwo Produkcji, Handlu i Usług "H-GAZ" M. H....., W. H..... Sp. J. (Lider), GASCONTROL POLSKA Sp. z o.o. (Partner), IGEA s.r.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Rzeszowie. Wykonawca wykazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie, ponieważ jego oferta uznana została przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu. Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości.

8

Ustalono, iż w dniu 11 lipca 2013 roku, Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu, wobec czego 12 lipca 2013 roku Przystępujący wezwany został do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, który zgłoszony został w dniu 15 lipca 2013 roku w formie pisemnej.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez Stronę i Uczestnika postępowania włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń

Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przedstawił stan faktyczny zaistniały w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w prawidłowym brzmieniu przytoczył warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia. Właściwie opisane w odwołaniu zostały dokumenty znajdujące się w ofercie Przystępującego, mianowicie wykaz usług oraz załączone do niego referencje.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba zważyła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ potwierdził się jeden z zarzutów odwołania, tj. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie, że Wykonawca wybrany potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt IX.3 SIWZ. Potwierdzenia natomiast nie znalazł w zgromadzonym materiale dowodowym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest zarzut złożenia nieprawdziwych informacji.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do

9

realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące wykazania się niezbędnym doświadczeniem oraz dokumenty, na podstawie których odbywała będzie się ocena merytoryczna treści oferty w wymienionych i opisanych kryteriach oceny.

Dostrzeżenia wymaga fakt, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik

tego postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności wykluczenia Przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji nie można było zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest pewnego stanu niepewności, czy wywołanie wystarczającym zaistnienie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość.

10

Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

Wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co przemawia za wymaganiem od nich dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji.

Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane.

Wskazanie w wymaganym wykazie usług, które być może w ocenie Odwołującego nie spełniają warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami ogłoszenia lub SIWZ, nie oznacza jeszcze podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, musi bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru

11

bezpośredniego lub na zamiaru ewentualnego, bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (za wyrokiem KIO z dnia 18 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 637/11).

Okoliczność, że usługa wskazana w wykazie nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający czytelnie dał wyraz wymaganiom oczekiwanym w zakresie wykazania się niezbędnym doświadczeniem. W ocenie składu orzekającego Izby nie ziściły się przesłanki wynikające z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy umożliwiające wykluczenie wykonawcy z postępowania. O ile dyskusyjne może być wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia zawodowego, to z pewnością nie może być mowy o tym, iż wykonawca w sposób celowy, świadomy złożył nieprawdziwe informacje celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało lub potencjalnie nawet mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Nawet jeżeli informacje umieszczone w Wykazie usług w ofercie Przystępującego nie potwierdzają spełniania warunków udziału w zakresie, jaki wymagany był przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ, to powyższe nie oznacza, że Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. Z przebiegu rozprawy wynika, że Przystępujący tak rozumiał warunek udziału w postępowaniu, że oczywistym było dla Niego, iż wskazana w pkt 2 Wykazu usług inwestycja, polegająca na wykonaniu dokumentacji dotyczącej rekonstrukcji gazociągu spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. W takim przypadku nieuprawnionym jest domniemywanie, że Wykonawca celowo, w sposób zamierzony posłużył się dokumentami referencyjnymi i chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd, aby uzyskać zamówienie. Błędna ocena zakresu posiadanego doświadczenia wskazywanego na potwierdzenie spełniania opisanego warunku udziału w postępowaniu nie oznacza, w ocenie składu orzekającego Izby, złożenia nieprawdziwych informacji. Można co najwyżej zastanawiać się, czy taki Wykonawca w rzeczywistości udowodnił, że niezbędne doświadczenie posiada, a warunek spełnia.

Z tych powodów nie uwzględniono zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, ale uznano, że wyjaśnienia wymaga okoliczność wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

12

Przystępujący broniąc złożonej oferty, w ramach złożenia oświadczenia o sprzeciwie w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów w całości, przedłożył na rozprawie wyjaśnienia członka konsorcjum realizującego zamówienie wskazane w punkcie drugim wykazu wraz z szeregiem dokumentów (umowy i aneksy do umów) dotyczących realizacji tego zadania. Niestety, dokumenty te, w ocenie składu orzekającego Izby, nie dowodzą ponad wszelką wątpliwość wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Ze złożonej umowy o dzieło wykonania projektów budów (nr 1311000870) zawartej w dniu 15 września 2011 roku oraz aneksu nr 3 (z dnia 4 grudnia 2012 roku, przedłużającego jedynie pierwotny termin wykonania umowy) do tej umowy wynika, że przedmiotem opracowania była aktualizacja części dokumentacji projektowej budowy „REKO VTL DN 500 Suchá, Albrechtice III etap” polegająca na „aktualizacji map katastralnych w powiązaniu ze zmianami, które mogły powstać z tytułu digitalizacji map i podziału istniejących gruntów, zapisanie trasy do nowych map katastralnych i aktualizacja praw własności do gruntów, sprawdzenie umów o umowach przyszłych w związku z możliwymi zmianami praw własności do gruntów; sporządzenie nowego wniosku w sprawie pozwolenie tymczasowego zajęcia i stałego ograniczenia części gruntów i zapewnienie kompleksowego obliczenia odszkodowań w części produkcyjnej lasu; opracowanie nowego wniosku w sprawie wydania zgody Urzędu Nadzoru Wodnego (...) i zapewnienie opinii organów nadzoru odpowiednich rzek; aktualizacja opinii właścicieli infrastruktury technicznej i aktualizacja opinii właścicieli urządzeń podziemnych; aktualizacja opinii właścicieli sieci drogowej; opracowanie i złożenie wniosku w sprawie przedłużenia ważności na budowę włącznie z uzupełnieniem aktualnym ważnym odpisem z RH i pełnomocnictwem, bieżące konsultacje i składanie wyjaśnień; uzgodnienie i zawarcie umów o umowach przyszłych; przekazanie 6 aktualizowanych kompletów dokumentacji; przekazanie 1 x CD zawierającego aktualizowaną trasę gazociągu w formacie *.dwg; przekazanie wszystkich dokumentów niezbędnych do realizacji umowy”. Warunek udziału w postępowaniu zaś w sposób wyraźny odnosił się do doświadczenia rozumianego jako zaprojektowanie gazociągu wysokiego ciśnienia. Pojęć „zaprojektowanie”, a więc wykonanie od podstaw dokumentacji projektowej w rozumieniu tego pojęcia wynikającym z Prawa budowlanego w pełnym zakresie i „aktualizacja” dokumentacji już istniejącej nie można uznać za tożsame.

Ponadto złożona umowa została zawarta w 2011 roku, natomiast w wykazie

i referencjach stwierdzono, że usługa wykonywana była w latach 2010-2012. Z przedłożonej umowy nie wynika, czy była to pierwsza umowa między stronami, czy już kolejna, a poprzednią zawarto w 2010 roku. Trudno bowiem przypuszczać, że wykonawca wykonywał w 2010 roku jakieś czynności formalne, a dopiero w 2011 roku podpisał umowę na wykonywanie tych czynności. Być może umowa z 15 września 2011 roku jest kontynuacją wspomnianych w wyjaśnieniach członka konsorcjum umów z 12 lutego 2010 roku (umowa

13

o dzieło nr 1310000074) w sprawie opracowania dokumentacji projektowej „Remontu gazociągu wysokociśnieniowego Suchá Albrechtice II etap, część 1” oraz umowy o dzieło o numerze 1310000075 w sprawie opracowania dokumentacji projektowej „Remontu gazociągu wysokociśnieniowego Suchá Albrechtice II etap, część 2”. Jednakże takich wyjaśnień nie złożono i nie przedstawiono w toku rozprawy przed Izbą, są to tylko przypuszczenia składu orzekającego Izby, które Zamawiający powinien wyjaśnić dokonując ponownego badania i oceny ofert. Zaznaczyć jednocześnie należy, iż decydującego znaczenia w sprawie nie ma okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący, że pozwolenie na budowę pochodzi z 2007 roku. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że inwestycja realizowana jest w oparciu o inny porządek prawny, rządzący się innymi regułami w zakresie wydawania tego rodzaju rozstrzygnięć administracyjnych i nie jest wykluczone, że możliwe było jedynie przedłużenie pozwolenia wydanego w 2007 roku a wykonanie nowej dokumentacji dla kontynuowanej inwestycji. Ponadto tezy przeciwniej, Odwołujący nie udowodnił.

Przystępujący winien więc być wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się niezbędnym doświadczeniem zawodowym. Jednocześnie za dopuszczalną uznać należy sytuację, w której wykonawca w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp złoży stosowane wyjaśnienia odnośnie sposobu i zakresu realizacji zadania wymienionego w punkcie 2 wykazu usług znajdującego się w ofercie i udowodni, że zadanie to potwierdza ustanowiony w postępowaniu warunek.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

14