

Sygn. akt VI Ga 28/09

VI Ga 30/09

*n **

i, f

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 czerwca 2009 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Andrzej Borucki (spr.)

Sędziowie: SSO Barbara Frankowska (spr.)

SSO Anna Walus-Rząsa

Protokolant: st. sekretarz sądowy Magdalena Kamuda

po rozpoznaniu w dniu 27 maja 2009 r. w Rzeszowie
na rozprawie

na skutek skargi ERB UD S.A. w Warszawie i INŻYNIERII RZESZÓW
Spółce z o.o. w Rzeszowie,

z udziałem zamawiającego : Szpitala Wojewódzkiego nr 2 w Rzeszowie oraz
Konsorcjum: Grupa 3J S.A., TEHAND Spółki z o.o. w Warszawie,
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2009 r. sygn. akt
KIO/UZP 310/09, KIO/UZP 304/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. w pkt 1 uwzględnia odwołanie ERBUD S.A. w Warszawie i w części
odwołanie INŻYNIERII RZESZÓW Spółki z o.o. w Rzeszowie, a to w
zakresie w jakim odnosi się do Konsorcjum: Grupa 3J S.A., TEHAND

Spółki z o.o. w Warszawie i nakazuje zamawiającemu Szpitalowi
Wojewódzkiemu nr 2 w Rzeszowie :

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum
Grupa 3J S.A., TEHAND Spółki z o.o. w Warszawie i odrzucenie tej oferty,
- dokonanie wyboru oferty ERBUD S.A. jako najkorzystniejszej,

2. w pkt 2 ppkt 2A

- **zasądza** od zamawiającego Szpitala Wojewódzkiego nr 2 w Rzeszowie na

rzecz skarżącego ERBUD S.A. w Warszawie kwotę 4.087,00 zł (cztery tysięcy osiemdziesiąt siedem złotych) tytułem kosztów postępowania w tym kwotę

I. 800,00 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego,

II. oddala skargę INŻYNIERII RZESZÓW Spółki z o.o. w Rzeszowie w pozostałym zakresie,

III. zasądza od skarżącego INŻYNIERII RZESZÓW Spółki z o.o. w Rzeszowie na rzecz ERBUD S.A. w Warszawie kwotę 2.700,00 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje,

IV. zasądza od zamawiającego Szpitala Wojewódzkiego nr 2 w Rzeszowie na rzecz skarżącego ERBUD S.A. w Warszawie kwotę 3.917,00 zł (trzy tysiące dziewięćset siedemnaście złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwiftoodpiay

za zgodność:

Sygn. akt VI Ga 28/09
VI Ga 30/09

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 marca 2009 r. sygn. KIO/UZP 304/09 i KIO/UZP 310/09 Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 oddaliła odwołania wykonawców:

- ERBUD S.A. w Warszawie od czynności zamawiającego Szpitala Wojewódzkiego nr 2 w Rzeszowie polegającej na wybraniu jako najlepszej oferty Konsorcjum Grupa 3J S.A., TEHNAND Spółki z o.o. w Warszawie (zwanego dalej KONSORCJUM) i nie odrzuceniu tej oferty mimo błędu w obliczeniu ceny i nie spełnieniu przez tego oferenta wszystkich warunków zamówienia odnośnie dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia w zakresie wymaganych przy realizacji zamówienia branż;
- INŻYNIERII RZESZÓW Sp. z o.o. w Rzeszowie od czynności zamawiającego polegającej na wybraniu jako najlepszej oferty Konsorcjum, mimo błędu w obliczeniu ceny i nie spełnieniu wszystkich warunków zamówienia odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia i posiadania wymaganego doświadczenia oraz kolejnej czynności polegającej na zaniechaniu wykluczenia ERBUD S.A. mimo nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożeniu nieprawdziwych informacji.

W pkt 2, 3 i 4 wyroku Izba, stosownie do wyniku rozstrzygnięcia, orzekła o kosztach postępowania.

Uzasadniając powyższe orzeczenie Izba stwierdziła, że obaj odwołujący wykazali materialno-prawną przesłankę wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwaną dalej ustawą Pzp), polegającą na istnieniu po ich stronie interesu prawnego we wniesieniu odwołań. Gdyby bowiem

zarzuty podnoszone przez nich w odwołaniach okazały się zasadne, to każdy z nich miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Dokonując oceny podniesionego w obydwu odwołaniach zarzutu

popęnienia w wybranej ofercie błędu w obliczeniu ceny robót Izba podzieliła stanowisko co do tego, iż w toku przedmiotowego postępowania nie udowodniono obowiązku zastosowania jednolitej stawki podatku VAT od towarów i usług w wysokości 22% w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, w tym do wyrobów medycznych będących częścią przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby aczkolwiek roboty budowlane, które są opodatkowane stawką podstawową (22%) stanowią przeważającą wartość prac, to nie wyłącza to możliwości przyjęcia dla niektórych elementów - robót, innej - obniżonej stawki w wysokości 7% .

Izba uznała, że wybrany wykonawca miał podstawę przy dokonywaniu wyceny prac przyjąć kwestionowaną przez odwołujących stawkę podatku, przyjmując określone wyroby za wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 20.04.2004 r. o wyrobach medycznych, a w związku z tym stosownie do takiej oceny zastosować stawkę przewidzianą w ustawie o podatku VAT.

Według Izby przedłożone w trakcie postępowania przez strony interpretacje organów podatkowych nie mogą stanowić dowodu potwierdzającego stanowisko którejkolwiek z nich, albowiem są to indywidualne interpretacje dotyczące odmiennych stanów faktycznych. Dlatego też wobec braku innego dowodu mającego potwierdzić zarzut zawarty w odwołaniach Izba uznała zarzut popełnienia błędu w obliczeniu ceny za nieuzasadniony.

W dalszej części uzasadnienia Izba odniosła się do zarzutu dotyczącego dwukrotnego wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału, stwierdzając iż postępowanie dowodowe wykazało, że co prawda w obu pismach które zamawiający skierował do wykonawcy powołano przepis art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, to jednak nie było to dwukrotne wezwanie o złożenie wymaganego dokumentu. Drugim z pism zamawiający zwrócił się bowiem o wyjaśnienie treści dokumentu, co oznacza że kolejne wezwanie nie było czynnością tożsamą z pierwszym wezwaniem i oparte było na przepisie art. 26 ust. 4 ustawy.

Izba stwierdziła ponadto iż niezasadny jest również zarzut odwołującego ERBUD S.A. kwestionujący brak wykazania przez wybranego wykonawcę dysponowania osobami z wymaganymi uprawnieniami w specjalności telekomunikacyjnej i drogowej. Na podstawie zapisu zamieszczonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt VIII 1.3) Izba uznała iż zamawiający wymagał przedstawienia kandydatów na stanowiska kierownika budowy - koordynatora, oraz kierowników branżowych, nie wskazując specjalności w jakich należy wykazać posiadanie uprawnień budowlanych. Dlatego też zdaniem Izby wymagane uprawnienia należy odnosić do rzeczywistej potrzeby, która wynika z przedmiotu zamówienia, natomiast ogólny opis w SIWZ nie oznacza iż wykonawca miał obowiązek przedstawienia osób z uprawnieniami we wszystkich 9 specjalnościach i dodatkowych specjalizacjach wynikających z art. 14 ustawy Prawo budowlane. W świetle powyższego i ten zarzut w ocenie Izby jest niezasadny.

Następnie Izba dokonała oceny zarzutu podniesionego w odwołaniu INŻYNIERII RZESZÓW Spółki z o.o. w stosunku do wykonawcy ERBUD S.A. i stwierdziła, że podniesione w tym zakresie zarzuty odrzuca, albowiem były one już przedmiotem oceny i rozstrzygnięcia jakie zapadło w dniu 18 marca 2009 r. w sprawie KIO/UZP 264/09.

Skargi od wyroku wydanego w dniu 26 marca 2009 r., wnieśli ERBUD S.A. w Warszawie oraz INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. w Rzeszowie, które zostały połączone do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy, a to postanowieniami z dnia 11 maja 2009 i 27 maja 2009 r.

Skarżący ERBUD S.A. w Warszawie zarzucił Krajowej Izbie

Odwoławczej naruszenie :

- przepisu art. 328 kpc i 192 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, zaniechanie wskazania dowodów, na których oparła się Krajowa Izba Odwoławcza i przyczyn dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, zaniechania wskazania podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa,

- przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego,

- przepisu art. 188 ust. 7 w/w ustawy, poprzez ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału,

- przepisu art. 184 ust. 6 ustawy, poprzez naruszenie postanowień kpc w zakresie postępowania przed sądem polubownym, w tym naruszenie art. 1194 §

1 i 2 kpc,

- artykułu 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt

2 art.24 ust. 10, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 ustawy , poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w związku z zaniechaniem czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Grupa 3J i odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, pomimo nie potwierdzenia przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy , poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Grupa 3J, pomimo że oferta ta zawierała błędy w obliczeniu ceny z uwagi na postanowienia art. 5, 7 i 8 ustawy z dnia 11 marca 2004 r., o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2004, nr 54, poz. 535 z późn. zm.), oraz poz. 106 załącznika nr 3 do tej ustawy,

- art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy, poprzez nie zapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Grupy 3J pomimo że jest niezgodna z ustawą i nieważna na podstawie odrębnych przepisów (ustawa o podatku od towarów i usług),

- innych przepisów wymienionych lub wynikających z treści uzasadnienia protestu, odwołania i skargi.

Wskazując na powyższe zarzuty zaskarżenia skarżący ERBUD S.A. w Warszawie domagał się:

- uwzględnienia skargi w całości,

- zmiany zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy ,poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez skarżącego,

- nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Grupa 3J jako najkorzystniejszej,

- nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i w jej wyniku odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum Grupa 3 J,

- nakazania zamawiającemu dokonania wyboru ofert skarżącego jako

najkorzystniej szej.

Ponadto domagał się zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym, oraz kosztów jakie poniósł w związku z wniesieniem odwołania, a następnie o których orzeczono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżący Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o. w Rzeszowie zarzuciła zaskarżonemu wyrokowi:

1. naruszenie przepisów postępowania:

- art. 192 ust 2 oraz 188 ust 7 ustawy Pzp, polegające na braku w zaskarżonym wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym faktów

które Izba uznała za udowodnione, dowodów na których się oparła i przyczyn dla których skład orzekający KIO nie dał wiary i odmówił wiarygodności i mocy dowodowej dowodom przedstawianym przez skarżącego, wskazania podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa oraz zaniechaniu wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy;

- art. 187 ust 4 pkt 5 ustawy Pzp, polegające na niezgodnym ze stanem faktycznym ustaleniu, że zarzuty odwołania skarżącego odnoszące się do ERBUD S.A. dotyczą tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu w sprawie zakończonej wyrokiem KIO z dnia 18.03.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 264/09 - w konsekwencji odrzucenie tych zarzutów co doprowadziło do naruszenia przepisów prawa materialnego:

art. 24 ust 1 pkt 10 oraz art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez oddalenie odwołania skarżącego w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia ERBUD S.A. z uwagi na nie potwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu,

art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, przez oddalenie odwołania skarżącego w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia ERBUD S.A. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,

2. naruszenie prawa materialnego a mianowicie:

- art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i oddalenie odwołania skarżącego w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Grupa 3J S.A., TEHAND Sp. z o.o.,

- art. 26 ust 3 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i oddalenie odwołania skarżącego w zakresie zarzutu nieuprawnionego wezwania Konsorcjum Grupa 3 J do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu kiedy takie działanie jest niedopuszczalne,

- art. 7 ust 1 i 26 ust 3 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i oddalenie odwołania skarżącego w zakresie zarzutu nieuprawnionego dwukrotnego wezwania Konsorcjum Grupa 3J do uzupełnienia tego samego dokumentu,

- art. 24 ust 1 pkt 10 oraz art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i oddalenie odwołania skarżącego w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Grupa 3J

- art. 24 ust 1 pkt 10, art. 24 ust 2 pkt 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i oddalenie odwołania skarżącego w zakresie zarzutu dokonania z naruszeniem wskazanych przepisów, wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Grupa 3J S.A., TEHAND Sp. z o.o.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. w Rzeszowie wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu Szpitalowi Wojewódzkiemu Nr 2 w Rzeszowie powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oceny ofert i odrzucenie oferty Konsorcjum ewentualnie wykluczenie z postępowania Konsorcjum i ERBUD S.A. w Warszawie i dokonanie ponownego wyboru spośród ofert nie podlegających odrzuceniu złożonych przez niewykluczonych wykonawców.

Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający w odpowiedzi na skargi wniósł o ich oddalenie twierdząc, że zarzuty skarżących, co do zastosowania przez wykonawcę Konsorcjum różnych stawek podatku VAT są niezasadne, przede wszystkim ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przy którym tracą na znaczeniu wyceny poszczególnych składowych robót budowlanych i towarzyszących im dostaw oraz przyjętych przez wykonawcę stawek podatku VAT. Zamawiający ocenia jedynie ogólną cenę zaoferowaną przez wykonawców, a wykonawca ponosi skutki podatkowe przyjętej stawki podatku VAT.

Izba prawidłowo rozstrzygnęła, że zamawiający nie dokonał dwukrotnego wezwania oferentów do uzupełnienia tych samych dokumentów, bowiem drugie wezwanie dotyczyło jedynie złożenia wyjaśnień. Żaden z oferentów nie podlegał wykluczeniu gdyż przedstawił wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie znajdują uzasadnienia także te zarzuty w których skarżący podnosili, że Konsorcjum nie przedstawiło pełnej listy kierowników branżowych, a to wobec faktu że zamawiający nie wskazał specjalności, w jakich należy wykazać posiadanie uprawnień budowlanych. Zakres robót budowlanych podany w SIWZ nie wymagał odrębnego ustanowienia kierowników robót branżowych o specjalnościach telekomunikacja i drogi. Zarzuty co do ERBUD S.A. są pozbawione podstaw z przyczyn formalnych, oraz nie znajdują merytorycznego uzasadnienia, co potwierdziła Izba we wcześniejszym wyroku z dnia 18.03.2009r.

Konsorcjum również wniosło o oddalenie skargi INŻYNIERII RZESZÓW Sp. z o.o. w Rzeszowie twierdząc, że wykreowanie tzw. usług kompleksowych nie może prowadzić do naruszenia zasad opodatkowania wynikających z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług i że dostarczane wraz z robotami budowlanymi wyroby medyczne tracą swój walor wyrobów medycznych, podlegając opodatkowaniu w wysokości 22 % zamiast 7 %. Ponadto wbrew twierdzeniom skarżącego, Konsorcjum spełniło wszystkie warunki określone w SIWZ i wykazało posiadanie doświadczenia w realizacji obiektów szczegółowo określonych w specyfikacji, jak też dysponowanie osobami posiadającymi stosowne uprawnienia.

ERBUD S.A. w odpowiedzi na skargę INŻYNIERII również wniósł o jej oddalenie zarzucając, że skarżący nie może korzystać w sposób nadmierny ze środków ochrony prawnej i przez trzy postępowania protestacyjno - odwoławcze faktycznie żądać wykluczenia ERBUD S.A. z niniejszego postępowania, powołując się na te same okoliczności faktyczne.

Sąd Okręgowy rozpoznając przedmiotowe skargi ustalił i zważył, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte ogłoszeniem z dnia 22.10.2008 r., w którym zamawiający Szpital Wojewódzki Nr 2 w Rzeszowie określił, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a to: „Rozbudowa, przebudowa istniejącego budynku Regionalnego Ośrodka Rehabilitacyjno-Edukacyjnego Dzieci i Młodzieży wraz z instalacjami wewnętrznymi i infrastrukturą zewnętrzną w Szpitalu Wojewódzkim Nr 2 w Rzeszowie”. Przedmiot zamówienia określono według Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) numerem 45215140.

Jako jedyne kryterium oceny ofert wskazano cenę.

W zakresie sposobu obliczenia ceny wskazano, że wynagrodzenie jest ryczałtowe i powinno zawierać wszystkie należności związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia - w tym wynikające z warunków realizacji robót określonych w dokumentacji technicznej, podatek VAT oraz zysk wykonawców (pkt XVII. 2 SIWZ).

Zamawiający w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagał przedłożenia, m.in. wykazu osób które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, w tym kierownika budowy jako koordynatora wszelkich prac budowlanych oraz kierowników robót branżowych posiadających odpowiednie kwalifikacje, uprawnienia budowlane oraz doświadczenia zawodowe szczegółowo opisane w pkt VIII. 1.3 SIWZ.

Ponadto potwierdzenie posiadania doświadczenia i w tym zakresie wykazanie wykonania w ostatnich pięciu latach, a jeżeli zakres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom będącym przedmiotem zamówienia, tj. co najmniej dwóch obiektów użyteczności publicznej o łącznej kubaturze minimum 50 tys. m, wartości minimum 30 mln zł brutto, z podaniem ich wartości, dat i miejsca wykonania oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Zakres robót winien obejmować m.in. roboty ogólnobudowlane i instalacyjne szczegółowo wymienione w pkt VIII. 1.2 SIWZ.

W rozdziale IX SIWZ w pkt 10 i pkt 11 zamawiający określił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy dołączyć wykaz wykonanych robót w okresie ostatnich pięciu lat (pkt 10 - załącznik 4) oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (pkt 11 - załącznik 5).

W odpowiedzi na to ogłoszenie oferty złożyło trzech wykonawców, a to: Konsorcjum Grupa 3J TEHAND Sp. z o.o. z ceną 50.900.000,00 zł, ERBUD S.A. z ceną 51.100.412,27 zł i INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. z ceną 58.174.480,00 zł, przy czym oferenci ERBUD S.A. i INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. dla wyliczenia ceny zastosowali jednolitą stawkę podatku VAT- odpowiednią dla robót budowlanych w wysokości 22 %, natomiast Konsorcjum zastosowało zróżnicowane stawki podatkowe 22% dla robót budowlanych i 7 % dla montażu i uruchomienia urządzeń technicznych, dotyczących gazów medycznych, układu solarnego i wyposażenia będącego wyrobami medycznymi.

Wartość netto wynagrodzenia poszczególnych wykonawców stanowią kwoty:

Konsorcjum Grupa 3J TEHAND Sp. z o.o. - 42 032 000 zł; ERBUD S.A. - 41 885 583,83 zł; INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. - 47 684 000 zł.

Pismami z dnia 20.01.2009 r. zamawiający wezwał wszystkich trzech oferentów do wyjaśnienia treści złożonych ofert, przy czym wezwanie do Konsorcjum dotyczyło również uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Kolejnymi pismami z dnia 02.02.2009 r. Zamawiający wezwał oferentów Konsorcjum i ERBUD S.A. w Warszawie, wskazując za podstawę art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia załączników nr 4 i 5, a to w zakresie wykazania spełnienia warunku posiadania doświadczenia w wykonywaniu robót objętych zamówieniem oraz dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 04.02.2009 r. uzupełniło treść złożonej oferty zgodnie z wezwaniem. Tak samo ERBUD S.A. za pismem z dnia 05.02.2009r. w odpowiedzi na wezwanie złożył uzupełniony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz z zakresu wykonanych prac, jak też uszczegółowiony wykaz wykonanych robót potwierdzający spełnienie warunku w części VIII. 1. 2 SIWZ. W załączniku nr 4, wykazującym doświadczenie, ERBUD wymienił łącznie 16 inwestycji, które na sumie przekraczały minimalny próg kubatury i ceny brutto oraz wskazywały na zakres robót i wykonanie instalacji, których zamawiający wymagał w pkt VIII. 1.2 SIWZ. Jednocześnie ERBUD S.A. odmówił ponownego złożenia referencji, o innej treści niż pierwotnie, kwestionując prawo zamawiającego do żądania złożenia referencji o określonej treści.

Pomimo uzupełnienia wykazów j/w, ERBUD S.A. pismem z dnia 09.02.2009 r. złożył protest na czynność zamawiającego podjętą w toku postępowania, a polegającą na wezwaniu protestującego do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych oraz potwierdzających doświadczenie kierownika budowy i kierownika robót sanitarnych. Wobec oddalenia protestu przez zamawiającego, INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. złożyła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu ERBUD S.A. W odwołaniu tym żądała ostatecznie nakazania wykluczenia ERBUD S.A. z postępowania w konsekwencji uznania, że nie dostarczył on w wyznaczonym terminie żądanych przez zamawiającego i wymaganych w SIWZ dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18.03.2009 r. sygn. akt KIO UZP 264/09 oddaliła odwołanie INŻYNIERII RZESZÓW przyjmując ostatecznie, że ERBUD S.A. podporządkował się wymaganiom SIWZ i przedstawił wymagane referencje w dokumentacji swojej oferty. Zamawiający zasadnie wezwał ERBUD S.A. na podstawie art. 26 ust 3 do uzupełnienia dokumentów ale tylko w zakresie wykazu nr 5 i ERBUD S.A. w odpowiedzi na wezwanie złożył pełny i prawidłowy wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Ponieważ ERBUD nie zastosował się w pełni do pierwotnego wezwania a to w zakresie żądania uzupełnienia referencji, co prawidłowo zakwestionował w proteście, i od czego zamawiający ostatecznie odstąpił. Zdaniem Izby rozstrzygnięcie protestu ERBUD S.A. było prawidłowe, nie naruszało zasady równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji. ERBUD S.A. podporządkował się wymaganiom SIWZ i w wyznaczonym terminie przedstawił kompletne opisy, wymagane w specyfikacji jako warunki udziału. Przedstawione referencje dla osób które ERBUD S.A. zamierza zatrudnić w charakterze kierowników są w ocenie Izby odpowiednie.

W uzasadnieniu wyroku Izba ponadto stwierdziła, że odwołujący INŻYNIERIA

r

RZESZÓW oświadczeniem do protokołu cofnął zarzuty podnoszone w stosunku do wykazu nr 4 - doświadczenia ERBUD S.A. w wykonywaniu robót objętych zamówieniem, przy czym z treści protokołu rozprawy z dnia 17.03.2009 r. KIO

UZP 264/09 wynika, że odwołujący podkreślił, iż zarzut w tym zakresie sformułował w innym proteście i jest on przedmiotem odrębnego odwołania.

W dniu 18.02.2009 r. INŻYNIERIA RZESZÓW złożyła protest na czynności zamawiającego kwestionując wybór najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, zaniechanie jej wykluczenia oraz odrzucenia tej oferty mimo błędu w obliczeniu ceny jak też zaniechanie wykluczenia ERBUD S.A. mimo nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Ten protest nie został rozpoznany przez zamawiającego, co dało podstawę do złożenia przez INŻYNIERIĘ RZESZÓW odwołania z dnia 11.03.2009 r. na skutek którego Krajowa Izba Odwoławcza wydała zaskarżony wyrok.

W dniu 17.02.2009 r. ERBUD S.A. złożył protest na czynności zamawiającego, który został przez niego pozostawiony bez rozstrzygnięcia, co dało podstawę do złożenia przez ERBUD S.A. odwołania z dnia 10.03.2009 r. na skutek którego Krajowa Izba Odwoławcza wydała zaskarżony wyrok. W w/w odwołaniu ERBUD S.A. ponowił zarzuty zawarte uprzednio w proteście.

Przedmiotowy stan faktyczny został ustalony na podstawie przedłożonej przez zamawiającego dokumentacji, a to: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w/w wezwań kierowanych do wykonawców, protokołów postępowania o zamówienie publiczne, treści złożonych ofert i załączonych do skarg dokumentów szczegółowo w tych skargach wymienionych.

Mając na uwadze powyższe należy przede wszystkim stwierdzić, że obaj skarżący mają interes prawny w zaskarżeniu przedmiotowego wyroku KIO. Podniesiony przez Konsorcjum na rozprawie zarzut, że INŻYNIERIA

A

RZESZÓW nie ma interesu prawnego w złożeniu skargi w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp, skoro nie wykazuje, że ERBUD S.A. podlega wykluczeniu lub złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu nie zasługuje na uwzględnienie. Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych ustawą z dnia 07.04.2006 r. (Dz. U. Nr 79 poz. 551) zmieniła sposób prowadzenia procedury protestacyjno - odwoławczej, co wpłynęło na szerszą interpretację pojęcia interesu prawnego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych przyjmuje się od tej pory szerokie rozumienie interesu prawnego w wykorzystywaniu środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Interes prawny nie jest utożsamiany wyłącznie z możliwością uzyskania zamówienia, którego dotyczy postępowanie, lecz ochronie prawnej poddane jest uzyskanie zamówienia w zgodzie z przepisami prawa i wystarczające jest wykazanie samego zagrożenia doznania uszczerbku w interesie prawnym jakiego doznał lub może doznać skarżący na skutek naruszenia ustawy przez zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26.10.2004 r. sygn. akt III ca 833/04 cyt. w art. M. Stachowiak „Interes prawny jako przesłanka wnoszenie środków ochrony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” - Finanse Komunalne nr 11/2007). Stanowisko to w pełni podziela Sąd Okręgowy w Rzeszowie w składzie rozpoznającym sprawę.

Odnosząc się do zarzutów podnoszonych w obu skargach, a dotyczących naruszenia zasady sporządzenia uzasadnienia wyroku, tj. w zakresie dotyczącym naruszenia art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 328 § 2 kpc - na poparcie, których w skardze ERBUD -u powołano także orzecznictwo Sądu Najwyższego - zdaniem Sądu Okręgowego należy zgodzić się z nimi. Oba w w/w przepisy jednoznacznie określają zasady sporządzenia uzasadnienia. Mianowicie powinno ono zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów na których się oparła i przyczyn dla których innym

dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż uzasadnienie wyroku z 26 marca 2009 r. jest zbyt ogólne i powyższych wymogów nie spełnia.

Sąd Okręgowy podziela także zarzut podniesiony w obu odwołaniach, odnośnie naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z brakiem odrzucenia oferty Konsorcjum.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, że jego przedmiotem są roboty budowlane polegające na rozbudowie, przebudowie istniejącego budynku Regionalnego Ośrodka Rehabilitacyjno Edukacyjnego Dzieci i Młodzieży wraz z instalacjami wewnętrznymi i infrastrukturą zewnętrzną. Jednocześnie zamawiający zastosował jednolitą klasyfikację robót wg CPV (wspólnego słownika zamówień) 45215140.

Przedmiotem niniejszego zamówienia nie była zatem także wyodrębniona dostawa i montaż określonych urządzeń (w tym również medycznych), ale kompleksowa realizacja robót określona w zamówieniu jednoznacznie jako roboty budowlane. Konieczność zakupu i montażu określonych urządzeń stanowiła jedynie element całości robót.

Dlatego też - zdaniem Sądu Okręgowego - w takim przypadku należało przyjąć jako stawkę właściwą tą, którą stosuje się dla świadczenia które decyduje o zawarciu umowy. W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia były roboty budowlane, które jak wykazano w trakcie postępowania stanowiły ponad 90% ogólnej ilości robót a zatem stanowiły zdecydowanie element dominujący. Nie można zatem nawet przyjąć, że przedmiot niniejszego zamówienia miał charakter mieszany, składający się z różnych usług, objętych odmiennymi stawkami VAT.

W przedmiotowym stanie faktycznym istotne jest, że dla rozstrzygnięcia sprawy przyjęta przez wykonawców stawka VAT ma fundamentalne znaczenie bowiem wpływa na cenę brutto, która ma charakter ceny ryczałtowej i jest jedynym kryterium oceny ofert (pkt XIX ust.1 pkt.1 SIWZ).

Skoro wykonawcy na etapie przygotowywania ofert nie wykorzystali procedury przewidzianej art.38 ust.1 Pzp , w celu uzyskania jednoznacznej

odpowiedzi zamawiającego w tej kwestii, to dla przyjęcia konkretnej stawki VAT dla wyliczenia ceny rozstrzygająca jest treść SIWZ w tej części, w której określa przedmiot zamówienia. Oznacza to, że zastosowana powinna być stawka podatku VAT jak dla robót budowlanych. Przyjęcie innej stawki zdaniem Sądu Okręgowego narusza zasady wymienione w art. 7 Pzp , a stawka VAT nie może być przedmiotem „gry” oferentów w walce o uzyskanie zamówienia (vide wyroki KIO z dnia 5.09.2008 r. sygn. KIO/UZP 878/08 i SO w Łodzi z dnia 17.08.2007 r. sygn. X Ga 268/07).

Na marginesie jedynie dodać należy, iż o ile instalacja tzw. gazów medycznych czy też drabinka gimnastyczna w świetle przepisów ustawy z dnia 20.04.2004 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. nr 93 z późn.zm), a także ustawy z dnia 11 marca 2004 r., o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz. 535 z późn. zm) - załącznik nr 3, mogą stanowić wyrób medyczny, to już układ solany przyniotu takiego nie ma (nie wykazano tej okoliczności żadnymi dowodami).

Ciężar dowodzenia w tym zakresie spoczywał na wykonawcy Konsorcjum już na etapie składania oferty, podczas gdy przedkłada on jedynie interpretację wydaną w dniu 8 sierpnia 2006 r. przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w Warszawie, wiążącą go jak twierdzi do dnia dzisiejszego.

Interpretacja ta dotyczy jednak wyłącznie gazów medycznych. Dodatkowo zauważyć trzeba, iż z uzasadnienia w/w interpretacji wynika, że wydana została w związku z wykonywaniem instalacji gazów medycznych, która stanowiła sama w sobie przedmiot robót, zgodnie ze stanem faktycznym wynikającym z postanowienia.

Zdaniem Sądu Okręgowego zgodzić się należy z zarzutami skarżących co do tego, że ustawa Prawo zamówień publicznych w myśl art. 89 ust. 1 pkt 6 nakazuje odrzucenie oferty w przypadku błędu w obliczeniu ceny. Zaznaczyć trzeba też, iż z błędem w obliczeniu ceny mamy do czynienia w sytuacji błędnego wskazania obowiązującej stawki podatku VAT dla danego rodzaju robót. W takim przypadku błąd nie podlega sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 w/w ustawy, albowiem nie mamy wtedy do czynienia z omyłką rachunkową (pisarską).

Z sytuacją taką mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdzie wykonawca Konsorcjum błędnie przy obliczaniu wartości robót zastosował do niektórych z nich 7% stawkę, podczas gdy stawka dla całości robót winna wynosić 22% (art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług Dz.U. nr 54 poz.535 z późn.zm.).

Dlatego też zamawiający w myśl cyt art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawo zamówień publicznych powinien ofertę Konsorcjum odrzucić.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie zasługuje natomiast na uwzględnienie kolejny zarzut podniesiony w skardze ERBUD S.A. w Warszawie, a to dotyczący nie potwierdzenia przez Wykonawcę Konsorcjum spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegających na dysponowaniu potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt II. 5a skargi).

Nie budzi wątpliwości to, że zamawiający żądał przedstawienia wykazu osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych. Wykaz miał obejmować - jak wynika z pkt VIII SIWZ - kierownika budowy jako koordynatora wszelkich prac budowlanych, oraz kierowników robót branżowych. W pkt II SIWZ wskazano - eksponując wytłuszczonym drukiem - rodzaje robót zamieszczając w poszczególnych grupach określone specjalności.

Ani zamawiający, ani skarżący na etapie składania ofert nie podjęli czynności (działań) w wyniku których zostałyby uściślone lub wyjaśnione przez zamawiającego wymogi w zakresie wskazania branż, a co za tym idzie osób odpowiedzialnych za te branże. Dlatego też zdaniem Sądu należało działać zgodnie z literalnym brzmieniem treści zamówienia.

Z tego zaś wynika, że oferenci zobligowani byli do wskazania w ofertach kierowników w branżach budownictwo, instalacje elektryczne i sanitarna.

Powyższe pozostaje jednak bez wpływu na ostateczny wynik sporu, skoro w kwestii fundamentalnej dla sprawy, tj. ceny Sąd podzielił pogląd skarżącego ERBUD S.A.

Skoro oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu w myśl art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są zarzuty INŻYNIERII odnośnie nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w wykonaniu zamówienia.

Odnośnie zarzutu podniesionego przez INŻYNIERIĘ RZESZÓW naruszenia przez Izbę art. 187 ust 4 pkt 5 ustawy Pzp zdaniem Sądu Okręgowego zarzut ten jest zasadny tylko o tyle o ile zarzuca niespójność treści wyroku z jego uzasadnieniem oraz, że rozstrzygnięcie w sprawie KIO/UZP 264/09 nie obejmuje zarzutów związanych z brakami w zakresie załącznika nr 4. Oddalenie odwołania jest bowiem merytorycznym rozstrzygnięciem sprawy

a odrzucenie w rozumieniu art. 187 ustawy Pzp jest rozstrzygnięciem formalnym, które w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Niemniej jednak należy wziąć pod uwagę specyfikę postępowania w przedmiocie zamówień publicznych oraz eksponowaną przez ERBUD S.A. w odpowiedzi na skargę okoliczność (dodać należy, że potwierdzoną dokumentacją zgromadzoną w sprawie), że INŻYNIERIA przez trzy postępowania protestacyjno-odwoławcze za każdym razem żąda konsekwentnie wykluczenia ERBUD powołując się na te same przesłanki merytoryczne, opierające się na szczegółowo opisywanym naruszeniu art. 24 ustawy Pzp i w swej istocie zasadzającym się na twierdzeniu, że ERBUD S.A. nie spełnił wszystkich warunków udziału w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne bo nie spełnia warunku doświadczenia (zarzuty odnośnie załącznika nr 4) i nie dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia (zarzuty odnośnie załącznika nr 5). Na tych samych więc okolicznościach faktycznych formułuje różne zarzuty, które w zależności od sytuacji modyfikuje (np. oświadczenie, że nie wnosi zastrzeżeń co referencji p. Zalewskiego w protokole rozprawy z dnia 17.03.2009r, w przedmiotowej skardze odstępuje od zarzutu nie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu) lub cofa (np. w postępowaniu KIO/UZP 264/09 oświadczył, że cofa zarzut dotyczący załącznika nr 4 - wykaz robót wraz z załączonymi do niego referencjami wobec podniesienia tego zarzutu w innym odwołaniu). W tych okolicznościach zdaniem Sądu Okręgowego nie budzi wątpliwości, że wyrok KIO z dnia 18 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 264/09 ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie gdyż w postępowaniu tym szczegółowo zostały rozważone i nie zostały uwzględnione zarzuty INŻYNIERII, że ERBUD nie spełnił warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (wykaz nr 5). Wyrok ten nie został zaskarżony przez INŻYNIERIĘ i dlatego okoliczność ta zdaniem Sądu Okręgowego nie powinna być przedmiotem ponownego badania w toku dalszych postępowań protestacyjno-odwoławczych, jako prawomocnie rozstrzygnięta. Zgodzić się należy z twierdzeniami ERBUD, że takie działanie skarżącego stanowi nadmierne korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Na marginesie jedynie należy stwierdzić, że skarżący niezasadnie zarzuca naruszenie w toku postępowania ogólnej zasady prawnej *lex retro non agit* w odniesieniu do normy art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i możliwości posługiwania się przez wykonawców osobami, które są pracownikami podwykonawców. Faktem jest, że postępowanie o przedmiotowe zamówienie publiczne zostało wszczęte w dniu 22.10.2008r. i znajdują w nim zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy Pzp oraz innych ustaw (Dz. U. nr 171 poz. 1058). Lecz skarżący nieprawidłowo interpretuje przepis art. 22 ustawy Pzp, a mianowicie, że w brzmieniu obowiązującym przed dniem 24.10.2008r. wykonawca nie mógł posługiwać się pracownikami podwykonawcy dla wykazania zdolności do wykonania zamówienia. Przepis ten bowiem stanowił wówczas, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dysponowanie osobami nie oznaczało zatrudniania tych osób (komentarz do art. 22 Pzp pod red. T. Czajkowskiego wyd. III UZP W-wa 2007 str. 128). Natomiast zmiana brzmienia tego przepisu wprowadzona od dnia 24.10.2008r. stanowi uściślenie niejasnej dotąd treści przepisu, miała na celu jednoznaczne przesądzenie o możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy w chwili postępowania nie dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ale wykażą, iż takim potencjałem będą dysponować przy realizacji zamówienia publicznego. Daje podstawę do żądania udokumentowania udostępnienia mu zasobów innych podmiotów („Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4.09.2008r.” pod red. J. Sadowego - Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych W-wa 2008).

Zdaniem Sądu Okręgowego nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut skarżącego, że ERBUD S.A. nie spełnia warunku doświadczenia (załącznik nr 4) i złożył w tym zakresie nieprawdziwe oświadczenie mające wpływ na wynik postępowania. Literalne brzmienie pkt VIII. 1.2 SIWZ jednoznacznie wskazuje, że dla wykazania posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia zamawiający żądał oświadczenia o „wykonaniu (...) robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom będącym przedmiotem zamówienia tj. **co najmniej dwóch obiektów użyteczności publicznej o łącznej kubaturze min. 50 tys. m³ i wartości min. 30 min. zł brutto (...)**. Zakres robót powinien obejmować m.in. roboty ogólnobudowlane i instalacje: (...)”. Zdaniem Sądu Okręgowego z treści tego fragmentu SIWZ nie można wywieść, że wykonawca miał wskazać dwa obiekty spełniające w pełnym zakresie wymagania opisane w pkt VIII. 1.2. SIWZ, lecz łącznie co najmniej dwa obiekty miały spełniać te wszystkie wymagania. Skarżący błędnie zatem wymienia i to zarówno w odniesieniu do ERBUD S.A.

jak i Konsorcjum, że w załącznikach nr 4 nie wykazali spełnienia warunku doświadczenia, skoro podają oni po kilkanaście obiektów, które łącznie spełniają przesłanki zarówno co do kubatury, ceny i wymaganych instalacji. Podkreślić należy, że rozstrzygające znaczenie ma treść SIWZ, która jednoznacznie potwierdza spełnienie warunku.

Nie można również zarzucić, że ERBUD S.A. złożył nieprawdziwe oświadczenie w ostatecznie złożonym wykazie nr 4 albowiem fakt, że poprzednio nie go nie uszczegółowił nie znaczy, że poszczególnych instalacji w ramach konkretnych inwestycji nie wykonywał. Zauważyć należy, że dołączone do wykazy referencje, nie były sporządzane dla potrzeb przedmiotowego zamówienia (świadczą o tym daty udzielenia referencji) więc fakt, że nie wymieniono w nich pełnego zakresu wymaganych w przedmiotowym zamówieniu instalacji nie może świadczyć o tym, że ERBUD ich faktycznie nie wykonywał i w sprecyzowanym wykazie podał nieprawdziwe informacje. Niewątpliwie skarżący nie udowodnił złożenia nieprawdziwych informacji mimo, że na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Sądu Okręgowego, ostatecznie nie doszło do naruszenia przepisów prawa materialnego, a to art. 24 ust 1 pkt 10 i art. 24 ust 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia ERBUD S.A. z uwagi na nie potwierdzenie spełnienia warunków w postępowaniu i złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Sąd Okręgowy podziela również stanowisko Izby wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut INŻYNIERII o dwukrotnym wezwaniu wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, bowiem kolejne wezwanie oparte było na przepisie art. 26 ust. ustawy Pzp, co wynika z treści pisma.

W świetle powyższego skarga ERBUD S.A. i częściowo INŻYNIERII RZESZÓW Sp. z o.o. w Rzeszowie została uwzględniona, o czym orzeczono w pkt I wyroku, a w pozostałym zakresie skarga INŻYNIERII została oddalona

jako bezzasadna, o czym orzeczono w pkt II wyroku, na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 198 ust 5 ustawy Pzp. Stosownie do wyników postępowania skarga ERBUD S.A. w Warszawie została uwzględniona, jak też oddalono wobec niej skargę INŻYNIERII RZESZÓW Sp. z o.o. w Rzeszowie, co dało podstawę do zasądzenia na rzecz tego skarżącego kosztów postępowania od zamawiającego i INŻYNIERII RZESZÓW Sp. z o.o. jak w pkt III i IV wyroku.

Skarżący INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. w Rzeszowie nie wykazała zasadności skargi wobec ERBUD S.A. i tym samym ostatecznie jako

przegrywająca nie otrzymała zwrotu kosztów postępowania za I i II instancję.

Na oryginale właściwe podpisy
za zgodność: A