

WYROK

z dnia 4 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2012 r. przez wykonawcę

ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych Plac Niepodległości 1, 22-100 Chełm

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa i T4B Sp. z o.o. Al. Waszyngtona 146, 04-076 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa na rzecz Lubelskiego Zarządu Obsługi Przejść Granicznych Plac Niepodległości 1, 22-100 Chełm kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero**

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „**budowę przejścia granicznego w Dołhobyczowie**

– etap I, część IV” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 21 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 56-091217, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

17 września 2012 r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, który to wykonawca powinien podlegać wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż nie złożył on nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a przy tym zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż wykazał on spełnienie warunku udziału w postępowaniu,
4. art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co wprost nakazano zamawiającemu wyrokiem Izby o sygn. akt KIO 1511/12, względnie art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
5. art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania oraz art. 24 ust. 3 poprzez brak uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu go z postępowania,
6. art. 7 ust. 1 i 2 i art. 91 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 1 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. z powodu udziału pracownika T4B Sp. z o.o. w przygotowaniu dokumentacji projektowej,

7. art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp.

z o.o. z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,

8. art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień i ewentualnie uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy (o ile nie potwierdzą się zarzuty dotyczące złożenia nieprawdziwych informacji) i w dalszej kolejności zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy oraz odrzucenia tej oferty,

9. innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia odwołującego z postępowania,

2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

3. dokonanie ponownej oceny ofert, a w jej konsekwencji dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz dodatkowo wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie tej oferty z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz niespełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i z tego powodu, iż dokumentację projektową przygotowywał pracownik T4B Sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż w wyroku o sygn. akt KIO 1511/12 wydanym w wyniku odwołanie wniesionego przez odwołującego, a dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu rzekomego złożenia nieprawdziwych informacji w zadaniu dotyczącym budowy Centrum Medycyny Inwazyjnej w Gdańsku, które zostało uwzględnione w całości, Izba nakazała: wezwać wykonawcę do wyjaśnień, dokonać badania i oceny oferty i dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający i Izba są związane postanowieniem Sądu Okręgowego w Lublinie sygn. akt IX Ga 238/12, bowiem zarzut nieprawdziwych informacji został tym wyrokiem w sposób ostateczny i prawomocny rozstrzygnięty. Skutki prawomocnego wyroku należy ocenić w kontekście zasady mocy wiążącej prawomocnego wyroku.

Ponadto odwołujący podkreślił „niewytłumaczalne faworyzowanie” wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. oraz „bezprawne nękanie” odwołującego poprzez obchodzenie zasad wymienionych w art. 7 ustawy Prawo

zamówień publicznych poprzez niekończącą się weryfikację tylko jednej oferty spośród wszystkich złożonych w tym postępowaniu. O ile bowiem należy się zgodzić z poglądem, że zamawiający ma prawo do weryfikowania oferty wykonawcy do czasu podpisania umowy, to nie może tego czynić bez końca i ciągle z tych samych powodów znanych już od 25 maja 2012 r., tj. od dnia wniesienia odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o.

Wykonawcy temu oraz zamawiającemu przysługiwały środki ochrony prawnej od niekorzystnego dla nich postanowienia KIO o sygn. KIO 1066/12, co do którego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. wnieśli skargę do sądu, po czym ją cofnęli oraz wyroku o sygn. KIO 1511/12, co do którego skarga w ogóle nie została wniesiona.

W obu ww. postępowaniach strona odwołująca podnosiła zarzut złożenia przez ERBUD S.A. nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zarzuty w stosunku do ERBUD S.A. nie zostały się, nie zostały udowodnione, a sprawy zakończyły się prawomocnymi orzeczeniami, zamawiający w dalszym ciągu dokonuje weryfikacji tych samych dokumentów złożonych przez ERBUD S.A. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu pod kątem podania nieprawdziwych informacji oraz pod kątem ich spełniania, powołał nawet biegłego rzeczoznawcę w celu wydania opinii w przedmiocie oceny, czy odwołujący spełnia wymagania przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, choć nic nie stało na przeszkodzie, aby takiego rzeczoznawcę powołał wcześniej.

Przy czym zamawiający wraz z przystępującym wprowadzili niezdrową praktykę procedowania nad ofertą innego wykonawcy w nieznanym w ustawie trybie przejawiającym się przesyłaniem dokumentów poza procedurą z pominięciem środków ochrony prawnej.

Ponadto zamawiający wykluczył odwołującego bez wskazania w uzasadnieniu faktycznym konkretnych dowodów uznania niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem i tym razem odwołujący z treści informacji o wykluczeniu nie wie, które systemy zamawiający zaliczył jako spełniające warunek udziału w postępowaniu, za jaką kwotę i dlaczego uznał, że definicja systemu brzmi tak, a nie inaczej. Wyliczenia stanowiące załącznik nr 5 do pisma procesowego, na które powołuje się zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego były już przedmiotem analizy składu orzekającego w sprawie KIO 1511/12, zatem poddanie ich badaniu przez zamawiającego i powołanego biegłego, jest kolejnym przykładem obchodzenia prawa przez zamawiającego. Zamawiający mógł odnieść się do tego zestawienia oraz przedstawić własne dowody i argumenty podczas rozprawy KIO 1511/12, jak też złożyć wniosek o powołanie biegłego, zatem opinia ta nie powinna zostać zaliczona do materiału dowodowego.

Chociaż opinia biegłego legła u podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający nie załączył jej do informacji z 7 września 2012 r., czym w sposób rażąco naruszył normę art. 24 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający miał obowiązek ocenić oświadczenia wiedzy odwołującego w sprawie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zdecydować, czy zgromadzone dowody (stan faktyczny ustalony przez Izbę plus wyjaśnienia odwołującego) pozwalają czy nie, dokonać wyboru tej właśnie oferty. Tymczasem zamawiający nie wykonał wyroku Izby, lecz poszukiwał nowych informacji i interpretacji na przekór faktom ustalonym przez Izbę i jej nakazom, podczas gdy Izba oparła się na dowodach i nie przychyliła się do tezy o złożeniu nieprawdziwych informacji przez ERBUD S.A.

Stosownie do punktu 7.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy uczestniczyli w wykonaniu (tj. zakończeniu) jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu systemów niskonapięciowych obejmujących co najmniej jeden lub kilka łącznie z następujących systemów: SKD, SSWIN, SSP, CCTV, SWOC, ANPR, TCS SSR, okablowanie strukturalne, sieci WLAN o wartości: 1) co najmniej 12 mln PLN brutto lub 2) co najmniej 15 mln PLN brutto w przypadku wykonania kilku systemów łącznie.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zamieścił definicji poszczególnych systemów wskazanych w przytoczonym warunku, nie istnieją również żadne kompleksowe definicje legalne tych systemów, co potwierdziła Izba w wyroku o sygn. KIO 1511/12 oraz nie wprowadził wymogu udokumentowania przez wykonawcę wartości wykonanych systemów niskonapięciowych. Potwierdzenie spełnienia opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu miało nastąpić poprzez złożenie oświadczenia wykonawcy w wykazie zrealizowanych robót budowlanych.

Odwołujący spełnił powyższy warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, co potwierdził dołączając do oferty wykaz, w treści którego zawarł informację o zrealizowanych w ramach ww. inwestycji systemach niskonapięciowych o wartości 18.893.944 zł brutto, oświadczenie o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz list referencyjny wystawiony przez Gdański Uniwersytet Medyczny z 3 stycznia 2012 r., z którego wynika, iż wykonał roboty budowlane polegające na budowie obiektu Centrum Medycyny Inwazyjnej w Gdańsku, w tym polegające na wykonaniu systemów niskonapięciowych takich jak m.in. system sygnalizacji pożarowej SAP z systemem Gemos, dźwiękowy system ostrzegawczy DSO, systemy alarmowe SSWiN, telewizja przemysłowa CCTV, zabezpieczenie ogólne i kontroli dostępu KD, systemy audiowizualne i telewizji dydaktycznej, TV-SAT, instalacje teletechniczne dla potrzeb medycznych – instalacje przyzywowe i kontroli wejścia, system przywoławczy, okablowanie strukturalne i telefoniczne.

Ponadto składając na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia (pismo z 7 maja 2012 r.) ponownie oświadczył, iż w ramach ww. zamówienia wykazał wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu systemów niskonapięciowych spełniających wymagania zamawiającego: SKD, SSiWN, SSP, CCTV, okablowanie strukturalne, sieci WLAN oraz oświadczył, że łączna wartość wymienionych systemów wyniosła ponad wymagane przez zamawiającego 15 mln zł brutto, co podtrzymał w toku rozprawy w sprawie KIO 1511/12.

W związku z powyższym należy przyjąć, iż odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu stosownie do przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia oświadczenia o wartości wykonanych systemów niskonapięciowych w ramach inwestycji na budowę Centrum Medycyny Inwazyjnej odpowiadają prawdzie.

Przypisanie wykonawcy nieprawdziwych informacji jest czynnością skutkującą istotnymi następstwami prawnymi, zatem zarzut taki powinien być wykazany w sposób niewątpliwy i jednoznaczny na podstawie dowodów. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji z 5 lipca 2012 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie wykazał ponad wszelką wątpliwość ani nie przywołał jednoznacznych dowodów, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Wyjaśnienia z 7 maja 2012 r. nie budziły wątpliwości zamawiającego, który wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. Dopiero w toku rozprawy w KIO zamawiający dokonał wykładni warunku udziału w postępowaniu, stwierdzając że nie uwzględnił zamówień dodatkowych udzielonych z wolnej ręki jako uzupełniających przy realizacji Centrum Medycyny Inwazyjnej i na tej podstawie wyliczył kwotę w wartości wykonanych systemów na 8.547.677 zł. Izba nie podzieliła ww. poglądu, jak również nie uznała za wiarygodne przedstawionych wyliczeń.

Art. 7 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby czynności związane z przygotowaniem oraz prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Natomiast autorem dokumentacji projektowej w zakresie systemów niskonapięciowych (branża teletechniczna) dla zadania inwestycyjnego będącego przedmiotem niniejszego przetargu jest mgr inż. S..... W....., który jednocześnie, zgodnie z informacją zawartą na stronie internetowej T4B Sp. z o.o. pracuje w niej od czerwca 2007 r. jako kierownik kontraktu. Z uwagi na powyższe w stosunku do przystępującego ziściła się także przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przestrzega także zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. W stosunku do znajdujących się w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. referencji zamawiający nie żądał wyjaśnień, lecz uznał, że wykazano spełnienie warunku udziału

w postępowaniu. Natomiast brak wiarygodności referencji PSE Operator S.A. był znany zamawiającemu z protestu z 29 maja 2009 r. (protestujący wskazał w nim, że w innym postępowaniu na budowę przejścia granicznego w Budomierzu wskazano inną wartość inwestycji, dokument jest wystawiony przez PSE Operator – inny podmiot niż w umowie, a w protokole odbioru stwierdzono wady, co skutkowało warunkowym odbiorem i obniżeniem wynagrodzenia). Zamawiający nie weryfikował także dokumentów T4B Sp. z o.o., w których powołuje się on na doświadczenie nabyte w Ministerstwie Finansów, które zdaniem odwołującego nie spełniają wymogu 15 mln zł. W tym zakresie wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający nie wykonał też wyroku o sygn. KIO 1511/12, w którym Izba nakazała: „W toku nakazanego ponownego badania oferty odwołującego zamawiający winien uwzględnić ustalenia zawarte w niniejszym wyroku, co nie wyklucza prawa do żądania od wykonawcy żądania wyjaśnień co do przedstawionych w toku postępowania dowodów na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznaje w świetle przedstawionych w toku postępowania odwoławczego dowodów, że wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy pzp.”

Procedurę wyjaśnień zamawiający wszczął ze wszystkimi, tylko nie z odwołującym. Zamawiający nie uwzględnił również ustaleń dokonanych w wyroku. Tym samym zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak wszczęcia procedury z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych uniemożliwia ewentualne wszczęcie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający preferuje uznanie, że odwołujący złożył nieprawdziwe informację w celu eliminacji go z postępowania.

W trakcie rozprawy odwołujący przedstawił również dwa pisma procesowe, w których szczegółowo przedstawił swoje stanowisko.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania. Stwierdził, iż zarzuty dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. są spóźnione również w zakresie nierównego traktowania. Poza tym jego zdaniem nierówne traktowanie wykonawców nie miało miejsca. Początkowo zamawiający wybrał ofertę odwołującego, gdyż ufał, że złożone dokumenty są prawidłowe. Starał się też w pełni wykonać wyrok o sygn. KIO 1511/12. W treści uzasadnienia tego wyroku nie było nakazu żądania wyjaśnień od odwołującego, lecz Izba dopuściła taką możliwość. Zamawiający natomiast nie prosił o wyjaśnienia, gdyż już wcześniej o takie się zwracał. Orzeczenie to nie odnosiło się do badania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o.

Co do biegłego – uznał, że, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, może powołać biegłego na każdym etapie postępowania. Wybór biegłego nastąpił poprawnie i zgodnie z zasadą udzielania zamówień publicznych poniżej 14 tys. euro, jaka obowiązuje u zamawiającego. Opinia biegłego miała wyjaśnić wątpliwości, które nasuwały się zamawiającemu, zatem dotyczyła tylko tych elementów. Zamawiający nie miał obowiązku doręczenia opinii biegłego odwołującemu – zgodnie z rozporządzeniem w *sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* załączniki do protokołu udostępniane są na wniosek i na taki wniosek zamawiający je udostępnił. Rozstrzygnięcie postępowania z 7 września 2012 r. zostało sporządzone w sposób staranny i zawiera wszystkie wymagane ustawą elementy.

Co do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. – realizacja dla Ministerstwa Finansów nie ma znaczenia, gdyż już pierwsze roboty dla PSE potwierdzają spełnienie warunku. Poza tym zarzuty dotyczące wykazu przedstawionego przez tego wykonawcę zostały podniesione dopiero w niniejszym odwołaniu i piśmie procesowym odwołującego złożonym na rozprawie.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania. Swoje stanowisko przedstawili w piśmie procesowym.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła jednak, że zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o. są spóźnione. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie dotyczące wyłącznie tej kwestii podlegałoby odrzuceniu jako wniesione po terminie, termin 10-dniowy wskazany w tym przepisie zaczął bowiem biec w chwili poinformowania wykonawców o wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej (z 5 lipca 2012 r.) i zarzuty te powinny były zostać podniesione już w odwołaniu o sygn. akt 1511/12, w którym kwestionowana była ta czynność, a w którym

podniesione nie zostały.

Jednak art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na sytuacje, w których odrzuceniu podlega całe odwołanie – w przypadkach, gdy okoliczność ta nie dotyczy pozostałych zarzutów, zgodnie z powszechnie stosowaną i akceptowaną praktyką, zarzuty takie nie są przez Izbę i sądy rozpatrywane merytorycznie jako spóźnione, a tym samym takie, których rozpoznanie nie zostało przez ustawę dopuszczone.

Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych celem wprowadzenia środków ochrony prawnej jest możliwość żądania kontroli i korekty niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego lub jej zaniechania. Tym samym, aby odwołanie można było uznać za uzasadnione, należy ustalić, że owo naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało miejsce.

Wadliwą czynnością i naruszeniem prawa, na które wskazał odwołujący, było wykluczenie go z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie posiadanego doświadczenia, niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji wybór kolejnej oferty, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i T4B Sp. z o.o., którzy – zdaniem odwołującego – również złożyli nieprawdziwe informacje o swoim doświadczeniu, a tym samym nierówne traktowanie obu wykonawców.

Istotne dla rozstrzygnięcia Izby w niniejszej sprawie jest również to, że kwestionowana w tym odwołaniu czynność zamawiającego nastąpiła w wyniku wydania przez Izbę wyroku KIO 1511/12 – zatem ocenie Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym podlega dokonanie czynności zamawiającego przez pryzmat wyroku o sygn. KIO 1511/12.

Przy tym dla rozstrzygnięcia Izby nie ma znaczenia postanowienie Izby o sygn. akt KIO 1066/12 i późniejsze postanowienie sądu okręgowego, które nie rozpatrywały sprawy merytorycznie (Izba odrzuciła odwołanie nr KIO 1066/12 ze względów formalnych, a sąd umorzył postępowanie z powodu cofnięcia skargi). Tym samym ponowna czynność zamawiającego – ponowne badanie ofert, wykluczenie odwołującego z postępowania (pomimo uprzedniego wyboru jego oferty) ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji oraz wybór oferty przystępującego nie była związana z ww. orzeczeniami, lecz nastąpiła z własnej inicjatywy zamawiającego i jest czynnością nową, odrębną od pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba w wyroku o sygn. KIO 1511/12 uznała, że zamawiający był uprawniony do takiego działania.

Dlatego ocenie Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym podlega wyłącznie kwestia, czy czynność ponownego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej dokonana po wydaniu wyroku o sygn. KIO 1511/12 jest prawidłowa. I co do tej czynności Izba uznała, że

zamawiający powtórzoną czynność wykonał zgodnie z wyrokiem o sygn. KIO 1511/12, a co najmniej – nie wykonał jej niezgodnie z nim, gdyż wyrok ten w dużej mierze pozostał otwarty, tj. nakazywał zamawiającemu dokonanie pewnych czynności, lecz jednocześnie dawał mu swobodę co do oceny skutków tych czynności (co było uzasadnione z tego względu, że ocena ta miała zależeć od faktów, które dopiero zaistnieją w przyszłości).

Izba nie nałożyła również na zamawiającego obowiązku żądania wyjaśnień od odwołującego, a jedynie wskazała na taką możliwość.

Należy zwrócić uwagę, iż z uzasadnienia wyroku o sygn. KIO 1511/12 wynika, że Izba nie uznała za wystarczające i przekonujące wyliczeń ani odwołującego, ani zamawiającego. Stwierdziła jedynie, że system powiadamiania dźwiękowego powinien być zaliczony do systemu SSP, a tym samym jego wartość wliczona do wartości wymaganych systemów. Co do umów dodatkowych i uzupełniających Izba zwróciła uwagę, że prace miały być wykonane w ramach jednego zamówienia, ale bez konkluzji, czy umowy te powinny się wliczyć do wartości wymaganych systemów, czy też nie.

Wyrok KIO 1511/12 nie wskazuje również na to, że Izba uznała zaistniałe okoliczności za błąd, który nie stanowi złożenia nieprawdziwych informacji, a stwierdziła tylko, że nie została jednoznacznie ustalona wartość systemu – poniżej lub powyżej wymaganych 15 milionów złotych brutto.

Izba w wyroku o sygn. KIO 1511/12 nie rozpatrywała również informacji o doświadczeniu przystępującego, ponieważ nie podniesiono takich zarzutów. Zarzuty te pojawiły się dopiero szczątkowo w odwołaniu KIO 1985/12 (niniejszym), a rozwinięte zostały podczas rozprawy (odwołujący przedstawił dokumenty mające potwierdzić jego stanowisko).

Określenie „czynność badania i oceny ofert” jest powszechnie używaną nazwą tego etapu postępowania – dlatego też zostało ono użyte w sentencji, natomiast, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem wyrok ten ze swojej istoty nie dotyczył oferty przystępującego czy innych ofert. Zatem zamawiający mógł je ponownie analizować, ale w ramach czynności własnych, a nie wykonania wyroku Izby. Zresztą – jeśli być dokładnym – zamawiający przecież powtórzył „czynność badania i oceny ofert” jako taką.

Tym samym niniejszym Izba uznała, że, zgodnie z wyrokiem KIO 1511/12, zamawiający miał obowiązek powtórzyć czynność badania i oceny ofert w zakresie zbadania, czy w ofercie odwołującego przedstawiono nieprawdziwe informacje o wartości wykonanych systemów poprzez ustalenie wartości owych systemów, a zatem, czy spełnił też przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający postąpił poprawnie powołując biegłego, o którym mowa w art. 21 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu dokonania weryfikacji elementów składowych

i wyliczeń wartości wymaganych systemów. Przy czym, zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, opinia została wydana w stosunku do elementów spornych i zamawiający (biegły) przyjął wartości wskazane przez odwołującego w wyliczeniu przedstawionym w załączniku nr 5 do pisma procesowego złożonego w sprawie KIO 1511/12, nie negując ich. Zdaniem Izby zamówienie takiego zakresu opinii jest działaniem logicznym.

Ponieważ w wyroku o sygn. KIO 1511/12 Izba nie przesądziła, czy umowy dodatkowe i uzupełniające należy wliczyć do wartości wymaganych systemów, a z powyższej okoliczności każda ze stron wywiodła inne wnioski, Izba uznała za stosowne odnieść się do tej kwestii w niniejszym wyroku.

W wyroku o sygn. KIO 1511/12 Izba bowiem wpiერw stwierdziła, że wszystkie przedstawione opinie ujmują te umowy przy obliczaniu wartości wykonanych systemów, po czym wskazała, że zamawiający wyjaśnił, iż chodzi o jedno zamówienie – co mogłoby sugerować, że jest to uwaga poczyniona *a contrario* powyższymi wyliczeniami (jak przyjął zamawiający). Następnie jednak Izba przeszła do konkluzji, iż uznaje za uzasadnione stwierdzenie odwołującego, że w ramach zadania referencyjnego wykonywane były instalacje teletechniczne odpowiadające wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia w obecnym postępowaniu także w branżach innych, takich jak roboty budowlane, instalacje elektryczne, sieci zewnętrzne telekomunikacyjne.

Zdaniem Izby – po uwzględnieniu wyjaśnień odwołującego dotyczących przebiegu spornej inwestycji, które nie były podważane – wartość elementów systemów wykonanych w ramach tych umów powinna zostać uwzględniona w wartości wymaganego systemu.

Po pierwsze wynika to z samej treści warunku, który odnosi się do robót budowlanych – zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu systemów niskonapięciowych obejmujących co najmniej jeden lub kilka łącznie z następujących systemów: SKD, SSWiN, SSP, CCTV, SWOC, ANPR, TCS SSR, okablowanie strukturalne, sieci WLAN o wartości: 1) co najmniej 12 milionów PLN brutto lub 2) co najmniej 15 milionów PLN brutto, w przypadku wykonania kilku systemów łącznie.

Porównując definicję robót budowlanych zawartą w art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z zawartymi w art. 3 ustawy Prawo budowlane definicjami: robót budowlanych (budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego) oraz budowy (wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu), obiektu budowlanego (budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi) i budynku (obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach) jasne jest, że wszystkie roboty wykonane przez odwołującego w budowanym obiekcie do czasu zgłoszenia go do odbioru i otrzymania pozwolenia na użytkowanie były jednymi robotami budowlanymi. (Był to

nowobudowany budynek, zatem przytoczono tylko fragmenty definicji odnoszące się do przedmiotowej realizacji).

Nie zmienia tego również odpowiedź na pytanie nr 2 z 20 kwietnia 2012 r. Co prawda pytanie to zostało zadane w sposób dość niejasny, jednak zamawiający wskazał, że wymagane wartości dotyczą wykonania wymienionych systemów niskonapięciowych w ramach jednego zamówienia.

Przy tym zamawiający nie wskazał, czym ma być owo jedno zamówienie – konkretną umową, czy też konkretnym efektem w postaci np. budynku.

Sporu tego nie rozwiązuje sama wykładnia językowa pojęcia „zamówienie”. Zgodnie bowiem ze słownikową definicją, odpowiednią do niniejszej sytuacji, „zamówienie” to „polecenie dostarczenia lub wykonania czegoś” (wg internetowego „Słownika języka polskiego PWN” www.sjp.pwn.pl), a zatem może odnosić się zarówno do zamówienia – dokumentu/umowy, jak i zamówienia – zadania (całości realizowanego przedmiotu). I w obu tych znaczeniach jest powszechnie używane.

Również w praktyce zamówienie (czy jedno roboty budowlane) może zostać zakontraktowane w jednej umowie lub kilku umowach (a także jednej umowie wielokrotnie aneksowanej) – takie przypadki należy rozpatrywać i klasyfikować jako jedno lub wiele zamówień indywidualnie, z uwzględnieniem ich charakteru i przebiegu realizacji.

W rozpatrywanej sytuacji, zdaniem Izby, niewątpliwie mamy do czynienia z jednymi robotami budowlanymi i z jednym zamówieniem, gdyż realizacja zawartych umów składa się na jedno przedsięwzięcie, jedną funkcjonalną całość w postaci budowy budynku, a umowy wykonane były równocześnie lub bezpośrednio jedna po drugiej, z zachowaniem jednolitości i ciągłości miejsca i czasu. Tak więc samo wykonanie robót w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania zamówienia, które zostałyby zawarte na podstawie jednej umowy, a przy tym żadna z umów nie oddaje całości wykonanej budowy. Zatem w sytuacji tej ograniczenie jednych robót budowlanych czy jednego zamówienia do jednej umowy nie jest właściwe. Należy też zwrócić uwagę, iż gdyby przedmiotowe roboty budowlane nie były objęte systemem zamówień publicznych, inwestor i wykonawca, zamiast zawierać wymagane procedurami umowy na wykonanie zamówień dodatkowych i uzupełniających, prawdopodobnie zmieniliby umowę pierwotną aneksami – i tym samym, przy tym samym zakresie prac, nie byłoby wątpliwości, że jest to „jedno zamówienie”. Zatem niestosowne wydaje się gorsze traktowanie wykonawcy tylko dlatego, że przedmiotowego budynku nie wykonywał w warunkach „wolnorynkowych”, lecz w ramach formalnych ograniczeń zamówień publicznych.

Jednak nawet przy przyjęciu, że do wartości wykonanych systemów należy doliczyć również ich części wykonane w ramach zamówień dodatkowych i uzupełniających, Izba nie jest w stanie obliczyć wartości w wysokości przekraczającej wymagane 15 milionów złotych.

Co do uzyskanej przez zamawiającego opinii biegłego – odwołujący w piśmie procesowym negował zarówno dokonaną przez biegłego ocenę poszczególnych pozycji, których nie zaliczył on do wymaganych systemów, jak i same kompetencje biegłego. Jednak poza tym stwierdzeniem w zasadzie nic nowego nie wniósł do sprawy. A należy przypomnieć, że już w wyroku o sygn. KIO 1511/12 jego wywody i przedstawione dokumenty zostały uznane za niewystarczające.

Izba zaś nie znalazła konkretnych przesłanek, by zakwestionować czy to stanowisko (opinię) biegłego, czy też jego kwalifikacje.

Odwołujący przy tym – choć podkreślał również rozbieżność opinii i wyliczeń w poszczególnych pismach przedstawianych zamawiającemu i Izbie – był przeciw powołaniu przez Izbę biegłego (ewentualnie eksperta lub instytucji) w celu weryfikacji zakresu prac i ich wartości, których opinia mogłaby rozwiązać podnoszone wątpliwości.

Odwołujący skupił swoje odwołanie i argumentację podczas rozprawy na odczuciu niesprawiedliwego potraktowania go przez zamawiającego i zaniechaniu wykluczenia przystępującego, natomiast nieomalże pominął najistotniejszą zdaniem i z punktu widzenia Izby kwestię, tj. „obrony” swojej oferty w postaci dowiedzenia, że systemy zrealizowane w ramach zamówienia dla Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku rzeczywiście posiadają deklarowaną wartość.

Co do zarzutu nierównego traktowania obu wykonawców – Izba nie stwierdziła niezasadnie surowego potraktowania odwołującego. Owszem, powtarzane czynności skupiają się na deklarowanym przez niego doświadczeniu, lecz zaistniały ciąg wydarzeń wynika z konkretnych okoliczności. Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert, wykluczył odwołującego i dokonał wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że postanowienie o sygn. KIO 1066/12 go do tego nie zobowiązywało (nie rozstrzygało kwestii nieprawdziwych informacji merytorycznie). Jednak odwołanie to, jak też inne przesyłane przez wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pisma (m.in. do Prezesa UZP) spowodowały, że zamawiający powziął podejrzenia lub wręcz przekonanie, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, więc powtórzył czynność. Zostało tu już pozytywnie ocenione w wyroku o sygn. KIO 1511/12.

Należy bowiem odróżnić dwie rzeczy: możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej od samego obowiązku prawidłowego prowadzenia postępowania przez zamawiającego. Środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i są tylko pewnym sposobem reklamacji czynności, czy też zwrócenia zamawiającemu uwagi na dane okoliczności, a w razie ich nieuznania, rozstrzygnięcia powstałego sporu przez zewnętrzny organ, przy tym są obwarowane terminami i innymi wymogami formalnymi związanymi z ich

wniesieniem. Natomiast niezależnie od owych środków ochrony wykonawców zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie w sposób rzetelny i zgodny z założeniami proceduralnymi.

Co prawda pojawiają się poglądy negujące możliwość powtórzenia czynności przez zamawiającego z własnej inicjatywy, gdyż nie ma w ustawie Prawo zamówień publicznych bezpośrednich przepisów takie działanie regulujących. Są one jednak błędne. Przede wszystkim bowiem pomijają cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadę zapisaną w art. 7 ust. 3 w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. że zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Poza tym w ramach całego systemu prawa cywilnego istnieje ogólna zasada nakazująca uczestnikom obrotu prawnego staranne działanie, a w ramach konkretnych przepisów – regulacje dotyczące wad czynności prawnych, w tym błędu (art. 84 Kodeksu cywilnego). Wybór oferty najkorzystniejszej czy też jej akceptacja jako poprawnej (w znaczeniu niewykluczenia wykonawcy z postępowania i nieodrzużenia oferty) w sytuacji, gdy wykonawca powinien zostać wykluczony lub jego oferta odrzucona, można uznać za błąd w rozumieniu art. 84 Kodeksu cywilnego – do tego nie tylko istotny, ale też zawiniony przez wykonawcę, który kategorycznie oświadcza, że spełnia wszystkie warunki i wymogi.

Zamawiający poprzez swoje działanie lub zaniechanie nie może doprowadzić do sytuacji zawarcia umowy z wykonawcą, która już z założenia podlegałaby unieważnieniu (i dotyczy to zarówno ewentualnej umowy z odwołującym, jak i przystępującym).

Natomiast do chwili zawarcia umowy niepoprawny wybór oferty najkorzystniejszej nie jest jeszcze wadą niemożliwą do usunięcia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie KIO 1066/12 ze swojej istoty (złożył je przystępujący) dotyczyło nieprawdziwych informacji co do doświadczenia odwołującego, a nie przystępującego. Podobnie było w sprawie KIO 1511/12. Przystępujący przedstawił również w tym zakresie dowody, których znaczenie zamawiający mógł ocenić. Zatem naturalne, że tylko ta kwestia była przedmiotem badania przez zamawiającego i wykonania wyroku o sygn. KIO 1511/12.

Zarzut nieprawdziwych informacji co do kwalifikacji przystępującego pojawił się dopiero w odwołaniu KIO 1985/12, a dowody w tym zakresie odwołujący przedstawił dopiero na ostatniej rozprawie – a przecież swoje czynności zamawiający musi oprzeć na dowodach. Zatem również tutaj trudno stwierdzić, że zamawiający celowo zajmował się jedynie doświadczeniem odwołującego, a pomijał wątpliwości co do doświadczenia przystępującego. Jednocześnie tylko pierwsza czynność powtórzenia badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nastąpiła z inicjatywy zamawiającego – kolejne powtórzenie było już realizacją obowiązku wynikającego z wyroku Izby. Jego konsekwencją (m.in. nieuznania przez Izbę własnych wyliczeń zamawiającego) było też powołanie osoby posiadającej

wiadomości specjalne, czyli biegłego. Niewątpliwie lepsze dla biegu postępowania byłoby skorzystanie z tej możliwości wcześniej, jednak w sposób widoczny jest to skutek wyroku Izby o sygn. KIO 1511/12. Trudno więc uznać powołanie biegłego za nadużycie ze strony zamawiającego.

Przy tym, zdaniem Izby, pozytywnie należy ocenić fakt, iż zamawiający oparł swoją decyzję na własnym biegłym, a nie jedynie informacjach czy opiniach przedstawionych mu przez przystępującego (konkurującego przeciw wykonawcę). Należy bowiem zwrócić uwagę, że – niezależnie od intencji zamawiającego i poprawności tych informacji – działanie takie jest negatywnie odbierane przez pozostałych wykonawców.

Co do pism informacyjnych przesłanych zamawiającemu przez przystępującego w trakcie postępowania – po pierwsze ich złożenie nie było zależne od woli zamawiającego, po drugie praktyka taka obecnie stała się powszechna w postępowaniach i jest bezpośrednim skutkiem likwidacji instytucji protestu oraz wysokich wpisów za wniesienie odwołania i skargi.

Zatem i w tym miejscu trudno upatrywać „nękania” odwołującego.

Co do kwestii sporządzenia części projektu przez pana W..... (w kontekście braku obiektywności zamawiającego) – brak jest informacji, aby okoliczność ta miała cokolwiek wspólnego i w jakikolwiek sposób wpłynęła na ocenę spełnienia spornego warunku przez odwołującego.

Wbrew twierdzeniu odwołującego Izba w wyroku o sygn. KIO 1511/12 nie nakazała zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień – wskazała tylko na taką możliwość pozostawiając to uznaniu zamawiającego. Przy czym zdaniem Izby (to stwierdzenie odnosi się do niniejszego odwołania), zamawiający mógł takiego kolejnego wezwania nie dokonywać, gdyż posiadał już stanowisko odwołującego, zwłaszcza wyżej wskazany załącznik nr 5 do pisma procesowego.

Co do braku definicji systemów – po pierwsze należało tę kwestię podnosić na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po drugie jednak, zdaniem Izby, nawet sformułowanie takich definicji nie zapobiegłoby sporom, gdyż to nie tyle ogólne pojęcia odnoszące się do tych systemów są kwestią sporną, lecz to, czy można do nich zaliczyć poszczególne elementy, a to należy oceniać przez pryzmat konkretnych wykonanych systemów.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się i orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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: