

Sygn. akt: KIO 1511/12

WYROK

z dnia 31 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2012 r. przez **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., T4B Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia odwołującego z postępowania dokonanych dnia 5 lipca 2012 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych, Plac Niepodległości 1, 22-100 Chełm** 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 **Lubelskiego Zarządu Obsługi Przejść Granicznych, w Chełmie** na rzecz **ERBUD S.A., w Warszawie** kwotę 23 600 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) 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 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

Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych w Chełmie (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „BUDOWĘ PRZEJŚCIA GRANICZNEGO W DOŁHOBYCZOWIE - ETAP I, część IV” .

Odwołujący: ERBUD S.A. w Warszawie wniósł dnia 16.07.2012 r. odwołanie od czynności Zamawiającego tj. od:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- b) czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: Budimex S.A. Warszawa i T4B Spółka z o.o. Al. Warszawa (dalej „Konsorcjum Budimex”) jako najkorzystniejszej,
- c) czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy ERBUD S.A. Warszawa, Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez unieważnienie czynności z dnia 18 maja 2012 r. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz poprzez wybór oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, iż Odwołujący nie złożył nieprawdziwych informacji,
- c) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu,
- d) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z Postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- b) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- c) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- d) uznanie dokonanego przez Zamawiającego w dniu 18 maja 2012 r. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej za prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy. Względnie, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która zawiera najniższą cenę i jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Stosownie do pkt 7.1 SIWZ, o udzielenie niniejszego 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 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 12,00 mln PLN brutto lub 2) co najmniej 15,00 mln brutto, w przypadku wykonania kilku systemów łącznie.

Zamawiający nie zamieścił definicji poszczególnych systemów wskazanych w warunku udziału w postępowaniu. W treści SIWZ nie wprowadzono 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 stwierdza, że spełnił powyżej postawiony warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, co potwierdził dołączając do oferty list referencyjny wystawiony przez Gdański Uniwersytet Medyczny z dnia 3.01.2012 r., z którego wynika, iż wykonał roboty budowlane polegające na budowie obiektu Centrum Medycyny Inwazyjnej w Gdańsku (CMI), w tym polegające na wykonaniu systemów niskonapięciowych takich jak m.in. systemu sygnalizacji pożarowej SAP z systemem Gemos, dźwiękowego systemu ostrzegawczego DSO, systemów alarmowych SSWiN, telewizji przemysłowej CCTV, zabezpieczenia ogólnego i kontroli dostępu KD, systemów audiowizualnych i telewizji dydaktycznej, TV-SAT, instalacji teletechnicznych dla potrzeb medycznych - instalacji przyzywowych i kontroli wejścia, systemu przywoławczego, okablowania strukturalnego i telefonicznego). W celu wykazania spełnienia w/w warunku wiedzy i doświadczenia ERBUD S.A. do oferty dołączył również wykaz, w treści którego zawarł informację o zrealizowanych w ramach w/w inwestycji systemach niskonapięciowych o wartości 18.893.944 zł brutto - zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ oraz oświadczenie o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Ustawy na zał. nr 2 do SIWZ.

Ponadto, Odwołujący składając wyjaśnienia pismem z dnia 7 maja 2012r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.04.2012r. (pismo TZ-3231/6/12) ponownie oświadczył, iż w ramach zamówienia „Budowa obiektu Centrum medycyny Inwazyjnej (wykazał wykonanie następujących robót budowlanych polegających na wykonaniu systemów niskonapięciowych spełniających wymagania zamawiającego: SKD, SSWiN, SSP, CCTV, okablowanie strukturalne, sieci WLAN oraz oświadczył, że łączna wartość wymienionych systemów wyniosła ponad wymagane przez Zamawiającego 15 mln zł brutto.

W związku z powyższym należy przyjąć, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu stosownie do przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

2. Odnosząc się do drugiej podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania - art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Odwołujący podnosi, iż złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia oświadczenia o wartości wykonanych systemów niskonapięciowych w ramach

inwestycji na budowę CMI (wartość przekraczająca wymagane warunkiem udziału w postępowaniu 15 mln brutto) odpowiadają prawdzie.

Punktem wyjścia wszelkich rozważań należy uczynić ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, iż przypisanie wykonawcy nieprawdziwych informacji jest czynnością skutkującą istotnymi następstwami prawnymi, zatem zarzut taki powinien być wykazany w sposób niewątpliwy i jednoznaczny na podstawie dowodów (wyrok KIO z dnia 29.12.2011r. sygn. KIO 2698/11). Zamawiający w uzasadnieniu decyzji z dnia 5 lipca 2012 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie wykazał w sposób ponad wszelką wątpliwość ani nie przywołał jednoznacznych dowodów, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podkreśla, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30.04.2012r. (pismo TZ-3231/6/12) złożył wyjaśnienia pismem z dnia 7 maja 2012r. dot. wartości zrealizowanych systemów. Wyjaśnienia te nie budziły wątpliwości Zamawiającego, który wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Na marginesie wskazuje, iż odnośnie w/w czynności Zamawiającego toczy się obecnie postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym w Lublinie pod sygn. akt IX Ga 238/12 (skarga konsorcjum Budimex i T4B na postanowienie KIO w sprawie 1066/12 z dnia 6.06.2012 r. o odrzuceniu odwołania), a w postępowaniu tym Zamawiający nie uwzględnił odwołania w zakresie zarzutów odnoszących się do rzekomego podania przez wykonawcę Erbud S.A. nieprawdziwych informacji, a zatem uznaje, że oferta tego Wykonawcy jest prawidłowa i takich informacji nie zawiera. Innymi słowy Zamawiający aktualnie pozostaje w sporze (broniąc wyboru oferty Erbud jako najkorzystniejszej), a równolegle unieważnia dokonanie wyboru tej oferty i wyklucza Wykonawcę Erbud z postępowania (!)

Zamawiający dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert (powyższe potwierdza fakt wezwania wykonawcy Erbud w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp pismem z dnia 22.06.2012 r. nr TZ-3231/6/12), mimo że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uległo już zakończeniu (zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp kończy się ono z chwilą wyboru oferty wykonawcy. Aby Zamawiający mógł dokonać czynności ponownej oceny ofert, musiał w pierwszej kolejności unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czego jeszcze wówczas nie uczynił, a zatem dokonał ponownego badania i oceny ofert po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czym naruszył przywołane w petitum przepisy ustawy Pzp. Bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (uczynił to dopiero w dniu 5 lipca 2012 r.), a zatem po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie mógł również badać merytorycznie rzekomych dowodów przedstawionych przez w/w Konsorcjum w dniach 8 i 29 czerwca 2012 r. Po pierwsze zostały one zgłoszone w trybie nie przewidzianym ustawą Pzp, tj. po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia i z pominięciem środków ochrony prawnej (nie może być żadnym

uzasadnieniem dla bezprawnych działań Zamawiającego fakt odrzucenia odwołania Konsorcjum postanowieniem z dnia 6.06.2012 r. ponieważ od tego orzeczenia służyła skarga do sądu okręgowego z czego Konsorcjum skorzystało). Reasumując, Zamawiający nie miał prawa brać pod uwagę rzekomych dowodów zgłoszonych w trybie pozaustawowym w dniach 8 i 29.06.2012r. i na tej podstawie dokonać wykluczenia wykonawcy Erbud S.A., ale powinien czekać do prawomocnego rozstrzygnięcia toczącego się postępowania dotyczącego zarzutu podania nieprawdziwych informacji (skarga do Sądu Okręgowego została wniesiona w dniu 27.06.2012 r. a czynność, unieważnienia wykluczenia i ponownego wyboru miała miejsce w dniu 5.07.2012 r.). W konsekwencji działań Zamawiającego doszło do obejścia przepisów ustawy dotyczących środków ochrony prawnej. W świetle ustawy miejscem merytorycznego badania ewentualnych dowodów na okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji jest postępowanie ze środków ochrony prawnej (nadal się toczy). W okresie toczących się postępowań ze środków ochrony prawnej, tj. w okresie w którym zawieszeniu ulega związanie ofertą, Zamawiający „nie powinien podejmować żadnych czynności, z wyjątkiem jedynie odpowiedzi na odwołanie” (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, - do art. 182 - J. Pieróg, C.H. Beck, wyd. 11, rok 2012). Taki „pozaustawowy”, tj. z pominięciem środków ochrony prawnej, tryb uwzględniania żądań jednego z Wykonawców wyklucza możliwość ustosunkowania się do tych żądań przez pozostałych Wykonawców, co de facto oznacza, że zostało przeprowadzone konkurencyjne „postępowanie” w stosunku do toczącego się postępowania ze środków ochrony prawnej, „za plecami” Wykonawcy, którego oferta została pierwotnie wybrana najkorzystniejszą. Po to ustawodawca wprowadził do ustawy środki ochrony prawnej i powierzył rozstrzyganie niezależnym instytucjom, aby jeden z wykonawców z Zamawiającym nie dokonywali „sądu” nad ofertą innego wykonawcy z pogwałceniem procedur. Wykluczenie Odwołującego jest zastanawiające zwłaszcza, gdy dokona się analizy materiału dowodowego, który miałyby rzekomo świadczyć o tym, że Odwołujący złożył informacje nieprawdziwe. Jest to w gruncie rzeczy, ten sam materiał dowody i ta sama argumentacja co przedstawiona w w/w toczącym się postępowaniu odwoławczym i skargowym. Konsorcjum w większości załączyło te same dowody, które obecnie stanowią dla Zamawiającego jedyną podstawę dla wykluczenia Wykonawcy Erbud z postępowania (pomijając oczywiście część nieczytelnych harmonogramów ze względu na które odwołanie Konsorcjum zostało odrzucone). Pozostałe dowody, a w tym opinia PISA, na którą obecnie powołuje się Zamawiający, były czytelne i jako takie nie stanowiły zdaniem Zamawiającego wystarczającej podstawy do przyjęcia, że wykonawca Erbud złożył nieprawdziwe informacje, a zatem nie stanowiły podstawy do uwzględnienia odwołania Konsorcjum. Jak pokazuje działanie Zamawiającego, nie stanowi również podstawy do uwzględnienia skargi Konsorcjum, do której ten materiał dowodowy został załączony już prawidłowo.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, iż Zamawiający błędnie uznał za wiarygodne dowody przedkładane sukcesywnie przez Konsorcjum Budimex w toku lub poza procedurą postępowania o udzielenie zamówienia. Wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wskazał, dlaczego w jego ocenie dowody przedstawione przez Konsorcjum Budimex zasługują na uwzględnienie. Brak jest w tym zakresie po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia wykluczenia z postępowania. Jak wynika ze wszystkich wyjaśnień składanych przez Wykonawcę Erbud w trakcie postępowania (i po jego zakończeniu), wartość pominiętych lub niezakwalifikowanych przez Budimex S.A. i T4B Spółka z o.o. robót budowlanych polegających na wykonaniu systemów niskonapięciowych w ramach inwestycji na budowę CMI, bez wątplenia mieści się w zakresie systemów wymaganych przez SIWZ, co oznacza, że gdyby Budimex S.A. i T4B Spółka z o.o., jak również autorzy przedstawionych ekspertyz, dokonali rzetelnych obliczeń na podstawie kompletnej dokumentacji, to zauważyliby, że ERBUD S.A. podał informacje wyłącznie prawdziwe i mające oparcie w stanie faktycznym, a wartość łączna wykonanych systemów, które zostały przez Odwołującego pominięte lub nieuwzględnione, przekracza kwotę 15 mln zł brutto.

W ocenie ERBUD S.A. - opieranie się na dowodzie z dokumentu prywatnego wydanego przez organizację, która nie jest ani instytucją zaufania publicznego (a jedynie dobrowolnym zrzeszeniem pewnej grupy przedsiębiorców), ani ekspertem w zakresie wszystkich systemów objętych wymaganiami SIWZ, a która ponadto jest silnie powiązana z jednym konsorcjantów (T4B na swoich stronach internetowych i w wielu powszechnie znanych publikacjach „chwali się” w niektórych "systemach alarmowych" monopolistyczną pozycją na rynku), zdecydowanie eliminuje sporządzony dokument jako dowód w sprawie. Jak wykazał ERBUD S.A., przedstawione Zamawiającemu przez Budimex S.A. i T4B Spółka z o.o. dokumenty i wyliczenia nie obejmują szeregu robót budowlanych polegających na wykonaniu systemów niskonapięciowych w ramach inwestycji na budowę CMI, zatem nie mogą z oczywistych względów stanowić dowodu, iż wartość systemów niskonapięciowych wykonanych w ramach inwestycji CMI jest niższa niż 15 mln zł brutto. W konsekwencji uznać należy, że ERBUD S.A. w sposób dostateczny wykazał spełnienie określonego w pkt 7.1 iż zarzut podania nieprawdziwych informacji nie budzi żadnych wątpliwości. Tym bardziej, że w toczącym się w/w postępowaniu odwoławczym, zarzutu tego nie uwzględnił.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.06.2012r., po raz kolejny złożył wyjaśnienia potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie uwzględnił tych wyjaśnień ERBUD S.A., opierając się na dokumentach (opiniach prywatnych wydanych na zlecenie strony zainteresowanej uzyskaniem zamówienia) pomijających w swej treści istotne fakty w zakresie mającym decydujące znaczenie dla wartości wykonanych systemów niskonapięciowych. Zarówno treść opinii

Polskiej Izby Systemów Alarmowych, jak i Politechniki Warszawskiej, obrazują zupełną dowolność w kwalifikowaniu poszczególnych zakresów i kwot do wartości wykonanych systemów napięciowych.

Dla skuteczności wykluczenia Odwołującego z postępowania zamawiający powinien udowodnić podstawy faktyczne (złożenie nieprawdziwych informacji) oraz zamiar ich podania w ofercie. (por. KIO 1999/11) „istnieje po stronie zamawiającego konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności zarzucanych odwołującemu, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Fakt złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zamawiający winien wykazać za pomocą dowodu wskazującego na zaistnienie zarzucanych wykonawcy zachowań, w sposób pewny w konkretnie stwierdzonych okolicznościach”.

Podobnie KIO 1731/11 i 1757/11, cyt. „przepis o wykluczeniu wykonawcy z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji ma charakter sankcyjny, nie powinno się go traktować rozszerzająco i stosować w wypadku, gdy nie stwierdzono jednoznacznie owej nieprawdziwości”.

Reasumując, przyjęcie przez Zamawiającego dowodów przedłożonych przez Konsorcjum Budimex należy uznać za błędne, zaś czynność wykluczania Odwołującego z postępowania za rażąco naruszającą dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy. W konsekwencji, także czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego.

3. Niezależnie od powyższego, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przestrzega zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Referencje w ofercie Konsorcjum Budimex są lakoniczne, nigdy nie były przedmiotem żądania wyjaśnień w związku z podaną w wykazie wartością wykonanych systemów niskonapięciowych. Pomimo braku weryfikacji tych referencji przyjęto - w przeciwieństwie do obecnych działań Zamawiającego - iż Konsorcjum Budimex wykazało spełnienie opisanego w pkt 7.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

Chronologia wydarzeń i czynności, jakie miały miejsce w, wskazuje na nie przestrzeganie przez Zamawiającego zasad, które statuuje przepis art. 7 ust. 1 ustawy. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy, jest niewątpliwie stosowany w toku badania i oceny złożonych ofert. Kwestia wartości systemów niskonapięciowych wykonanych przez ERBUD na obiekcie CMI była przedmiotem wyjaśnień w toku badania i oceny złożonych ofert. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.04.2012r., Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia pismem z dnia 07.05.2012r. Wyjaśnienia te były dla Zamawiającego wystarczające, skutkiem czego był wybór oferty ERBUD S.A. jako najkorzystniejszej, dokonany zawiadomieniem z dnia 18 maja 2012r. dokonał czynności wyboru oferty ERBUD S.A. jako najkorzystniejszej. Czynność wyboru oferty Odwołującego stała się przedmiotem odwołania z dnia 25 maja 2012r.

wniesionego przez Konsorcjum Budimex. Odwołanie to zostało następnie odrzucone przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowieniem z dnia 6 czerwca 2012r. sygn. akt. KIO/ 1066/12. Pomimo odrzucenia odwołania oraz faktu, iż Konsorcjum Budimex wniosło skargę na ww. postanowienie KIO, Konsorcjum to kierowało do Zamawiającego, w trybie pozaustawowym, z pominięciem środków ochrony prawnej określonych, kolejne pisma do Zamawiającego, wskazujące na rzekome nie spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Następnie, w dniu 22 czerwca 2012r. Zamawiający wezwał Odwołującego, po raz kolejny, do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości niskoprądowych. Czynność Zamawiającego była dokonana po wyborze oferty ERBUD S.A. jako najkorzystniejszej, który to wybór uprawomocnił się z chwilą ogłoszenia postanowienia KIO sygn. akt. KIO/ 1066/12.

Pomimo tego, Odwołujący kolejny raz potwierdził spełnienie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, składając jednocześnie obszernie wyjaśnienia w tym zakresie.

Kolejne zdziwienie Odwołującego wywołało zawiadomienie Zamawiającego z dnia 5 lipca 2012r. o wyborze oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej. Pomimo dwukrotnego złożenia Zamawiającemu, wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania.

Wskazał na fragment pisma Zamawiającego z dnia 5 lipca 2012r., cyt. *„Konsorcjum firm: Budimex S.A i T4B Sp. z o.o. wniosło odwołanie do KIO na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie zostało odrzucone ze względów formalnych bez merytorycznej oceny odwołania i zawartych w nim argumentów.*

W związku z postanowieniem KIO, zamawiający otrzymał od odwołującego w dniu 08.06.2012 r. oraz 29.06.2012 r. treść dowodów potwierdzających niespełnienie przez wykonawcę - Erbud S.A. warunku udziału w postępowaniu. Z załączonych dokumentów wynika, że wartość systemów wymaganych przez zamawiającego a wykonanych w ramach budowy CMI w Gdańsku wynosi poniżej 15 mln zł. Odwołujący załączył dowody m.in. SIWZ budowy CMI - Akademii Medycznej w Gdańsku. umowę na wykonanie. w charakterze generalnego wykonawcy robót budowlanych, umowy dodatkowe, protokół odbioru częściowego i końcowego, harmonogramy rzeczowo-finansowe oraz dwie opinie dot. wartości systemów niskonapięciowych spełniających wymagania zamawiającego, a wykonanych w ramach budowy CMI, a także interpretację aktów prawnych i norm dotyczących systemów niskoprądowych. Są to dowody, na podstawie których można określić wartość i zakres.

W związku z uzyskaniem nowych dowodów zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości i zakresu wykonanych systemów niskonapięciowych. Na wezwanie zamawiającego wykonawca ponownie potwierdził spełnienie warunku udziału w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Po przeanalizowaniu złożonych przez strony postępowania dokumentów zamawiający uznał, że dowody przedstawione przez odwołującego zasługują na uwzględnienie.”

Odwołujący podkreśla, iż dowody otrzymane przez Zamawiającego w dniu 8 i 29 czerwca 2012 r. nigdy nie zostały przekazane Odwołującemu przez Zamawiającego ! Tymczasem to na ich podstawie Zamawiający dokonał w dniu 5 lipca 2012r. tak daleko idącej czynności, jak wykluczenie Odwołującego z postępowania, w szczególności w zakresie podstawy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało wystosowane do Odwołującego w dniu 22 czerwca 2012r., tymczasem kolejne dowody przedłożone przez Konsorcjum Budimex zostały przekazane Zamawiającemu dopiero w dniu 29 czerwca 2012r.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo dot. art. 7 ust. 1 ustawy, w tym GKA orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, KIO i sądów okręgowych.

W toku rozprawy złożył pismo procesowe na poparcie argumentacji wraz z załącznikami, w tym oświadczeniem projektanta o realizowanych systemach niskonapięciowych, opinię rzeczoznawców o funkcjonalnym powiązaniu systemu DSO (dźwiękowy system ostrzegawczy) i systemu SAP (system sygnalizacji pożaru) oraz kwalifikacji tych systemów jako urządzeń przeciwpożarowych, zestawienie rzeczowe i wartościowe robót dla zadania CMI w Gdańsku ze wskazaniem łącznej wartości 18 893 944 zł w zestawieniu z wyliczeniem dokonany przez PISA wziętym pod uwagę przez zamawiającego przy ponownej ocenie oferty, protokół zaawansowania robót i kosztorys ofertowy dla ww zadania w części instalacji teletechnicznej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że dokonał szczegółowej analizy dokumentów źródłowych złożonych przez konsorcjum Budimex z pismem z 6 czerwca 2012 roku, w szczególności dokumentów pod pozycjami 2, 12, 18, 21 wykazu dokumentów przekazanych przy tym piśmie, uwzględniając okoliczność, że wymagał wykazania się realizacją określonych systemów w ramach realizacji jednego zamówienia (załącznik nr 13, odpowiedź na pytanie nr 2 z 20 kwietnia 2012 roku). Nie uwzględnił zamówień dodatkowych udzielanych z wolnej ręki, jako uzupełniających przy realizacji CMI i na tej podstawie wyliczył kwotę w wartości wykonanych systemów na 8 547 677 zł, tj. poniżej wymaganych 15 mln zł. Składa sporządzone zestawienie uwzględnionych prac na wyżej wskazaną kwotę. Przysnał, że w informacji o czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej nie zawarł informacji, w jakim zakresie wartościowym i w odniesieniu do których realizowanych systemów niskonapięciowych w inwestycji CMI w Gdańsku uznał doświadczenie odwołującego, a których nie uwzględnił.

Stwierdził, że wobec wykazania przez konsorcjum Budimex wymaganego doświadczenia w realizacji jednego zadania nie było potrzeby żądania wyjaśnień co do innych robót.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – konsorcjum Budimex, wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że wykluczenie odwołującego spowodowało doprowadzenie postępowania do stanu zgodnego z prawem. Uznał, że zamawiający miał podstawy do sprawdzenia, po wyborze oferty, prawdziwości oświadczenia Erbud S.A. o spełnieniu warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wskazał na możliwość uchylenia się przez zamawiającego od skutków swojego oświadczenia o wyborze oferty w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego (art. 84 i 88 kc). Stwierdził, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a w jego toku przedkładał informacje niezgodne ze stanem faktycznym, wpływające na wynik postępowania. Wskazał na treść oferty odwołującego, w tym wykaz wykonanych robót (s. 13) z informacją o wykonaniu systemów niskoprądowych o wartości 18 893 944 zł z referencjami Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego o zrealizowaniu prac objętych projektem budowlanym i wykonawczym o wartości 201 412 957,89 zł.

Przystępujący wskazał na przebieg postępowania, w którym zamawiający wzywał wykonawcę do wyjaśnień w przedmiotowej sprawie, w tym wezwanie z 30.04.2012, gdzie zamawiający żądał wyjaśnienia „w zakresie łącznej wartości, wykonanych w ramach budowy CMI, systemów niskoprądowych spełniających wymagania..” Stwierdził, że już z treści referencji wynikało, że na kwotę wskazanych w wykazie 18 mln zł składał się szereg systemów, które nie były wskazane w siwz i ogłoszeniu, a zaoferowane w tamtym przetargu instalacje teletechniczne miały wartość nie spełniające wymogu min. 15 mln zł. W ocenie przystępującego wartość robót o takich parametrach wyniosła 12 167 007,41 zł, co wynika z informacji uzyskanych od Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego zawartych w umowach tego zamawiającego z odwołującym Erbud S.A. Wskazując na otrzymane informacje stwierdził, że Erbud S.A. poświadczył nieprawdę i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazał na orzecznictwo SN i KIO dotyczące pojęcia „nieprawdziwe informacje” użytego w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Podkreślił, że odwołujący nie zaprzeczył prawdziwości dokumentów złożonych przez konsorcjum Budimex oraz nie zaprzeczył treści dokumentów uzyskanych z Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku.

Wskazał również, że przytoczenie w odwołaniu czynności wezwania do złożenia wyjaśnień z 22.06.2012 r. i wskazanie na jej bezzasadność należy uznać za spóźnione.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem odwołującego, zamawiającego i przystępującego do postępowania odwoławczego uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu, zważyła, co następuje.

W kwestii dopuszczalności prawa zamawiającego do badania i oceny ofert wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznaje możliwość weryfikacji przez zamawiającego podjętej pierwotnie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w sytuacji powzięcia nowych informacji dotyczących oferty mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Należy zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej. Definicja postępowania zawarta w art. 2 pkt 2a nie wskazuje takiego momentu lecz cel postępowania, jakim jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 sygn. akt: III CZP 103/10 postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 pkt 7a ustawy da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych, natomiast przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, „ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.” W takim stanie rzeczy twierdzenie o niemożności zweryfikowania przez zamawiającego wcześniejszych swoich ocen w odniesieniu do wykonawców i złożonych przez nich ofert jest niezasadne.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania w wyniku uznania, że złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia opisanego w pkt 7.1 siwz skład orzekający zauważa, że w wykazie wykonanych robót (załącznik nr 4 do oferty) wykonawca podał wartość systemów niskonapięciowych (niskoprądowych) w wysokości 18 893 944 zł tj. przekraczającą wymóg min. 15 milionów zł określony w siwz.

W związku zakwestionowaniem przez konkurencyjnego wykonawcę doświadczenia odwołującego zamawiający zażądał od odwołującego złożenia wyjaśnień w zakresie łącznej wartości systemów niskonapięciowych spełniających wymagania zamawiającego. W kolejnych wyjaśnieniach odwołujący deklarował wykonanie wymaganych systemów tj. SKD, SSiWN, SSP, CCTV, okablowanie strukturalne i sieci WLAN o wartości przekraczającej 15 mln zł. W wyjaśnieniach tych nie przedstawiał jednak żadnych wartości zrealizowanych poszczególnych systemów. Należy stwierdzić, że celem wyjaśnień jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, natomiast trudno przypisać walor wyjaśnienia stwierdzeniu, że postawione warunki zostały spełnione. Dopiero w treści odwołania wykonawca wskazał na przykłady jego zdaniem niesłusznie nieuwzględnionych prac przez zamawiającego w toku kolejnego badania oferty nadal nie przedstawiając specyfikacji rzeczowo wartościowej zrealizowanych systemów.

Jednocześnie Izba zauważa, że również zamawiający uzasadniając decyzję o uznaniu braku wymaganego doświadczenia odwołującego nie wskazał, pomimo stwierdzenia, że przeanalizował dokumentację pozyskaną od wystawcy referencji za pośrednictwem przystępującego, jaka jego zdaniem jest wartość wykonanych systemów zgodnych z wymogami siwz, lecz poprzestał na stwierdzeniu, że wartość takich systemów jest mniejsza niż 15 mln zł. W ocenie składu orzekającego zamawiający na tym etapie oceny ofert oparł się na opiniach Polskiej Izby Systemów Alarmowych z 22.05.2012 r. oraz Instytutu Telekomunikacji Politechniki Warszawskiej z 5.06.2012 r. sporządzonych na zlecenie członka konsorcjum przystępującego. W opiniach tych dokonano wyliczeń wartości systemów zgodnych i pokrewnych z siwz. Pierwsza z nich wskazuje na kwotę 12 167 007,41 zł, druga – 11 135 192,27 zł. Odwołujący zanegował powyższe opracowania uznając je za wewnętrznie sprzeczne i nierzetelne kwestionując kompetencje autorów i stwierdził, że oparte są one na niepełnej informacji o zakresie prac realizowanych na rzecz Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego. W wyjaśnieniach z 25.06.2012 r. wskazał przykłady bezpodstawnie, jego zdaniem, nieuwzględnionych w opiniach systemów. Nadal jednak nie przedstawił własnych obliczeń na potwierdzenie oświadczenia o spełnieniu spornego warunku udziału w postępowaniu. Zestawienie takie zawierające wyliczenie wartości systemów jako zgodnych z siwz przedmiotowego postępowaniu z odniesieniem do wyliczeń PISA odwołujący złożył na rozprawie jako załącznik nr 5 do pisma procesowego (w aktach sprawy). W powyższym zestawieniu ujęto prace wykonane zarówno na podstawie umowy głównej, jak i umów uzupełniających, a zatem analogicznie do zakresu opracowań wyżej wskazanych. Podobnie też wszyscy autorzy, w tym odwołujący przyjmowali dla niektórych elementów instalacji własne oszacowania co do zakresu, w tym w ujęciu procentowym, prac odpowiadających wymogom siwz, co może dodatkowo wyjaśnić różnice w końcowym wyniku. W tym miejscu należy zauważyć, że wymagania dotyczące wartości i rodzajów systemów niskonapięciowych określone w siwz, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 2 z dnia 20.04.2012 r. miały dotyczyć wykonania „w ramach jednego zamówienia”. Izba uznaje za uzasadnione stwierdzenie odwołującego, że w ramach zadania referencyjnego wykonywane były instalacje teletechniczne odpowiadające wymogom siwz w obecnym postępowaniu także w branżach innych, takich jak roboty budowlane, instalacje elektryczne, sieci zewnętrzne telekomunikacyjne (okoliczność nie kwestionowana na rozprawie). W ocenie Izby odwołujący wykazał także w oparciu o przedstawiony dowód z opinii rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych, że dźwiękowy system ostrzegawczy powiązany funkcjonalnie z systemem sygnalizacji pożaru w Centrum Medycyny Inwazyjnej stanowią wspólny system zabezpieczenia przeciwpożarowego, a zatem mogą być uwzględnione przy ustalaniu wartości na potrzeby postępowania.

Skład orzekający zauważa ponadto, że obliczona przez zamawiającego wartość systemów spełniających w jego ocenie warunki udziału przedstawiona w formie tabelki na rozprawie nie uwzględnia powyższego stanowiska i nie została przekonująco uzasadniona.

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.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: