

Sygn. akt: KIO 1642/12

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **31 lipca 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Anna Bartela prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ANNA-BUD, ul. Marmurowa 60, Bilcza, 26-026 Morawica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Kielecki – Starostwo Powiatowe w Kielcach, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3**

przy udziale wykonawcy **Dorbud S.A. z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Anna Bartela prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ANNA-BUD, ul. Marmurowa 60, Bilcza, 26-026 Morawica i nakazuje:**

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawcę **Anna Bartela prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ANNA-BUD, ul. Marmurowa 60, Bilcza, 26-026 Morawica**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1642/12

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający **Starostwo Powiatowe w Kielcach, Al. IX Wieków Kielc 3, 516 Kielce** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »Kontynuację budowy budynku biurowego pod potrzeby Siedziby Starostwa Powiatowego w Kielcach wraz z niezbędnymi urządzeniami infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **05.05.2012 r.** pod nrem **2012/S 87-142660**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 24 lipca 2012 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Dorbud SA** z siedzibą w Kielcach (dalej Dorbud).

Wykonawca **Anna Bartela prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Anna-Bud”, ul. Marmurowa 60, Bilcze, 26-026 Morawica**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 31 lipca 2012 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Dorbud z prowadzonego postępowaniu;
- 2) bezprawnym uznaniu oferty wykonawcy Dorbud jako najkorzystniejszej, pomimo przedstawienia przez tego wykonawcę informacji nieprawdziwych, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) anulowanie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Dorbud;
- 2) anulowanie decyzji o wezwaniu wykonawcy Dorbud do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku wymaganego doświadczenia i wiedzy;
- 3) wykluczenie z postępowania przetargowego wykonawcy Dorbud za wykazanie nieprawdziwych informacji w zakresie wymaganego doświadczenia i wiedzy lub
- 4) wykluczenie wykonawcy Dorbud za niespełnienie postawionego warunku wymaganego doświadczenia i wiedzy wykazanych w wyniku uzupełnienia dokumentów gdyby uznano zasadność wezwania do uzupełnienia dokumentów;
- 5) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku powtórzenia czynności.

Argumentacja odwołującego

Decyzja ta w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego w sposób rażąco narusza postępowania art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w świetle przedstawionych zamawiającemu dowodów przekazanych pismami z 28 czerwca 2012 r., z 6 lipca 2012 r. oraz z 17 lipca 2012 r. (załącznik nr 1) o bezwzględnym obowiązku wykluczenia wykonawcy Dorbud z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż przedstawił informacje nieprawdziwe w celu potwierdzenia spełnienia warunku podmiotowego doświadczenia i wiedzy opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia.

Zamawiający w specyfikacji określił warunki jakie musi spełniać wykonawca chcący brać udział w postępowaniu. Zgodnie z cz. V ust. 1 pkt 1 lit. b specyfikacji w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał złożenia z ofertą wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie m.in. „... *co najmniej jednej instalacji systemu sieci strukturalnej na minimum 500 torów (kanałów transmisyjnych) wykonanej w klasie E_A oraz F_A objętej co najmniej 25-letnią gwarancją producenta (załącznik nr 2).*

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawca Dorbud złożył wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z referencjami, które miały na celu potwierdzenie spełnienia tego warunku. Z analizy załączonych dokumentów wynika, że wskazana w wykazie robota budowlana potwierdzona referencjami przedstawionymi przez wykonawcę Dorbud dotyczącymi „Rozbudowy i modernizacji Urzędu Celnego i Oddziału Celnego w Pruszkowie przy ul. Przejazdowej 25” zawiera nieprawdziwe informacje.

Z załączonych referencji w sposób bezsporny wynika, że w ramach wskazanej roboty wykonano sieć komputerową LAN w klasie E_A (6) oraz F_A (7) objętej co najmniej 25-letnią gwarancją producenta, (załącznik nr 3), natomiast faktycznie na tym obiekcie została wykonana sieć strukturalna w klasie E (6) czyli o trzy klasy niższa od wymaganej i nie była objęta 25-letnią gwarancją producenta.

Kwestionowany zakres robót (obniżenie klasy sieci strukturalnej z F_A na E) był przedmiotem rozprawy przed KIO sygn. akt. **KIO/UZP 1391/08** z 12 grudnia 2008 r. (załącznik nr 4). Dokument potwierdza, że wykonawca Dorbud już na etapie składania ofert dla Izby Celnej w Warszawie, dokonał zamiany zaprojektowanego w dokumentacji wykonawczej systemu okablowania strukturalnego firmy Tyco Electronics/AMP NETCONNECT na system okablowania firmy Krone. Różnice pomiędzy tymi systemami opisuje załączony do pisma wyrok KIO. Należy także podkreślić, że na tym etapie została pomniejszona klasa systemu sieci strukturalnej z klasy F_A na E o czym wykonawca Dorbud od samego początku wiedział i miał świadomość jako wykonawca robót.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z wyrokiem sygn. akt; **KIO/UZP 956/12 z 24 maja 2012 r.**, z którego wynika, że nie można rozróżniać skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo), dlatego nie ma znaczenia, że wykonawca nie miał zamiaru podawać nieprawdziwych informacji; dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja, mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyrokach; KIO 40/12 z 18 stycznia 2012 r., KIO 213/12 w wyroku z 9 lutego 2012 r., KIO/UZP 2079/11 z 12 października 2011 r., KIO/UZP 1439/10, z 23 lipca 2010 r. Zasadnym jest również przywołanie wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie z 19 listopada 2009 r., sygn. akt: V Ca 2024/09 wskazuje, że informacje mające wpływ na wynik postępowania należy rozumieć szeroko, jako dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Zawinienie odnosi się do zachowania wykonawcy wprowadzającego zamawiającego w błąd w celu wyłudzenia zamówienia. Mając świadomość, że na odwołującym ciąży ciężar udowodnienia przedstawionych informacji przez wykonawcę Dorbud jako nieprawdziwych postanowiłam powyższą informację sprawdzić u Inwestora Urzędu Celnego w Warszawie, który wydał nieprawdziwe referencje.

W tym celu korzystając z prawa do dostępu do informacji publicznej odwołujący zapoznał się z dokumentacją powykonawczą kwestionowanej roboty, która w sposób jednoznaczny potwierdziła zamianę systemu okablowania strukturalnego przez wykonawcę Dorbud. Z dokumentacji tej wynika, że materiały użyte do wykonania systemu sieci strukturalnej to moduły logiczne R45 KM8 ADC Krone TrueNet kat. 6 oraz kabel kat. 7 SFTP LSO. Tak wykonana konfiguracja zgodnie z normą uznawana jest jako sieć strukturalna w

klasie E(6), a nie jak przedstawiono w liście referencyjnym, w klasie E_A oraz F_A czyli w klasie 6a i 7a.

W tym miejscu zasadnym jest wyjaśnienie, różnicy pomiędzy klasą i kategorią w systemie sieci strukturalnej, której wykonawca Dorbud w świetle składanych wyjaśnień zamawiającemu nie rozróżnia. Najprościej można zdefiniować w sieci strukturalnej przewody UTP klasyfikowane są wg kategorii w standardzie ISO podziału dokonano za pomocą liter od A do F_A oraz standard EIA/TIA klasyfikuje wydajność za pomocą cyfr od 1 do 7a. Określenia klasy i kategorii nie są równoznaczne. Pojęcie kategorii (np. 5; 6 lub 7a) odnosi się do pojedynczego elementu sieci pasywnej (np. kabla, gniazda, złącza). Natomiast klasa tyczy się całej sieci strukturalnej, która rozpatrywana jest pod względem wymogów aplikacji.

Po upewnieniu się na podstawie dokumentacji powykonawczej, że informacja w zakresie wykonanych robót sieci strukturalnej jest nieprawdziwa (poświadczono nieprawdę) odwołujący zwrócił się ponownie do Izby Celnej o sprostowanie nieprawdziwych informacji w wystawionych dla wykonawcy Dorbud referencji. Po interwencji Izba Celna w Warszawie sprostowała pismem z 5 lipca 2012 r. (załącznik nr 5) oświadczenie zawarte w referencjach dotyczący okablowania strukturalnego. Oświadczenie otrzymało następujące brzmienie: *„instalacja sieci LAN komputerowej – elementy łączące w kat. 6, kable w kat. 7, wydajność kanału transmisyjnego w klasie 6, objęta 25-letnią gwarancją niezawodności”*.

Z powyższego oświadczenia ponad wszelką wątpliwość wynika, że wykonawca Dorbud nie wykonał na ww. obiekcie systemu okablowania strukturalnego w klasie E_A (6a) oraz F_A (7a). Wykonany przez wykonawcę Dorbud system okablowania strukturalnego został wykonany w klasie E (6), objęty 25-letnią gwarancją niezawodności, a nie jak wymagano **Producenta**. Tak więc przedstawione zamawiającemu referencje zawierają nieprawdziwe informacje, o których wykonawca Dorbud wykonujący system okablowania strukturalnego nie mógł me wiedzieć jako jej generalny wykonawca.

Dlatego też nie prawdą jest, że wykonawca Dorbud jak opisuje Izba Celna w Warszawie pismem z 10 lipca 2012 r. poprosiła o sprostowanie referencji. Gdyby nie interwencja odwołującego i nagabywania pismami z 19.06.2012 r., z 20.06.2012 r. oraz 03.06.2012 r. to taka sytuacja nie miałaby nigdy miejsca.

Zgromadzone dowody w ocenie odwołującego nie budziły najmniejszych wątpliwości o obowiązku wykluczenia z postępowania tego wykonawcy zgodnie z postanowieniami art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Chcąc mieć pewność, że przedstawione zamawiającemu dowody będą potraktowane w sposób właściwy od strony faktycznej i technicznej odwołujący zwrócił się z prośbą do najbliższej, poza Kielcami, państwowej uczelni technicznej – to jest Politechniki Radomskiej, o wydanie opinii na temat systemu okablowania strukturalnego (załącznik nr 7). Politechnika Radomska powołując się na międzynarodowa normę EN 50173-2 pkt potwierdziła że *„W przypadku zastosowania kabla kategorii 7a i modułów gniazd kategorii 6*

to najwyższa wydajność systemu okablowania jaką modemy uzyskać będzie [wydajnością] najniższego ogniwa, czyli klasy 6.

Kolejnym faktem zasługującym na uwagę jest certyfikat (załącznik nr 5) wystawiony dla obiektu Urząd Celny i Oddział Celny w Pruszkowie ul. Przejazdowa 25, który także potwierdza, że zawarte w referencjach informacje są nieprawdziwe. Podmiot C&C Partner Telecom Sp. z o.o., który wystawił swoją gwarancję nie jest producentem systemu okablowania. Podmiot C&C Partners Telecom Sp. z o.o. to jedynie dystrybutor systemu okablowania a **nie producent**, dlatego też nie mógł udzielić 25-letniej gwarancji niezawodności systemu producenta, gdyż nim nie jest.

Podmiot C&C Partners Telecom Sp. z o.o. wystawił swoją gwarancję na podobnym druku jak wzór certyfikatu producenta ADC KRONE, ale brakuje w nim kilku ważnych szczegółów:

- w prawym górnym rogu umieszczone zostało logo C&C Solution Partner, a nie producenta ADC KRONE (załącznik nr 6) – wzór certyfikatu wystawiony przez producenta systemu okablowania),

- podmiot C&C Partner Telecom Sp. z o.o. wystawił certyfikat we własnym imieniu, a nie w imieniu producenta okablowania ADC KRONE.

Jak już wyżej przedstawiono podmiot C&C Partner Telecom Sp. z o.o. nie jest producentem okablowania strukturalnego, tak więc nie mógł udzielić 25-letniej gwarancji producenta, gdyż nim nie jest. 25-letnia gwarancja niezawodności systemu okablowania strukturalnego została udzielona jak wynika z załączonego certyfikatu (załącznik nr 5) jedynie przez instalatora (dystrybutora) systemu okablowania.

Następnie (prawdopodobnie) w wyniku czynności wyjaśniających zamawiający pismem z 5 lipca 2012 r. (załącznik 8) zwrócił się do wykonawcy Dorbud o złożenie wyjaśnienia, czy w ramach załączonych do oferty referencji dotyczących okablowania strukturalnego (referencje na „Rozbudowy i modernizacji Urzędu Celnego i Oddział Celnego w Pruszkowie przy ul. Przejazdowej 25”) Wykonawca „wykonał instalację w klasie E_A oraz F_A”.

Wykonawca Dorbud w odpowiedzi z 10 lipca 2012 r. (załącznik 9) na ww. pismo zamawiającego wyjaśnia, że w ramach załączonych referencji wykonał „instalację sieci LAN komputerowe – 627 torów (kanałów transmisyjnych), komponenty ADC KRONE TrueNet kat. 6 STP, okablowanie wykonane kablem LSOH, kabel kat. &, 1200 MHz”.

Odpowiedź ta jednoznacznie potwierdza, że wykonawca Dorbud nie spełnił warunku, a tym samym potwierdził, że w wykazie robót i załączone do oferty referencje poświadczają nieprawdę. Wykonawca nie może się tłumaczyć, że pod postanowieniem zawartym w referencjach „instalacje sieci LAN komputerowe – 627 torów (kanałów transmisyjnych) w klasie E_A (kat. 6) oraz F_A (kat. 7)” miał na myśli, że „(kat. 6) – kategoria zamontowanych komponentów, (kat. 7) – kategoria zamontowanych kabli”. W przedstawionych referencjach

jest mowa jedynie o klasie sieci a nie ma mowy o zastosowanych materiałach użytych do wykonania zadania.

Ponadto odwołujący powiadomił Prokuraturę o podejrzeniu popełnienia przez wykonawcę Dorbud przestępstwa ściganego z urzędu to jest art. 297 Kk (załącznik nr 14). Dysponując takim szeregiem dowodów łącznie z przyznaniem się wykonawcy Dorbud do przedstawienia informacji nieprawdziwych zamawiający nie wyklucza tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp czym w sposób rażący naruszył przywołany przepis ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W opisanej sytuacji orzecznictwo nie pozostawia złudzeń jak należy postąpić. W wydanym wyroku sygn. akt. KIO/UZP 888/12 z 15 maja 2012 r. Izba wskazała, że art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwa informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W celu możliwości zastosowania przytoczonego przepisu konieczne jest stwierdzenie kumulatywnego wystąpienia obu przesłanek, tj. wykonawca musi złożyć nieprawdziwe informacje złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Takie samo stanowisko zostało wyrażone w wyrokach: KIO/UZP 1902/11 z 14 września 2011 r.; KIO/UZP 1856/11 z 5 września 2011 r. Natomiast w wyroku KIO/UZP 2488/11 z 02.12.2011 Izba wskazała, że wypełnienie przez wykonawcę hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp pociąga za sobą konieczność bezwzględnego zastosowania jego dyspozycji i eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto ostateczną konsekwencją powyższego może być odpowiedzialność karna osób dopuszczających się poświadczenia lub oświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia publicznego na podstawie art. 297 § 1 Kk. Podobnie wskazano w wyroku KIO/UZP 1078/11 z 6 czerwca 2011 r.

Powyższe orzecznictwo w sposób jednoznaczny wskazuje jaka powinna być decyzja zamawiającego. Zamawiający jednak postanawia pismem z 16 lipca 2012 r. (załącznik nr 10) wezwać w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawcę Dorbud do uzupełnienia wymaganego w specyfikacji warunku doświadczenia i wiedzy nie zważając, że te załączone do oferty referencje zostały złożone w celu wyłudzenia zamówienia publicznego. Wykonawca Dorbud pismem z 19 lipca 2012 r. (złącznik 11) uzupełnił wymagane doświadczenie wskazując na roboty wykonane na „Budowie siedziby Drugiego Urzędu Skarbowego w Kielcach i Świętokrzyskiego Urzędu Skarbowego w Kielcach” w celu potwierdzenie spełnienia warunku kwestionowanej klasy okablowania strukturalnego i wymaganego certyfikatu potwierdzającego 25-letnią gwarancję producenta. Biorąc pod uwagę, że z załączonych referencji nie wynikało w jakiej klasie został wykonany system okablowania strukturalnego, dlatego odwołujący i zamawiający zwrócili się do Drugiego Urzędu Skarbowego w Kielcach o

wyjaśnienie spornej kwestii. Z przesłanej od Naczelnika Drugiego Urzędu Skarbowego odpowiedzi (załącznik nr 12) wynika, że zamontowany w budynku system okablowania strukturalnego jest klasy 6a, co oznacza, że wykonawca Dorbud po raz drugi w swoich dokumentach poświadczają nieprawdę oraz nadal nie potwierdził spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku w cz. V ust. 1 pkt 1 lit. b specyfikacji.

Wykonawca Dorbud pismem z 23 lipca 2012 r. (załącznik nr 13) skierowanym do Starostwa Powiatowego wyjaśnia, że wykonana instalacja okablowania strukturalnego w systemie AMP ACO PLUS przez zastosowanie kabla PiMF 1200 MHz oraz gniazda 2 GHz posiada wymienne wkładki (interfejsy) co zapewnia funkcjonalność systemu.

Wykonawca Dorbud w tym przypadku nie może powoływać się na możliwość zastosowania wkładek wymiennych spełniających parametry 7a, gdyż takie wkładki na obiekcie Drugiego Urzędu Skarbowego w Kielcach nie zostały zamontowane.

Obecnie ww. obiekt wyposażony jest we wkładki oraz pozostałe komponenty umożliwiające uzyskanie klasy systemu 6a (zgodnie z informacją Drugiego Urzędu Skarbowego pismem z dnia 23 lipca 2012 r. – załącznik nr 12).

Ponadto załączony do uzupełnionych 19 lipca 2012 r. referencji (załącznik nr 11) certyfikat potwierdzający 25-letnią gwarancję producenta jest jedynie certyfikatem monterskim, potwierdzającym, że dany wykonawca – w tym przypadku MAXTEL Sp. z o.o. w Kielcach zamontował instalację. Z załączonego certyfikatu nie wynika także na jaki obiekt oraz na jaki system została udzielona 25-letnia gwarancja producenta.

Reasumując, przedstawione przez Wykonawcę Dorbud referencje dotyczące „Rozbudowy modernizacji Urzędu Celnego i Oddziału Celnego w Pruszkowie przy ul. Przejazdowej 25”, a także uzupełniona robota budowlana dotycząca „Budowy siedziby Drugiego Urzędu Skarbowego w Kielcach i Świętokrzyskiego Urzędu Skarbowego w Kielcach” nie spełniają postawionego przez zamawiającego w cz. V ust. 1 pkt 1 lit. b warunku dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie. „... co najmniej jednej instalacji systemu sieci strukturalnej na minimum 500 torów (kanałów transmisyjnych) wykonanej w klasie E_A oraz F_A objętej co najmniej 25-letnią gwarancją producenta.

Zarówno na obiekcie „Rozbudowa i modernizacji Urzędu Celnego i Oddziału Celnego w Pruszkowie przy ul. Przejazdowej 25” oraz na obiekcie „Budowa siedziby Drugiego Urzędu Skarbowego w Kielcach i Świętokrzyskiego Urzędu Skarbowego w Kielcach” stan faktyczny na 11 czerwca 2012 r. (termin składania ofert) jest następujący:

- wykonano system okablowania strukturalnego w klasie 6 (E) – Urząd Celny w Pruszkowie,
- wykonano system okablowania strukturalnego w klasie 6a (E_A) – Drugi Urząd Skarbowy w Kielcach.

Nie można powoływać się na rzeczy, które będą być może wykonane w przyszłości – np. wymienione wkładki o parametrach lepszych niż 6a lub gorszych np. 5.

Prac niewykonanych nie można traktować jako wykonanych. Dlatego też żaden z obiektów nie spełnia postawionego przez zamawiającego wymogu dotyczącego wykonania systemu okablowania strukturalnego w klasie 7a (F_A).

W tak opisanych okolicznościach – pomimo, że doszło do uzupełnienia dokumentów z rażącym naruszeniem art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – zamawiający mając świadomość, że nowo uzupełnione dokumenty nie potwierdzają spełnienia postawionego warunku nie podejmuje decyzji o bezwzględnym wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania tym razem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp uznając jednocześnie ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, tylko z naruszeniem art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp dokonuje wyboru oferty wykonawcy Dorbud jako najkorzystniejszej.

Zaistniała sytuacja jest niedopuszczalna w świetle obowiązującego stanu prawnego i faktycznego.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie podniesionych w odwołaniu zarzutów w całości.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 31.07.2012 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 02.08.2012 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca Dorbud złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 03.08.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 1) (dowód nr 1) kartę nr 4 z 23 specyfikacji technicznej, z których zamawiający wywodzi, że zamawiający wymagał wykonania przedmiot zamówienia w klasie E_A;**

oraz dowodów złożonych przez przystępującego:

- 2) (dowód nr 2) opinię STB z 9 sierpnia na wskazanie, że system nie może jednocześnie spełniać 2 kategorii 6_A i 7_A, a więc stąd wynika wymóg**

zamawiającego, aby wykazać się elementami kategorii klasy 6_A i 7_A, mimo że system będzie oceniany łącznie jako 6_A;

- 3) (dowód nr 3) pisma Izby Celnej w Warszawie i sprostowania do referencji potwierdzające, że przystępujący nie złożył fałszywych czy nieprawdziwych informacji, a informacje zawarte w referencjach Izby są niedokładne, gdyż wytworzone zostały przez niespecjalistę (dyrektora Izby Celnej w Warszawie);
- 4) (dowód nr 4) oświadczenie podmiotu ADC KRONE na okoliczność wskazującą, że producenci udzielają autoryzacji do instalowania i udzielania gwarancji w imieniu producenta przez instalatorów – pismo z 30 sierpnia 2006 roku

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty zaniechania wykluczenia przystępującego z prowadzonego postępowaniu mimo niespełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu i bezprawnego uznania oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo przedstawienia przez tego wykonawcę informacji nieprawdziwych, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w specyfikacji. W cz. V ust. 1 pkt 1 lit. b specyfikacji w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał złożenia z ofertą wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie m.in. „... co najmniej jednej instalacji systemu sieci strukturalnej na minimum 500 torów (kanałów transmisyjnych) wykonanej w klasie E_A oraz F_A objętej co najmniej 25-letnią gwarancją producenta”.

Zamawiający między symbolami „E_A” i „F_A” użył spójnika „oraz”, który w tym zdaniu zastępuje spójnik „i” wskazujący na zastosowanie wyrazu „oraz” jako funktora koniunkcji – za Zygmuntem Ziemińskim „Logika praktyczna” Warszawa 1984 s. 74 i 75. Dlatego wyrażenie to można i należy czytać, jako warunek wykazania przez wykonawców wykonania wymaganej instalacji w klasie E_A oraz przynajmniej minimalnego fragmentu instalacji w klasie F_A. Również odwrotne rozumienie tego warunku jest tak samo zasadne czyli: wykazania przez wykonawców wykonania wymaganej instalacji w klasie F_A oraz przynajmniej minimalnego fragmentu instalacji w klasie E_A. W pierwszym rzędzie należy stosować wykładnię językową pojęć zawartych w specyfikacji, jednak również inne wykładnie muszą prowadzić odbiorcę do takiego samego zrozumienia tekstu, co tylko może utwierdzić odbiorcę w przekonaniu właściwego zrozumienia tekstu.

Otóż celem zamawiającego jest udzielenie zamówienia m.in. na sieci strukturalną wykonaną w klasie E_A z możliwością uzyskania w przyszłości wyższej klasy F_A. Zostało to wskazane podczas niekwestionowanych wyjaśnień zamawiającego podczas rozprawy, co zostało poparte okazaniem karty nr 4 z 23 specyfikacji technicznej, gdzie w części 1 ust. 1.1 jest wskazana klasa E_A. Ze względu na przepis art. 22 ust. 4 Pzp zamawiający nie może formułować warunków w sposób odbiegający od przedmiotu zamówienia, gdyż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dlatego zamawiający nie mógł wymagać niczego innego jak tylko wykazania wykonania instalacji w klasie E_A z elementami instalacji w klasie F_A. Sugerowane przez odwołującego rozumienie postawionego warunku, cyt. „jako dotyczącego wykonania systemu okablowania strukturalnego w klasie 7a (F_A)” nie może się ostać.

Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że również odwrotne rozumienie tego warunku jest tak samo zasadne, czyli: wykazania przez wykonawców wykonania wymaganej instalacji w klasie F_A oraz przynajmniej minimalnego fragmentu instalacji w klasie E_A. Jednak w związku z tym, że klasa F_A jest klasą wyższą niż klasa E_A i klasa F_A spełnia wszystkie parametry klasy E_A, to w granicach stosunków między zakresami tych klas zachodzi stosunek analogiczny do stosunku podrzędności zakresu nazw. Zostało to również opisane w przytaczanym dziele Zygmunta Ziemińskiego na s. 35-37. Każdy orzeł jest ptakiem, ale nie każdy ptak jest orłem i tak samo każda instalacja w klasie F_A spełnia wymagania klasy E_A. Jednak w praktyce wykazane wyżej rozumienie tego zdania nie występuje i nie jest brana pod uwagę przez skład orzekający Izby.

Kolejną rozpoznawaną kwestią była konieczność zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp czyli natychmiastowego wykluczenia wykonawcy w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego

postępowania. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający jest obowiązany najpierw wyjaśnić ofertę, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, a następnie jest obowiązany żądać uzupełnienia oferty w zakresie 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący pominął fakt, że celem postępowania w sprawie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty, a nie wykluczenie wykonawców i odrzucenie ofert. Zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu nie starał się za wszelką cenę wykluczyć wykonawców, ale wyjaśnić niezrozumiałe kwestie i uzupełnić oferty w granicach dozwolonych przez przepisy i następnie dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający zażądał wyjaśnień oraz uzupełnienia ofert, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Takie postępowanie zamawiającego jest również zgodne z wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12). Zamawiający naruszyłby art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinno nastąpić bez względu na przyczyny oraz, że złożenie nieprawdziwych informacji zawsze ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Także zamawiający naruszyłby art. 26 ust. 3 Pzp gdyby uznał, że bez względu na przyczynę podania przez wykonawców nieprawdziwych informacji, zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Również nie mógł być zaakceptowany przez skład orzekający Izby argument odwołującego, że załączony do referencji certyfikat potwierdzający 25-letnią gwarancję producenta jest jedynie certyfikatem monterskim potwierdzającym jedynie, że dany podmiot zamontował instalację.

Z powszechnej wiedzy wiadomo, że producenci urządzeń czy materiałów nie jeżdżą po Świecie, aby certyfikować czy inaczej sprawdzać wykonanie z ich surowców wytwory. Tacy wysoce specjalistyczni producenci udzielają licencji czy innych zgód na stosowanie w ich imieniu gwarancji tzw. „producenckich”, tak jakby sami producenci udzielali takich gwarancji.

Dlatego złożona gwarancja przez przystępującego spełnia warunek postawiony w specyfikacji przez zamawiającego.

Także zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 1 i 3 Pzp) nie mógł zostać uwzględniony przez skład orzekający Izby, gdyż odwołujący nie wykazał różnego traktowania wykonawców, naruszenia zasady uczciwej konkurencji czy dokonania wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania, chociaż dowody nr 2 i 4 nie poszerzyły ogólnej wiedzy Izby, a tylko wskazały na normalne postępowanie podmiotów gospodarczych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....