

WYROK

z dnia 21 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD Tomasz Machoń, Basspol Construction Sebastain Jonik, 48 – 303 Nysa, ul. Stokrotek 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Burmistrz Głuchołaz, 48 – 40 Głuchołazy, ul. Rynek 15**

orzeka:

- 1. oddała odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD Tomasz Machoń, Basspol Construction Sebastain Jonik, 48 – 303 Nysa, ul. Stokrotek 9** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD Tomasz Machoń, Basspol Construction Sebastain Jonik, 48 – 303 Nysa, ul. Stokrotek 9** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Burmistrz Głuchołaz, Rynek 15, 48 - 340 Głuchołazy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn; „Rewitalizacja Przestrzeni Miejskiej Centrum Miasta Głuchołazy.”.

Pismem z dnia 22.11.2011r. Zamawiający poinformował Odwołującego - Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD Tomasz Machoń, ul. Stokrotek 9, 48 - 303 Nysa, Basspol Construction Sebastian Jonik, ul. Jaskółcza 3, 48 - 300 Nysa o konieczności dokonania w tekście oferty, którego integralną częścią jest przedłożony kosztorys ofertowy, poprawek zakwalifikowanych jako:

- 1) oczywistą omyłką pisarską, wskazując jej treść i podstawę prawną,
- 2) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty wskazując ich treść i podstawę prawną.

Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego podając podstawę prawną, że wykonawca, którego oferta podlega zmianom winien w terminie 3 dni od daty otrzymania zawiadomienia wyrazić zgodę na powyższe poprawki, przy czym zgoda ta musi być wyrażona pisemnie, a brak pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody, będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

W odpowiedzi z dnia 24.11.2011r. na powyższe wezwanie Odwołujący poinformował, że wyraża zgodę na dokonanie poprawek wynikających z omyłek pisarskich. W kolejnym i zarazem ostatnim zdaniu tego pisma oświadczył ponownie, że wyraża zgodę na dokonanie wszystkich poprawek wynikających z omyłek pisarskich.

Nadto pismem z dnia 22.11.2011 r Zamawiający działając na zasadzie art. 26 ust 3 ustawy Prawa zamówień publicznych, wezwał Odwołującego, do uzupełnienia dokumentów, w którym to m.in. żądał przedstawienia wykazu wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 2 do IDW - wraz z dokumentem potwierdzającym, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, spełniającym warunek opisany w SIWZ, polegający na wykonaniu roboty o charakterze i złożoności podobnej do przedmiotu niniejszego zamówienia: tj minimum dwie roboty

budowlane w zakresie budowy, przebudowy lub remontu dróg o powierzchni co najmniej 5000 m² każda o nawierzchni z kostki kamiennej.

W dniu 25.11.2011 r. Odwołujący złożył stosowne dokumenty (wykaz wraz z referencjami, zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez Przedsiębiorstwo kamieniarskie Wolski oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania tego podmiotu) wyjaśniając, że z referencji przedłożonych w ofercie dotyczących wykonania robót kamieniarskich dotyczących zadania „Kompleks Dydaktyczno – Sportowy” wynika wykonanie nawierzchni z płyt granitowych i kostki granitowej o pow. 10.020 m², co według Odwołującego spełnia wymagany warunek. Stwierdził przy tym, że Zamawiający mylnie interpretuje termin „wykonania” twierdząc, że wykonanie nie jest budową, przebudową czy też remontem. Zauważył, że termin „wykonania” może zarówno oznaczać wykonanie budowy, wykonanie przebudowy lub wykonanie remontu.

W dniu 6.12.2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że wykluczył z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy oraz, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 i 7 ustawy.

Jednocześnie poinformował Odwołującego, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firmę Zbylbruk sp. z o.o. Bobolice 33, 57 - 200 Ząbkowice Śląskie.

Jako uzasadnienie w pierwszym przypadku podał brak wyrażenia zgody na poprawienie innych omyłek polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W drugim przypadku stwierdził, że z przedłożonych dokumentów wynika, że podmiot udostępniający wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie, działając w konsorcjum firm, wykonali zadanie inwestycyjne pn „Przebudowę średniowiecznego Rynku w Starym Sączu„. W zakresie tych prac znalazły się roboty drogowe, roboty kamieniarskie, kanalizacja deszczowa i sanitarna, oświetlenia uliczne, mała architektura jak i zieleń. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z zapisami SIWZ pkt.25 Tryb oceny ofert ppkt. 2 „Sprawdzanie wiarygodności ofert”, zwrócił się do Burmistrza Miasta i Gminy Stary Sącz, z pytaniem jaki zakres robót wykonał podmiot udostępniający Wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie i czy wynika to z umowy, a w odpowiedzi otrzymał wiadomość, że wykonał on tylko roboty nawierzchniowe m.in. ułożenie nawierzchni z kostki granitowej (Umowa Konsorcjum, zapisu „Obowiązki stron” załączonej do ofert na przedmiotowe postępowanie).

Zamawiający przy rozstrzygnięciu przetargu skorzystał z opinii Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych(UZP/DP/O-PKA/252744/8099/09), z której – jak twierdził – wynikało uznanie, że Wykonawca nie może legitymować się doświadczeniem związanym z wykonaniem zamówienia publicznego udzielonego konsorcjum, którego był uczestnikiem.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który w dniu 12 grudnia 2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec tych czynności polegających na:

1. wykluczeniu jego Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp,
2. odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.5 i 7 ustawy Pzp,
3. wyborze oferty firmy Zbylbruk sp. z o.o. Bobolice 33, 57 - 200 Ząbkowice Śląskie, co jest niezgodne z przepisami Prawa Zamówień Publicznych,
4. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający takim działaniem naruszył przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a w szczególności;

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo, że wszystkie złożone przez niego informacje są informacjami prawdziwymi niewypełniającymi przesłanki z niniejszego przepisu,
3. art. 89 ust. 1 pkt.5 ustawy Pzp ze względu na odrzucenie jego oferty pomimo braku przesłanek umożliwiających wykluczenie jego Konsorcjum,
4. art. 89 ust. 1 pkt.7 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, braku zawiadomienia Zamawiającego o nie wyrażeniu zgody na poprawienie omyłek, o których mowa w art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp.
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt.3 ustawy Pzp, który dotyczy złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, jednakże nie wskazał w uzasadnieniu wykluczenia żadnych argumentów, które miałyby potwierdzać złożenie przez Odwołującego jakichkolwiek nieprawdziwych informacji.

Wobec tego Odwołujący twierdził, że nie złożył nieprawdziwych informacji i tym samym nie zaistniała przesłanka z art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp pozwalająca na wykluczenie jego Konsorcjum z postępowania.

Poza tym nie zgodził się z argumentacją przedstawioną w uzasadnieniu i stwierdzając, że ocena spełnienia tego warunku przez Odwołującego została dokonana z naruszeniem prawa zamówień publicznych, co stanowi nadinterpretację przepisów w tym zakresie.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w dziale 9 punkt 2 ppkt.1 SIWZ postawił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z którym Wykonawcy muszą spełnić następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny): wykażą się posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj: wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali roboty o charakterze i złożoności podobnej do przedmiotu niniejszego zamówienia: tj minimum dwie roboty budowlane w zakresie budowy, przebudowy lub remontu dróg o powierzchni co najmniej 5000 m² każda o nawierzchni z kostki kamiennej, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Podniósł, że na tak postawiony warunek Odwołujący polegając na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu (Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski) przedstawił wykaz wykonanych robót z którego wynika, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem na poziomie wykonania: Budowy stadionu piłkarskiego Legia - kostka granitowa 11 000 m², Budowa Kompleksu dydaktycznego - sportowego w Kleszczewie.

Wskazał, że Zamawiający zakwestionował budowę kompleksu dydaktyczno - sportowego w Kleszczewie jako spełniającego warunek. Dlatego też wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia między innymi wykazu wykonanych robót budowlanych, a zgodnie z tym wezwaniem Odwołujący uzupełnił żądany wykaz, w którym ponownie wykazał wykonanie dwóch już wskazanych w ofercie robót, które jego zdaniem spełniają wymagany warunek oraz dodatkowo przedstawił robotę budowlaną dotyczącą „Przebudowy średniowiecznego Rynku w Starym Sączu w ramach którego wykonano budowę drogi z płyt granitowych o pow. 6 072 m².”.

Podniósł, że Zamawiający sformułował warunek w sposób ogólny wskazując, że wykonane roboty mają mieć charakter i złożoność podobną do przedmiotu zamówienia. Jego zdaniem określenie „podobną” wskazuje, że nie chodzi tutaj o roboty identyczne, takie same jak przedmiot zamówienia. Zamawiający takim sformułowaniem wyraził pewną dowolność co do charakteru i złożoności wykonanych robót.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia przedmiotowej oferty próbuje doprecyzować postawiony warunek, co na tym etapie postępowania jest niezgodne z przepisami ustawy Prawa Zamówień Publicznych.

Co do sformułowanego przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu przetargu przekonania, że Wykonawca nie może legitymować się doświadczeniem związanym z wykonaniem zamówienia publicznego udzielonego konsorcjum, którego był członkiem wskazał, że w przypadku realizacji zamówienia publicznego przez wykonawców występujących wspólnie (konsorcjum), każdy z tych wykonawców solidarnie odpowiada z realizację całości zamówienia. Taka reguła wynika z mocy prawa (art. 141 ustawy Pzp) i nie może być zmieniona porozumieniem członków konsorcjum, nawet za zgodą Zamawiającego. Tym samym w każdym przypadku zamawiający może domagać się realizacji umowy, napraw gwarancyjnych, zapłaty kar umownych czy też odszkodowania od każdego dowolnie wybranego członka konsorcjum. Zwrócił uwagę, że konsekwencją tej restrykcyjnej zasady odpowiedzialności konsorcjantów jest zasada, zgodnie z którą każdy z wykonawców występujących wspólnie (jako strona umowy w sprawie zamówienia publicznego odpowiedzialna za jego realizację w całości) może powoływać się na doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji tego zamówienia. Dodatkowo stwierdził, że doświadczenie nie zdobywa się jedynie w wyniku faktycznie wykonywanych czynności i tylko w tym zakresie. Doświadczenie może wynikać również z obserwacji współpracy.

W ramach kolejnego zarzutu Odwołujący argumentował, że brak złożenia pisemnego oświadczenia dotyczącego wyrażenia zgody na dokonanie innych omyłek nie może się równać z jednoczesnym nie wyrażeniem zgody. Dlatego niezrozumiała dla Odwołującego była decyzja Zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 6.12.2011 r. dotycząca odrzucenia jego oferty. Za bezpodstawne uznał również twierdzenie Zamawiającego, że brak ustosunkowania się do treści zawiadomienia jest tożsame z niewyrażeniem zgody na poprawę innych omyłek.

Wskazał, że jeżeli nawet przyjąć wystąpienie braku odpowiedzi na wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie innych omyłek, to ten brak nie może stanowić domniemania o niewyrażeniu zgody na niniejszą czynność Zamawiającego, bowiem przepis art. 87 ust. 2 i

art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie nakłada na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na dokonane poprawki, a przepisy nie przewidują odrzucenia oferty w przypadku milczenia wykonawcy.

Przekonywał, że przepis art. 89 ust.1 pkt. 7 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie sytuacji w której wykonawca nie wyrazi zgody na poprawienie omyłki, natomiast nie dotyczy wyrażenia zgody w tym zakresie.

Pismem z dnia 19.12.2011r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jej oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej załączników, ofertę Odwołującego, wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego z dnia 22.11.2011r., informacji Zamawiającego z tej samej daty o wystąpieniu w ofercie Odwołującego omyłek pisarskich oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, oświadczenia Odwołującego o wyrażeniu zgody na dokonanie wszystkich poprawek wynikających z omyłek pisarskich z dnia 24.11.2011r., odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24.11.2011r. wraz z załączonymi przez Odwołującego dokumentami, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert z dnia 6.12.2011r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 19.12.2011r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.87 ust.2 pkt 3, art.89 ust.1 pkt 7, art.91 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), podczas gdy inne działania Zamawiającego doprowadziły do naruszenia art. 7 ust.1, art.24 ust.2 pkt 3 i art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, jednak nie w

stopniu, który miał wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego ze skutkiem odrzucenia jego oferty poza granicami obowiązującego prawa oraz czy czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana w myśl art.89 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał pełne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust. 1 pkt 7 w związku z art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W informacji z dnia 22.11.2011r. o wystąpieniu w ofercie Odwołującego omyłek pisarskich oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Zamawiający w sposób wyczerpujący powiadomił Odwołującego o wystąpieniu jednej oczywistej omyłki pisarskiej oraz ośmiu innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty ze wskazaniem podstawy prawnej odrębnie w odniesieniu do oczywistej omyłki pisarskiej i w stosunku do innych omyłek.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyrażenie zgody na powyższe poprawki informując go o rygorze odrzucenia jego oferty w przypadku braku pisemnego oświadczenia o wyrażeniu na nie zgody.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący dwukrotnie w tym samym piśmie z dnia 24.11.2011r. oświadczył, że wyraża zgodę na dokonanie poprawek wynikających z omyłek pisarskich. Nie złożył podobnego oświadczenia obejmującego zgodę na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego stwierdzającego, że w powołanym wyżej piśmie nie złożył on oświadczenia własnego o udzieleniu zgody na powyższe poprawki dotyczące innych omyłek jak oczywiste omyłki pisarskie.

Na gruncie Prawa zamówień publicznych w art.14 ustawy Pzp istnieje odesłanie do kodeksu cywilnego w zakresie zastosowania przepisów dotyczących czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują zasad interpretacji oświadczeń woli składanych przez uczestników przetargu, zatem przepisy kodeksu cywilnego w tym zakresie obowiązują w całej rozciągłości.

Zgodnie z art.60 kodeksu cywilnego z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Takim zachowaniem może być również przemilczenie pewnej okoliczności w warunkach, kiedy formułujący odpowiedź adresat powinien w sposób jednoznaczny złożyć oświadczenie woli o wyrażeniu zgody lub o braku tej zgody.

Zdaniem Izby złożone przez Odwołującego oświadczenie woli oznaczało jedynie zgodę na poprawienie omyłek pisarskich, zaś nie wyrażało takiej woli udzielenia zgody na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Nie wyrażenie takiej zgody *expressis verbis* nie świadczy o tym, że taka zgoda nie została wyrażona poprzez przemilczenie w kontekście wyraźnej ścisłej informacji Zamawiającego i równie przejrzystej odpowiedzi Odwołującego, wyrażającej w sposób jednoznaczny jedynie zgodę na poprawienie węższego zakresu żądania Zamawiającego.

Jednocześnie w ocenie Izby powoływanie się przez Odwołującego na brak zrozumienia żądania Zamawiającego w zakresie wyrażenia zgody na powyższe poprawki jest mało przekonujące, a brak znajomości prawa (*ignorantia iuris nocet*) w warunkach precyzyjnego pouczenia przez Zamawiającego nie może stanowić okoliczności wyłączającej zastosowanie przepisu art.89 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że Odwołujący nie wyraził zgody w ustawowym terminie, który jest terminem zawitym, na poprawienie spornych omyłek, Izba uznała, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego.

W dalszych rozważaniach w przedmiotowej sprawie Izba jednak doszła do przekonania, że Zamawiający bezpodstawnie przyjął wystąpienie po stronie Odwołującego przesłanki z art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w żaden nie wykazał, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W uzasadnieniu do rozstrzygnięcia przetargu z dnia 6.12.2011r. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym nie wskazał na istnienie jakiegokolwiek nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, pomimo, że oparł się właśnie na podstawie prawnej uzasadniającej wykluczenie wykonawcy z powyższego powodu.

Zdaniem Izby Odwołujący wykonał w całości wezwanie Zamawiającego w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp załączając żądany wykaz wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do IDW – wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone(referencje szt.3), zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia tego podmiotu z postępowania.

Przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające odnośnie zakresu wykonanych przez Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski robót przy umowie na „Przebudowę średniowiecznego Rynku w Starym Sączu” nie udowodniło w sposób niezbity zakresu wykonanych prac, bowiem z wyjaśnień Burmistrza Starego Sącza z dnia 1.12.2011r. wynika, że umowa zasadnicza nie określa zakresu robót wykonywanych przez poszczególnych członków konsorcjum. Poza tym wymienienie w umowie konsorcjum w dziale obowiązki stron po stronie konsorcjanta robót nawierzchniowych nie przesądza o faktycznie wykonanym zakresie robót, a w konsekwencji o zdobytym doświadczeniu i wiedzy tego wykonawcy w ramach realizowanego zamówienia.

Należy zwrócić uwagę, że art.26 ust.2b ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość prawną polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do

wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W przedmiotowym zamówieniu Odwołujący z takiej możliwości prawnej skorzystał polegając na wiedzy i doświadczeniu Przedsiębiorstwa Kamieniarskiego Wolski. Odzwierciedleniem tego stanu rzeczy było wpisanie przez Odwołującego w żądanym wykazie trzech robót budowlanych wykonanych przez tego wykonawcę o charakterze i złożoności podobnej do przedmiotu zamówienia wraz z załączonymi do tego wykazu referencjami i protokołem odbioru.

Nadto Odwołujący załączył również żądane przez Zamawiającego zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez inne podmioty z którego jednoznacznie wynika zobowiązanie Przedsiębiorstwa Kamieniarskiego Wolski do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na zadanie „Rewitalizacja przestrzeni miejskiej miasta Głuchołazy”. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zobowiązanie to wskazuje na przedmiot i czas wykonania zadania.

Jednocześnie Izba nie uznała za mającą znaczenie przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy okoliczność braku w treści pkt 12 formularza oferty Odwołującego deklaracji zamiaru powierzenia podwykonawstwu części zamówienia podwykonawcom czy też istnienia tego zamiaru z powodu nieskreślenia odpowiedniej części tego punktu.

Izba ustaliła, że w tym zakresie Zamawiający żadnego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie prowadził.

W konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp należy przyjąć, iż złamał on zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Ostatecznie jednak Izba uznała, że wobec stwierdzenia po stronie Zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, inne wykazane w tym postępowaniu naruszenia prawa nie miały i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego powodu odwołanie nie mogło być uwzględnione.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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: