

WYROK

z dnia 5 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2013 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C..... S..... i J..... C..... Sp. j., ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica-Zdrój,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** na rzecz **Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków**

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Politechnika Krakowska w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Budowa Budynku Małopolskiego Laboratorium Budownictwa Energooszczędnego Politechniki Krakowskiej przy ul. Warszawskiej 24 w Krakowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 pod poz. 428776 w dniu 31 października 2012 r. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

Wykonawca: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa - Kraków” S.A. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie wobec:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
2. ponownego badania i oceny ofert,
3. wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
4. wyboru jako najkorzystniejszej - oferty Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych i Transportowych C..... S..... i J..... C..... Sp. jawna.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego:

- art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp, poprzez uznanie, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje dotyczące montażu stolarki aluminiowej,
- art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, poprzez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego,
- art. 6 k.c. w związku z art. 14 Pzp, poprzez naruszenie zasady rozkładu ciężaru dowodu,
- art. 25 ust 1 i art. 26 ust 4 Pzp w związku z § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez dopuszczenie z urzędu dowodu w postaci wizji lokalnej oraz żądanie od FLISBUD dalszych dokumentów,
- art. 7 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia oferty odwołującego, a ponadto unieważnienie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych i Transportowych C..... S..... i J..... C..... Sp. J., jako najkorzystniejszej oraz powtórzenie

oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 9 kwietnia 2013 r. zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. W dniu 11 kwietnia 2013 r. Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C..... S..... i J..... C..... Sp. J. (zwane dalej: Przedsiębiorstwo CECHINI) złożyło do zamawiającego informację o niezgodnej z przepisami czynności wraz z wnioskiem o powtórzenie czynności badania ofert. W piśmie tym Przedsiębiorstwo CECHINI podniosło m.in. zarzut braku spełnienia przez odwołującego warunku dotyczącego montażu stolarki aluminiowej o współczynniku przenikania ciepła dla całej konstrukcji $U=0,8$ W/m²K w budynku niemieszkalnym na podstawie oględzin budynków Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego FLISBUD S..... F..... (dalej: FLISBUD). W oparciu o ten wniosek zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające, mimo złożenia przez właściciela firmy FLISBUD p. S..... F..... referencji potwierdzającej, że Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe BUDREM Sp. z o.o. wykonało i dokonało montażu trójwarstwowej ślusarki aluminiowej okiennej i drzwiowej zewnętrznej oraz fasadowej o współczynniku przenikania ciepła dla całej konstrukcji $U=0,8$ W/m²K w Budynku Biurowo-Usługowym firmy FLISBUD w Janowie Lubelskim.

W ramach postępowania wyjaśniającego odwołujący złożył, na wezwania zamawiającego, wyjaśnienia w pismach z dnia 17.04.2013r., 22.04.2013r., 25.04.2013r. 29.04.2013 r., obliczenia współczynnika przenikania ciepła oraz obliczenia cieplne dla stolarki aluminiowej zamontowanej w budynkach FLISBUD oraz opinię firmy ALUPROF dotyczącą Przedsiębiorstwa Budowlano-Remontowego BUDREM Sp. z o.o., potwierdzającą nabycie przez tą firmę specjalistycznego doświadczenia w realizacji stolarki aluminiowej, w tym pasywnej, charakteryzującej się współczynnikiem przenikania ciepła o parametrach wymaganych przez zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż stolarka aluminiowa zamontowana w budynkach FLISBUD jest stolarką opartą o systemy ALUPROF - co znalazło odzwierciedlenie w opinii sporządzonej przez dr inż. B..... S.....

Zdaniem odwołującego czynność wizji lokalnej dokonana przez zamawiającego narusza art. 25 ust 1 i art. 26 ust 4 Pzp w związku z § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Wyżej wymienione przepisy upoważniają zamawiającego jedynie do żądania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień - nie upoważniają jednak do żądania wykonania przez wykonawcę lub podmiot trzeci innych czynności np. zorganizowania oględzin.

W dniu 10.05.2013 r. zamawiający dokonał wizji lokalnej w dwóch obiektach należących do FLISBUD stanowiących kompleks Budynków Biurowo - Usługowych FLISBUD z siedzibą przy ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25 w Janowie Lubelskim. Jak

wynika z treści protokołu z wizji lokalnej oraz wydanej w tej sprawie opinii technicznej przez dr inż. B..... S..... - w jednym z ww. obiektów składającym się na ww. kompleks obiektów FLISBUD, zamontowana została stolarka aluminiowa o wymaganych przez zamawiającego parametrach technicznych.

W oparciu o powyższy stan faktyczny zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje i wykluczył odwołującego z postępowania.

Zdaniem odwołującego, zamawiający błędnie uznał, że odwołujący oświadczył w ofercie i w wyjaśnieniach, że montaż stolarki aluminiowej miał miejsce jedynie w budynku położonym przy ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, stanowiącym siedzibę FLISBUD. W ocenie odwołującego zamawiający nie wziął pod uwagę, że w wykazie robót budowlanych zamawiający wymagał wskazania jedynie miejsca wykonania roboty, a nie dokładnego adresu. Odwołujący wskazał zatem jako miejsce wykonania robót polegających na montażu stolarki aluminiowej - Janów Lubelski. Załączona do ww. wykazu referencja z dnia 30.11.2012 r. nie podaje również dokładnego adresu zamontowania przedmiotowej stolarki aluminiowej. Wystawca referencji wskazuje bowiem Budynek Biurowo-Usługowy firmy FLISBUD w Janowie Lubelskim. W piśmie odwołującego z dnia 22.04.2013 r. wskazano, że cyt „montaż przedmiotowej stolarki miał miejsce w kompleksie obiektów w Janowie Lubelskim przy ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza”. W piśmie z dnia 25.04.2013 r. odwołujący uszczegółowił, że chodzi o kompleks obiektów firmy FLISBUD z siedzibą w Janowie Lubelskim przy ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25. Adres ten został wskazany w celu ustalenia miejsca spotkania komisji ze strony zamawiającego i przedstawiciela FLISBUD. Oględziny wykazały, iż w jednym z obiektów stanowiących kompleks obiektów należących do FLISBUD z siedzibą w Janowie Lubelskim zamontowana została stolarka aluminiowa o wymaganych parametrach - zatem spełniony został wymóg: „dla jednego obiektu budowlanego zamontował (montaż trójwarstwowy) stolarkę aluminiową o współczynniku przenikania ciepła dla całej konstrukcji $U=0,8$ W/m²K w budynku niemieszkalnym”.

Odwołujący zauważył, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać jedynie tych oświadczeń lub dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu. Ponadto zamawiający swoje żądania co do złożenia oświadczeń i dokumentów powinien sprecyzować w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Dotyczy to wszelkich oświadczeń niezbędnych do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wszystkich dokumentów z katalogu wskazanego w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2

Pzp.

W niniejszym postępowaniu odwołujący złożył wymagane dokumenty. Dane zawarte w wykazie robót są tożsame z danymi zawartymi w referencji, referencja potwierdza zakres robót, ich należyte wykonanie oraz podpisana została przez samego zleceniodawcę.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, zamawiający może zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń. Prawo to nie oznacza jednak uprawnienia do domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczeń, a tym bardziej nie upoważnia do żądania wykonania przez wykonawcę lub podmiot trzeci lub innego zleceniodawcę innych czynności np. zorganizowania oględzin. Odwołujący wskazał, że dopiero znowelizowane rozporządzenie 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 dnia 19 lutego 2013 r.) wyposażyło zamawiającego w możliwość przeprowadzenia postępowania dowodowego niejako z urzędu. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), które straciło moc z dniem 20 lutego 2013 r. takiej możliwości nie przewidywało. Zamawiający przy ocenie wiarygodności zarzutów postawionych przez CECHINI winien kierować się zasadą wyrażoną w art. 6 k.c., iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Tymczasem CECHINI nie wskazało żadnych dowodów potwierdzających stawiane zarzuty. Z uwagi na powyższe wykluczenie odwołującego w trybie art. 24 ust 2 pkt 3 stanowi naruszenie prawa. Do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji, albowiem niezbędne jest udowodnienie, że ich złożenie było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy, a ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (tak m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 63/12). Odwołujący podniósł, że w świetle orzecznictwa nie złożył nieprawdziwych informacji, a przeprowadzone postępowanie wyjaśniające potwierdziło, że w jednym z obiektów należących do FLISBUD z siedzibą w Janowie Lubelskim została zamontowana stolarka aluminiowa o wymaganych parametrach technicznych.

W dniu 27 maja 2013 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C..... S..... i J..... C..... Sp. j. w Krynicy Zdroju zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący podniósł, że wyrokiem z dnia 4 marca 2013 r. sygn. akt KIO 382/13 Izba, uchylając czynności wyboru oferty przystępującego, nakazała zamawiającemu powtórzenie oceny ofert, zobowiązując go do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów i złożenia

wyjaśnień. Czynności te zostały przeprowadzone.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 27 marca 2013 r. odwołujący nie powołał się ponownie na montaż stolarki aluminiowej w budynku wykonanym dla Consorfrut Polska Sp. z o.o. lecz powołał się na wiedzę i doświadczenie podwykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe BUDREM Sp. z o.o. w Kielcach - roboty budowlane wykonane w budynku biurowo-usługowym firmy FLISBUD w Janowie Lubelskim. Odwołujący przedstawił zobowiązanie tego podmiotu z dnia 3 grudnia 2012 r. i referencje wystawione przez S..... F..... Odwołujący podał także w załączniku nr 5 do siwz z dnia 4 grudnia 2012 r., iż wartość ww. robót wynosiła „ponad 0,500 mln zł”. Na podstawie tych dokumentów zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W ocenie przystępującego, informacje przedstawione w powyższych dokumentach budziły uzasadnione wątpliwości. W dniu 11 kwietnia 2013 r. przystępujący ustalił, że w ww. budynkach nie ma stolarki aluminiowej, zamontowanej w systemie trójwarstwowym. Powyższe ustalenia przekazał zamawiającemu, co spowodowało działania zamawiającego zmierzające do zweryfikowania prawdziwości złożonych w postępowaniu przez odwołującego oświadczeń. Zamawiający przeprowadził dowód z oględzin i opinii biegłego na okoliczność, czy faktycznie w budynku biurowo-usługowym FLISBUD w Janowie Lubelskim zamontowana jest stolarka aluminiowa w systemie trójwarstwowym. Przeprowadzone dowody potwierdziły, iż oświadczenie odwołującego w powyższym zakresie jest nieprawdziwe.

Z powyższych względów zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie są uzasadnione. Nie mogą być też uwzględnione twierdzenia odwołującego, iż S..... F..... posiada jeszcze inny obiekt, poza obiektem przy ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, w którym zamontowana jest stolarka aluminiowa. Obiekty te znajdują się w innych miejscowościach. Obiekt w Jonakach zawiera jedno okno aluminiowe i przeszklenie w systemie fasadowym (pozostałe okna PCV), a ponadto nie jest budynek niemieszkalny lecz o charakterze rezydencjonalnym.

Zdaniem przystępującego, składanie przez odwołującego niedokładnych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego dowodzi, że wykonawca miał świadomość, że podaje nieprawdziwe informacje, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Niezasadny jest też zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż zamawiający jest uprawniony do weryfikowania prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawców i żaden przepis ustawy Pzp nie ogranicza możliwości prowadzenia przez zamawiającego we własnym zakresie postępowania dowodowego. Nie miało też miejsca naruszenie art. 6 k.c., gdyż w zakresie wykazania spełnienia warunków ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, natomiast w zakresie weryfikacji prawdziwości składanych

oświadczeń i dokumentów zamawiający przeprowadził dowody we własnym zakresie.

W dniu 5 czerwca 2013 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że po otrzymaniu informacji w trybie art. 181 Pzp od przystępującego był zobligowany podjąć czynności wyjaśniające i w tym zakresie dokonać rzetelnej weryfikacji tych informacji. Wizja lokalna była zdaniem zamawiającego optymalnym sposobem wyjaśnienia wszelkich ewentualnych wątpliwości. Podkreślił, że w postępowaniu żądał od odwołującego jedynie dokumentów wymaganych w siwz i nie żądał od odwołującego przeprowadzenia oględzin. Zamawiający do decyzji wykonawcy pozostawił też jego udział w oględzinach.

Zamawiający wyjaśnił, że w wyniku wizji stwierdził, że informacje podawane przez odwołującego są niezgodne z prawdą. Wykonawca ma obowiązek wyjaśnić wszelkie wątpliwości odnośnie składanych w postępowaniu dokumentów i informacji, w przeciwnym razie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tymczasem odwołujący przedstawia w przedmiotowej sprawie niepełne informacje i dokumenty niepotwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonych w siwz. Odwołujący był wzywany kilkakrotnie do wskazania dokładnego adresu budynku, który miał zdaniem odwołującego spełniać wymagania siwz. Był też wzywany kilkakrotnie do złożenia wyjaśnień. Odwołujący unikał jednoznacznych odpowiedzi, udzielał jedynie fragmentarycznych informacji w kilku pismach: z dnia 17.04.2013 r., 22.04.2013 r., 25.04.2013 r., 29.04.2013 r.

Zamawiający podkreślił, że w odwołaniu wykonawca nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń (zarzutów), co sprawia zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności nie mogą być uwzględnione. Z opinii wykonanej na zlecenie zamawiającego wynika, że stwierdzono zamontowanie jednego okna MB-86 Aero, w wersji nieotwieranego zestawu oraz jednego elementu systemu fasadowego MB-SR50N produkcji Aluprof. W obiekcie znajdującym się pod wskazanym adresem nie stwierdzono żadnych elementów stolarki okiennej lub drzwiowej o konstrukcji aluminiowej z zachowaniem parametrów termicznych wskazanych w siwz. Zdaniem zamawiającego w niniejszej sprawie nie ma wątpliwości co do nieprawdziwości informacji złożonych przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły. Wówczas odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C..... S..... i J..... C..... Sp. j. w Krynicy-Zdroju, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca „dla jednego obiektu budowlanego zamontował (montaż trójwarstwowy) stolarkę aluminiową o współczynniku przenikania ciepła dla całej konstrukcji U mniejszym lub równym 0,8 W/m²K w budynku niemieszkalnym”.

Wykonując wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r. sygn. akt KIO 382/13, zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 27 marca 2013 r. m.in. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2013 r. odwołujący przekazał zamawiającemu wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Odwołujący powołał się w trybie art. 26 ust. 2b Pzp na doświadczenie podmiotu trzeciego – firmy BUDREM Sp. z o.o., która udostępniła odwołującemu swoje zasoby w tym zakresie. W uzupełnionym wykazie wykonanych robót odwołujący wskazał robotę pod nazwą „Budynek Biurowo-Usługowy w Janowie Lubelskim”, której zakres obejmował wykonanie montażu trójwarstwowego stolarki aluminiowej o współczynniku przenikania ciepła dla całej konstrukcji U mniejszym lub równym 0,8 W/m²K, o wartości robót ponad 0,500 mln zł, która została zrealizowana w Janowie Lubelskim w terminie od 6 czerwca 2012 r. do 23 listopada 2012 r.

Zamawiający na skutek zawiadomienia otrzymanego od wykonawcy Przedsiębiorstwo CECHINI o nieprawdziwości złożonych przez odwołującego ww. oświadczeń powziął wątpliwości, co do rzetelności tych informacji. Zamawiający, zobligowany do wyjaśnienia powyższych wątpliwości w sposób jednoznaczny, wypełniając obowiązek zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców kilkakrotnie zwracał się do odwołującego o przedstawienie stosownych wyjaśnień co do zarzutów zawartych w piśmie przystępującego oraz o podanie dokładnego adresu obiektu, w którym zostały wykonane roboty powołane w uzupełnionym wykazie.

Na powyższe wezwania odwołujący w pismach z dnia 17 kwietnia, 22 kwietnia, 25 kwietnia i 29 kwietnia 2013 r. nie udzielił jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień. Podał adres kompleksu obiektów – obiekty w Janowie Lubelskim firmy FLISBUD przy ul. Porytowego Wzgórza 25. Dokładny adres obiektu, w którym wykonano stolarkę aluminiową nie został również wskazany w referencjach złożonych przez odwołującego – pismo firmy FLISBUD z dnia 30 listopada 2013 r. Dokładnego adresu obiektu nie zawiera także sprawozdanie z obliczeń wykonane przez firmę Aluprof w zakresie „Budrem Kielce – obiekt w Janowie Lubelskim”, załączone do pisma odwołującego z dnia 29 kwietnia 2013 r.

Zamawiający zwrócił się ponadto bezpośrednio o wyjaśnienia do firm: BUDREM i FLISBUD, jednak nie uzyskał żadnych konkretnych informacji. Wobec powyższego, w dniu 10 maja 2013 r. zamawiający przeprowadził wizję lokalną przy pomocy powołanej do tego celu komisji, w obiektach należących do firmy FLISBUD stanowiących kompleks Budynków Biurowo - Usługowych FLISBUD przy ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25 w Janowie Lubelskim (siedziba firmy) oraz w budynku w położonym na posesji w dzielnicy Jonaki, wskazanym przez pracownika firmy FLISBUD. Jak wynika z treści protokołu z wizji lokalnej oraz z opinii technicznej opracowanej na zlecenie zamawiającego przez dr inż. B..... S..... – tylko w jednym z obiektów składającym się na ww. kompleks obiektów firmy FLISBUD, tj. obiekcie położonym w dzielnicy Janowa Lubelskiego - Jonaki, stwierdzono elementy stolarki aluminiowej w dwóch otworach okiennych:

1. ościeżnica oszklona szybą bez skrzydła okiennego,
2. element ściany szklanej osłonowej ze słupkami aluminiowymi.

Z treści protokołu i opinii wynika, że komisja nie miała przy tym możliwości sprawdzenia sposobu montażu ww. stolarki w zakresie wymaganym w siwz.

Uwzględniając ustalony powyżej stan faktyczny Izba zważyła, jak poniżej.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania. W świetle zebranego materiału dowodowego Izba uznała, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w siwz, co stało się podstawą do wykluczenia wykonawcy przez zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, że dla jednego obiektu budowlanego zamontował (montaż trójwarstwowy) stolarkę aluminiową o wsp. przenikania ciepła dla całej konstrukcji U mniejszym lub równym $0,8 \text{ W/m}^2\text{K}$ w budynku niemieszkalnym.

Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał wykazania wykonania stolarki aluminiowej o określonych parametrach „dla jednego obiektu”. Spełnienia tego warunku nie stanowi zatem zamontowanie jednego lub dwóch okien, o wymaganych parametrach, w danym obiekcie lecz zamontowanie odpowiedniej stolarki w całym obiekcie. Obiekt w Jonakach nie spełnia tego warunku. Odwołujący nie kwestionował faktu, że w obiekcie tym zamontowano wyłącznie dwa elementy stolarki aluminiowej.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał również, że omawiana stolarka w obiekcie w Jonakach spełnia wymagania siwz dotyczące sposobu montażu. Z dokumentów przedłożonych przez odwołującego w postępowaniu oraz wyjaśnień wykonawcy powinno wynikać jednoznacznie, że w danym, konkretnym obiekcie wykonano roboty spełniające wymagania określone przez zamawiającego w siwz. Tymczasem z wyjaśnień dotyczących dokumentów przedłożonych przez odwołującego w trakcie postępowania przed zamawiającym (wykaz robót, referencje, sprawozdanie z obliczeń), jak i w trakcie rozprawy (opinia techniczna rzeczoznawcy budowlanego Z..... M.....) nie wynika w sposób jednoznaczny potwierdzenie wykonania montażu stolarki w sposób wymagany przez zamawiającego w danym – podkreślić należy – konkretnym obiekcie, w konkretnym miejscu. Przedstawiona przez odwołującego opinia techniczna nie zawiera stwierdzenia faktów, które mogą stanowić podstawę do uznania, że wszystkie wymagania określone w warunku udziału w postępowaniu zostały dla danego obiektu spełnione, w szczególności, że sposób wykonania w tym obiekcie montażu stolarki jest trójwarstwowy.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że złożył wszystkie wymagane w postępowaniu dokumenty potwierdzające spełnianie warunku doświadczenia. Zauważyć jednak należy, że w przypadku powstania wątpliwości co do prawdziwości informacji bądź oświadczeń złożonych przez wykonawcę, wykonawca musi być przygotowany na złożenie stosownych szczegółowych, wiarygodnych i rzetelnych wyjaśnień, które przekonają zamawiającego, że jakiegokolwiek zarzuty podnoszone wobec złożonych przez niego dokumentów i oświadczeń nie są uzasadnione. Wykonawca musi rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego i w tym zakresie niewątpliwie ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, zgodnie z zasadą określoną w art. 6 k.c.

W tym miejscu należy wskazać, że podejmując działania w celu zweryfikowania informacji uzyskanych przez zamawiającego od innego wykonawcy, podważających treść złożonych przez odwołującego oświadczeń w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający nie naruszył zasady rozkładu ciężaru dowodu, o której mowa w art. 6 k.c. Zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób rzetelny oraz zgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jest gospodarzem postępowania, który powinien dążyć

do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, które mogą pojawić się w postępowaniu i mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, że przepisy art. 25 ust 1 i art. 26 ust 4 Pzp w związku z § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), odnoszą się do dokumentów, które mogą być wymagane od wykonawcy przez zamawiającego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wizja lokalna została przeprowadzona przez zamawiającego wyłącznie w celu sprawdzenia informacji, które zostały złożone przez odwołującego, w kontekście argumentacji przedstawionej przez przystępującego. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia do odwołującego, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, nie żądał złożenia żadnych dokumentów, które nie były określone ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym zakresie to na odwołującym ciążył obowiązek przedstawienia wszelkich dowodów, które potwierdziłyby informacje zawarte w złożonych dokumentach, potwierdzające spełnianie warunku.

W związku z tym, że odwołujący w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W konsekwencji należy też uznać, że nie został naruszony także przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego na tej podstawie, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje dotyczące montażu stolarki aluminiowej mające wpływ na wynik postępowania, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest uzasadniony. W ocenie Izby zamawiający nie miał wystarczających podstaw, żeby uznać, że złożone przez odwołującego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu informacje, dotyczące wykonania stolarki aluminiowej przez firmę BUDREM o wymaganych parametrach, są informacjami nieprawdziwymi.

Dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, konieczne jest wykazanie faktu, że złożone informacje są nieprawdziwe oraz że informacje te miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazany przepis znajduje zastosowanie w sytuacji umyślnego działania wykonawcy w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego i wywołania skutku w postaci uzyskania zamówienia. A zatem, nie stanowi podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ten przepis nieświadome wprowadzenie w błąd zamawiającego.

Uwzględniając zasadę kontrydiktoryjności postępowania oraz zasadę ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 k.c., Izba uznała, że zamawiający nie udowodnił okoliczności, iż złożone przez odwołującego informacje dotyczące wykonania stolarki aluminiowej

w wymaganym przez zamawiającego zakresie, było świadomym przekazaniem zamawiającemu informacji nieprawdziwych. Izba wzięła pod uwagę, iż zamawiający wykluczając wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, ma obowiązek udowodnić w sposób niebudzący wątpliwości wszystkie przesłanki wskazane w tym przepisie, w tym także świadome i celowe działanie wykonawcy (tak wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt IV Ca 683/12). W niniejszej sprawie pomimo podjętych przez zamawiającego czynności zmierzających do ich wyjaśnienia wątpliwości dotyczących obiektu i roboty wskazanej w uzupełnionym przez odwołującego wykazie robót, nie zostały jednoznacznie wyjaśnione. Zamawiający nie przedstawił jednoznacznych dowodów, potwierdzających, że odwołujący w ww. wykazie wskazał inny obiekt niż obiekt położony w Jonakach ani faktu, że stolarka aluminiowa w ww. obiekcie nie została zamontowana w systemie trójwarstwowym. W szczególności zamawiający nie udowodnił faktu, że składając informacje w powyższym zakresie odwołujący działał świadomie i celowo z zamiarem wprowadzenia w błąd zamawiającego.

Stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisu ustawy Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym, oceniając wpływ na wynik postępowania stwierdzonego powyżej naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i w tym kontekście art. 7 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że wobec skutecznego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, potwierdzenie się powyższych zarzutów nie miało i nie może mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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:

.....