

**WYROK**

**z dnia 12 czerwca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MBJ Corporation Sp. z o.o., ADAPTEQ ENGINEERING J. P., ul. Sabały 60, 02-174 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Krakowski Park Technologiczny Sp. z o.o., ul. prof. Michała Życzkowskiego 14, 31-864 Kraków,

przy udziale BUD - INVENT Sp. z o.o., ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Krakowski Park Technologiczny Sp. z o.o., ul. prof. Michała Życzkowskiego 14, 31-864 Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MBJ Corporation Sp. z o.o., ADAPTEQ ENGINEERING J. P., ul. Sabały 60, 02-174 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Krakowskiego Parku Technologicznego Sp. z o.o., ul. prof. Michała Życzkowskiego 14, 31-864 Kraków, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MBJ Corporation Sp. z o.o., ADAPTEQ ENGINEERING J. P., ul. Sabały 60, 02-174 Warszawa kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto 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 2013 r.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Krakowski Park Technologiczny Sp. z o.o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest pełnienie obowiązków inżyniera kontraktu na dokończenie budynku Małopolskiego Parku Technologii Informatycznych wraz z infrastrukturą towarzyszącą wraz z zapewnieniem nadzoru inwestorskiego w ramach projektu p.n. Małopolski Park Technologii Informatycznych – Ośrodek Innowacyjności Krakowskiego Parku Technologicznego (PO IG 5.3).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone pod numerem 127162-2014 w dniu 14 kwietnia 2014 roku.

W dniu 27 maja 2014 roku odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MBJ Corporation Sp. z o.o., ADAPTEQ ENGINEERING J. P., wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w związku z tym uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez uznanie, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, podczas gdy wykonawca zgodnie z prawdą oświadczył, że prace wykonane przez niego przy realizacji usługi na rzecz Instytutu Wysokich Ciśnień PAN zostały zakończone i wykonane należycie.
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i/lub dokumentów udowadniających zdaniem Odwołującego zakończenie wykonania i należyte wykonanie usług na rzecz Instytutu Wysokich Ciśnień PAN.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. wezwanie i przesłuchanie świadka B. C. – Głównego Wykonawcę kontraktu z Instytutem Wysokich Ciśnień PAN na okoliczność wykonania kontraktu w sposób należyty, zakończenia robót, ich odbioru oraz rozliczenia
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego fachowego pełnomocnika.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, odwołujący, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, podniósł, że zamawiający dysponuje dwoma wzajemnie wykluczającymi się oświadczeniami, nie posiada żadnych

dokumentów które mogą być uznane za obiektywne. Zaniechał bowiem przeprowadzenia procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzpi wezwania wykonawcę do przedstawienia takowych dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego powyższych przesłanek oraz odpowiedzi na pismo Instytutu Wysokich Ciśnień PAN. Wskazał na art. 6 kc podnosząc, że to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, że odwołujący złożył nieprawdziwe oświadczenia. Odwołujący stanowczo zaprzeczył twierdzeniu, jakoby prace wykonane przez niego w spornym kontrakcie z Instytutem Wysokich Ciśnień PAN zostały wykonane w sposób nienależyty oraz nie zostały zakończone. Na dowód powyższego odwołujący przedłożył dokumentację związaną z realizacją inwestycji: umowa między Instytutem Wysokich Ciśnień PAN a MBJ Corporation Sp. z o.o. z dnia 21 marca 2012 roku, umowa między Instytutem Wysokich Ciśnień PAN a AMP Sp. z o.o. z dnia 14 listopada 2011, aneks z dnia 4 czerwca 2012 roku do umowy z dnia 14 listopada 2011, aneks z dnia 17 lipca 2012 do umowy z dnia 14 listopada 2011, aneks z dnia 13 lutego 2013 roku do umowy z dnia 14 listopada 2011. Prace objęte kontraktem zostały odebrane przez zamawiającego protokołem odbioru końcowego z dnia 29 października 2013 roku, w którym stwierdzono, że „wykonawca zgłosił zakończenie robót pismem w dniu 30.09.2013 roku. Komisja stwierdza, że roboty objęte powyżej przywołaną umową zostały zakończone. Roboty zostały wykonane zgodnie z umową, projektem, warunkami technicznymi i pozwoleniami na budowę. Wprowadzone zmiany zostały uwzględnione w dokumentacji wykonawczej i powykonawczej”. (pkt 1.1 i 1.2). Na dowód tego odwołujący załączył: zgłoszenie zakończenia robót przez Głównego Wykonawcę AMP Sp. z o.o. z dnia 30.09.2013 roku, protokół odbioru z dnia 29 października 2013 roku. Ponadto, na dowód tego, że zostały usunięte usterki z odbioru końcowego odwołujący złożył pismo z dnia 2.12.2013 roku skierowane przez AMP Sp. z o.o. do Instytutu Wysokich Ciśnień PAN zgłaszające usunięcie usterek oraz pismo lidera konsorcjum – MBJ Corporation Sp. z o.o. do Instytutu Wysokich Ciśnień PAN potwierdzające, że usterki zgłoszone w protokole odbioru końcowego z dnia 29.10.2013 roku zostały usunięte przez AMP Sp. z o.o. Główny Wykonawca potwierdził także, że Instytut Wysokich Ciśnień PAN rozliczył się z nim wypłacając mu pełną kwotę wynikającą z umowy i aneksów, a więc tym samym Instytut Wysokich Ciśnień potwierdził iż prace zostały wykonane zgodnie z umową. Na dowód odwołujący załączył: pismo z dnia 2.12 skierowane przez AMP Sp. z o.o. do Instytutu Wysokich Ciśnień PAN, załącznik 1,2,3,4 ze wskazaniem na usunięcie usterek wynikających z tych załączników, pismo MBJ Corporation Sp. z o.o. do Instytutu Wysokich Ciśnień PAN z dnia 23.12. 2013 roku wraz z potwierdzeniem nadania, pismo z dnia 26.05.2014 roku skierowane przez AMP Sp. z o.o. do Instytutu Wysokich Ciśnień PAN. O tym z kolei, że prace zostały zakończone a kontrakt wykonany świadczy fakt, że na rzecz MBJ Corporation Sp. z o.o. została przekazana całość należnej kwoty wynikającej z umowy a także zwrócone zostało MBJ Corporation Sp. z o.o. zabezpieczenie należytego wykonania

umowy w kwocie 3690 zł. Na dowód odwołujący załączył: faktury VAT wystawione przez MBJ Corporation Sp. z o.o. oraz potwierdzenie przelewu. Ponadto zawarcie kolejnej umowy z dnia 16 kwietnia 2014 roku, która została wykonana i rozliczona, dodatkowo potwierdza fakt, że poprzednia umowa została wykonana i to w sposób należyty, czego dowodem są załączone do odwołania: umowa z dnia 16 kwietnia, faktura VAT, potwierdzenie zapłaty. Podniósł także, że zamawiający nie przekazał odwołującemu pisma, jakie otrzymał od Instytutu Wysokich Ciśnień PAN, dlatego też w odwołaniu może odnieść się jedynie do kwestii podniesionych przez zamawiającego w decyzji o wykluczeniu. Według odwołującego, Instytut Wysokich Ciśnień PAN nie odróżnia kwestii zakończenia umowy i odbioru końcowego prac wynikających z tej umowy od kwestii trwania okresu gwarancyjnego. Kwestie dotyczące barku wiedzy Instytutu Wysokich Ciśnień PAN o statusie umowy potwierdza również Główny Wykonawca w e-mailu wysłanym do Inżyniera Kontraktu oraz potwierdzi przedstawiciel Głównego Wykonawcy pan Bogdan Ciechowski. Na dowód załączył: e-mail AMP. Odwołujący podkreślił z całą stanowczością, że podane przez MBJ Corporation Sp. z o.o. oświadczenie nie było oświadczeniem nieprawdziwym, nie ma zatem potrzeby rozważań na temat umyślności i nieumyślności. Odwołujący stoi na stanowisku, że jeżeli zamawiający powziął wątpliwości co do prawdziwości przedstawionych dokumentów, ewentualnie uznał za nieudokumentowane doświadczenie wykonawcy winien przesłać pismo otrzymane od Instytutu Wysokich Ciśnień PAN i wezwać do przedstawienia odpowiednich wyjaśnień i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, w tym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych oświadczeń i dokumentów powołanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie a także zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych. Treść odpowiedzi na odwołanie została załączona do dokumentacji akt sprawy. Ponadto, zamawiający w dniu 30 maja 2014 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo zawierające wnioski dowodowe o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: prof. Dr hab. B. P., M. K., Z. B. na okoliczność nieprawdziwości treści oświadczenia Prezesa Zarządu MBJ Corporation Sp. z o.o. z dnia 23.04.2014 roku złożonego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgłaszający przystąpienie do stronie zamawiającego – Bud Invent sp. z o.o. złożył do akt pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty z następującymi cenami:

1. konsorcjum MBJ Corporation sp. z o.o. ADAPTEQ ENGINEERING J. P., z ceną 153 750 zł
2. Bud – Invent Sp. z o.o. z ceną 183 270zł
3. Ekocentrum Sp. z o.o. z ceną 295 200 zł.

Celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt V.2.2 pkt 3 siwz odwołujący wskazał w ofercie na realizację polegającą na pełnieniu funkcji kompleksowego nadzoru inwestorskiego i koordynatora inwestycji pod nazwą „Przebudowa istniejącego Budyńku Nowych Technologii i Instytutu Wysokich Ciśnień PAN przy Al., Prymasa Tysiąclecia 98 w Warszawie”, zrealizowaną w okresie 03.2012 – 12.2013 za cenę 17 5000 000 na rzecz Instytutu Wysokich Ciśnień Polskiej Akademii Nauk. Do oferty załączono oświadczenie z dnia 23.04.2014 roku o należyty m wykonaniu zamówienia, wystawione przez Prezesa Zarządu MBJ Corporation Sp. z o.o. J. Ch.. W oświadczeniu tym stwierdzono, że usługa wymieniona w wykazie należycie wykonanych usług (załącznik nr 5 do siwz) – pozycja nr 3 została wykonana należycie. W treści pisma z dnia 23.04.2014 roku zawarto także stwierdzenie, że MBJ Corporation sp. z o.o. nie jest w stanie uzyskać poświadczenia o należyty m wykonaniu zamówienia ponieważ: „zamawiający oświadczył, że zaświadczenie o należyty m wykonaniu usługi w formie referencji wystawi dopiero po upływie okresu gwarancji na wykonane usługi i roboty (okres ten trwa na dzień składania oferty)”.

W związku z brakiem przedłożenia dokumentu pochodzącego od inwestora (Instytutu Wysokich Ciśnień PAN), który miałby potwierdzać należyte wykonanie tej usługi, zamawiający pismem z dnia 9.05.2014 roku zwrócił się do Instytutu Wysokich Ciśnień PAN o udzielenie informacji: czy usługa, którą MBJ Corporation Sp. z o.o. realizowała na rzecz Instytutu Wysokich Ciśnień PAN została faktycznie wykonana należycie oraz czy Instytut faktycznie oświadczył firmie MBJ Corporation Sp. z o.o., że poświadczenie o należyty m wykonaniu wystawi po upływie okresu gwarancji na usługi i roboty.

W odpowiedzi, z dnia 13.05.2014 roku, Instytut Wysokich Ciśnień PAN stwierdził, że „udzielenie precyzyjnej i jednoznacznej odpowiedzi na Państwa pytania, zawarte w piśmie z dnia 9 maja 2014 roku (...) jest w chwili obecnej utrudnione z uwagi na trwający nadal okres rękojmi i gwarancji inwestycji pn. „Przebudowa istniejącego Budyńku Nowych Technologii i Instytutu Wysokich Ciśnień PAN(...)” „Trwają roboty w ramach rękojmi, związane z usuwaniem ujawniających się wad.

Na obecnym etapie, zastrzegając potrzebę modyfikacji, Instytut Wysokich Ciśnień PAN nie potwierdził zgodności z prawdą oświadczenia mgr inż. J. Ch., jakoby Instytut oświadczył, że zaświadczenie o należyтым wykonaniu usługi wystawi dopiero po upływie okresu gwarancji. Ponadto, Instytut Wysokich Ciśnień PAN oświadczył, że MBJ Corporation Sp. z o.o. nie zwracała się do Instytutu o wydanie referencji poświadczających należyte wykonanie usługi. W treści oświadczenia wskazano także, iż „Mając na uwadze całokształt postępowania przetargowego, wygranego przed Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.03.2012 roku, sygn. akt 382/12), jednoznaczna ocena, że usługa została przez MBJ Corporation sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „wykonana należyte”, jest przedwczesna”.

W dniu 22 maja 2014 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty Bud – Invet Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą. W treści uzasadnienia swojej decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający podał że pismo z dnia 13.05 2014 roku zaprzecza okolicznościom powołanym przez Lidera konsorcjum w jego oświadczeniu z dnia 23.04.2014 roku. Z pisma Instytutu Wysokich Ciśnień wynika, że nie jest prawdą, że realizacja przedmiotowej usługi została zakończona. Według Inwestora trwa obecnie okres usuwania wad, które ujawniając się w nadzorowanych przez Lidera konsorcjum robotach. Nie jest także prawdą, że Inwestor oświadczył, że wystawi zaświadczenie o należyтым wykonaniu usługi po upływie okresu gwarancji o wydanie referencji. Według informacji Inwestora Lider konsorcjum nie zwracał się do niego w ogóle o wydanie referencji. Przedstawione w piśmie Instytutu wysokich Ciśnień PAN informacje wskazują, na to, że usługa Lidera konsorcjum nie została zakończona, a jej realizacja nie może zostać określona jako należyta.

Zamawiający stwierdził, że oświadczenie z dnia 23.04 2014 roku zawiera nieprawdziwe informacje, które miały wprowadzić zamawiającego w błąd, przekonując go o posiadaniu przez wykonawcę wymaganego doświadczenia w wykonaniu zadań odpowiadających treści pkt V.2.2. siwz. Nieprawdziwe oświadczenie Lidera konsorcjum zostało złożone w celu wpłynięcia przez wykonawcę na wynik przedmiotowego postępowania. Nie sposób jednocześnie przypisać działaniu Lidera konsorcjum nieumyślnego czy omyłkowego charakteru. Jako wykonawca zadania miał on z pewnością wiedzę zarówno na temat zaawansowania tego zadania, jak i na temat sposobu jego wykonania, w szczególności jakości i należytości świadczonej usługi. Musiał mieć on także świadomość tego, że oświadcza nieprawdę wskazując na rzekomą przyczynę, ze względu na którą nie może on przekazać dokumentu referencyjnego, w sytuacji gdy sam nigdy o taki dokument nie występował.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp była czynnością nieprawidłową. W konsekwencji niezasadnym było także uznanie oferty odwołującego za odrzuconą.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stał się podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu - z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Interpretacja treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być dokonywana przez pryzmat z art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, z którego wynika, że z udziału z postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. Regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i kładzie ona nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji. Aby zatem stwierdzić zaistnienie przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp koniecznym jest przeprowadzenie analizy i ustalenie czy podanie, nawet niezgodnych z rzeczywistością informacji, było świadomym i celowym działaniem wykonawcy, czy też wynikało z jego mylnego przekonania co do faktów. Dokonując wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający musi zatem uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy mającym na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie wynikiem omyłki. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem w tej materii przyjmuje się, że złożenie nieprawdziwej informacji ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 433/08 stwierdził, że dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, nie jest więc wystarczające jedynie „uprawdopodobnienie” przez zamawiającego złożenia nieprawdziwych informacji. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Okoliczności rozpatrywanej sprawy wskazują, że odwołującemu nie można przypisać celowego działania zmierzającego do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do faktów. Odwołujący, składając oświadczenie o zakończeniu i należyтым wykonaniu usługi polegającej na pełnieniu funkcji kompleksowego nadzoru inwestorskiego na realizacją inwestycji pn. Przebudowa istniejącego Budynku Nowych Technologii i Instytutu Wysokich Ciśnień PAN i koordynowania inwestycji, działał i działa nadal w przekonaniu, że usługa wykazana celem potwierdzenia spełniania warunku wymaganego doświadczenia, została po pierwsze - zakończona a po drugie - wykonana w sposób należyty. Z uwagi właśnie na brak elementu świadomego, celowego działania, który mógłby wprowadzić zamawiającego w błąd co do faktów, zdaniem Izby nie ziściła się przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która legła u podstaw wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Nie można podzielić stanowiska zamawiającego, który opierając się na piśmie Instytutu Wysokich Ciśnień PAN z dnia 13.05.2014 roku wywiódł, że oświadczenie odwołującego z dnia 23.04.2014 roku zawiera nieprawdziwe informacje, które miały wprowadzić zamawiającego w błąd. Instytut Wysokich Ciśnień PAN w piśmie z dnia 13.05.2014 roku stwierdził jedynie, że „trwają roboty w ramach rękojmi, związane z usuwaniem ujawniających się wad”, co zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom zamawiającego oznacza, że zarówno roboty budowlane jak i usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego, objęte umową zostały zakończone a aktualne prace wykonywane są wyłącznie z tytułu roszczeń związanych z rękojmią. Pismo z dnia 13.05.2014 roku nie zawiera jednoznacznej odpowiedzi na pytanie zamawiającego czy usługa nadzoru inwestorskiego świadczona przez MBJ Corporation Sp. z o.o. została wykonana należyście. Świadczą o tym użyte w treści pisma sformułowania: „udzielenie precyzyjnej czy jednoznacznej odpowiedzi na Państwa pytania” czy „jednoznaczna ocena, czy usługa została przez MBJ Corporation Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie „wykonana należyście”, jest przedwczesna” Analizując treść pisma z dnia 13.05.2014 roku, które było podstawą dla zamawiającego do stwierdzenia podania przez odwołującego nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania podkreślić należy, że w żadnym miejscu Instytut Wysokich Ciśnień PAN nie wskazał, że usługa wykonana przez odwołującego nie została zakończona albo też została wykonana nienależyście. Zamawiający, opierając się na treści pisma Instytutu Wysokich Ciśnień PAN nie miał zatem żadnych podstaw, aby stwierdzić, że oświadczenie złożone przez MBJ Corporation Sp. z o.o. jest niezgodne z prawdą.

W dalszej części Izba oceniła możliwość posłużenia się przez odwołującego w tym postępowaniu o zamówienie publiczne oświadczeniem własnym wykonawcy jako dowodem potwierdzającym należyte wykonanie zamówienia. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U.

poz. 231) dopuszczają możliwość posłużenia się oświadczeniem złożonym przez samego wykonawcę jako dowodem potwierdzającym należyte wykonanie usługi. Możliwość ta została jednak ograniczona do sytuacji, w której z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Wykazanie istnienia „obiektywnych przyczyn” braku możliwości uzyskania poświadczenia leży po stronie samego wykonawcy, korzystającego z takiego sposobu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że ocenę zaistnienia sytuacji, która uzasadnia posłużenie się przez wykonawcę oświadczeniem własnym należy dokonywać w konkretnych okolicznościach sprawy. Jak wynika z treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia, jak również z jego wyjaśnień złożonych do protokołu rozprawy, Instytut Wysokich Ciśnień PAN odmówił wydania zaświadczenia o należyтым wykonaniu usługi z uwagi usuwanie wad w okresie rękojmi i gwarancji na wykonane roboty. Okoliczność realizacji robót w ramach rękojmi została potwierdzona w treści pisma z dnia 13.05.2014 roku, gdzie sam Instytut Wysokich Ciśnień PAN stwierdza, że „trwają roboty w ramach rękojmi, związane z usuwaniem ujawniających się wad”.

Z wyjaśnień złożonych przez J. Ch. - Prezesa Zarządu MBJ Corporation sp. z o.o. do protokołu rozprawy wynika, że prowadził on rozmowy telefoniczne z osobą wyznaczoną do kontaktów ze strony Instytutu Wysokich Ciśnień PAN - Mirosławem Kulą odnośnie możliwości uzyskania stosownych referencji potwierdzających należyte wykonanie usług nadzoru inwestorskiego, jednak uzyskał informację, że aktualnie nie jest możliwe otrzymanie takich dokumentów z uwagi na trwające roboty związane z usuwaniem wad w ramach rękojmi. Z uwagi na takie stanowisko MBJ Corporation sp. z o.o., licząc się z odmową wydania referencji, nie występował do Instytutu Wysokich Ciśnień PAN z formalnym wnioskiem o ich wydanie. Oświadczenie złożone przez odwołującego w tym zakresie nie stoi w sprzeczności z treścią pisma z dnia 13.05.2014 roku, w którym Instytut Wysokich Ciśnień PAN oświadczył, że „MBJ Corporation Sp. z o.o. (...) nie zwracała się do Instytutu o wydanie referencji poświadczających należyte wykonanie usługi”. Okoliczność braku możliwości uzyskania od Instytutu Wysokich Ciśnień PAN potwierdzenia należytego wykonania usługi, wynika z treści samego pisma z dnia 13.05.2014 roku, w którym stwierdzono, że „mając na uwadze całokształt postępowania przetargowego, wygranego przez Krajową Izbą Odwoławczą (...) jednoznaczna ocena, że usługa została przez MBJ Corporation Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie „wykonana należyte” jest przedwczesna”.

Uwzględniając powyższe okoliczności faktyczne sprawy zachodzi w tym przypadku, obiektywna przyczyna braku możliwości uzyskania referencji do Instytutu Wysokich Ciśnień PAN. Instytut ten odmawia wydania poświadczenia, tkwiąc w błędnym przekonaniu, że jest to niemożliwe z uwagi na usuwanie wad w ramach rękojmi i gwarancji, podczas gdy umowa o roboty budowlane jak również nadzór inwestorski nad tymi robotami zostały już ukończone.

Podkreślić należy, że przedmiotem prac wykonywanych przez MBJ Corporation sp. z o.o. na rzecz Instytutu Wysokich Ciśnień PAN, na podstawie umowy z dnia 21 marca 2012 roku było pełnienie obowiązków nadzoru inwestorskiego i koordynatora inwestycji polegającej na przebudowie istniejącego budynku Nowych Technologii i Instytutu Wysokich Ciśnień PAN. Inwestycja ta była realizowana przez wykonawcę AMP Sp. z o.o. O ile, niewątpliwie należyte wykonanie usługi nadzoru inwestorskiego jest ściśle związane z zakończeniem i należytym wykonaniem robót budowlanych, objętych tym nadzorem, o tyle pamiętać należy, że są to dwie odrębne umowy świadczone przez różne podmioty. O należytym wykonaniu i zakończeniu realizacji umowy dotyczącej nadzoru inwestorskiego świadczą złożone przez odwołującego dowody w sprawie: faktury nr 12/02/2013, 57/09/2012 oraz 81/12/2012 wraz z historią rachunku potwierdzającą fakt otrzymania zapłaty do Instytutu Wysokich Ciśnień PAN oraz potwierdzenie zwrotu należytego zabezpieczenia umowy w wysokości 3 690 zł w dniu 3.01.2014 roku. Z przedłożonych przez odwołującego dowodów wynika, że umowa z dnia 21 marca 2012 roku została całkowicie rozliczona, zaś okoliczność dokonania zwrotu należytego zabezpieczenia umowy, świadczy o tym, że zamówienie zostało ukończone i uznane przez zamawiającego za należyte wykonane - taki wniosek wypływa z brzmienia art. 151 ust. 1 in fine, który zezwala zamawiającemu na zwrot zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Pozostałe dowody złożone przez odwołującego: umowa na roboty budowlane z dnia 4 czerwca 2012 roku zawarta między Instytutem Wysokich Ciśnień PAN a AMP Sp. z o.o. wraz z aneksami, zgłoszenie zakończenia prac budowlanych wraz z protokołem odbioru z dnia 29 października 2013 roku i wykazem usterek, świadczą o zakończeniu robót budowlanych, co pośrednio dowodzi także tego, że usługi nadzoru inwestorskiego nad realizowaną inwestycją również zostały ukończone.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez uznanie, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, podczas gdy wykonawca zgodnie z prawdą oświadczył, że prace wykonane przez niego przy realizacji usługi na rzecz Instytutu Wysokich Ciśnień PAN zostały zakończone i wykonane należyte zasługuje na uznanie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....