

Sygn. akt: KIO 362/12

WYROK

z dnia 5 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Łukasza Świdzińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM Łukasz Świdziński, Radziemice 45A/8, 32-100 Radziemice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Miasto Miechów, ul. Sienkiewicza 25, 32-200 Miechów**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert w części II i III postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Miechów, ul. Sienkiewicza 25, 32-200 Miechów i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Łukasza Świdzińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM, Radziemice 45A/8, 32-100 Radziemice** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Miasta Miechów, ul. Sienkiewicza 25, 32-200 Miechów** na rzecz **Łukasza Świdzińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM, Radziemice 45A/8, 32-100 Radziemice** kwotę **13 678 zł 88 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt osiem złotych, osiemdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

I. Gmina Miechów (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Budowa obiektów rekreacyjno - sportowych w Gminie Miechów - Brzuchania, Szczepanowice, Zarogów.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 stycznia 2012 r., poz. 6227 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 21 lutego 2012 r. Łukasz Świdziński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą LUK TERM (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach II oraz III i zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust 3 Prawa zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 22 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie spełnił warunku ubiegania się o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, art. 24 ust 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych przez przyjęcie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, art. 89 ust 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust 2 pkt 3 i w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego, jako wykluczonego z postępowania, art. 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W części II i III postępowania Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert dla zadania II i III.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W części V SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie ma dostarczyć Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” Zamawiający zażądał od wykonawców przedłożenia „wykazu wykonanych we wskazanym okresie robót budowlanych, z podaniem ich zakresu, wartości oraz daty i miejsca wykonania, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do niniejszej SIWZ oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniane będzie ich łączne doświadczenie). W części VI SIWZ „Opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w pkt 2 wskazuje Zamawiający, iż: „Ocena spełnienia warunku, o którym mowa w części IV pkt 2,3, SIWZ będzie dokonana: na podstawie wykazu, o którym mowa w części V pkt 6 SIWZ (Załącznik 5 do SIWZ), z wykazu powinno wynikać, że Wykonawca wykonał w ciągu ostatnich pięciu lat, co najmniej 1 robotę odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zadania (wg wytycznych określonych w części IV SIWZ pkt. 2) z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie; dokumenty, o których mowa w części V pkt 6 SIWZ, powinny potwierdzać, że co najmniej 1 robota budowlana zawarta w wykazie została wykonana należycie”.

2. W dniu 27 stycznia 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie dokumentów potwierdzających wykonanie placu zabaw z montażem urządzeń wykonanych zgodnie z wymogami normy PN-EN 1176 oraz wykonanie robót brukarskich. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił Odwołujący referencje, w których Andrzej Franaszek (prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą AVANT ART) potwierdza, iż prace budowlane zrealizowane przez Odwołującego zostały wykonane należycie i w terminie 8 lutego 2008 r. - 16 czerwca 2008 r. i zgodnie z wymogami normy PN-EN 1178. Pismo zawierające „Wyjaśnienia” datowane było na dzień 26 stycznia 2012 r.

3. W dniu 2 lutego 2012 r. Zamawiający skierował do Odwołującego dokument, w którym wzywa do złożenia w terminie do 3 lutego 2012 r. pisemnych wyjaśnień odnośnie uzupełnionych dokumentów: „dotyczących daty wystawienia dokumentu przez AVANT ART. Andrzej Franaszek w kontekście skierowanego do Państwa pisma z dnia 27-01-2012 r. znak sprawy ZP.271.3.12.”

4. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 lutego 2012 r. Odwołujący złożył w dniu 3 lutego 2012 r. pismo, w którym wyjaśnia, iż w piśmie AVANT ART złożonym w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 27 stycznia 2012 r. nastąpił błąd dotyczący niepoprawnej daty pisma, natomiast nie powoduje to nieprawidłowości złożonych wyjaśnień oraz załączył wyjaśnienie AVANT ART, z którego wynika, iż Odwołujący w okresie od 28 lutego 2008 r. do dnia 16 czerwca 2008 r. prowadził prace budowlane polegające na termomodernizacji budynku wielorodzinnego oraz budowy placu zabaw wraz z montażem przy ul. Wysokiej w Krakowie.

5. W dniu 16 lutego 2012 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu II i III, także o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty. Zamawiający uzasadnił wykluczenie Odwołującego z postępowania faktem złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a mianowicie, zdaniem Zamawiającego, wskazuje na to data protokołu odbioru robót wykonanych na rzecz AVANT ART. Andrzej Franaszek, a „tym samym zaprzecza on potwierdzeniu iż budowa placu zabaw (...) została wykonana należycie”.

6. Zamawiający uzyskał protokół odbioru niezależnie od postępowania, w którym złożono odwołanie (dokument ten został złożony w ramach innego, toczącego się równoległe postępowania, a wynikała z niego data odbioru robót w dniu 26 lutego 2008 r.)

7. Ponadto w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający podnosił, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje również odnośnie faktu wykonania placu zabaw – z pisma uzyskanego przez Zamawiającego bezpośrednio od inwestora wynika, że we wskazywanej przez Odwołującego lokalizacji nie ma żadnego ogródka jordanowskiego. Zamawiający wyjaśniał, że nie powołał się na powyższą okoliczność, podając podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania, ponieważ na dzień powzięcia decyzji dysponował jedynie informacją wynikającą z pisma, które wpłynęło faksem, a oryginał wpłynął do Zamawiającego już po zawiadomieniu wykonawcy o podstawie jego wykluczenia.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba uznała, że w związku z samymi rozbieżnościami w datach wykonania prac (które to rozbieżności rzeczywiście zaistniały w dokumentach) nie ziściła się przesłanka wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji. Podstawą wykluczenia mogą być wyłącznie nieprawdziwe informacje, które miały lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – natomiast w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający po pierwsze

nie ustalił, które z podanych informacji są nieprawdziwe (nie wskazywano na konkretną datę rozpoczęcia/wykonania prac), a po drugie Zamawiający nie wykazał, że przedmiotowe rozbieżności w datach mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Każdy zakres wskazywanych przez Odwołującego dat mieścił się w okresie, w którym prace należało wykonać, by wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, dlatego z punktu widzenia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest to fakt bez znaczenia.

Zamawiający nie wskazał w piśmie informującym Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania innej podstawy faktycznej wykluczenia, niż rozbieżności w datach – nowa podstawa faktyczna pojawiła się na dalszym etapie postępowania (uzewnętrzniła się dopiero w odpowiedzi na odwołanie). Nawet jeżeli Zamawiający miał powód, aby nie przywoływać wcześniej drugiej podstawy faktycznej wykluczenia (pisemna informacja o braku ogródka jordanowskiego we wskazywanej lokalizacji wpłynęła do Zamawiającego już po podjęciu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania), to w niniejszym postępowaniu odwoławczym zaistnienie ewentualnej dodatkowej przesłanki wykluczenia nie może być brane pod uwagę – Izba bowiem rozpatruje odwołanie wyłącznie w granicach zakreślonych zarzutami odwołania (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). Skoro Zamawiający podał w informacji o wykluczeniu określoną podstawę faktyczną i prawną, to zarzuty odwołania były skorelowane z podanymi przez Zamawiającego podstawami wykluczenia, zatem nie mogły objąć dodatkowej przesłanki wykluczenia, co w konsekwencji powoduje niemożność jej zbadania przez Izbę na tym etapie postępowania.

Odnosnie samej rozbieżności w datach wykonania prac – rzeczywiście ze złożonych dokumentów w tym postępowaniu, oraz z protokołu odbioru prac, którym Zamawiający dysponował w związku z innym postępowaniem, wynikają różne daty rozpoczęcia i zakończenia inwestycji. Jednak z żadnego dokumentu nie wynika, że „zaprzecza on potwierdzeniu iż budowa placu zabaw (...) została wykonana należyście”, jak stwierdził Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu. Trzeba zauważyć, że tej rozbieżności Zamawiający nie próbował wyjaśnić – wątpliwości Zamawiającego wzbudziła jedynie data wystawienia jednego z wyjaśnień. Zamawiający mógł ewentualnie uznać, że w konsekwencji wezwania do uzupełnień, a następnie wyjaśnień, Odwołujący, ze względu na rozbieżności w datach, nie przedłożył w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac (choć w tym przypadku raczej wydaje się prawdopodobne, że rozbieżności w datach były omyłkami pisarskimi), jednak w ocenie Izby nie było podstaw do ustalenia, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, które miały albo mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Na marginesie należy zauważyć, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza możliwość dokonania przez Zamawiającego samodzielnej weryfikacji dokonanej przez siebie czynności – w orzeczeniu sygn. akt KIO 2727/10 Izba skonstatowała, iż

„nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest bowiem wyrażona w art. 7 ust. 1 zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą, a wykluczenia z postępowania podmiotów nie spełniających warunków udziału w postępowaniu [art. 24 ust. 1 i 2 ustawy] oraz odrzucenia oferty w sytuacjach opisanych w art. 89 ust. 1 ustawy. Mimo więc, iż ustawodawca wprost nie wskazał w ustawie, że zamawiający może w każdym czasie, do zawarcia umowy, zweryfikować uprzednio podjęte wadliwie decyzje, to należy uprawnienie to wywieść z powołanych wyżej przepisów.” (podobnie sygn. akt KIO 2685/10, 2686/10; sygn. akt KIO 1689/11). Tak więc Zamawiający, o ile ustalił – już po podjęciu decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej - nowe przesłanki, które mogą rzutować na odrzucenie oferty/wykluczenie wykonawcy, powinien poprzednią czynność unieważnić i czynność powtórzyć, naprawiając uprzednio popełniony błąd.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszeń wskazywanych przez Odwołującego przepisów Prawa zamówień publicznych, rozbieżności w datach wykonania prac nie mogły być podstawą do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych, a ponieważ naruszenie to może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w części II i III, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....