

WYROK

z dnia 23 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2012 r.

przez wykonawcę: **W..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS” – W..... B....., Wilkowice (woj. śląskie)**

od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BUDIMPEKS” – W..... B..... z Wilkowic z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS” – W..... B..... z Wilkowic tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od zamawiającego: Skarbu Państwa – Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Krakowie na rzecz odwołującego: Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BUDIMPEKS” – W..... B..... z Wilkowic kwotę 13597 zł 75 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Zabezpieczenie koryta rzeki Raby w km 69+394 - 71+714 w ramach inwestycji: „Stabilizacja dna i zabezpieczenie brzegów Rzeki Raby w km 69+500 - 71+660 w m. Myślenice–Osieczany, gm. Myślenice, pow. myślenicki, woj. Małopolskie* (przetarg nr 696/UW/2012/TK).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 25 czerwca 2012 r. pod nr 217692-2012, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.krakow.rzwg.gov.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 10.936.760,51 zł, co stanowi równowartość 2.720.857,92 euro.

3 października 2012 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Przedsiębiorstwu Wielobranżowemu „BUDIMPEKS” – W..... B..... z Wilkowic – informację o rozstrzygnięciu postępowania zawierającą również zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Zamawiający uzasadnił, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt IV.1.2. (lit. a) s.i.w.z.: wykonania co najmniej jednego zadania na rzece lub potoku, w zakresie którego wykonano budowle o konstrukcji betonowej (gurty, żłoby, mury oporowe, stopnie) o łącznej ilości co najmniej 1500 m³ betonu w zadaniu – *gdyż zgodnie z informacjami posiadanymi przez zamawiającego, rzeczywista ilość wykonanych robót nie odpowiada ilości wskazanej w „wykazie robót” przesłanym (...) w dniu 02.08.2012 r.*

8 października 2012 r. (pismem z 6 października 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego

kopii Zamawiającemu) od powyżej wskazanej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 –przez wykluczenie Odwołującego bez wykazania i udowodnienia, że w złożonych oświadczeniach i dokumentach dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt IV.1.2 (lit. a) s.i.w.z.
2. Art. 24 ust. 4 – przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą.
3. Art. 91 – przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy.
4. Art. 92 ust. 1 pkt 3 – przez brak uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego.
3. Ponownego przeprowadzenia badania i oceny oferty Odwołującego.
4. Wybory oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności faktyczne i prawne dotyczące przebiegu badania spełniania przez niego wspomnianego powyżej warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp z 31 lipca 2012 r. Odwołujący pismem z 2 sierpnia 2012 r. przekazał Zamawiającemu dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. IV.1.2 s.i.w.z., w tym wykaz robót wykonanych na rzekach lub potokach w okresie ostatnich pięciu lat zgodny ze wzorem określonym w załączniku nr 9 do s.i.w.z. W pkt 3 wykazu Odwołujący wykazał wykonanie przez OSC.s. Oravská stavebno-cestná spoločnosť, spol. s r.o. z siedzibą w miejscowości Krušetnica na Słowacji (zwanej dalej w skrócie „OSC.s. Oravska”) – udostępniającą swoją wiedzę i doświadczenie na podstawie art. 26 ust. 2b pzp – robót budowlanych w zadaniu inwestycyjnym budowa elektrowni wodnej MVE Lomná. W ramach tej inwestycji OSC.s. Oravska jako podwykonawca w okresie od 30 stycznia 2008 r. do 30 października 2009 r. wykonała konstrukcje betonowe o kubaturze 1.750 m³. Do wykazu zostały załączone referencje wystawione dla OSC.s. Oravska przez generalnego wykonawcę inwestycji MVE Lomna – firmę Ing. František Jendrol STAVPOČ z miejscowości Klin na Słowacji (zwanej dalej w skrócie „STAVPOC”). Obok generalnego wykonawcy referencje podpisane są przez przedstawiciela Gminy Lomna w powiecie Namestovo na Słowacji. Z treści referencji wynika, że OSC.s. Oravska w okresie od 30 stycznia 2008 r. do 30

października 2009 r. w ramach zamówienia dotyczącego budowy MVE Lomna wykonała roboty między innymi betoniarskie i zbrojeniowe o kubaturze 1750 m³, i że *roboty zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową a ich jakość spełnia wymagania normy – certyfikat jakości ISO 9001:2008.*

18 września 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności pomiędzy referencjami załączonymi przez Odwołującego do wykazu, a treścią oświadczenia złożonego przez STAVPOC, które Zamawiający otrzymał od jednego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Z treści tego oświadczenia (bez daty) wynika, że OSC.s. Oravska jako podwykonawca wykonała w ramach zadania budowy MVE Lomna roboty betoniarskie o objętości 743,18 m³. Odwołujący zauważył na marginesie, że ponieważ wyjaśnienia miały dotyczyć dokumentów składanych w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pz, to powinny być wystosowane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z 20 września 2012 r. złożył stosowne wyjaśnienia i przekazał Zamawiającemu pismo STAVPOC z 19 września 2012 r. Z treści tego pisma wynika, że dane przedstawione w uprzednim oświadczeniu z 27 sierpnia 2012 r. zostały potwierdzone przez osobę nieuprawnioną, a zawarte w nim informacje o ilości betonu zostały pozyskane z kosztorysu do pozwolenia na budowę. Według pisma faktycznie zabudowane ilości betonów uległy zmianie z uwagi na niekorzystne warunki geologiczne. W ocenie Odwołującego taka treść oświadczenia potwierdza, a z pewnością nie zaprzecza, że wykazana w referencjach ilość 1750 m³ została zabudowana w trakcie robót budowlanych.

Odwołujący podał również, że 4 października 2012 r. podczas wglądu w dokumentację postępowania u Zamawiającego zapoznał się z treścią korespondencji jaką Zamawiający prowadził dalej ze STAVPOC. 26 września 2012 r. Zamawiający zwrócił się do STAVPOC z prośbą o informację ile faktycznie wynosi objętość budowli o konstrukcji betonowej powstałych przy budowie MVE Lomna. Do pisma załączone zostały: 1) referencje dla Firmy OSC.s. Oravska, 2) oświadczenie STAVPOC doręczone przez innego wykonawcę, 3) oświadczenie STAVPOC z 19 września 2012 r. W odpowiedzi z 2 października 2012 r. STAVPOC oświadczyła, że *w wymienionej inwestycji zostało w rzeczywistości wbudowanych 743,18 m³ betonów, następne dostawy betonu były załatwiane oddzielnie i nie były przedmiotem referencji.* Zdaniem Odwołującego z treści tego oświadczenia wynika, że w przedmiotowej inwestycji zostało wbudowanych 743,18 m³ betonu oraz nieokreślona co do

ilości dodatkowa ilość betonu.

Zdaniem Odwołującego nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp z uwagi na to, że w złożonej ofercie oraz w wyniku uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp przedłożył poprawnie sporządzony wykaz robót i referencje, z których wynika, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określony w pkt. IV.1.2 (lit. a) s.i.w.z. Odwołujący podniósł również, że dodatkowo na wezwanie Zamawiającego udzielił wyjaśnień i załączył do nich dodatkowe dokumenty, z których wynika, że faktyczna ilość betonu jakiego użyła Firma OSC.s. Oravska przy realizacji zadania budowy elektrowni wodnej MVE Lomna wynosiła 1750 m³. Wyjaśnienia te potwierdzały informacje zawarte w wykazie i referencjach. W ocenie Odwołującego spełnił w ten sposób obowiązek udowodnienia w dopuszczalnej i żądanej przez Zamawiającego formie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego jeżeli Zamawiający posiadał potwierdzone i wiarygodne informacje, że wykaz lub referencje zawierają nieprawdziwe informacje, tj. przedstawiają odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, to zobowiązany był wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp. W takim jednak przypadku dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 pzp. Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 pzp, nie zostaną zachowane (Odwołujący powołał się tu na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 29 marca 2011 r., sygn. akt KIO 513/11, z 18 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 637/11). Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że przekazane przez Odwołującego informacje zawarte w wykazie lub referencjach są nieprawdziwe. Według Odwołującego świadczy to o tym, że Zamawiający nie może wykazać nieprawdziwości przedmiotowych informacji dotyczących rzeczywistych ilości wykonanych robót betoniarskich przez Firmę OSC.s. Oravska na budowie MVE Lomna zawartych w złożonych przez Odwołującego oświadczeniach i dokumentach.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu niewskazanie w lakonicznym uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu w oparciu o jakie posiadane informacje uznał, że rzeczywista ilość wykonanych robót nie odpowiada ilości wskazanej w wykazie robót, i jaką, zdaniem Zamawiającego, ilość jest właściwa. Art. 92 ust. 1 pkt. 3 pzp nakazuje Zamawiającemu podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia.

Sygn. akt KIO 2160/12

Podanie przez Zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz bardzo ogólne sformułowanie zarzucanych niezgodności przez odwołanie się do posiadanych, lecz niewskazanych informacji, nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne realizujący cel normy art. 92 ust. 1 pkt. 3 pzp. Uzasadnienie faktyczne podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej, a tym samym ma wpływ na wynik postępowania. Ustalenie zarzucanych przez Zamawiającego uchybień lub niezgodności nie może być powierzone własnej aktywności wykonawcy i stwierdzone na podstawie znajdującej się u Zamawiającego dokumentacji postępowania. Obowiązek wskazania podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy spoczywa w całości na Zamawiającym. Takie naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (Odwołujący podał tu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11).

Zamawiający na posiedzeniu przed rozprawą złożył pisemną odpowiedź na odwołanie (datowaną na 16 października 2012 r.), w której wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie dołożył wymaganej staranności w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt IV.1.2 lit a s.i.w.z. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący przedstawił *zgodne z obowiązującymi przepisami zobowiązanie obcego podmiotu – OSC.s. Oravska* o udostępnieniu wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego wraz referencjami dla tego podmiotu, potwierdzającymi wykonanie 1500 m³ betonu w zadaniu MVE Lomna. Następnie w toku badania ofert Zamawiający otrzymał pismo innego wykonawcy, zawierające udokumentowaną informację, że referencje wystawione dla OSC s. Oravska *winny opiewać* na ogólną ilość betonu w wysokości 743,18 m³, gdyż taką ilość betonu wykonała *zgodnie z oceną kosztów po ukończeniu prac*. Zamawiający ocenił, że było to *uwierzytelnione oświadczenie* STAVPOC – generalnego wykonawcy inwestycji MVE Lomna i wystawcy referencji.

Zamawiający uznał, że zgodnie z obowiązującym przepisami (art. 14 pzp w zw. z art. 6 kc) zobowiązany był do podjęcia czynności wyjaśniających występujące rozbieżności dotyczące referencji i – jak to sam określił – *je udowodnić*. W tym celu wystąpił w trybie art. 87 ust. 1 pzp do Odwołującego o wyjaśnienie powyższych rozbieżności, załączając uzyskany od innego wykonawcy dokument. W odpowiedzi Odwołujący potwierdził prawidłowość złożonej referencji i załączył nowe oświadczenie STAVPOC, z którego wynikało jedynie, że oświadczenie tego podmiotu uzyskane przez innego wykonawcę, w zakresie danych

zostało potwierdzone przez osobę nieuprawnioną. Zamawiający podkreślił, że nowe oświadczenie nie wskazywało, jaka jest faktyczna ilość betonu objęta referencją.

Zamawiający uznał, że w tej sytuacji, chcąc jednoznacznie ustalić prawidłowość referencji, wystąpi bezpośrednio do STAVPOC w formie pisemnej o podanie faktycznej ilości wbudowanego betonu w zadaniu MVE Lomna (*jako jedno zadanie*). W odpowiedzi otrzymał pisemne oświadczenie właściciela (zarazem wystawcy referencji), z którego jednoznacznie wynika, że w rzeczywistości w zadaniu tym zostało wbudowanych 743,18 m³ betonu, a inne dostawy betonu nie były przedmiotem referencji i były załatwiane oddzielnie. Zdaniem Zamawiającego potwierdza to *w sposób bezsporny* wcześniejsze oświadczenie uzyskane za pośrednictwem innego wykonawcy. Tym samym Zamawiający ocenił, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wykluczył go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

Zamawiający oświadczył, że spełnił ustawowe przesłanki powiadomienia Odwołującego o wykluczeniu, tj. zawarł w przesłanym piśmie uzasadnienie prawne, powołując odpowiednie przepisy pzp, i szczegółowe uzasadnienie faktyczne.

Zamawiający wyraził pogląd, że nie mógłby w tej sytuacji wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż wystawcą nieprawidłowych referencji był zagraniczny podmiot trzeci, co powoduje, że nie można Odwołującemu – który przedstawił te dokumenty w postępowaniu – przypisać winy. Tymczasem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp podlega według Zamawiającego tylko wykonawca, *który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając wprowadzając w błąd.*

9 października 2012 r. Zamawiający przekazał faksem pozostałym wykonawcom kopię odwołania. 10 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Przedsiębiorstwo „WOD-KAN-MEL” R..... S..... i Wspólnicy spółkę jawną z siedzibą w Sowlinach (wykonawcy, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło w dopuszczonej przepisami formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym (weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) – jednakże należącym do osoby nieupoważnionej do dokonywania tej czynności. Nie jest to osoba ujawniona w rejestrze przedsiębiorców KRS wśród uprawnionych do reprezentacji spółki. Braku pełnomocnictwa dla tej osoby nie sanuje

w żaden sposób załączenie elektronicznego skanu przystąpienia podpisanego przez współnika upoważnionego do reprezentacji spółki. Uznaniu skuteczności takiego zgłoszenia, podobnie jak zgłoszenia przesłanego faksem, stoi na przeszkodzie art. 185 ust. 2 pzp, który dopuszcza jedynie formę pisemną albo wyżej wspomnianą formę elektroniczną. W ten sposób żadne ze zgłoszonych przystąpień nie może być uznane za skuteczne, gdyż pierwsze zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną, a drugie jest w niewłaściwej formie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Kwestionując wykluczenie z postępowania, Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie czynność Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: protokołu postępowania, s.i.w.z., oferty Odwołującego, a także

wszystkich pism opisanych powyżej za odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie.

Izba przeprowadziła także dowód z następujących dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego:

1. Pisma Odwołującego z 3 i 16 października 2012 r. do OSC.s. Oravska.
2. Pismo OSC.s. Oravska z 3 października 2012 r. do STAVPOC.
3. Pismo OSC Oravska z 19 października 2012 r. z załącznikami (wymienionymi w pkt 4-7 poniżej).
4. Pismo STAVPOC z 8 października 2012 r. do OSC.s. Oravska.
5. Aneks z 10 października 2008 r. nr 4 do Umowy o dzieło nr 03/11/2007 na wykonanie dzieła: Alternatywne źródło energii z wykorzystaniem specyficznych warunków Gminy Lomna pomiędzy Gminą Lomna a STAVPOC.
6. Aneks z 12 grudnia 2008 r. do Umowy o dzieło nr 20/2007 pomiędzy OSC.s. Oravska a STAVPOC.
7. Oświadczenie TRANSBET, s.r.o. (z siedzibą w miejscowości Oravsky Podzámok) z 5 października 2012 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izby stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że powyższe rozstrzygnięcie uwzględnia zakres kognicji Izby w niniejszej sprawie. Z art. 192 ust. 7 pzp wynika, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W sytuacji gdy odwołanie dotyczy wykluczenia wykonawcy z postępowania, oczywiste jest, że podniesione przez niego zarzuty obiektywnie nie mogą wykroczyć poza czynność zamawiającego w takim kształcie, w jakimi została uzewnętrzniona wykonawcy przez podanie podstawy prawnej wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym. W rozstrzyganej sprawie Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt IV.1.2 lit. a s.i.w.z., z uwagi na to, że rzeczywista ilość wykonanych robót nie odpowiada ilości wskazanej w uzupełnionym 2 sierpnia 2012 r.

wykazie. Pomimo lakoniczności podanego uzasadnienia faktycznego nie ma wątpliwości, że chodziło o zakwestionowanie przez Zamawiającego poz. 3 wykazu w zakresie wykonania 1750 m³ betonu. Jak to wynika z wcześniejszego wezwania Odwołującego do wyjaśnień – wątpliwości Zamawiającego dotyczyły wyłącznie ilości wykonanych prac betoniarskich i zbrojeniowych wykonanych przy zadaniu opisanym jako budowa elektrowni wodnej MVE Lomna. Również w złożonej bezpośrednio przed rozprawą pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający odniósł się wyłącznie do kwestii ilości wbudowanego w tym zadaniu betonu, uszczegółowiając, że jego zdaniem w rzeczywistości wyniosła ona 743,18 m³. Natomiast poza granicami sporu podlegającego kognicji Izby w niniejszej sprawie znajdują się wszelkie inne podniesione przez Zamawiającego dopiero na rozprawie nieprawidłowości w zakresie potwierdzenia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt IV.1.2 lit. a s.i.w.z (brak dat na zobowiązaniu do udostępnieniu zasobów i referencjach, podpisanie referencji i innych oświadczeń przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania STAVPOC, brak wskazania w wykazie nazwy rzeki lub potoku, brak wykazania, że podana ilość betonu dotyczyła wyłącznie budowli hydrotechnicznych opisanych w treści warunku). Niezależnie od tego, czy kwestie te były rzeczywiście rozważane przez Zamawiającego przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego (co jest wątpliwe z uwagi na powyżej wskazane okoliczności dotyczące przebiegu postępowania), to w żaden sposób nie zostały zakomunikowane w jej uzasadnieniu.

Zdaniem Izby Zamawiający bezpodstawnie ocenił, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt IV.1.2 lit. a s.i.w.z. pod względem łącznej ilości betonu w zadaniu, która miała wynosić co najmniej 1500 m³. Ponieważ wpisana przez Odwołującego w poz. 3 wykazu ilość 1750 m³ została również wprost wskazania przez wystawcę referencji w jej treści, Zamawiający musiałby dowieść, że informacje te nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy. W uzasadnieniu faktycznym decyzji o wykluczeniu Zamawiający powołał się jedynie na bliżej niesprecyzowane informacje. Po otrzymaniu od innego wykonawcy (zgłaszającego przystąpienie) pisma, w którym wystawca referencji podał zupełnie inną ilość, Zamawiający miał prawo uznać za celowe ustalenie rzeczywistego stanu rzeczy i zwrócić się o wyjaśnienia do Odwołującego. Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu nie ujawnił jednak powodów nieuznania złożonych wyjaśnień, w których Odwołujący nie tylko podtrzymał prawidłowość ilości wskazanych w wykazie i referencji, ale powołał się również na dodatkowy dokument potwierdzający uzyskany od wystawcy referencji. Tymczasem w tym załączonym

do wyjaśnień w dokumencie wystawca referencji wskazał racjonalną przyczynę rozbieżności danych: ilość 743,18 m³ została założona w kosztorysie i pozwoleniu na budowę, jednak w toku wykonywania robót, z uwagi na niekorzystne warunki geologiczne, w rezultacie konieczne okazało się użycie betonu w ilości wskazanej w referencji. Z dalszego postępowania Zamawiającego wynika, że nie uznał tych wyjaśnień za wiarygodne, skoro postanowił we własnym zakresie zwrócić się do wystawcy referencji. Jak się okazało na rozprawie nie tylko wystosował pismo, do którego załączył dotychczas uzyskane dokumenty, lecz nawet wysłał pracownika na Słowację. Zamawiający uzyskał kolejne oświadczenie wystawcy referencji, którego treść wybiórczo i błędnie zinterpretował. O ile w treści tego oświadczenia pada stwierdzenie wskazujące 743,18 m³ jako rzeczywistą ilość użytego betonu, o tyle z następnej części tego samego zdania wynika, że miały miejsce dalsze dostawy betonu. Zamawiający bezpodstawnie uznał, że jednoznacznie wskazuje to na ilość 743,18 m³, kierując się stwierdzeniem, że dostawy betonu wykraczające poza tę ilość *były załatwiane oddzielnie i nie były przedmiotem referencji*. Tymczasem nie sposób bezkrytycznie uznać, że wskazany wprost w treści referencji beton w ilości 1750 m³ nie jest nią objęty. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w tych okolicznościach obowiązkiem Zamawiającego było wykazać złożenie referencji zawierających nieprawdziwe informacje lub sfalszowanych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Natomiast Zamawiający, powołując się na sobie właściwą interpretację art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, uciekł od wykazania zaistnienia tej przesłanki, zamiast tego bezpodstawnie stwierdzając, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, choć ze założonych dokumentów i wyjaśnień wynikało coś przeciwnego. Zamawiający nie zapewnił Odwołującemu żadnej możliwości ustosunkowania się do uzyskanego od podmiotu spoza prowadzonego postępowania nowego oświadczenia, które w enigmatyczny sposób zostało opisane w zawiadomieniu o wykluczeniu jako *informacje posiadane przez zamawiającego*. Dopiero po otrzymaniu decyzji o wykluczeniu Odwołujący zmuszony był do dociekania na własną rękę jakie to informacje, do których nie miał wcześniej dostępu, stały się podstawą lakonicznie uzasadnionej decyzji Zamawiającego. Taki sposób uzasadnienia, jako utrudniający Odwołującemu możliwość merytorycznej obrony przed uchybieniami stwierdzonymi przez Zamawiającego, nie odpowiada wymogom art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp, który należy interpretować z uwzględnieniem podstawowych zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady jawności i pisemności.

Izba zważyła, że choć w tych okolicznościach Zamawiający tym bardziej winien w toku postępowania odwoławczego wykazać zasadność swojej decyzji, to Odwołujący

przedstawił na rozprawie dowody, które potwierdzają prawidłowość wskazanej w wykazie i referencji ilości betonu. Oświadczenie spółki OSC.s. Oravska z 19 października 2012 r. jest zgodna z treścią wcześniejszych wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego: założona dla inwestycji ilość 743,18 m³ betonu uległa na etapie realizacji zwiększeniu z uwagi na niekorzystne warunki geologiczne. Oświadczenie STAVPOC z 8 października 2012 r. doprecyzowuje, że pierwotna ilość wynikała z projektu, jednak w trakcie jego realizacji uległa zwiększeniu o 999,75 m³. Jednocześnie podmiot ten oświadczył, że przedmiotem referencji wystawionych powyższej spółce była wykonana łącznie ilość 1742,93 m³ betonu. Takie zwiększenie znajduje z kolei potwierdzenie w aneksie do umowy zawartej pomiędzy gminą Lomna a STAVPOC na realizację tej inwestycji, w którym stwierdza się wprost, że pierwotny przedmiot zamówienia ulega zmianie i uzupełniony zostaje o zakres zgodny z załączonym zestawieniem. W załączonych tabelach ujęto między innymi: konstrukcje pionowe – konstrukcje zapór z prostego betonu hydrotechnicznego w ilości 624,25 m³ oraz fundamenty – płyty fundamentowe z prostego betonu hydrotechnicznego w ilości 375,50 m³. Analogiczne zwiększenie ilości tak samo opisanych pozycji zawiera tabela stanowiąca integralną część aneksu do umowy zawartej pomiędzy STAVPOC a Oravska, w którym również wskazano, że pierwotny przedmiot umowy ulega zmianie i zostaje uzupełniony o zwiększoną kubaturę robót ziemnych i betoniarskich. Wreszcie – oświadczenie z 5 października 2012 r. potwierdza fakt dostarczenia na budowę Elektrowni wodnej Lomna mieszanek betonowych w ilości około 1800 m³. Przedstawione dokumenty pochodzące od różnych podmiotów uczestniczących w realizacji tej inwestycji w sposób spójny potwierdzają, że ilość betonu została wskazana przez Odwołującego w wykazie w sposób zgodny z rzeczywistym stanem rzeczy. W szczególności należy zauważyć, że oświadczenia STAVPOC z 2 i 8 października zostały podpisane w taki sam sposób, a zatem późniejszy dokument przedstawiony przez Odwołującego na rozprawie stanowi interpretację zarówno treści wcześniejszego dokumentu uzyskanego przez Zamawiającego, jak i wyjaśnienie przyczyn rozbieżności pomiędzy nimi. Izba nie podziela przy tym zastrzeżeń Zamawiającego wyrażanych na rozprawie, że ostateczne oświadczenie STAVPOC, w którego treści określono ilość betonu na 1742,93 m³, nie może odnosić się do referencji, w których mowa jest o 1750 m³. W ocenie Izby jest to zaokrąglenie przyjęte przez wystawcę referencji, który na skutek czynności sprawdzających Zamawiającego poczuł się jednak obowiązany podać precyzyjne dane wynikające z dokumentów źródłowych. Z uwagi na to, że w treści warunku wskazano 1500 m³ trudno uznać, że różnica ta, a w zasadzie brak aptekarskiej precyzji w referencji, ma jakiegokolwiek znaczenie w postępowaniu prowadzonym przez

Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych niż wykluczenie Odwołującego z postępowania czynności Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożyły się: wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wynikającej ze złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: