

WYROK

z dnia 6 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SAVA GmbH& Co.KG, Ostertweute 1, 25-541 Brunsbuttel, Niemcy** od czynności Zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: CALEX Sp. z o.o., ul. Przyszłości 27B/14, 70-893 Szczecin, REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o., ul. Kuźnicka 1, 72-010 Police** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy Konsorcjum firm: CALEX Sp. z o.o., REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o. z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SAVA GmbH& Co.KG, Ostertweute 1, 25-541 Brunsbittel, Niemcy**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Województwo Zachodniopomorskiego - Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** na rzecz **SAVA GmbH& Co.KG, Ostertweute 1, 25-541 Brunsbittel, Niemcy** stanowiącej koszty postępowania 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Województwo Zachodniopomorskie w imieniu którego działa Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie usługi likwidacji 14 mogilników - składowisk przeterminowanych środków ochrony roślin oraz opakowań po nich zlokalizowanych na terenie województwa zachodniopomorskiego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 127923-2010 w dniu 1 maja 2010 r.

Wykonawca ubiegający się o zamówienie SAVA GmbH & Co.KG, wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w formie konsorcjum: CALEX Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o. z siedzibą w Policach (zwane dalej Konsorcjum CALEX – REMECH) dokonanej przez zamawiającego w dniu 16 września 2010 r. oraz wobec zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum CALEX – REMECH z postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/1726/10,
2. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759),zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum CALEX - REMECH oraz nieuprawnione zastosowanie wskazanych art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum CALEX - REMECH,
- wykluczenia wykonawcy z postępowania,
- powtórzenia czynności oceny ofert,

a ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt sprawy o sygn. KIO/1726/10 na okoliczność zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Odwołujący podniósł, iż zawiadomieniem o wynikach postępowania, po powtórzeniu czynności przez zamawiającego datowanym 16 września 2010 r., zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty Konsorcjum CALEX – REMECH jako najkorzystniejszej,

wskazując, że w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w dniu 6 września 2010 r. ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Powtórzenie czynności oceny ofert nastąpiło w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/1726/10, uwzględniającego odwołanie wobec dokonanego przez zamawiającego pierwszego wyboru oferty ww. wykonawcy z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu.

W ocenie odwołującego, ponowny wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został niezgodnie z treścią ww. wyroku i z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący wskazał, iż w zał. Nr 4 do oferty (str. 30-31) wykonawca nie wykazał realizacji zadań odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, zgodnie z postanowieniami siwz - cz. VIII „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków; Podstawy wykluczenia z postępowania” - ust. 1 pkt 2. Zdaniem odwołującego żadna z 5 prac, wskazanych w wykazie wykonanych usług (załącznik nr 4), zwłaszcza w świetle referencji, nie spełnia wymagań ustalonych w siwz, gdyż nie stanowiła likwidacji wraz z rekultywacją exitu obiektów do magazynowania. Ponadto, na stronie 57 oferty, w drugim zał. Nr 4, wykonawca poinformował o wykonaniu kolejnych 3 prac, których zakres określony został jako likwidacja wraz z rekultywacją exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego, z których praca wskazana w poz. 1 nie spełnia wymagań zamawiającego, albowiem nie została potwierdzona referencjami zleceniodawcy - Z.Ch. „POLICE” S.A. (str. 53 oferty). W odniesieniu do pozycji 3 wykonawca przedstawiał nieprawdziwą informację odnośnie wartości tej pracy określonej jako 207.226,76 zł. brutto, gdyż zgodnie z referencjami Z.Ch. Police przedmiotowa praca stanowiła jedno z kilku zadań wskazanych w pozycji 3 referencji, których łączna wartość została określona na 169.858,00 zł. netto.

Odwołujący podkreślił również, iż złożone referencje dotyczą tylko i wyłącznie likwidacji obiektów przemysłowych i w żadnej z referencji ani opisie zakresu usług nie uwzględniono i nie podano, iż prace dotyczyły usunięcia zanieczyszczonych elementów środowiska gruntowo-wodnego, zgodnie z pojęciem rekultywacji ex-situ.

Zdaniem odwołującego, wykonawca mylnie zinterpretował posiadane doświadczenie polegające na likwidacji infrastruktury przemysłowej jako prace rekultywacyjne.

Wobec uznania przez zamawiającego, że wykonawca „nie uzyskuje wartości co najmniej 9.000.000,00 zł.) brutto" i w związku z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wykonawca przedstawił kolejną pracę - likwidacja przez złomowanie środka trwałego budynku oleju opałowego silos pigmentu. Zdaniem odwołującego tej pracy nie można uznać, ani za odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia ani też za spełniającą wymagania ustalone w drugiej części pkt 1 ppkt 2 rozdział VIII siwz, gdyż nie obejmowała ona prac rekultywacyjnych.

Odwołujący podniósł, iż w toku rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO/1726/10, ustalono, że wykonawca był dwukrotnie wzywany do uzupełniania i wyjaśniania dokumentów. W związku z ww. wyrokiem KIO zamawiający po raz kolejny wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień „określających precyzyjnie zakres prac podobnych, aby rozwiać wątpliwości podniesione w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej". Zamawiający wezwał wykonawcę „do jednoznacznego wyjaśnienia (oświadczenia) " czy:

- 1) Likwidacja ciągu nr 1 w Zakładzie Kwasu Siarkowego - PS Zakłady Chemiczne „Police" S.A. - praca wykazana w wykazie doświadczenia załączonym do oferty złożonej w terminie do dnia 16 czerwca 2010 r.,
- 2) Prace likwidacyjne na terenie Zakładów Chemicznych Police wykonywane w latach 2008-2009 - wykazane w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 25.06.2010 r.
- 3) Szereg prac rozbiórkowych oraz likwidacyjnych obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego - wykazane w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 28.07.2010 r.

obejmowały swoim zakresem likwidację wraz z rekultywacją exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego.

W odpowiedzi (dwa pisma, które wpłynęły do zamawiającego w dniu 08.09.2010 r. oraz 09.09.2010 r.) wykonawca poinformował „iż wymienione w załączonym do oferty wykazie prac roboty obejmowały swoim zakresem likwidację wraz z rekultywacją exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego", przy czym w drugim przypadku zaznaczył, iż oświadczenie to odnosi się do robót wskazywanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 03.09.2010 r., które wykonawca wymienił.

Zdaniem odwołującego ww. wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, iż brak spełnienia warunków udziału stwierdzony został w świetle braku potwierdzenia wykonywania prac rekultywacyjnych w referencjach. Tymczasem zamawiający w piśmie z 3 września 2010 r. zastosował konstrukcję pytania, na które odpowiedź de facto miała zastępować referencje podmiotów trzecich.

Na marginesie odwołujący zauważył, iż zamawiający uwzględnił wyjaśnienia, które nie w pełnym zakresie stanowią odpowiedź na zadane pytanie, gdyż według oświadczenia wykonawcy dotyczyły ono wykazów załączonych do oferty.

Odwołujący stwierdził, że w takim stanie rzeczy, niezależnie od konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania w świetle wyroku KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/1726/10, jak również na skutek naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bezspornym jest, iż wobec niespełnienia przez wykonawcę ustalonego w cz. VIII ust. 1 pkt 2 (pkt 1 ppkt 2 rozdział VIII) siwz warunku udziału winien on zostać, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykluczony z postępowania.

Wobec stwierdzenia przez Izbę w uzasadnieniu wyroku, iż wybrany wykonawca był już dwukrotnie wzywany do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, niemożliwe jest ponowne dokonanie tych czynności. Odwołujący podkreślił również, iż w ocenie składu orzekającego ponowne wzywanie nie jest ani celowe ani uzasadnione w jakikolwiek sposób.

Czynność ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jako sprzeczna z powoływanymi powyżej uzasadnieniem wyroku, stanowi, w przedmiotowym stanie faktycznym, naruszenie nie tylko art. 26 ust. 4, ale także art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w istocie rzeczy stanowiła bezprawną i nieskuteczną próbę uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Złożone przez wykonawcę oświadczenia o jakoby spełnianiu przez wskazane prace warunku siwz, poprzez obejmowanie swoim zakresem również „rekultywacji exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego” nie znajdują potwierdzenia w przedłożonych w ofercie, jak i w rezultacie kolejnych wezwań, referencjach. Tym samym nie mogą być traktowane jako informacje wiarygodne, a wręcz przeciwnie, jako informacje nieprawdziwe. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 106 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2006, nr 129, poz. 902 ze zm.), wszelkie prace rekultywacyjne muszą być realizowane w oparciu o uzgodnienia z właściwym organem ochrony środowiska. Dla prac

realizowanych na terenie Zakładów Chemicznych w Policach właściwym organem jest Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w Szczecinie. Podmioty realizujące prace rekultywacyjne powinny więc uzyskać stosowne decyzje w/w organu, uzgadniając zakres i sposób realizacji tych prac. Pismem z dnia 23 września 2010 r. Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Szczecinie poinformowała, iż Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w Szczecinie nie prowadził, w latach 2007 - 2009, na wniosek CALEX Sp. z o.o. oraz REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o., postępowania w sprawie uzgodnienia warunków prowadzenia rekultywacji i zanieczyszczeń powierzchni ziemi na terenie Zakładów Chemicznych „Police”, jak również nie wydawał żadnych decyzji administracyjnych w sprawie rekultywacji zanieczyszczonych gruntów na przedmiotowym terenie.

Powyższe, zdaniem odwołującego, świadczy o tym, że wbrew oświadczeniom wykonawcy, stanowiącym dla zamawiającego podstawę do ponownego wyboru jego oferty, wykonawca nie wykonywał prac rekultywacyjnych w oświadczanym zakresie. Tym samym złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co wyczerpuje przesłanki ustalone w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający, w sytuacji oczywistych wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu mógł uzyskać stosowne informacje z Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Szczecinie, czego jednakże zaniechał, co może stanowić również uzasadnienie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Działania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu noszą bowiem znamiona preferowania Konsorcjum CALEX-REMECH, poprzez nieuprawnione kilkakrotne „wyciąganie” od wykonawcy dokumentów i oświadczeń w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Konsorcjum CALEX-REMECH zgłosiło w dniu 1 października 2010 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący nie przedstawił własnej argumentacji w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”, do rozpoznania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 r. oraz 29 stycznia 2010 r.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zysków planowanych na wypadek otrzymania zamówienia. Potwierdzenie się zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy i zaniechania odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla odwołującego możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki do korzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej przez zamawiającego w dniu 16 września 2010 r. Powyższa czynność nie stanowi czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 26 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1726/10. W uzasadnieniu powyższego wyroku w odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum CALEX-REMECH z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niespełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego przez zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała m.in., iż „[...] wybór tak skonstruowanej oferty należy uznać za niezasadny.[...]. Zamawiający wobec tak złożonych dokumentów, wyjaśnionych i uzupełnionych na jego wezwanie, nie był uprawniony do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wybranego wykonawcy ponieważ z posiadanych przez Zamawiającego dokumentów nie wynika spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu. W żadnym ze złożonych dokumentów nie wynika wykonywanie prac rekultywacyjnych, które w sposób jasny i klarowny wynikały z warunku przedstawionego w SIWZ.”, a ponadto, „Zebrane w sprawie dowody: oferta odwołującego wraz z załącznikami oraz pisma złożone na wezwanie Zamawiającego wraz z dodatkowe referencje czynią zasadnym wniosek Odwołującego, że wybrany Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego.” oraz „należało zatem podzielić ocenę, że złożony najpierw z ofertą, a następnie na wezwanie Zamawiającego wykaz wraz z referencjami nie potwierdza spełniania przez tego wykonawcę określonego w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazać także należy, że wybrany wykonawca był już dwukrotnie wzywany do uzupełniania i wyjaśniania dokumentów, dlatego niemożliwe jest ponowne dokonanie tej czynności.[...]. W ocenie składu orzekającego ponowne wzywanie nie jest ani celowe ani uzasadnione w jakikolwiek inny sposób. [...] Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający naruszył swoim działaniem przepisy art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 2 wskazanej ustawy podlegało uwzględnieniu. W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się [...]”

W wyroku KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r. Izba stwierdziła zatem w sposób niebudzący wątpliwości, że Konsorcjum CALEX-REMECH podlega wykluczeniu z powodu niespełniania warunku doświadczenia określonego w cz. VIII ust. 1 pkt 2 (pkt 1 ppkt 2 rozdział VIII) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie w powołanym wyżej wyroku Izba uznała, że niezasadne jest dalsze wzywanie ww. wykonawcy do uzupełnienia oraz wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając treść wyroku KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r., Izba nie rozpoznawała w ramach niniejszego postępowania zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że w powyższym zakresie odwołujący powołuje się w odwołaniu wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1726/10, tj. innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wniesionego przez tego samego odwołującego się (wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1726/10). Stosując w drodze analogii, przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołanie w zakresie powyższego zarzutu nie może podlegać ponownemu rozpoznaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, przez ponowne nieuprawnione wezwanie wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, Izba uznała, że zarzut ten jest uzasadniony.

W treści wyroku z dnia 26 sierpnia 2010 r. Izba stwierdziła, że w okresie po złożeniu i otwarciu ofert wykonawca był już dwukrotnie wzywany do uzupełnienia i wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń i dokumentów mających na celu potwierdzenie spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, w szczególności co do zakresu wykonanych prac, wskazanych przez wykonawcę w wykazie (Załącznik nr 4). Okoliczności te nie były w toku niniejszego postępowania kwestionowane przez strony, ani uczestnika postępowania. W omawianym postępowaniu KIO orzekła, że nieuzasadnione jest dalsze wzywanie Konsorcjum CALEX – REMECH do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów lub też ich wyjaśnienia. Izba „uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu”. Uzasadnienie ww. wyroku wskazuje natomiast jednoznacznie, że w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert Izba wskazała na konieczność wykluczenia Konsorcjum CALEX-REMECH z postępowania. Podkreślić także należy, że powyższy wyrok nie został zaskarżony do sądu przez żadną ze stron postępowania.

Zamawiający w dniu 3 września 2010 r. wezwał Konsorcjum CALEX-REMECH ponownie do złożenia wyjaśnienia (oświadczenia) czy wykazane przez wykonawcę prace obejmowały swoim zakresem likwidację wraz z rekultywacją exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenia środowiska gruntowo - wodnego.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należało, że kolejna (wykonana po raz trzeci) czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym samym przedmiocie, dotyczącym zakresu wykonanych prac, stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz jest sprzeczna z treścią wyroku KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r.

Zważyć należy także, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca, na żądanie zamawiającego zawarte w siwz i w zakresie przez niego wskazanym, jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu

niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Powyższy przepis wskazuje zatem, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania – również w kontekście uzasadnionych wątpliwości zamawiającego, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. W przypadku wystąpienia sprzeczności treści dokumentów lub oświadczeń albo powstania wątpliwości w tym zakresie, na wykonawcy spoczywa ciężar przeprowadzenia dowodów, w celu jednoznacznego wykazania spełniania określonych warunków udziału, w tym także poprzez np. przedstawienie stosownych dokumentów potwierdzających niezbitcie wymagany w treści warunku zakres zrealizowanego świadczenia. Brak wykazania (udowodnienia), że usługa obejmowała wymagany zakres świadczenia lub że wykonano ją w wymaganym okresie itd. obciąża w sposób negatywny wykonawcę, skutkując uznaniem, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W świetle powyższego, nadużyciem prawa, wynikającego z art. 26 ust. 3 lub ust.4 ustawy Pzp jest kilkakrotne powtarzanie wzywania wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych oświadczeń lub dokumentów w tym samym zakresie w celu potwierdzenia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji może to powodować bowiem naruszenie naczelnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby, wezwanie z dnia 3 września 2010 r. do złożenia wyjaśnień (oświadczenia) co do zakresu wykonanych prac, stanowiło de facto ponowne wezwanie do złożenia (uzupełnienia) przez wykonawcę jeszcze jednego oświadczenia co do zakresu zrealizowanych prac. Kolejne oświadczenie wykonawcy potwierdzające zakres prac, w szczególności co do wykonania rekultywacji, w kontekście złożonych w postępowaniu listów referencyjnych, nadal pozostawia wątpliwości, gdyż wszystkie oświadczenia złożone przez wykonawcę nie są spójne z treścią referencji. Złożenie kolejnego oświadczenia nie eliminuje powstałych wątpliwości co do zakresu wykonanych prac, gdyż wystąpiły one w efekcie określonej treści referencji wystawionych przez podmioty trzecie, które podają zakres prac inaczej niż złożone przez Konsorcjum wykazy i pozostałe oświadczenia. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że odwołujący powinien w takim przypadku udowodnić, iż rzeczywiście prace rekultywacyjne zostały wykonane. W ustalonym stanie faktycznym złożenie oświadczenia przez wykonawcę nie jest wystarczające.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny.

Jak już Izba stwierdziła powyżej, złożone przez Konsorcjum CALEX-REMECH oświadczenia o spełnianiu warunku siwz przez wskazane w wykazie prace, jako obejmujące swoim zakresem również „rekultywację exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego” nie znajdują potwierdzenia w przedłożonych przez wykonawcę referencjach, a wręcz przeciwnie w listach referencyjnych podano nieco odmienny zakres wykonanych zadań. Z opisu wykonanych zadań, zawartych w referencjach nie wynika, iż wskazane prace dotyczyły usunięcia zanieczyszczonych elementów środowiska gruntowo-wodnego, czyli np. zanieczyszczonego gruntu.

Zważywszy, że na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, złożone oświadczenia, w świetle złożonych referencji, nie mogą być uznane za całkowicie wiarygodne. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (art. 106 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2006, nr 129, poz. 902 ze zm.) oraz art. 35 ustawy z dnia z 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie (Dz. U. Nr. 75 poz. 493). prace rekultywacyjne po usunięciu odpadów niebezpiecznych muszą być realizowane w oparciu o uzgodnienia dokonane z właściwym organem ochrony środowiska. W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w „Opisie prac związanych z rekultywacją terenu po zlikwidowanych mogilniku”, zamawiający zaznaczył, że „Wykonawca prac powinien posiadać wszelkie niezbędne decyzje i pozwolenia na prowadzenie prac o podanym powyżej zakresie.” W oparciu o treść pisma z dnia 23 września 2010 r., w którym Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Szczecinie poinformowała, iż Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w Szczecinie – organ właściwy dla prac realizowanych na terenie Zakładów Chemicznych „Police” nie prowadził, w latach 2007 - 2009, na wniosek CALEX Sp. z o.o. oraz REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o., postępowania w sprawie uzgodnienia warunków prowadzenia rekultywacji i zanieczyszczeń powierzchni ziemi na terenie Zakładów Chemicznych „Police”, jak również nie wydawał żadnych decyzji administracyjnych w sprawie rekultywacji zanieczyszczonych gruntów na przedmiotowym terenie, należy stwierdzić, iż niewątpliwie prace polegające na rekultywacji, której pojęcie określił zamawiający w siwz, wskazując charakter prac, nie były wykonywane przez Konsorcjum CALEX-REMECH. Dla spełnienia jednak przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, konieczne jest wykazanie, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz, że fałszywe informacje miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Izby, wskazany przepis artykułu 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji umyślnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, mającego wpływ na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie postępowania przetargowego. A zatem, nie

stanowi podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ten przepis nieświadome wprowadzenie w błąd (podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy we Wrocławiu z wyroku z dnia 30 października 2008 r.).

Uwzględniając zasadę kontradyktoryjności postępowania przed Izłą oraz zasadę ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 k.c., Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił okoliczności, iż złożone przez przystępującego oświadczenie o wykonaniu prac rekultywacyjnych w opisanym przez zamawiającego zakresie, było świadomym stwierdzeniem nieprawdy. Izba wzięła pod uwagę, iż wykonawca mógł mylnie interpretować pojęcie rekultywacji, przyjmując, iż chodzi o prace porządkujące i przywracające teren, po wykonaniu rozbiórki obiektów budowlanych, do użytku, co nie wymaga uzyskania stosownych decyzji organów administracji. Ten potoczny sposób rozumienia rekultywacji został wyrażony przez przystępującego w toku rozprawy. Pogląd taki znajduje potwierdzenie także w stanowisku odwołującego wyrażonym w odwołaniu, iż „Zdaniem Odwołującego, Wykonawca mylnie interpretował posiadane doświadczenie polegające na likwidacji infrastruktury przemysłowej z pracami rekultywacyjnymi”. Nie sposób przy tym zgodzić się z zamawiającym, iż wykonanie rekultywacji w takim rozumieniu spełnia wymogi warunku udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego. W szczególności zważyć należy, że zamawiający określił wyraźnie charakter prac rekultywacyjnych, których wykonanie należało wykazać, jako „rekultywację exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego”

Uznając za nieudowodniony przez odwołującego fakt, iż składając oświadczenia stwierdzające wykonanie prac rekultywacyjnych Konsorcjum CELEX-REMECH potwierdziło nieprawdę mając świadomość składania fałszywego oświadczenia, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

Na marginesie tylko zauważyć należy, że w przypadku, gdy ujawnią się uzasadnione wątpliwości, a w szczególności, gdy są podnoszone zarzuty przez innych wykonawców, zamawiający ma obowiązek zweryfikowania oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zaniechanie przez zamawiającego tych czynności może stanowić wyraz naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Obciążenie natomiast zamawiającego w każdym wypadku obowiązkiem badania treści referencji i oświadczeń, składanych przez wykonawców, pod kątem ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, jest nietrafne.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty stron postępowania, w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 000 zł.

Przewodniczący:

.....