

**WYROK**  
z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2014 r. przez **wykonawcę – Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., ul. Batorego 55a, 37-700 Przemyśl**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Gmina Orły, ul. Przemyska 3, 37-716 Orły**,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Gminę Orły, ul. Przemyska 3, 37-716 Orły** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę - Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., ul. Batorego 55a, 37-700 Przemyśl** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **zamawiającego - Gminy Orły, ul. Przemyska 3, 37-716 Orły** na rzecz **wykonawcy - Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego "Hołyszko" Sp. z o.o., ul. Batorego 55a, 37-700 Przemyśl** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Przemysłu**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Orły, 37-716 Orły, ul. Przemyska 3, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej na terenie Gminy Orły*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 14 maja 2014 roku przekazał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 19 maja 2014 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "HOŁYSZKO" sp. z o.o., 37-700 Przemyśl, ul. Batorego 55 A (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: naruszenie art. 89 ust 1 pkt 5 w związku art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu, z przyczyn podanych w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy mimo, iż żadna z przesłanek uprawniających zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania nie została spełniona, naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r., poz. 213), poprzez zwrócenie się bezpośrednio do podmiotów, na rzecz których odwołujący wykonywał roboty budowlane (tylko do tych), o dodatkowe informacje mimo, iż odwołujący przedłożył referencje (poświadczenie) z których jednoznacznie wynikało, że wymagane roboty zostały wykonane, naruszenie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że odwołujący był zobowiązany do przedłużenia wadium.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz z akt sprawy prowadzonej przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą KIO 478/14.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego tej ustawy. Interes odwołującego polega na tym, że oferuje on wykonanie zamówienia w tym postępowaniu, a w przypadku uwzględnienia odwołania uzyska je, gdyż oferta odwołującego zawiera niższą cenę, niż oferta wykonawcy wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający podał dwie przyczyny wykluczenia odwołującego.

Pierwsza z tych przyczyn to nie wniesienie wadium do upływu terminu składania ofert. *Odrzucenie oferty odwołującego z podanej przyczyny nie miało podstaw prawnych. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego przedstawił okoliczności faktyczne z których wynika, że odwołujący posiada nieprzerwanie od dnia 24.02.2014r. do 27.05.2014r. zabezpieczenie zapłaty wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Jednak z tych okoliczności (których odwołujący nie kwestionuje), zamawiający wyprowadził wniosek, że odwołujący nie miał zabezpieczenia wadium w całym okresie związania ofertą. Trudno się odnosić do tego zarzutu, bowiem zamawiający nie wyjaśnia w jaki sposób doszedł do takiego wniosku. Na marginesie należy zwrócić uwagę, iż w świetle przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, odwołujący nie był w ogóle zobowiązany do przedłużenia ważności wadium. Zatem wezwanie do przedłużenia ważności wadium zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 08.04.2014r. było nieuprawnione.*

Zdaniem odwołującego (druga przyczyna) zamawiający dopuścił się również naruszenia przepisu z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z tym przepisem: *w razie konieczności, szczególnie, gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Z treści tego przepisu wynika, że zamawiający może zwrócić się o dodatkowe informacje tylko w sytuacji gdy dowody przedłożone przez wykonawcę budzą wątpliwości. Skoro odwołujący przedłożył referencje podpisane przez wójtów gmin (Gmina Jarosław i Gmina Dubiecko), na rzecz której wykonywane były prace budowlane, z których jednoznacznie wynikało, że roboty budowlane o wymaganej wartości zostały wykonane, nasuwa się pytanie skąd u zamawiającego pojawiły się wątpliwości oraz dlaczego takich wątpliwości nie miał w stosunku do referencji przedłożonych przez innych wykonawców. Taka aktywność w weryfikowaniu referencji tylko w stosunku do jednego z wykonawców niewątpliwie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1*

ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Na marginesie zwracamy uwagę, iż dwóch wykonawców (oferta nr 7 i 12) w ogóle nie wykazało spełniało warunku udziału w postępowaniu (o czym informowaliśmy Zamawiającego w piśmie z dnia 11.03.2014r.), mimo to Zamawiający nie wykluczył tych wykonawców z podanych przyczyn. Odnosząc się do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, a zwłaszcza do pisma UG Jarosław z dnia 05.05.2014r., powołanego w uzasadnieniu przez zamawiającego, w którym pracownik Gminy Jarosław informuje, że w dostarczonych wcześniej referencjach „błędnie wpisano kwotę i że błędnie podana kwota wyniknęła z niedopatrzenia z ich strony,” należy się zastanowić jakie znaczenie mają oświadczenia składane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Gminy, skoro wystarczyła tylko lakoniczna informacja pracownika Gminy, że kwota wpisana w referencjach jest błędna, i na tej podstawie zamawiający uznał, że referencje przedłożone przez odwołującego są nieważne. Przyjęcie takiego rozumowania za prawidłowe podważyłoby w ogóle sens przedkładania referencji w postępowaniach prowadzonych w trybie zamówień publicznych, skoro uczestnik postępowania uzyskując referencje, a następnie przedkładając je zamawiającemu nigdy nie miałby pewności czy podmiot, który wydał referencje nagle się nie wycofa (czy to z własnej inicjatywy, czy pod wpływem nacisków). Tym niemniej Odwołujący stoi na stanowisku, iż rzekome odwołanie referencji nie wywołuje żadnych skutków. Faktem jest, że w dniu składania ofert odwołujący dysponował referencjami, które (oryginał) zostały przedłożone zamawiającemu. Poza tym o ile referencje zostały podpisane przez Wójta Gminy Jarosław, a więc osobę z mocy prawa uprawnioną do składania oświadczeń w imieniu Gminy, o tyle pismo, w którym Gmina „odwołuje” referencje zostało podpisane przez pracownika gminy (kierownika referatu). Odnosząc się do zarzutu, że odwołujący przedkładając fakturę nr FVE/011/UB/2013 wprowadził zamawiającego w błąd wyjaśniamy co następuje. Odwołujący zawarł w dniu 31.05.2013r., umowę mocą, której był zobowiązany do wykonania zadania pn. „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Jarosław.” Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy wynosiło 947.875,03 zł brutto. Powyższa kwota wynikała z kosztorysu ofertowego wykonanego na podstawie przedmiaru robót przekazanego przez Gminę Jarosław. Strony w umowie wyraźnie określiły, że wynagrodzenie to ma charakter kosztorysowy (§ 5 ust. 1 umowy). W trakcie prac okazało się, że zachodzi potrzeba wykonania prac, które nie były ujęte w przedmiarze robót. Na tą okoliczność w dniu 16.07.2013 r., sporządzono protokół konieczności, a następnie w notatce służbowej z dnia 09.09.2013 r. przedstawiciel Gminy Jarosław wezwał wykonawcę do opracowania i dostarczenia kosztorysów ofertowych na roboty dodatkowe ujęte w protokole konieczności z dnia 16.07.2013 r. Ze względu na krótki termin realizacji technologii kotłowni,

roboty te musiały być wykonane niezwłocznie. Inwestor ani w trakcie realizacji, ani po wykonaniu nie kwestionował konieczności wykonania tych prac. Nie miał też zastrzeżeń do ich jakości. Po wykonaniu przedmiotowych prac wykonawca (w dniu 21.11.2013 r.) przedłożył Gminie Jarosław fakturę nr FVE/011/UB/2013 wraz z kosztorysem powykonawczym. Gmina przedmiotową fakturę odesłała dopiero w dniu 25.03.2014 r. (w między czasie w dniu 12.02.2014 r., Wójt Gminy Jarosław wystawił odwołującemu referencje uwzględniające również należność z tej faktury), uzasadniając odmowę zapłaty tym, że przedmiotowe roboty były ujęte w dokumentacji projektowej, zatem nie można tych robót traktować, jako robót dodatkowych. Zdaniem odwołującego nawet przy przyjęciu stanowiska, że zakres tych robót mieścił się w umowie podstawowej, nie oznacza wcale, że kwota wynagrodzenia, podana w § 5 ust. 1 umowy obejmuje również te roboty. Otóż z zapisu § 5 ust. 1 umowy jednoznacznie wynika, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter kosztorysowy, a co za tym idzie podana kwota nie jest kwotą, ostateczną. Co prawda kwota ta stanowi wynik sporządzonego na potrzeby przetargu kosztorysu ofertowego, jednak jak już wcześniej wskazano, kosztorys ofertowy został sporządzony na podstawie przedmiarów robót przekazanych przez Gminą Jarosław, które nie obejmowały przedmiotowych robót. Zatem aby ustalić rzeczywistą wartość robót należy uwzględnić również te elementy, które nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym, ale zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową. Przy tym bez znaczenia dla określenia wartości robót pozostaje okoliczność, że Gmina Jarosław odmawia zapłaty za te roboty (odwołujący jest w trakcie przygotowywania pozwu o zapłatę przeciwko Gminie Jarosław). Zdaniem odwołującego czym innym jest wartość robót, a czym innym wynagrodzenie za te roboty. Nawet gdyby przyjąć (jak twierdzi Gmina Jarosław), że nie uwzględnienie w kosztorysie ofertowym części robót ujętych w dokumentacji projektowej powoduje, że wynagrodzenie za te roboty się nie należy, to w takiej sytuacji wynagrodzenie powinno być po prostu niższe, niż wartość robót. Co nie oznaczałoby wcale, że nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 6.1.2 s.i.w.z. Bowiem mowa jest tam o wartości określonych robót, a nie wynagrodzeniu jakie wykonawca uzyskał za wykonanie tych robót. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego pisze „ujęcie tej faktury było działaniem Wykonawcy mającym na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie wynikiem omyłki.” Otóż ujęcie tej faktury nie było ani działaniem mającym na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd ani wynikiem omyłki. Absurdalne jest twierdzenie zamawiającego, że odwołujący wystawił w dniu 20.11.2013 r., fakturę nr FVE/011/UB/2013 (od której został odprowadzony podatek VAT, podatek dochodowy) tylko po to, aby po kilku miesiącach móc wykorzystać ją w innym postępowaniu. Jak już wcześniej wskazano faktura ta została następnego dnia doręczona dłużnikowi (Gminie Jarosław) wraz z kosztorysem powykonawczym. Prace ujęte w tym kosztorysie

*zostały wykonane prawidłowo. Początkowo dłużnik nie kwestionował należności z tej faktury. Dopiero po kilkukrotnym wezwaniu do zapłaty, dłużnik zwrócił tą fakturę z informacją, że nie zostanie zapłacona. Na marginesie odwołujący wskazuje, iż w okresie ostatnich 5 lat wykonał wiele prac spełniających warunek, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 6.1.2 s.i.w.z., zatem gdyby zamawiający zwrócił się o przedłożenie dodatkowych referencji, aby rozwiązać wszelkie wątpliwości, odwołujący przedłożyłby referencje wydane przez inne podmioty, na rzecz których wykonywał wymagane prace.*

Do postępowania odwoławczego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący, na posiedzeniu złożył dodatkowe pismo procesowe, w którym poparł dotychczasowe stanowisko oraz na poparcie swojego stanowiska powołał stosowne orzecznictwo Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej podał, iż odrzucił ofertę nr 4 złożoną przez wykonawcę p.n. Przedsiębiorstwo Usługowo - Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o. ul. Batorego 55A, 37-700 Przemyśl.

Uzasadnienie prawne - podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 24. ust. 2 pkt 2 i pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi "nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą" i „złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

Uzasadnienie faktyczne - Zgodnie z dyspozycją rozdziału 10 SIWZ Wykonawca był związany ofertą przez okres 30 dni wraz z zastrzeżeniem, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Mając na uwadze powyższe Wykonawca był związany ofertą w okresie od 24.02.2014r. (wymagana przez Zamawiającego data złożenia oferty) do 25.03.2014 r. W dniu 11.03.2014 r. wpłynęło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, które w związku z art. 182 ust. 6 zawiesiło bieg terminu związania ofertą do czasu ogłoszenia wyroku tj. do dnia 27.03.2014 r., a tym samym termin związania z ofertą upłynął w dniu 10.04.2014 r. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 46 ust. 1 pzp zwrócił wadium wszystkim Wykonawcom po wyborze oferty najkorzystniejszej z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W dniu 25.03.2014 r. Wykonawca przedłożył pismo, w którym na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy pzp przedłużył termin związania z ofertą o kolejne 30 dni, jednocześnie przedłożył Aneks Nr 1 w którym zakreślono iż gwarancja jest ważna w okresie od dnia 24.02.2014 r. do dnia 26.04.2014 r. bez przedłożenia oryginału gwarancji, do której odwołuje się niniejszy aneks. Zamawiający podkreśla, iż na podstawie art. 85 ust. 4 pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne jest tylko z jednoczesnym przedłożeniem ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium. Zamawiający pismem z dnia 8.04.2014 r. wezwał Wykonawcę do przedłużenia terminu ważności wadium jednocześnie Wykonawca został zobowiązany do przesłania lub złożenia osobistego dokumentu potwierdzającego wydłużenie ważności wadium w terminie do 9.04.2014 r. W dniu 8.04.2014 r. Zamawiający otrzymał pismo Wykonawcy, w którym poinformowano Zamawiającego, że w dniu 25.03.2014 r. wniesiono do Urzędu pismo z informacją o przedłużeniu terminu wadium oraz Aneks nr 1 do gwarancji 998a374858 o zmianie okresu ważności gwarancji zapłaty wadium do 26.04.2014 r. Zamawiający pismem z dnia 15.04.2014 r. doręczonym Wykonawcy 15.04.2014 r. wezwał go do przedłożenia oryginału wadium jednocześnie zobowiązując Wykonawcę, do przesłania lub złożenia osobistego dokumentu w terminie do 16.04.2014 r. Wykonawca w dniu 15.04.2014 r. przedłożył oryginał dokumentu wadium. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający nie miał



zabezpieczenia wadium w całym okresie związania ofertą. W dniu 24.04.2014 r. Wykonawca przedłożył Aneks Nr 2 wadium wraz z wydłużeniem okresu związania ofertą do dnia 27.05.2014 r.

Zamawiający badając spełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu analizując przedłożone przez Wykonawcę dokumenty powziął wątpliwość co wiarygodności dokumentów (w świetle tego, iż z BIP Urzędu Gminy Jarosław z informacji o wyborze oferty z dnia 23.05.2013r. wynikało, że Przedsiębiorstwo Usługowo Budowlane Hołyszko Sp. z o.o. wygrało przetarg za cenę oferty brutto 947 875,03 zł; co stanowi mniejszą wartość niż wskazana w siwz w rozdziale 6 pkt 6.1.2 dotycząca warunku z zadania w zakresie termomodernizacji na kwotę 1 000 000,00 zł brutto) przedłożonych w ofercie w szczególności w zakresie spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 6 pkt 6.1.2 siwz t.j. warunku posiadania wiedzy i doświadczenie t.j. wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed złożeniem ofert przed upływem, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał jako generalny Wykonawca, co najmniej dwa zadania na łączną wartość nie mniejszą niż 3 000 000 złotych w tym:

- jedno zadanie w zakresie przebudowy, modernizacji lub remontu obiektu na łączną wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł brutto. Zakres rzeczowy zadania musi obejmować roboty instalacyjne i budowlane obejmujące m.in. prace polegające na budowie lub wymianie dachu,

- jedno zadanie w zakresie termomodernizacji obiektu na łączną wartość nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł brutto. Zakres rzeczowy zadania musi obejmować roboty w zakresie; ocieplenia budynku, wymiany stolarki okiennej i drzwiowej, modernizacji kotłowni wraz z wymianą źródła grzewczego oraz modernizacji ciepłej wody użytkowej wraz z budową kompletnej instalacji solarnej.

Zamawiający pismem z dnia 02.04.2014 r. (doręczone 03.04.2014 r.) wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień przesłanych dokumentów w szczególności dotyczących referencji wystawionych przez Wójta Gminy Jarosław z tytułu zrealizowanego w okresie 13.05.2013 r. do 30.09.2013 r. zadania pod nazwą „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Jarosław” w tym określenia wartości dla poszczególnych pozycji robót wymienionym w przedmiotowym dokumencie oraz doprecyzowania prac określonych jako technologia kotłowni. W odpowiedzi na niniejsze wezwanie Wykonawca przedłożył pismo z dnia 03.04.2014 r. data wpływu do Urzędu 04.04.2014 r. w którym przedłożył informację na temat wartości dla poszczególnych pozycji robót oraz doprecyzował prace określone jako technologia kotłowni. Zamawiający w dniu 22.04.2014 r. zwrócił się do wystawiającego referencje Wójta Gminy Jarosław o podanie całkowitych kosztów zadania w tym robót podstawowych oraz ewentualnej roboty dodatkowej, jednocześnie prosząc o przedłożenie uwierzytelnionej kserokopii umowy w tym

aneksu oraz ewentualnej umowy na roboty dodatkowe na mocy której Wykonawca zrealizował wyżej wymienione zadanie. Wystawiający referencje przesłał pismem z dnia 24.04.2014 r. (data wpływu 28.04.2014 r.) kopie umów i aneksów na realizację zadania „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Jarosław”. Z załączonej umowy Nr UG.2710/4/2013 z § 5 ust. 1 wynika, że za wykonanie przedmiotu umowy określonej w przywołanej umowie strony ustalają wynagrodzenie kosztorysowe zgodnie z ofertą wykonawcy w wysokości netto 770 630,11 zł (słownie: siedemset siedemdziesiąt tysięcy sześćset trzydzieści złotych, jedenaście groszy), podatek VAT 23% - 177 244,92 zł (słownie: sto siedemdziesiąt siedem tysięcy dwieście czterdzieści cztery złote, dziewięćdziesiąt dwa groszy), brutto 947 875,03 (słownie: dziewięćset czterdzieści siedem tysięcy osiemset siedemdziesiąt pięć złotych i trzy grosze).

Dodatkowo wystawiający referencje załączył Aneks Nr 1 i Aneks Nr 2 do umowy Nr UG.2710/4/2013. Jednocześnie przedłożył umowę Nr UG.2710/4/D/2013 zgodnie z którą w § 4 ust. 1 za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie brutto 21 640,69 zł (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy, sześćset czterdzieści złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy). W niniejszej umowie wskazano, iż integralną jej część stanowią: protokoły konieczności z dnia 17.06.2013 r., 20.06.2013 r., 01.07.2013 r. Zamawiający pismem z dnia 25.04.2014 r. w związku z rozbieżnościami jakie wystąpiły między dostarczonymi umowami, a referencjami zwrócił się do Wójta Gminy Jarosław z prośbą o potwierdzenie czy referencje wystawione dla Wykonawcy są wiarygodne i odzwierciedlają wartość całego zadania.

Zamawiający w dniu 28.04.2014 r. zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o przedstawienie oryginału referencji, oraz o złożenie wyjaśnień w zakresie zaistniałych rozbieżności w zakresie rzeczowym i finansowym. Zamawiający w dniu 29.04.2014 r. otrzymał pismo wykonawcy z dnia 28.04.2014 r., w którym wskazuje numery wraz z ich wartością brutto dla poszczególnych faktur. Zamawiający w dniu 05.05.2014 r. otrzymał od wystawiającego referencje dla wykonawcy informację iż w dostarczonych poprzednio referencjach błędnie wpisano kwotę zadania „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Jarosław” wskazując iż faktyczna kwota zadania wynosiła 969 515,72 zł. W związku z powyższą informacją Zamawiający zwrócił się do Wójta Gminy Jarosław o wyjaśnienie na okoliczność różnicy między wykazaną faktyczną kwotą zadania, a wykazaną przez Wykonawcę w piśmie z dnia 28.04.2014 r. w zakresie faktury Nr FVE/011/UB/2013 data wystawienie 20.11.2013 r. o wartości brutto 37 483,60 zł i czy wyżej wymieniona faktura była wystawiona zgodnie z umową na realizację zadania pn. „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Jarosław” i czy kwota wynikająca z niniejszej faktury jest kwotą należną wykonawcy.

W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację, że przedstawiona faktura Nr FVE/011/UB/2013 data wystawienie 20.11.2013 r. o wartości 37 483,60 zł została odesłana

wykonawcy jako nienależna wyjaśniając przy tym iż protokół konieczności jak i kosztorys na podstawie których wystawiono fakturę nie zostały zatwierdzone przez inspektora nadzoru oraz zamawiającego gdyż roboty w niej wycenione nie mogą zostać uznane za roboty dodatkowe, ponieważ były ujęte w dokumentacji technicznej i projekcie budowlanym. W załączeniu przedłożono protokół wykonanych robót stanowiący załącznik do faktury Nr FVE/010/UB/2013 z przedmiotowego protokołu wynikała kwota faktycznego wynagrodzenia za „Termomodernizację budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Jarosław” oraz z protokołów konieczności wskazując przy tym iż zapłacono fakturę Nr FVE/012/UB/2013 na roboty dodatkowe. Podczas gdy z załączonego dokumentu tj. protokołu odbioru wykonanych robót sporządzonego w dniu 29.10.2013 r. w połączeniu z kwotami wynikającymi z protokołów konieczności zatwierdzonych i wykonanych robót dodatkowych, wynika inna kwota dla poszczególnych pozycji robót niż wskazana przez Wykonawcę w piśmie z dnia 03.04.2014 r. Przedłożenie faktury o Nr FVE/011/UB/2013 data wystawienia 20.11.2013 r. o wartości brutto 37 483,60 zł jako nienależnej, gdyż zarówno protokół konieczności i kosztorys na podstawie których nie zostały zatwierdzone roboty przez inspektora nadzoru i zamawiającego nie mogły zostać uznane za roboty dodatkowe samodzielnie przez Wykonawcę, kwota wynikająca z tej faktury i zakres zadań z tej faktury nie powinien ujmować jako związanych z umową przy realizacji zadania „Termomodernizację budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Jarosław”, a ujęcie tej faktury było działaniem Wykonawcy mającym na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie wynikiem omyłki. Tym bardziej, że Wykonawca w piśmie z dnia 03.04.2014 r. (data wpływu; 04.04.2014 r.) dokonał wyjaśnień odnośnie referencji uwzględniając nienależną fakturę. Wobec stwierdzenia przez Zamawiającego iż wykonawca w świetle podniesionych dowodów złożył w swej ofercie nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania postanowił wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 24. ust. 2 pkt 2 i pkt 3. Mając na uwadze powyższe należało odrzucić ofertę złożoną przez Wykonawcę p.n. Przedsiębiorstwo Usługowo - Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o. ul. Batorego 55A, 37-700 Przemyśl.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, że zamawiający błędnie podał podstawę odrzucenia oferty odwołującego kwalifikując stan faktyczny do podstawy prawnej wyrażonej przepisem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskazany przepis nakłada bowiem obowiązek na zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna omawianego przepisu odnosi się bowiem do czasu przeszłego, co

oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich, jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy. Wynik tej oceny decyduje o zakwalifikowaniu bądź też nie, do dalszego etapu, tj. zaproszenia do składania oferty. Przedkładając powyższe na grunt omawianego przepisu wskazać należy, że znajduje on swoje zastosowanie właśnie do trybów dwuetapowych, gdyż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. pierwszy etap postępowania dwuetapowego zakończył się wynikiem negatywnym dla wykonawcy (został wykluczony z postępowania), a mimo to wykonawca ten złożył ofertę. Druga z okoliczności, to sytuacja, w której wykonawca pozytywnie przeszedł pierwszy etap (nie został wykluczony), ale ze względu za ograniczoną (wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu) liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert (drugi etap) nie został zaproszony do złożenia oferty, a mimo to złożył ofertę. Taka okoliczność wymusza na zamawiającym zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie obowiązku odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.

Niemniej odnosząc się do sedna wskazywanego zarzutu, określonego przepisami art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, stwierdzić należało, że zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Na wstępie Izba odnie się do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie: wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12), który stanął na stanowisku, że *nie zawsze podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę ma wpływ/może mieć wpływ na wynik postępowania, zaś wykluczenie wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mogłoby nastąpić jedynie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Tymczasem w przedmiotowej sprawie zamawiający posiadał wiedzę na temat zamówienia, którego dotyczyły błędnie podane przez wykonawcę informacje, gdyż było ono realizowane na jego rzecz. A zatem, ich podanie nie mogło doprowadzić do wprowadzenia w błąd zamawiającego i nie mogło mieć wpływu na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tych okolicznościach, jeżeli ze stanu faktycznego wynikało działanie wykonawców w dobrej wierze, nie można mówić o celowym wprowadzaniu*

*zamawiającego w błąd przez tych wykonawców.*”, Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt: VI Ga 134/12) oraz Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. (sygn. akt: II Ca 1285/12), które podobnie jak SO w Warszawie orzekły, iż wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może nastąpić tylko w przypadku, gdy podanie nieprawdziwych informacji wynika z winy umyślnej wykonawcy. Nadto sądy wskazały, że zamawiający w celu wykluczenia wykonawcy zobowiązany jest potwierdzić złożenie nieprawdziwych informacji.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie potwierdził złożenia nieprawdziwych informacji.

Jak wynika bowiem z akt postępowania, odwołujący składając do oferty wykaz robót budowlanych działań będąc w zaufaniu do organów władzy samorządowej. Zaufanie powyższe potwierdzone zostało przez ten organ przez wystawienie stosownych referencji (poświadczenia) określających zarówno zakres wykonanych prac, jak też ich wartość (dowód: referencje z dnia 12 lutego 2014 roku, wystawione przez Gminę Jarosław, podpisane przez Wójta tejże Gminy). Tym samym odwołujący składając swoją ofertę w dniu 14 lutego 2014 roku, pozostawał w stanie świadomości wyłączającym zamierzone złożenie przedmiotowych informacji (w formie dokumentów i oświadczeń), które powodowałyby uznanie, że są one składane w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd, a tym samym próbę wyłudzenia zamówienia publicznego poprzez złożenie informacji nieprawdziwych. Wskazać bowiem należy na okoliczność, iż fakt, że odwołujący pozostaje w sporze z Gminą Jarosław, co do zapłaty za wykonanie robót dodatkowych nie może powodować uznania, że zamawiający ma podstawy do twierdzenia, że w ten sposób odwołujący złożył informacje nieprawdziwe. Okolicznością przemawiającą za takim uznaniem jest bowiem fakt, że odwołujący, na dzień składania ofert nie posiadał informacji, iż Gmina Jarosław nie przyjęła wystawionej przez odwołującego faktury, gdyż dopiero w dniu 25 marca 2014 roku Gmina Jarosław odmówiła jej zapłaty, zwracając tę fakturę odwołującemu. Reasumując, Izba nie stwierdziła, że czynności dokonywane przez odwołującego nosiły znamiona celowości i świadomości ukierunkowanej na złożenie nieprawdziwych informacji, które skutkowałyby możliwością niezgodnego z przepisami prawa uzyskaniem zamówienia publicznego.

Odnosząc się zaś do działań zamawiającego, Izba nie stwierdziła, że naruszały one zasady uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców (w zakresie prowadzonego postępowania wyjaśniającego) z zastrzeżeniem końcowej oceny wykonawcy odwołującego, która to ocena została dokonana w sposób nieprawidłowy. W ocenie Izby zamawiający w wyniku ustalonych okoliczności faktycznych błędnie ustalił stan prawny, kwalifikując działania odwołującego jako złożenie nieprawdziwych informacji. Z całą mocą należy podkreślić, że na dzień składania ofert, odwołujący nie posiadał wiedzy, że przedłożona faktura (decydująca o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu) nie zostanie

przez Gminę Jarosław przyjęta i zapłacona. Tym bardziej, że odwołujący legitymował się stosownymi referencjami wystawionymi przez Gminę Jarosław, które to referencje zawierały w sobie również wartość, kwestionowanej później, faktury VAT.

W ocenie Izby, z okoliczności przedmiotowej sprawy zamawiający powinien wysnuć wniosek, z którego wynikałby skutek w postaci uznania, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie spornego zakresu, a zamawiający winien wezwać odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu robót budowlanych o robotę spełniającą kwestionowany warunek wraz z przedłożeniem poświadczenia potwierdzającego jego prawidłową realizację. Powyższe Izba ustaliła mając na względzie pogląd, że roboty budowlane, usługi czy też dostawy, które stanowią przedmiot sporu w zakresie ilości, terminowości, wartości, itp. zakresom, nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż ostateczne ustalenie m.in. ww. zakresów może mieć decydujące znaczenie o sytuacji wykonawcy w postępowaniu. Powyższe nieprawidłowości, czy też nieścisłości nie stanowią natomiast ograniczenia do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 lub też 4 (jeżeli jest to możliwe) ustawy Pzp.

Rekapitulując Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego dotyczącą odrzucenia oferty w związku z wykluczeniem odwołującego uznać należało za nieprawidłową.

Odnoszą się do zarzutu drugiego dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego w związku z wykluczeniem odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest zasadny.

Wskazać bowiem należy, że przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, nakazuje zamawiającemu dokonanie zwrotu wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

W przedmiotowym postępowaniu taka sytuacja miała już miejsce, gdyż zamawiający w marcu 2014 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednakże czynność zamawiającego została skutecznie zaskarżona przez odwołującego, w wyniku czego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2014 r., sygn. akt KIO 478/14 uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu ponowną ocenę ofert.

Zamawiający przeprowadził czynność powtórnego badania i oceny ofert, której wyniki został upubliczniony w dniu 14 maja 2014 roku.

Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.

Wskazany przepis rozstrzyga kwestię ponownego wniesienia wadium, w przypadku gdy zostało ono zwrócone w trybie przepisu art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika ze wskazanego przepisu, wykonawca zobowiązany jest do ponownego wniesienia wadium, jedynie w przypadku, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W przedmiotowym postępowaniu oferta odwołującego, w wyniku powtórnej oceny ofert, nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Biorąc pod uwagę ww. przepisy zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty odwołującego w związku z podstawami do wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wykonawca-odwołujący w ogóle nie był zobowiązany do ponownego wniesienia wadium. Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, że odwołujący, mimo braku takiego obowiązku, samodzielnie przedłużał ważność wadium, przedkładając zamawiającemu oryginały aneksów (1 i 2) do gwarancji wadialnej, której oryginał zamawiający zwrócił odwołującemu, po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, jednakże posiadając jej kopię w ofercie. W powyższym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2011 roku, sygn. akt KIO 350/11, w którym Izba stwierdziła, że *„Co do zasady zatem przepisy wyraźnie nakazują Zamawiającemu zwrot wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej zaś dopiero wybór innej oferty w wyniku powtórzenie badania i oceny ofert w związku z rozstrzygnięciem odwołania skutkuje obowiązkiem żądania ponownego wniesienia wadium. Brak obowiązku wniesienia wadium przy przedłużaniu terminu związania ofertą przez wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze, nie oznacza, że ich oferta nie może w konsekwencji czynności przyszyłych być uznana za najkorzystniejszą.”*, z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1197/13, cyt. *„Fakt wniesienia wadium i zapewnienia jego ciągłości nie przesądza o ciągłości terminu związania ofertą. Zabezpieczenie wadium nie jest warunkiem koniecznym dla funkcjonowania oferty wykonawcy w postępowaniu, co wynika z treści art. 46 ust. 1 i ust. 3 p.z.p., zgodnie z którymi dopuszczalny jest czasowy brak zabezpieczenia wadium w okresie pomiędzy wyborem innego wykonawcy, a powtórzeniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wskutek rozstrzygnięcia odwołania. Zasada ta nie zachodzi w odniesieniu do terminu związania ofertą – zgodnie z art. 182 ust. 6 p.z.p. termin ten ulega zawieszeniu, ale nie następuje przerwa w jego ciągłości.”* oraz z dnia 11 marca 2013 r., sygn. akt KIO 1263/13, cyt. *„Żaden przepis p.z.p. nie formułuje wprost obowiązku zachowania ciągłości zabezpieczenia oferty wadium przez cały okres związania ofertą, w tym także w czasie trwania postępowań odwoławczych, tj. w czasie zawieszenia biegu terminu związania ofertą. Obowiązek wniesienia nowego wadium albo przedłużenia okresu ważności wadium w czasie zawieszenia biegu terminu związania ofertą, w toku postępowania odwoławczego, należy wywieść z samej istoty i funkcji wadium. Warunek uczestnictwa, jakim jest wniesienie wadium w określonej wysokości, musi być spełniony przez wykonawcę od chwili otwarcia*

*ofert przez cały okres związania ofertą aż do zawarcia umowy, z wyjątkiem regulacji art. 46 ust. 1 i ust. 3 p.z.p.”.*

Przepis art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, jednoznacznie odnosi się do dwóch okoliczności, cyt. *„Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.”.* Pierwsza dotyczy okoliczności dokonywanych przed wyborem oferty najkorzystniejszej (zdanie 1). Druga okoliczność koreluje z przepisami art. 46 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i dotyczy czynności po wyborze oferty najkorzystniejszej, włącznie z procedurą odwoławczą (zdanie 2).

Reasumując stwierdzić należało, że czynność zamawiającego była wadliwa, niezajdująca oparcia w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 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).

**Przewodniczący:** .....