

WYROK

z dnia 28 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2013 r.

przez wykonawcę: **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Rozbudowa Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrze (moduł C) – utworzenie ogólnopolskiego centrum kliniczno-naukowego transplantacji płuc i serca oraz leczenia mukowiscydozy u dorosłych i dzieci* (nr postępowania 161/EZP/12)

prowadzonym przez zamawiającego: **Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze z siedzibą w Zabrzu**

przy udziale wykonawców:

- A. Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w prowadzonym postępowaniu, z uwzględnieniem wezwania IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania kierownikiem budowy, o którym mowa w pierwszym wypunktowaniu lit. c pkt 1 rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

2. Kosztami postępowania obciąża **przystępującego: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **przystępującego: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu, samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej z siedzibą w Zabrzu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Rozbudowa Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu (moduł C) – utworzenie ogólnopolskiego centrum kliniczno-naukowego transplantacji płuc i serca oraz leczenia mukowiscydozy u dorosłych i dzieci* (nr postępowania 161 /EZP/12).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 października 2012 r. nr 2012/S_198-325178, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.sccs.pl), na której zamieścił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej w skrócie: „SIWZ” lub „s.i.w.z.”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 71.859.931,12 zł, co stanowi równowartość 17.877.383,60 euro.

28 lutego 2013 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanemu również w skrócie „IDS-BUD”).

11 marca 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp i art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp – przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy IDS-BUD, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia z postępowania Wykonawcy IDS-BUD; ewentualnie – tylko w przypadku gdyby zarzut podania nieprawdziwych informacji nie został uwzględniony – o nakazanie

Zamawiającemu wezwania IDS-BUD do uzupełnienia dokumentów.

4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Odwołujący podał, że zgodnie z SIWZ oraz ogłoszeniem (zmienionym 30 listopada 2012 r.) Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali kierownikiem budowy spełniającym następujące wymagania: *Wymogi – co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym pełnienie w okresie ostatnich 10 lat funkcji kierownika budowy przez okres minimum 12 miesięcy włącznie z odbiorem końcowym w co najmniej dwóch procesach inwestycyjnych obejmujących budowę budynków o powierzchni użytkowej min. 5 000 m², w tym, co najmniej jeden stanowiący budowę szpitala obejmującego min. budowę bloku operacyjnego i oddziału intensywnej terapii.* Natomiast Odwołujący IDS-BUD w swojej ofercie wskazał na stanowisko kierownika budowy pana T..... P....., dla którego w wykazie załączonym do oferty wskazano jedynie dwie inwestycje spełniające powyższe kryteria:

– *Rozbudowa Szpitala Powiatowego w Tucholi. Zakres robót to budowa: sterylizatornia, OIOM, blok operacyjny, kardiologia, noworodki, tomografia, przychodnia, dziecięcy. Powierzchnia użytkowa 5 050 m²,*

– *Budowa nowego pawilonu szpitala wojewódzkiego w Płocku. Zakres robót: OIOM, noworodki, dziecięcy, nefrologia, onkologia, produkcja leków, neurologia, administracja, część konferencyjno-usługowa, Powierzchnia użytkowa 12 000 m².*

Jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego od inwestora, tj. Szpitala Tucholskiego sp. z o.o. z siedzibą w Tucholi (pismo z dnia 7 marca 2013 r., załączone do odwołania), w ramach pierwszej z wyżej wymienionych inwestycji wykonano rozbudowę oraz *remont/przebudowę* budynku szpitala w Tucholi. Przy czym powierzchnia rozbudowy wynosiła jedynie 3.919,03 m², a nie – jak podano w wykazie – 5.050 m². W ocenie Odwołującego tym samym IDS-BUD, wbrew oświadczeniu zawartemu w wykazie, nie spełnia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, *a w konsekwencji stwierdzić należy, że Wykonawca podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.*

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że powierzchnia *przebudowy/remontu* nie może być wliczana do wymaganej przez Zamawiającego powierzchni budowy, gdyż pojęcia „przebudowy” i „remontu” zostały zdefiniowane w Prawie budowlanym i stanowią roboty budowlane inne niż „budowa”. Niemniej jednak, nawet gdyby powierzchnia ta została doliczona, to i tak nie osiągnie wymaganych przez Zamawiającego 5.000 m², a jedynie 4.899,79 m².

Odwołujący podniósł, że ponieważ Zamawiający wymagał od osoby wskazanej

na stanowisko kierownika budowy udziału w co najmniej dwóch procesach inwestycyjnych obejmujących budowę budynków o powierzchni użytkowej min. 5 000 m², to druga wskazana inwestycja jest niewystarczająca na potwierdzenie spełniania tego warunku. Odwołujący dodał, że pozostałe wykazane w wykazie inwestycje również nie spełniają postawionych przez Zamawiającego wymagań.

Powyższy stan faktyczny przywiódł Odwołującego do następującej oceny prawnej, wychodzącej od konstatacji, że wykonawca, który złożył w ofercie nieprawdziwe informacje podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Odwołujący wywiódł, że aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w tym przepisie muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze – musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji; po drugie – informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 pzp; po trzecie – złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania. Zdaniem Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego zaistniały wszystkie te przesłanki, co skutkuje koniecznością wykluczenia z postępowania IDS-BUD.

W dalszej części odwołania przywołano lub zacytowano wybrane przez Odwołującego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (wszystkie poniższe opisy wywodów lub cytaty pochodzą z odwołania).

Nieprawdziwe informacje, to jakiegokolwiek informacje o faktach, które są niezgodne z rzeczywistością – tak w wyroku z 11 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2032/12, KIO 2042/12): *Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością (innymi słowy – obiektywnie nieprawdziwe). Przy czym w treści powoływanego przepisu, ani klauzulach generalnych ustawy, nie ma żadnych odesłań, które uzależniałyby zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp od stopnia świadomości wykonawcy, co do prawdziwości informacji, którymi się w postępowaniu o udzielenie zamówienia posługuje, lub które warunkowałyby wykluczenie wykonawcy od stopnia jego zawinienia przy braku ustalenia ich nieprawdziwości.*

Informacje zostały podane w oświadczeniu wykonawcy złożonym w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność (tak – w wyroku z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akr KIO 1578/10).

Odwołujący dodał od siebie, że informacje miały wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający, działając w zaufaniu do oświadczenia złożonego przez wykonawcę IDS-BUD w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonał wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. Gdyby zaś w ofercie nie znalazła się nieprawdziwa informacja dotycząca powierzchni rozbudowy, to oferta wykonawcy IDS-BUD nie mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W konsekwencji według Odwołującego stwierdzić należy, że IDS-BUD podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem Odwołującego potwierdza to orzecznictwo Izby, w tym wyrok z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 801/11): *Izba na podstawie oceny powołanych dowodów oraz po wysłuchaniu stanowisk stron i pełnomocników uznała, że odwołujący w wykazie wykonanych robót budowlanych złożył nieprawdziwe informacje – budynek przy ul Myczkowskiego w Brzegu nie został ukończony. Odwołujący wykonał część prac, które zostały odebrane przez zamawiającego. Jednak wbrew wymaganiu specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz będącemu odpowiedzią na nie oświadczeniu odwołującego zawartemu w wykazie robót budowlanych, budynek nie został zrealizowany – ukończony. Spełniona została zatem pierwsza z przesłanek zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzy. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje złożone przez odwołującego mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Gdyby bowiem zamawiający uznał oświadczenie odwołującego za prawdziwe, odwołujący spełniłby warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta podlegałaby badaniu i ocenie. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert, zatem oferta złożona przez odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Izba uznała, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mogące lub mające wpływ na wynik postępowania. Zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania uniemożliwia zastosowanie przez zamawiającego trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp. Zatem wskazanie przez odwołującego na etapie udzielania wyjaśnień innych robót budowlanych, które hipotetycznie mogłyby spełnić wymagania zamawiającego, nie może odnieść zamierzonego skutku. Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi samoistną przesłankę wykluczenia. Tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów stosowany być może jedynie w celu umożliwienia wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu usunięcia uchybień uniemożliwiających wykazanie, że stan ten istniał w dniu składania ofert lub wniosków. W żadnym razie art. 26 ust. 3 Pzp nie stosuje się dla zastąpienia informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania oświadczeniami lub dokumentami*

prawdziwymi. Sanacja nieprawdziwego oświadczenia mającego wpływ na wynik postępowania jest niedopuszczalna. Prezentowana wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wyłączenia w razie zaistnienia zawartych w nim przesłanek – możliwości stosowania art. 26 ust. 3 Pzp potwierdzona została w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, z przyczyn określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, podlega zaktualizowaniu na każdym etapie postępowania, gdy Zamawiający poweźmie wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji (tak – w wyroku Izby z 13 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 60/08). Zamawiający ma obowiązek weryfikować oświadczenia składane przez wykonawców w toku postępowania, zwłaszcza w sytuacjach, gdy składane przez wykonawcę dokumenty, które mają potwierdzać treść oświadczeń, nie w pełni lub niejednoznacznie tę treść potwierdzają. W przypadku stwierdzenia złożenia oświadczeń zawierających nieprawdziwe informacje Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, winien wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania.

Odwołujący dodał, że w sytuacji, w której Wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje, Zamawiający nie może wezwać go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej sam fakt złożenia informacji nieprawdziwych mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania uniemożliwia konwalidację działań wykonawcy przez uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust 3 pzp. Odwołujący przywołał i zacytował w związku z tym kolejne dwa orzeczenia Izby.

Wyrok z 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1578/10): *Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane, którym bez wątpliwości jest wykaz usług, złożony przez Przystępującego. Z tych względów wykazanie innej usługi w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie może być skuteczne. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09.*

Wyrok z 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1223/09): *Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Cytowana norma prawna ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem*

obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie wykonawcy w sytuacji, gdy zarzut podania nieprawdziwych informacji znajduje potwierdzenie. Przy czym za nieprawdziwą informację należy przyjąć taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutków wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonych cytowanym przepisem. (...) Należy mieć na względzie, że z uwagi na profesjonalny charakter działalności, wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355K.C. dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Natomiast z mocy art. 329 Kc. i 430 K.c. w związku z art. 14 Pzp, odpowiada również za działania swoich pracowników, czy osób trzecich, którym powierza przygotowanie oferty. (...) Podanie nieprawdziwej informacji, nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uzupelnieniu w myśl art. 26 ust. 3 Pzp podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane, którym bez wątpliwości jest wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. (...) Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r. KIO/UZP 1098/08, gdzie Izba stwierdziła, iż złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować.

21 marca 2013 r. wpłynęła faksem do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uznaje w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a ponadto w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko:

Wykonawca IDS-BUD w ofercie złożył oświadczenie, że wskazany do pełnienia funkcji kierownika budowy dla zadania nr 1 p. T..... P..... pełnił tę funkcję w procesie inwestycyjnym *Rozbudowa Szpitala Powiatowego w Tucholi* obejmującym powierzchnię użytkową 5.050 m². Odwołujący załączył do odwołania kopię pisma z 18 marca 2013 r. podpisanego przez Prezesa Zarządu Szpitala Tucholskiego sp. z o.o., w którym stwierdzono, że łączna powierzchnia inwestycji *Rozbudowa, modernizacja oraz wyposażenie Szpitala Tucholskiego w Tucholi* wynosiła 4.899,79 m², z czego powierzchnia rozbudowy wynosiła 3.919,03 m². Zamawiający w rozmowie telefonicznej przeprowadzonej 18 marca

2013 r. z Prezesem Zarządu Szpitala Tucholskiego sp. z o.o. potwierdził, że opisana wyżej inwestycja, wskazana przez wykonawcę IDS-BUD na potwierdzenie doświadczenia p. T..... P....., jest tożsama z inwestycją wskazaną w wyżej wymienionym piśmie załączonym do odwołania. Ponadto Prezes Zarządu Szpitala Tucholskiego sp. z o.o. potwierdził, że inwestycja obejmowała powierzchnię 4.899,79 m² z czego powierzchnia rozbudowy wynosiła 3.919,03 m². Dodatkowo Zamawiający otrzymał pismo potwierdzające powierzchnię inwestycji (kopię tego pisma z 28 marca 2011 r. również załączono do odpowiedzi na odwołanie).

Zdaniem Zamawiającego oświadczenie wykonawcy dotyczące powierzchni inwestycji wykazywanej jako spełnienie postawionego przez zamawiającego warunku w zakresie minimalnej wielkości powierzchni co do zasady może mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający stwierdził, że nieprawdziwe oświadczenie IDS-BUD miało faktyczny wpływ na wynik postępowania, albowiem bez przedmiotowej inwestycji Wykonawca nie wykazał warunku dotyczącego doświadczenia wymaganego dla kierownika budowy – tylko jedna z pozostałych inwestycji spełnia warunki postawione przez Zamawiającego. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że jest zobligowany do wykluczenia Wykonawcy IDS-BUD na podstawie przepisów art. 24 ust.2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

Na skutek przekazania 12 marca 2013 r. przez Zamawiającego drogą elektroniczną, faksem oraz pocztą wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania – swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili:

- 14 marca 2013 r. – Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie – po stronie Odwołującego;
- 15 marca 2013 r. – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie – po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania tych zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania ich kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

22 marca 2013 r. Przystępujący IDS-BUD wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący IDS-BUD podtrzymali

swoje dotychczasowe stanowiska (Przystępujący Mostostal Warszawa nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, sprzeciwie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z następną w kolejności po Przystępującym ceną, przy czym cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie objęta odwołaniem czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania, naraża Odwołującego na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na to, że to z nim zostanie zawarta odpłatna umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. Izba przeprowadziła w szczególności dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami i zmianami, oferty Odwołującego, wezwań do wyjaśnień skierowanych przez Zamawiającego, wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego i innych wzywanych wykonawców oraz protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentów składanych w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego (pismo załączone do odwołania), Zamawiającego (pisma załączone do odpowiedzi na odwołanie) i Przystępującego IDS-BUD (pisma złożone na rozprawie) – dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnieniu z uwagi na niepotwierdzenie przez Przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania

kierownikiem budowy, o którym mowa w pierwszym wypunktowaniu lit. c pkt 1 rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niesporne było, że Zamawiający wymagał dysponowania kierownikiem budowy o następująco opisanym doświadczeniu zawodowym: *co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym pełnienie w okresie ostatnich 10 lat funkcji kierownika budowy przez okres minimum 12 miesięcy włącznie z odbiorem końcowym w co najmniej dwóch procesach inwestycyjnych obejmujących budowę budynków o powierzchni użytkowej min. 5 000 m², w tym, co najmniej jeden stanowiący budowę szpitala obejmującego min. budowę bloku operacyjnego i oddziału intensywnej terapii.* Przedmiotem sporu w rozstrzyganej sprawie była interpretacja tej części warunku, w której sformułowano wymaganie doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy – w co najmniej dwóch procesach inwestycyjnych obejmujących budowę budynków o powierzchni użytkowej min. 5 000 m². Warunek o takiej treści wynikał z pierwszego wypunktowania lit. c pkt 1 (a także z pierwszego wypunktowania lit. c pkt 2) rozdziału V s.i.w.z. po zmianie dokonanej 30 listopada 2012 r.

Przystępujący IDS-BUD w swojej ofercie wskazał na stanowisko kierownika budowy p. T..... P....., dla którego w załączonym wykazie (na stronie 45 dokumentów oferty) wyszczególniono w następujący sposób trzy procesy inwestycyjne spełniające ten element warunku:

(1)

09.2009 – 03.2012 (wraz z odbiorem końcowym)

Kierownik Budowy

Rozbudowa Szpitala Powiatowego w Tucholi. Zakres robót to budowa: sterylizatornia, OIOM, blok operacyjny, kardiologia, noworodki, tomografia, przychodnia, dziecięcy.

Powierzchnia użytkowa 5 050 m².

(2)

06.2009 – 12.2011 (wraz z odbiorem końcowym)

Kierownik Budowy

Budowa nowego skrzydła szpitala powiatowego w Chełmży. Zakres robót: dziecięcy, porodówka z salami porodowymi i salą cięć, tomografia, administracja.

Powierzchnia użytkowa 2400m²

(3)

11.2007 – 12.2009 (wraz z odbiorem końcowym)

Kierownik Budowy

Budowa nowego pawilonu szpitala wojewódzkiego w Płocku. Zakres robót: OIOM,

noworodki, dziecięcy, nefrologia, onkologia, produkcja leków, neurologia, administracja, część konferencyjno-usługowa, Powierzchnia użytkowa 12 000 m².

Tak, jak to wskazano w odwołaniu, tylko w przypadku 1. i 3. pozycji wykazu podana wielkość powierzchni użytkowej wynosi co najmniej 5000 m². Ponadto – na co zwrócił uwagę na rozprawie Odwołujący – wyłącznie w przypadku inwestycji w Tucholi wyszczególniono jednocześnie blok operacyjny i oddział intensywnej terapii, czyli dodatkowy szczególny element warunku wymagany w stosunku do jednego procesu inwestycyjnego. W przypadku dalszych 7 wymienionych w wykazie inwestycji (na stronie 46 dokumentów oferty; *najmłodsza* realizowana w okresie 05.2007-11.2007, *najstarsza* w okresie 11.2005-05.2005.), w ogóle nie wyszczególniono powierzchni użytkowej, a zatem mogą one jedynie dotyczyć wykazania posiadania ogólnego 5-letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, co nie było przedmiotem sporu.

W ocenie Izby literalna interpretacja całego opisu warunku prowadzi do wniosku, że zawarte w nim sformułowanie: *w co najmniej dwóch procesach inwestycyjnych obejmujących budowę budynków o powierzchni użytkowej min. 5 000 m²* – odnosi się do dwóch niezależnych od siebie i niezwiązanych ze sobą procesów inwestycyjnych, których przedmiot obejmował w szczególności budowę budynków o powierzchni użytkowej równej lub większej niż podana. Wbrew twierdzeniom Przystępującego dla takiego odczytania warunku nie jest konieczne użycie słowa „każdy” (np. *w co najmniej dwóch procesach inwestycyjnych, z których każdy obejmował...*). Imiesłów przymiotnikowy „obejmujący” występuje w liczbie mnogiej wyłącznie z uwagi na konieczność gramatycznego uzgodnienia z liczbą mnogą rzeczownika „proces”. Natomiast nie oznacza możliwości brania pod uwagę łącznej powierzchni budynków wybudowanych w ramach dwóch lub większej liczby procesów inwestycyjnych. W treści warunku nie występuje przeciw słowo „łącznie”, które zupełnie zmieniałoby jego znaczenie przez dopuszczenie swoistego sumowania powierzchni budynków z różnych procesów inwestycyjnych (np. *w co najmniej dwóch procesach inwestycyjnych obejmujących łącznie budowę budynków o powierzchni użytkowej min. 5 000 m²*). Przede wszystkim nie ma żadnych wątpliwości, że żądanie doświadczenia w kierowaniu budową w toku dwóch procesów inwestycyjnych jest wyrazem wymagania co najmniej dwukrotnego pełnienia funkcji przy budowie o podanych dalej parametrach inwestycji. Odmienna interpretacja prowadziłaby do absurdalnych rezultatów – na przykład do uznania za właściwe, a nawet *lepsze* doświadczenia w kierowaniu budową w jak największej liczbie niezależnych od siebie procesów inwestycyjnych (skoro użyto zwrotu *co najmniej*), byle tylko w ich toku wybudowano łącznie budynki o powierzchni 5000 m². Tymczasem z treści warunku wynika, że oczywiście jak najbardziej pożądane jest doświadczenie zdobyte w toku jak największej liczby procesów inwestycyjnych, jednakże pojedynczy proces ma się

cechować dalej podanymi parametrami, w szczególności podaną minimalną powierzchnią użytkową wybudowanych budynków. Dopiero w przypadku najbardziej szczególnej cechy opisanej w końcowej części warunku zostało wyraźnie zaznaczone, że wybudowanie szpitala obejmującego min. budowę bloku operacyjnego i oddziału intensywnej terapii – może dotyczyć tylko jednego z dwóch lub większej liczby procesów inwestycyjnych.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, że również Przystępujący miał świadomość konieczności wykazania wymaganej powierzchni jako cechy pojedynczej inwestycji. 22 stycznia 2013 r. Zamawiający skorzystał z trybu art. 26 ust. 4 pzp, dążąc do ustalenia m.in. doświadczenia osoby wskazanej przez IDS-BUD na stanowisko kierownika budowy. 24 stycznia 2013 r. Przystępujący czuł się zobowiązany wyjaśnić, że *osoba ta, oprócz wskazanych w piśmie Zamawiającego inwestycji, pełnił również funkcję kierownika budowy na innych wskazanych w wykazie inwestycjach spełniających wymogi SIWZ wraz ze zmianami, tj. „Budowa budynku <<Wilanowska 105>> w Warszawie oraz „Budowa budynku hotelu Akademia we Wrocławiu” (każdy z budynków o powierzchni użytkowej powyżej 5000m²)*. Przystępujący nie miał zatem żadnych wątpliwości, że odrębny proces inwestycyjny ma obejmować budowę budynków o wymaganej powierzchni użytkowej. Dlatego nieprzekonująca dla Izby była zaprezentowana na rozprawie przez Przystępującego interpretacja warunku w ten sposób, że wymagana powierzchnia może być osiągnięta przez zsumowanie powierzchni z dwóch lub większej liczby procesów inwestycyjnych, czy też, że wystarczające jest osiągnięcie wymaganej powierzchni w ramach jednego z nich. W ocenie Izby taka argumentacja, stanowiąca twórcze, choć swobodne rozwinięcie wyrwanych z kontekstu fragmentów wyjaśnień udzielanych w toku badania ofert przez innych wykonawców, została przygotowana wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Konkretnie dla wykazania, że nawet jeżeli podana w wykazie powierzchnia nie jest informacją prawdziwą, to nie ma to wpływu na spełnienie przez IDS-BUD warunku udziału w postępowaniu, co eliminowałoby możliwość zastosowania w stosunku do Przystępującego zarówno przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp.

Ponadto z udzielonych 24 stycznia 2013 r. przez Przystępującego wyjaśnień wynika, że przed postępowaniem odwoławczym nie budziła również jego wątpliwości konieczność wykazania dla osoby wskazanej na dane stanowisko doświadczenia w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej przy budowie w rozumieniu Prawa budowlanego. Zamawiający w piśmie z 22 stycznia 2012 r. dwukrotnie (na potrzeby wyjaśnień wątpliwości związanych z dwoma różnymi stanowiskami) opisał następującą wątpliwość: *...w odniesieniu do procesu inwestycyjnego „Platinum Hospitals” Wykonawca w jednym miejscu wskazuje, że obejmował on przebudowę (a zgodnie z definicją zawartą w ustawie Prawo Budowlane art. 3 pkt. 6) przebudowa nie jest budową), a w innym miejscu wskazuje, że obejmował*

*budowę. W związku z tym Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czy proces inwestycyjny „Platinum Hospitals” stanowił budowę czy przebudowę budynku. Przystępujący odpowiedział na to wezwanie, co następuje: Wyjaśniamy, iż proces inwestycyjny „Platinum Hospitals” stanowił rozbudowę istniejącego obiektu polegającą m.in. na dobudowie budynku szpitala, co zawiera się w definicji budowy przywołanej przez Zamawiającego. A zatem IDS-BUD nie negował konieczności wykazania dla osób wskazanych w wykazie doświadczenia w pełnieniu danej funkcji przy budowie w rozumieniu Prawa budowlanego. Dopiero na rozprawie Przystępujący zmienił zdanie i zaczął twierdzić, że Zamawiający bezpodstawnie dopiero w toku badania ofert ujawnił wolę rozumienia terminów „budowa” i „przebudowa” w sposób zdefiniowany w Prawie budowlanym. Tymczasem rozdział V s.i.w.z. *Wymagania zamawiającego*, zawiera w pkt 1 wyszczególnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, przy czym bezpośrednio po opisanym na samym początku warunku dotyczącym wiedzy i doświadczenia – w lit. a podano również, że *przez budowę Zamawiający rozumie wykonanie budynku w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę budynku – zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zmianami).* Zupełnie nieprzekonujące dla Izby było stanowisko Przystępującego na rozprawie, że ponieważ uwaga ta została zamieszczona w lit. a, to dotyczy wyłącznie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, a już na potrzeby doświadczenia wymaganego od osób uprawnionych do kierowania budową, które opisano w wypunktowaniu zamieszczonym w lit. c, termin ten należy rozumieć odmiennie. Ponadto Izba ustaliła (wyjaśnienia treści s.i.w.z. zawarte w pkt 7 udostępnionego wykonawcom pisma z 14 listopada 2012 r.), że jeden z wykonawców dążył do zmiany wymagań dotyczących m.in. kierownika budowy w ten sposób, aby wystarczające było pełnienie przez niego tej funkcji *w co najmniej dwóch procesach inwestycyjnych obejmujących roboty budowlane budynków o powierzchni użytkowej min. 5.000 m².* Zamawiający podtrzymał jednak w tym zakresie dotychczasową treść warunku, ponadto wyjaśniając: *oznacza to, że wymagane jest dla tej osoby doświadczenie kierownika budowy przy budowie budynków wyszczególnionych w warunkach, a nie przy jakichkolwiek robotach budowlanych.**

Tym niemniej, również z uwagi na wykrytą przez Zamawiającego niekonsekwencję w posługiwaniu się przez Przystępującego terminami „przebudowa” i „budowa”, nie sposób stwierdzić, czy wypełniając wykaz nie działał on w błędnym przekonaniu, że istotne jest, aby w procesie inwestycyjnym budowa miała charakter dominujący, a zatem do wymaganej powierzchni można też wliczyć przebudowę budynku, który był przede wszystkim rozbudowywany. Należy przy tym zauważyć, że takie błędne założenie było prezentowane również przez innych wykonawców, którzy do wykazu wpisali łączną powierzchnię użytkową

budynków, które były jednocześnie rozbudowywane i przebudowywane, jako stanowiący nierozdzielalną całość proces inwestycyjny. Choć nie można odmówić takiemu rozumowaniu pewnej logiki, to jednak nie jest to zgodne z tym, co zostało wyrażone w treści warunku udziału przez Zamawiającego. Należy również zwrócić uwagę na powściągliwą redakcję wykazu IDS-BUD w zakresie poz. 2., polegającą na wskazaniu w pierwszym zdaniu na rozbudowę, wymienieniu w drugim zdaniu co było objęte budową, a w trzecim zdaniu suchym podaniu, bez bliższego dookreślenia: *powierzchnia użytkowa 5050 m²*. Jak to wynika z opisanych szczegółowo poniżej dokumentów, na etapie projektowania, a także na potrzeby programu powierzchniowego Szpital Tucholski również nie widział potrzeby rozróżniania powierzchni przebudowywanych od powierzchni rozbudowywanych, traktując je jako stanowiącą funkcjonalną całość inwestycję. Takie wyszczególnienie pojawiło się dopiero w pismach uzyskanych w marcu 2013 r. przez Odwołującego i Zamawiającego. Wątpliwości te uchylają możliwość stwierdzenia, że Przystępujący wypełniając przy takim założeniu w ten sposób wykaz dopuścił się podania nieprawdziwej informacji polegającej na świadomym i celowym zawyżeniu powierzchni budowy w ramach inwestycji w Tucholi. Przystępujący przyznał na rozprawie, że tylko około 80% wskazanej przez niego powierzchni budynku objęte było rozbudową, a pozostałe 20% było przebudowywane. Ma to niewątpliwie znaczenie dla rozstrzygnięcia drugiego zarzutu, gdyż skoro powierzchnia rozbudowy przy inwestycji w Tucholi była mniejsza niż 5000 m², to tym samym IDS-BUD załączonym do oferty wykazem nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który sztucznie, czy nie z punktu widzenia inwestycji jako funkcjonalnej całości objętej jednym pozwoleniem na budowę, tym niemniej odnosił się wyłącznie do powierzchni nowo wybudowanej w ramach danego procesu inwestycyjnego.

Natomiast w ogóle nie zostało udowodnione przez Odwołującego, że podana przez IDS-BUD w wykazie powierzchnia 5050 m² jako taka ma charakter informacji nieprawdziwej, gdyż nawet biorąc pod uwagę przebudowę było to łącznie co najwyżej 4.889,79 m². Taką powierzchnię wskazał Szpital Tucholski w załączonym do odwołania piśmie z 7 marca 2013 r., w którym podano również następujące rozbieżności tej powierzchni: *przedmiot umowy obejmował rozbudowę oraz remont/przebudowę budynku szpitala w Tucholi: łączna powierzchnia przebudowy, remontu – 980,76 m²; łączna powierzchnia rozbudowy – 3.919,03 m²*. Jednakże pismo to nie sposób odczytywać bez uwzględnienia uzyskanego następnie przez Zamawiającego pisma z 18 marca 2013 r., w którym inwestor wprost wskazał, że są to powierzchnie użytkowe, *zarówno w zakresie przebudowy jak i rozbudowy*, wyliczone na podstawie projektu budowlanego. Jednocześnie do tego pisma załączono pismo inwestora z 28 marca 2011 r. skierowane do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu, w którym poinformowano, że *po uzyskaniu pozytywnej*

*opinii Wojewódzkiej Stacji Sanitarno-Episemiologicznej, dotyczącej projektu zamiennego” Rozbudowa, modernizacja oraz wyposażenie Szpitala Tucholskiego w Tucholi” dokonano szczegółowej analizy realizowanego zadania oraz zakresu inwestycji określonego we wniosku. Wskaźnik produktu tj. „powierzchnia przebudowywanych/rozbudowywanych obiektów ochrony zdrowia” uległ niewielkim zmianom i wyniesie 4899,79 m². Ostateczna różnica między powierzchnią rzeczywistą, a zakładaną w pierwotnym projekcie budowlanym wyniesie 81,70 m² tj. 1,7% (zmiana z 4818,00 m²...). Z kolei do tego pisma załącznikiem był Program powierzchniowy wg pełnionej funkcji, w którym w kolumnie pn. Powierzchnia w m²– realizacja, uwidoczniono rozbitcie łącznej powierzchni na oddziały łóżkowe, działy zabiegowe, działy diagnostyczne, działy gospodarcze i usługowe, poradnie specjalistyczne i komunikację. Z samych dat sporządzenia tych dwóch ostatnich dokumentów wprost wynika, że wyliczenie takiej powierzchni zostało dokonane na wiele miesięcy przed zakończeniem procesu inwestycyjnego. Nie usuwa to zatem wątpliwości, czy po jego zakończeniu powierzchnia ta nie uległa łącznie zwiększeniu o ponad 1500 m², jak wskazał to szczegółowo (z podaniem konkretnych miejsc, gdzie zwiększyła się powierzchnia) w swoich wyjaśnieniach kierownik tej budowy (pismo z 25 marca 2013 r. wraz z załączonym rozliczeniem powierzchni użytkowej budynku opiewającym łącznie na 5049,92 m²). Inż. T..... P..... na wstępie podpisanego przez siebie oświadczenia wyraźnie zaznaczył, że rozliczenie powierzchni w programie powierzchniowym jest niepełne i nieaktualne, gdyż zostało sporządzone na dzień 28 marca 2011 r. w oparciu o dokumentację projektową i nie uwzględnia całości prac zrealizowanych w toku budowy, która trwała do końca 2011 r. (do pisma załączono również kopię strony z dziennika budowy potwierdzającej przyjęcie 8 stycznia 2012 r. zgłoszenia osiągnięcia gotowości odbiorowej). Do Odwołującego, na którym z mocy art. 190 ust. 1 pzp ciążył ciężar dowodu wykazania podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego, należało udowodnienie (względnie do Zamawiającego, który uznał te zarzuty), że powierzchnia użytkowa po ukończeniu prac i ich odbiorze nie wyniosła (w zaokrągleniu) 5050 m² inwestycji. Izba zważyła, że Odwołujący i Zamawiający poprzestali na udowodnieniu powierzchni wynikającej z dokumentacji projektowej, natomiast przedmiotem warunku udziału dotyczącego kierownika budowy jest doświadczenie zdobyte w toku procesów inwestycyjnych zakończonych odbiorem końcowym, a zatem należy brać pod uwagę powierzchnię użytkową, która faktycznie została wybudowana, a nie była projektowana. Powierzchnia ta najwyraźniej ulegała zmianie również na etapie projektowania, skoro Szpital Tucholski sp. z o.o. wystawił 1 października 2010 r. referencję dla Pracowni INWESTPROJ za wykonanie dokumentacji budowlano-wykonawczej dla rozbudowy szpitala (przebudowy części istniejącej oraz zaprojektowanie nowych obiektów), w której wskazano, że *powierzchnia użytkowa budynku po rozbudowie wynosi: 6600m2**

(powierzchnia nowoprojektowana 5050m²). Przy czym należy zauważyć, że Szpital Tucholski nie zawsze ściśle rozróżnia rozbudowę od przebudowy, jak również przebudowy od remontu. Wreszcie należy zauważyć, że Szpital Tucholski wystawił referencje temu samemu konsorcjum, które wskazuje w późniejszych pismach (Techland sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz Grupa 3J S.A. z siedzibą w Warszawie), za zrealizowanie w okresie od 10 lipca 2009 r. do 10 stycznia 2012 r. kontraktu pn. *Rozbudowa i modernizacja Szpitala Tucholskiego*, przy czym podaje powierzchnię użytkową 6.496,08 m². Nawet jeżeli powierzchnia ta i czasookres realizacji inwestycji nie do końca pokrywają się z danymi wynikającymi z innych dokumentów, to jednak są to wątpliwości, które nie mogą działać na niekorzyść Przystępującego posądzonego o złożenie nieprawdziwych informacji. Należy chociażby zauważyć, że podawane przez niego dane odnosiły się do zakresu prac nadzorowanego przez konkretnego kierownika budowy, który nie musiał być tożsamy (a z pewnością mógł być mniejszy) od zakresu prac wykonanych przez konsorcjum w ramach całej inwestycji.

Ponieważ Odwołujący nie udowodnił złożenia nieprawdziwej informacji przez Przystępującego, bezprzedmiotowe jest rozważanie zaistnienia kolejnych przesłanek koniecznych do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Natomiast odwołanie zostało uwzględnione, gdyż w granicach zarzutów odwołania mieścił się również brak wykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który to zarzut znalazł potwierdzenie. Nie stanowi to jednak przesłanki do wykluczenia z udziału w postępowaniu IDS-BUD, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, jak chciałby tego Odwołujący, gdyż Zamawiający ma obowiązek wezwać IDS-BUD w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia wykazu osób w zakresie kierownika budowy, a dopiero na podstawie rezultatu tej czynności dokonać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy pzp, a także na podstawie § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 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) – obciążając Przystępującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis.

Przewodniczący: