

Sygn. akt: KIO 527/13

WYROK

z dnia 20 marca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2013 roku przez **Odwołującego – HOBAS SYSTEM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów z siedzibą w Bełchatowie**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego – HOBAS SYSTEM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – HOBAS SYSTEM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego – HOBAS SYSTEM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej**, na rzecz **Zamawiającego – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów z siedzibą w Bełchatowie**, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 8 marca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz.759 ze zmianami) – dalej zwana „ustawą Pzp”, odwołanie wniósł wykonawca Hobas System Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zakup rur z żywic poliestrowych prowadzi Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów z siedzibą w Bełchatowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 28 listopada 2012 r., pod numerem S 229-377628.

Odwołanie wniesiono od czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy - Konsorcjum Centrum Elektryczne „ANIA” B..... i spółka, Sp. j. oraz AMITECH Poland Sp. z o.o. z powodu niewykazania przez Konsorcjum posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz zaniechanie uznania oferty Konsorcjum za odrzuconą, a w konsekwencji
- 2) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wnoszono o uwzględnienie odwołania, a tym samym:

- a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Konsorcjum,
- c) nakazanie Zamawiającemu uznania oferty Konsorcjum za odrzuconą,
- d) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz
- e) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący złożył ofertę, która została zakwalifikowana jako druga w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia. Nieprawidłowe postępowanie Zamawiającego oznacza, że oferta Odwołującego nie zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym Odwołujący ponosi szkodę w wyniku naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący jest więc uprawniony do wniesienia odwołania.

Odwołujący został zawiadomiony o wyborze najkorzystniejszej oferty faksem z dnia 27 lutego 2013 r. Zamówienie przekracza tzw. „progi unijne”, termin do wniesienia odwołania został dochowany. Wraz ze złożeniem odwołania uiszczono wpis w wymaganej wysokości.

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w Części II, punkt 2 SIWZ postawił wymóg, aby wykonawcy w minionych

trzech latach zrealizowali „dostawy przedmiotowych rur z żywic poliestrowych przeznaczonych do zabudowy jako kolumny filtrowe w studniach odwadniających o wartości netto powyżej 1 000 000,00 PLN, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączają dokumenty potwierdzające, że wykazane dostawy zostały wykonane należyście”.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku Zamawiający wymagał przedłożenia (Część III, ust. 1 pkt 2 SIWZ) wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat „dostaw rur z żywic poliestrowych przeznaczonych do zabudowy jako kolumny filtrowe w studniach odwadniających, zgodnie z Częścią II ust. 2 SIWZ, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należyście”.

Wykonawca - Konsorcjum firm Centrum Elektryczne „ANIA” B..... i spółka, Sp. j. oraz AMITECH Poland Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum”) w celu wykazania spełnienia powyższego warunku załączyło do swej oferty następujące dokumenty:

- a) pismo Amitech Germany GmbH z dnia 3 stycznia 2013 r., z którego wynika, że Amitech Germany GmbH produkowało i dostarczało rury studzienne w średnicach 400 -750 do RWE Service GmbH; w piśmie podano ogólną wartość dostaw od roku 2006 oraz podano specyfikację rur i ich ilości w poszczególnych latach od 2006 do 2012,
- b) oświadczenie Amitech Germany GmbH z dnia 3 stycznia 2013 r. o udostępnieniu Konsorcjum swojej wiedzy i doświadczenia na potrzeby postępowania,
- c) pismo „RWE Power Centrum techniki górnictwa diagnostyka / badania” z dnia 9 sierpnia 2012 r., z którego wynika, że „RWE Power stosuje rocznie około 16350 m nawojowych rur studziennych z materiału kompozytowego firmy Amitech z zakładu Mochau do rozbudowy rurociągów melioracyjnych oraz do wody pitnej w nadreńskim okręgu wydobywania węgla brunatnego”; w piśmie zawarto informację o opracowaniu rur o średnicy DN300, DN400, DN500 i DN700.

Zamawiający uznał powyższe dokumenty za niewystarczające i pismem z dnia 23 stycznia 2013 r. wezwał Konsorcjum do przekazania

„zestawienia wartościowego dostaw w zakresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert ze wskazaniem, że były to rury z żywic poliestrowych przeznaczone do zabudowy jako kolumny filtrowe w studniach odwadniających oraz dokumentu potwierdzającego, że dostawy te zostały wykonane należyście”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum przedłożyło:

- a) wykaz dostaw sporządzony przez Amitech Germany GmbH,
- b) dokumenty potwierdzające zależność między RWE Service GmbH a RWE Power,
- c) wyjaśnienia odnoszące się do pisma „RWE Power Centrum techniki górnictwa diagnostyka / badania” z dnia 9 sierpnia 2012 r.

Należy stwierdzić według Odwołującego, że dokumenty przedłożone przez Konsorcjum nie potwierdzają spełnienia określonego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie

wiedzy i doświadczenia. Konsorcjum nie przedłożyło referencji potwierdzających wykonanie dostaw rur o średnicy DN400 i rur perforowanych.

Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu określił, że potwierdzeniem spełnienia warunku jest dostawa **przedmiotowych** rur. Przedmiotem postępowania są wyłącznie rury o średnicy DN400, co zostało określone w załączniku nr 6 do SIWZ. Z cz. II pkt 2 SIWZ wynika więc, że uczestnicy postępowania powinni wykazać, że w minionych trzech latach dostarczali rury o średnicy DN400, a nie jakiegokolwiek inne rury. Każda średnica rur posiada swoją specyfikę odnoszącą się do konstrukcji studni, warunków zabudowy oraz technologii eksploatacji i wymaga odrębnego modelowania, projektowania, testowania co będzie skutkowało zabudową i eksploatacją z zachowaniem bezpieczeństwa pracy.

W wykazie dostaw Amitech Germany GmbH załączonego do oferty zamieszczono informacje, zgodnie z którymi w okresie minionych trzech lat Amitech Germany GmbH nie dokonywała sprzedaży na rzecz RWE Service GmbH żadnych rur o średnicy DN 400. Na marginesie można dodać, że odnośnie tej średnicy Amitech Germany zrealizował dostawy w 2006 roku - 2 metry rur i w 2007 roku - 1 metr. Tak znikome ilości pozwalają przypuszczać, że dostawca nie był w stanie nabyć wymaganego doświadczenia. Wobec powyższego należy uznać, że warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony przez Konsorcjum.

Ponadto Konsorcjum utożsamia wszystkie „rury studienne z materiału kompozytowego” dostarczane przez Amitech Germany GmbH na rzecz spółek z grupy RWE z „rurami z żywic poliestrowych przeznaczonych do zabudowy jako kolumny filtry w studniach odwadniających”. Wynika to przede wszystkim z treści oświadczenia Konsorcjum z dnia 1 lutego br., gdzie stwierdzono wprost, że *„Amitech Germany dostarczył rury studienne z materiału kompozytowego, czyli innymi słowy Amitech Germany dostarczył do RWE Power rury z żywic poliestrowych przeznaczonych do zabudowy jako kolumny filtry w studniach odwadniających”*.

Powyższe potwierdza dodatkowo porównanie informacji wynikających z zestawień Amitech Germany GmbH przedłożonych w ramach oferty i jej późniejszego uzupełnienia. Przyjmując (bardzo szacunkowo) z pierwszego zestawienia, że łączna ilość rur wynosząca 97156 (prawdopodobnie metrów, choć w zestawieniu nie podano jednostki miary) miała wartość 14,8 mln EURO, otrzymujemy ok. 152 EURO za metr. W latach 2010, 2011 i 2012 ilości wynosiły odpowiednio 15426, 20304 i 15975, co przy ww. wartości za metr daje kwoty odpowiednio 2,3 mln euro (2010), 3,1 mln euro (2011) i 2,4 mln euro (2012). Z kolei te liczby korespondują z wartościami podanymi w zestawieniu przedłożonym w ramach uzupełnienia oferty. Oznacza to że Amitech Germany GmbH traktuje wszystkie swoje dostawy na rzecz RWE Power opisane pierwotnie jako rury studienne z materiałów kompozytowych jako rury z żywic poliestrowych przeznaczone do zabudowy jako kolumny filtry w studniach odwadniających.

Z takim stanowiskiem nie można się zdaniem Odwołującego zgodzić, ponieważ rury studzienne, o których mowa w dokumentach załączonych do oferty nie mogą być utożsamiane z rurami, o których mowa w SIWZ. Standardowe rury studzienne (bez perforacji) nie nadają się do zabudowy jako kolumny filtrowe. Rury perforowane są montowane jako kolumna filtracyjna w obrębie utworów spoistoplastycznych o szczególnie krytycznych obciążeniach. Stąd też rur studziennych nie można traktować jako substytutu rur perforowanych. Tym samym również z tego powodu Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Przedkładając w ramach uzupełnienia oferty wykaz dostaw Amitech Germany GmbH, z którego wynika, że rury studzienne są tym samym co rury z żywicy poliestrowych przeznaczone do zabudowy jako kolumny filtrowe w studniach odwadniających, Konsorcjum przedłożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z tego powodu Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zastrzeżenia zdaniem Odwołującego budzą również referencje przedłożone przez Konsorcjum. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej konieczne jest takie sformułowanie referencji, „aby można było przyporządkować konkretną pracę wskazaną w wykazie zrealizowanych zamówień do danych referencji” (wyrok z 22.10.2010, KIO 2206/10, także wyrok z 18.03.2009, KIO 264/09). „Istotne jest to, aby uzyskać pewność co do tożsamości wskazanych w wykazie robót z tymi, których prawidłowość zrealizowania jest potwierdzana w treści referencji” (wyrok z 19.10.2010, KIO 2212/10). „Ze złożonych referencji musi jednoznacznie wynikać, że wykonawca spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu. Referencje nie muszą zawierać wprost sformułowania, iż dostawy zostały wykonane należycie. Niemniej jednak muszą w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wskazywać, iż wykonawca posiada wymagane w SIWZ doświadczenie.” (wyrok z 31.03.2009, KIO 338/09). „Referencje powinny w sposób wystarczający identyfikować wykonane zamówienie, wykonawcę, który je realizował, oraz stwierdzać czy zostało ono wykonane zgodnie z umową” (wyrok z 9.09.2008, KIO 889/08).

Referencje przedłożone przez Konsorcjum nie spełniają powyższego warunku. Pismo RWE Power nie odnosi się do żadnych konkretnych dostaw, lecz stanowi wyłącznie o nabywanych w Amitech Germany GmbH średniej rocznej ilości rur studziennych, jak się można domyślać z okresu od roku 2001 do sierpnia 2012 roku. Abstrahując od podniesionej powyżej niemożliwości utożsamiania rur studziennych z rurami będącymi przedmiotem zamówienia, takie sformułowanie referencji byłoby zbyt ogólne, aby dało się powiązać z wykazem robót przedłożonym przez Konsorcjum w ramach uzupełniania oferty. Ponadto należy wskazać, że w wykazie przedłożonym w ramach uzupełniania oferty dostawy z ostatnich trzech lat zostały zliczone łącznie dla poszczególnych lat, bez podawania miesiąca ich wykonania. Tym samym pismo potwierdzające prawidłowość wykonania dostaw w roku 2012

mogłoby dotyczyć wyłącznie dostaw zrealizowanych do 9 sierpnia 2012 r., podczas gdy dla dostaw z pozostałej części roku Konsorcjum nie przedstawiło żadnego dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonanie umów. Zamawiający wezwał Konsorcjum pismem z dnia 23 stycznia 2013 do przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane należycie, jednak Konsorcjum nie przedstawiło dokumentu czyniącego zadość wezwaniu Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe oraz fakt, że Konsorcjum wskutek wezwania Zamawiającego nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ocenie Odwołującego Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania, a oferta zostać potraktowana jako odrzucona. Konieczne jest ponowne przeprowadzenie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, 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.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego byłaby wtedy ofertą z najniższą ceną. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny w tym spełniania warunków udziału w postępowaniu i ewentualne stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie dopuściła jako uczestnika postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - Konsorcjum Centrum Elektryczne „ANIA” B..... i spółka, Sp. j. oraz AMITECH Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku z powodu niedotrzymania formy pisemnej przystąpienia.

Oddalono zgłoszony przez Zamawiającego wniosek dowodowy o przesłuchanie świadków na okoliczność spełniania przez Konsorcjum warunków wiedzy i doświadczenia określonych w SIWZ oraz na okoliczność treści złożonych wraz z ofertą referencji RWE Power, z uwagi na brzmienie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp jako wniosek powołany jedynie dla zwłoki, a w rzeczywistości nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie i niedopuszczalny na gruncie art. 247 kpc.

Izba zważyła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do 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 przedmiotem postępowania jest zakup rur z żywic poliestrowych, a postępowaniu Zamawiający w SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące wykazania się niezbędnym doświadczeniem oraz dokumenty, na podstawie których obywała będzie się ocena merytoryczna treści oferty w wymienionych i opisanych kryteriach oceny.

W części II ust. 2 SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem w zrealizowaniu w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania (...) dostaw przedmiotowych rur z żywic poliestrowych przeznaczonych do zabudowy jako kolumny filtrowe w studniach odwadniających o wartości netto powyżej 1 000 000 PLN.

W celu potwierdzenia spełniania warunku wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wykazu dostaw rur z żywic poliestrowych przeznaczonych do zabudowy jako kolumny filtrowe w studniach odwadniających, zgodnie z Częścią II ust. 2 SIWZ, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie.

W przedmiocie rozpoznania zarzutów odwołania kluczowe znaczenie na interpretacja ustanowionego w postępowaniu warunku udziału i użycia przez Zamawiającego sformułowania „przedmiotowe rury”. W tym zakresie skład orzekający Izby przychylił się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego. Uznać należało, że skoro przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest zakup rur z żywic poliestrowych, to w celu wykazania się odpowiednim doświadczeniem wskazać należało dostawy takich właśnie rur, niezależnie od pozostałych parametrów ten materiał charakteryzujących, tj. średnicy, długości, grubości, czy też sposobu perforacji. Ponadto, gdyby Zamawiający żądał doświadczenia w dostawie rur o identycznych parametrach, przy opisie wykazu jako dokumentu potwierdzającego posiadanie niezbędnego doświadczenia nie odwoływałby się do części II ust. 2 SIWZ (gdzie ogólnie opisano warunek), a do załącznika nr 6, gdzie szczegółowo opisano przedmiot zamówienia.

Za powyższym przemawia również udzielona przez Zamawiającego w toku postępowania o wyjaśnienie kwestii SIWZ odpowiedź na zapytanie, czy oferent ma przedłożyć referencje dotyczące dostaw rur o konkretnej średnicy DA427. Zamawiający wskazał, że wykonawca „powinien przedłożyć wykaz dostaw rur z żywic poliestrowych GRP (...)”, nie odnosząc się do innych parametrów, w tym średnicy, o którą pytał wykonawca.

Reasumując, za wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu uznać należało przedłożenie wykazu dostaw, z którego wynikałoby, że wykonawca posiada doświadczenie w zakresie dostawy rur z żywic poliestrowych przeznaczonych do zabudowy jako kolumny filtrów w studniach odwadniających bez konieczności spełniania żadnych dodatkowych parametrów.

Skoro zatem wykonawca przedłożył wykaz wraz referencjami, dotyczący dostawy różnych rur odpowiadających przedmiotowi zamówienia, uznać należało, że ogólny warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia został spełniony przez Konsorcjum.

Co do podniesionego zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, 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 przedmiotowym postępowaniu w przypadku sporu o prawidłowość wykluczenia wybranego wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu, skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. 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. Nie można jednak pominąć faktu, iż przeprowadzając weryfikację prawdziwości złożonych dokumentów i zawartych w nich informacji, Zamawiający powinien o wyjaśnienie wątpliwych kwestii zwrócić się również do wykonawcy, celem umożliwienia wykonawcy złożenia niezbędnych wyjaśnień.

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 dostaw, które nie spełniają warunku doświadczenia (co nie zostało udowodnione) 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 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 dostawa 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 wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą przedstawił w ofercie wykaz dostaw od 2006 roku, a w wyniku uzupełnienia przedstawił doprecyzowany wykaz dostaw z ostatnich trzech lat wraz z referencjami. Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na to, że informacje wynikające z treści złożonych przez Konsorcjum dokumentów nie odpowiadają stanowi rzeczywistości, nie zakwestionowano ilości dostaw czy też ich wartości.

Odwołujący podnosił, że „rury studzienne z materiału kompozytowego” nie mogą być utożsamiane z „rurami z żywic poliestrowych przeznaczonych do zabudowy jako kolumny filtrujące w studniach odwadniających” i oświadczając powyższe wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ziściły się przesłanki wynikające z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp umożliwiające wykluczenie wykonawcy z postępowania. O ile dyskusyjne mogłoby być wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia, 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.

Zamawiający nie miał podstaw do zakwestionowania prawdziwości złożonych przez wybrane konsorcjum oświadczeń i innych dokumentów. Informacje wynikające z wykazu oraz

z załączonych referencji nie są wzajemnie sprzeczne, nie wykluczają się. Odwołujący nie wykazał natomiast ponad wszelką wątpliwość, że wykonawca wybrany złożył nieprawdziwe informacje, a przede wszystkim nie wykazał, który ze złożonych dokumentów te nieprawdziwe informacje zawiera.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, referencje nie służą wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale potwierdzeniu, że dana dostawa czy usługa została wykonana należycie. Z dokumentu tego nie muszą wynikać ilości, czy też rodzaj dostawy, miejsce dostawy, ponieważ wykonawcy nie mają wpływu na treść oświadczeń zamieszczanych w referencjach przez inny, odrębny od wykonawcy, podmiot trzeci. Oświadczenia składane przez wykonawcę w formie wykazu mogą mieć także szerszy zakres, niż wynika to z treści referencji, ale dopóki między tymi dokumentami nie zachodzi wewnętrzna sprzeczność, Zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania prawdziwości, czy też raczej prawidłowości informacji z nich wynikających.

W postępowaniu będącym przedmiotem rozpoznania, nie wykazano, że złożone referencje nie odpowiadają informacjom zamieszczonym w wykazie dostaw, czy też odwrotnie, że oświadczenia wykonawcy z wykazu nie odpowiadają informacjom wynikającym z referencji. Dodatkowe wyjaśnienia złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów nie zaprzeczają informacjom znajdującym się w ofercie.

Kompletnie niezrozumiała jest również argumentacja Odwołującego, że rury studienne bez perforacji nie nadają się do zabudowy jako kolumny filtrowe i nie można ich traktować jako substytutu rur perforowanych w zakresie poczynionego w odwołaniu zarzutu. Z odwołania nie wynika, czy argumentacja ta odnosi się do niewykazania spełniania warunku udziału, czy też do złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Abstrahując od faktu, iż okoliczności tej wykonawca Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, to ponownie przypomnienia wymaga, że Zamawiający w ramach ustanowionego warunku udziału w postępowaniu wymagał złożenia wykazu dostaw dotyczącego rur z żywic poliestrowych przeznaczonych do zabudowy filtrowej w studniach odwadniających, nie wskazując na sposób wykonania i wykorzystania tych rur.

Reasumując, uznano, iż wykonawca Odwołujący się nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że ocena warunku udziału odnośnie wykazania się niezbędnym doświadczeniem dokonana przez Zamawiającego w zakresie oferty wybranego konsorcjum była prawidłowa i wykonawca ten prawidłowo został wybrany w postępowaniu.

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. 3 pkt 1 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: