

Sygn. akt: KIO 1525/12

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2012 r. przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 93, 42-504 Będzin, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miasto Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole,

przy udziale **Wykonawcy** - BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 93, 42-504 Będzin, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 93, 42-504 Będzin, 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

Miasto Opole zwane dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa węzła komunikacyjnego obwodnicy północnej (drogi krajowej) z drogą wojewódzką nr 454 (ul. Budowlanych - Sobieskiego)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 10 stycznia 2012 r., poz. 2011/S 5-007183

Pismem z dnia 10 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,

Wskazać należy, że ten wybór najkorzystniejszej oferty był dokonany w trzecim wyborze oferty, gdyż dwa poprzednie wybory oferty, zostały unieważnione w oparciu o orzeczenia KIO z dnia 17 kwietnia 2012r. sygn. akt KIO 637/12 oraz wyroku z dnia 13 czerwca 2012 r. sygn. akt 1070/12.

Równocześnie wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 93, 42-504 Będzin, zwany dalej „Odwołującym”, który to wykonawca w dniu 18 lipca 2012 wniósł odwołanie od tej decyzji do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wnosząc odwołanie, zarzucił Zamawiającemu dokonanie błędnej oceny oferty złożonej przez Odwołującego i w efekcie wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a także sformułował zarzut zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe, zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- (1) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu i w efekcie art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą;
- (2) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie może uzupełnić oferty w drodze złożenia dokumentów i wyjaśnień, przy równoczesnym wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnienia oraz przy akceptacji dodatkowych dokumentów i wyjaśnień składanych w wyniku wezwań Zamawiającego przez innych wykonawców, a także poprzez przerwienie na Odwołującego odpowiedzialności za nierzetelne badanie ofert przez Zamawiającego;
- (3) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zażądanie od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a następnie potraktowanie ich jako niedopuszczalne;
- (4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

- (5) art. 89 ust. 1 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Budimex Budownictwo sp. z o.o. i wybór tej oferty, mimo że jest ona niemożliwa do wykonania;
- (6) art. 91 ust. Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- (7) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp oraz nierówne traktowanie wykonawców na etapie badania i oceny ofert.

Podnosząc zarzut wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. przeprowadzenie dowodów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie;
3. unieważnienie ponownej oceny ofert i unieważnienie wykluczenia Odwołującego, a co za tym idzie, unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Budimex Budownictwo sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i nakazanie odrzucenia oferty Budimex Budownictwo sp. z o.o. oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

względnie

nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

5. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podniesiony zarzut dotyczący niezgodnego z przepisem ustawy wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, że w odniesieniu do dokonanych czynności Zamawiającego z dnia 10 lipca podjętych w stosunku do ofert Odwołującego Zamawiający uznał iż Odwołujący zawarł w swojej ofercie nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Za informacje takie uznał wskazanie doświadczeń Pana A..... W....., jako spełniających kryteria specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie ze specyfikacją Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował między innymi kierownikiem robót z uprawnieniami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń posiadającym minimum trzyletnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub robót budowlanych i wykazującym się doświadczeniem przy robotach związanych z budową lub przebudową minimum dwóch kanalizacji deszczowych o średnicy kanału głównego

minimum D 500 mm., oraz doświadczeniem przy robotach budowlanych związanych z budową lub przebudową wodociągu.

Zamawiający stawiając taki wymóg nie określił, co rozumie pod podjęciem „doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub robót budowlanych”.

W swojej ofercie Odwołujący na to stanowisko wskazał Pana A W....., który między innymi legitymuje się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji inwestycji „Budowa dróg, oświetlenia ulicznego i sieci wod.-kan. w rejonie obwodnicy Północnej”.

Zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2012 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, czy Pan A..... W..... pełnił funkcję kierownika robót kanalizacyjnych zgodnie z Prawem budowlanym (art. 42, 45) przy zadaniu „Budowa dróg, oświetlenia ulicznego i sieci wod.-kan. w rejonie obwodnicy Północnej - Północna Bis...” .

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że Pan A..... W..... pełnił funkcję kierownika robót w tym zadaniu, chociaż nie dokonywał wpisów w dzienniku budowy, gdyż pełnienie funkcji kierownika robót nie zawsze wiąże się z art. 42 i 45 Prawa budowlanego, a w związku z powyższym wpisy w dzienniku budowy nie są wymagane. Na potwierdzenie prawdziwości swojego wyjaśnienia Odwołujący złożył protokoły odbioru końcowego i częściowego robót z wyżej wymienionego zadania, które każdorazowo oprócz kierownika robót sanitarnych A..... W....., podpisał kierownik budowy R..... K....., a także kopię umowy z generalnym wykonawcą robót.

Mimo treści złożonych wyjaśnień, których prawdziwość potwierdzały dodatkowo dokumenty, Zamawiający zaskarżoną decyzją z 10 lipca 2012 r. uznał informacje zawarte w ofercie, dotyczące Pana W....., za informacje nieprawdziwe tj. takie które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał błędnej oceny tej sytuacji, gdyż pojęcie „nieprawdziwe informacje” oznacza, że ktoś minął się z prawdą, gdy tymczasem zarzutu takiego nie można postawić Odwołującemu.

Drugim zarzutem podniesionym w odwołaniu jest zarzut wykluczenia z postępowania Odwołującego z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się dysponowaniem osoby dedykowanej na stanowisko kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych. Wskazana na tą funkcję osoba pana Sz..... nie potwierdzała spełniania postawionych warunków.

Odwołujący zarzucił, że w tym zakresie Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w inny sposób formułował wezwania do Odwołującego i w inny do Budimex Budownictwo sp. z o.o. W przypadku wezwania do Budimex-Budownictwo sp. z o.o. Zamawiający określał, że jeżeli wykonawca ten nie może udowodnić spełniania

warunków przez wskazanego eksperta, może zgłosić inna osobę, która spełnia wymogi Zamawiającego. Możliwości takiej nie dawał natomiast Odwołującemu. Stwierdził, że Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że wyjaśnienia złożone przez niego w dniu 5 lipca 2012 r. były kolejnym uzupełnieniem oferty. Zarzut ten jest chybiony, gdyż Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oferty dopiero uprzednim kilkukrotnym zakwalifikowaniu oferty Odwołującego jako prawidłowej i kompletnej. Pismo z dnia 3 lipca 2012 r. było pierwszym pismem, w którym Zamawiający wyraził jakąkolwiek wątpliwość dotyczącą treści oferty Odwołującego na etapie badania i oceny ofert. Uznał, że biorąc pod uwagę fakt, że decyzja o wykluczeniu została podjęta w wyniku kolejnego badania oferty, zgodnie z wyrokiem KIO 1070/12 z dnia 13 czerwca 2012 r. który zobowiązywał Zamawiającego do kolejnego badania i oceny ofert, to Zamawiający badając ofertę przed podjęciem decyzji z dnia 10 lipca 2012 r. **po raz pierwszy** wezwał Odwołującego do uzupełnienia informacji i dokumentów. Natomiast Odwołujący odpowiadając na to wezwanie w możliwie pełny i precyzyjny sposób udzielił Zamawiającemu informacji wyraźnie na temat danych, których Zamawiający żądał, podkreślając przy tym, że warunki, których dotyczyło wezwanie Zamawiającego, Wykonawca spełniał w dacie składania ofert.

Ponadto stwierdził. Że od pierwszej oceny ofert dokonanej 23 marca 2012 r., w której przyznano odwołującemu 90,55 pkt nie zaszły żadne okoliczności dotyczące oferty Odwołującego, które powodowałyby konieczność ponownej weryfikacji oferty. Tę samą ilość punktów przyznano Odwołującemu 15 maja 2012 r.

W trzecim zarzucie dotyczącym naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 UPZP poprzez nieodrzućenie oferty Budimex Budownictwo sp. z o.o. i wyboru tej oferty, mimo że jest ona niemożliwa do wykonania podniósł, że Zamawiający oprócz kryterium ceny wprowadził również drugie kryterium oceny - termin wykonania umowy.

Wykonawca Budimex Budownictwo sp. z o. o. w swojej ofercie skrócił termin wykonania zamówienia o 427 dni do dnia 30 czerwca 2013 roku. Termin ten został określony, zdaniem Odwołującego, jako nierealny, gdyż znacznie odbiegał od terminów zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Tym samym, jego zdaniem już w momencie składania oferty Budimex Budownictwo musiał mieć świadomość niskiego prawdopodobieństwa zachowania tego terminu, nawet w przypadku gdyby zamówienie zostało udzielone w wyniku pierwszego badania i oceny ofert, czyli w marcu 2012 roku.

Wskazał, że obecnie realnym terminem podpisania umowy w niniejszym postępowaniu jest koniec lata, z uwagi na procesy technologiczne związane z brakiem możliwości prowadzenia określonych robót w zbliżającym się okresie zimowym, nie ma realnej możliwości wykonania zamówienia w zaoferowanym przez Budimex Budownictwo terminie. Zarówno Zamawiający jak i Budimex Budownictwo sp. z o.o. mają pełną tego świadomość o czym świadczą

choćby prasowe wypowiedzi Zamawiającego ustami rzecznika prasowego Urzędu Miasta Opola, który jednocześnie jest członkiem komisji przetargowej. Wobec powyższego wybór oferty Budimex Budownictwo jest wyborem oferty która nie zostanie wykonana, co pośrednio wskazuje że strony umowy będą zmierzać do przedłużenia terminu wykonaniu umowy już po jej zawarciu z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający w złożonej na posiedzeniu, przed rozpoczęciem rozprawy, pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania uznając podniesione zarzuty za niezasadne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Budimex Budownictwo sp. z o. o, który zarówno w przystąpieniu jak i piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp,

Przystępujący również wykazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany tego stanu rzeczy.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron i uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: **odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie**

Przedmiotem sporu w tym postępowaniu jest w kwestia czy wykluczenie Odwołującego z postępowania było zasadne i zgodne z przepisami ustawy Pzp, a ponadto czy zaoferowany przez Przystępującego termin wykonania przedmiotu zamówienia jest realny, a tym samym czy nie zachodzie kwestia niemożliwości świadczenia co powodowałoby, że zawarta umowa z takim wykonawcą byłaby umową ważną.

Odnosnie pierwszego zarzutu w zakresie opisanym powyżej, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że wykonując, w wyniku rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego KIO 1070/12, czynności ponownego badania i oceny ofert wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków przez osobę wskazaną na funkcję kierownika

robót sanitarnych Pana A..... W..... w trakcie realizacji inwestycji: „Budowa dróg, oświetlenia ulicznego i sieci wod.-kan. w rejonie obwodnicy Północnej - Północna Bis”.

Wezwanie Zamawiającego podyktowane było prawdopodobieństwem złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie Odwołującego. Swoje stanowisko w zakresie potrzeby wyjaśnienia czy wykonawca spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu Zamawiający powziął opierając się na ww. wyroku KIO dotyczącym sposobu wykazywania, że dana osoba pełniła funkcję kierownika robót.

Stwierdził, że w wyniku oceny złożonych wraz z oferta dokumentów powziął wątpliwości czy Odwołujący wykazał się dysponowaniem osobą eksperta posiadającą wiedzę i doświadczenie w wymaganym zakresie w SIWZ.

Zamawiający analizując dzienniki budowy z tamtego zamówienia /realizowanego dla niego/ doszedł do wniosku, że wskazana osoba na stanowisko eksperta nie pełniła funkcji, którą wskazał Odwołujący w złożonym wykazie w tym postępowaniu. W tym zakresie stwierdził, że „w dzienniku budowy zadania: *„Budowa dróg, oświetlenia ulicznego i sieci wod-kan w rejonie obwodnicy Północnej - Północna Bis”*, które przywołuje Odwołujący w ofercie (potwierdzenie wymaganego doświadczenia) wpisane są inne osoby pełniące funkcję kierownika budowy i kierownika robót kanalizacji sanitarnej, deszczowej i sieci wodociągowej. „ Tą osobą nie był pan W.....

Wobec takiej sytuacji stwierdził, że miał prawo i obowiązek zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości w tym zakresie.

Odwołujący w tym zakresie na rozprawie podniósł, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie wymagał, aby osobą wskazaną na stanowisko kierownika robót, mogła być tylko taka osoba, której doświadczenie wynika z wpisów do dziennika budowy. Taki wymóg, albo oczekiwanie Zamawiającego pojawiło się dopiero w wezwaniu odwołującego z dnia 5 lipca 2012 r., gdzie Zamawiający wzywał do wyjaśnienia wykazanych robót przez pana Walewandra, a ponadto podania nazwy realizowanego zadania, a także numeru pozwolenia na budowę.

Odnośnie powyższego zarzutu Izba wskazuje, że Zamawiający w tym zakresie w pkt 3 lit „L” IDW postawił wymóg, aby wykonawca dysponował osobą, *„kierownikiem robót z uprawnieniami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń posiadającym minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub robót budowlanych i wykazującym się doświadczeniem przy robotach budowlanych związanych z budową lub przebudową min. 2 kanalizacji deszczowej o średnicy kanału głównego min. D 500 mm. oraz doświadczeniem przy robotach budowlanych związanych z budową lub przebudową wodociągu”*.

Natomiast w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 5 lipca 2012 roku Zamawiający zażądał od Odwołującego:

*„Na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie:
Czy Pan A..... W..... pełnił funkcję kierownika robót kanalizacyjnych zgodnie z Prawem Budowlanym (art. 42, 45) przy zadaniu Budowa dróg, oświetlenia ulicznego i sieci wod.- kan. w rejonie obwodnicy Północnej - Północna Bis (kanał sanitarny fi 200-520 mb, kanał deszczowy fi 400-600 - 380 mb, sieć wodociągowa - fi 150-3501 mb) - (strona 36 - 37 oferty) i podanie nazwy wynikającej z pozwolenia na budowę realizowanego zadania oraz nr decyzji i pozwolenia na budowę”.*

Porównując treść warunku udziału z treścią żądania wyjaśnienia wątpliwości, stwierdzić należy, że Zamawiający w sposób niedopuszczalny rozszerzył ocenę spełniania tego warunku o żądanie aby pełnienie funkcji kierownika budowy było zgodne z art 42 i 45 prawa budowlanego. Zarzucił, że Zamawiający nie może na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ innej, niż pierwotnie ustalonej treści. Jeśli zamawiający oczekiwał wykazania doświadczenia kierownika budowy wyłącznie w oparciu o dokonane wpisy w dzienniku budowy, to winien wyrazić to w SIWZ w sposób jednoznaczny. .

Stwierdzenie przez Zamawiającego niespełnienia wymogu z ww. przepisów spowodowało nieuznanie posiadanego doświadczenia i uznanie podania w tym zakresie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W tym zakresie Izba stoi na stanowisku, że dla nabycia wiedzy i doświadczenia w określonej dziedzinie konieczne jest pełnienie przez osobę mającą określone kwalifikacje/uprawnienia, danej funkcji w określonym czasie. Żaden przepis prawa budowlanego nie wymaga, aby zaistniał trzeci element tzn, aby dla uznania posiadania doświadczenia niezbędne było pełnienie danej funkcji w oparciu o wpis do dziennika budowy. Wpis do dziennika budowy może służyć tylko do wykazania w sposób pewny, że dana osoba w określonym czasie, pełniła wskazaną w nim funkcję.

Dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót (art. 45 ustawy Prawo budowlane) i jest przeznaczony do rejestracji zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku ich wykonywania, (§ 2 ust. 1 rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia, Dz. U. Nr 108, poz. 953).

Treści zapisane w dzienniku budowy jak inne dokumenty mogą zostać wzruszone i tym samym prawdziwość zapisanych w nim zdarzeń może zostać obalona.

Przepisy ustawy prawo budowlane nie nakazują ustanawiania przy realizacji każdej roboty budowlanej kierownika budowy, jak i kierowników robót branżowych. Dlatego też za nieuzasadnione należy uznać żądanie Zamawiającego- sprecyzowane w tym zakresie dopiero na etapie oceny ofert, aby wykazywanie pełnienia funkcji kierownika robót następowało wyłącznie za pomocą dziennika robót, wykluczając tym samym możliwość skorzystania przez wykonawców z innych dokumentów związanych z procesem budowlanym.

Dlatego też nieuzasadnione jest niedokonanie przez Zamawiającego oceny dokumentów przesłanych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie. Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego nie wspomniał dlaczego dokumentom tym nie wiały.

Z dokumentów tych- kopii umowy nr 2/11/2007 zawartej pomiędzy Opolskim Przedsiębiorstwem Usług Drogowych realizującym wyżej opisane zamówienia dla Zamawiającego, a podwykonawcą Zakładem Budownictwa Ogólnego DROBUD w imieniu to którego zgodnie z § 11 pkt 3 funkcję przedstawiciela podwykonawcy oraz kierownika robót pełnił pan W....., a także trzech protokołów odbioru robót z 14.12.2007; 27.12.2007 i 30.01.2008 wynika, że funkcję kierownika robót w tym zadaniu wykonywał pan A.....W... – kierownik robót sanitarnych.

Jednakże za zasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego iż w świetle wpisów do dziennika budowy występują wątpliwości co do roli jaką pełnił na tej budowie pan W..... Dlatego też niezaliczenie do okresu posiadania wymaganego doświadczenia, czynności wykonywanych na kwestionowanej budowie przez pana W..... należy uznać za uzasadnione.

Jednakże w świetle dokonanych ustaleń brak jest podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący wskazując ww osobę na stanowisko kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych złożył nieprawdziwe informację mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązuje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania w razie podania informacji nieprawdziwych, przez które należy rozumieć informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości, o ile złożone informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania

Ze względu na fakt iż w stosunku do treści wpisów do z ww. dzienników budowy występują inne kontr dokumenty w postaci ww. umowy i protokołów odbioru robót, to zasadne jest wskazanie, że Zamawiający nie ustalił w sposób jednoznaczny, że oświadczenie Odwołującego złożone w przedmiotowym postępowaniu jest nieprawdziwe.

Skoro Zamawiający nie ustalił w sposób jednoznaczny, że oświadczenie Odwołującego się złożone w związku z tą budową jest nieprawdziwe, nie powinien ciężaru swego zaniechania przenosić na wykonawców.

Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy powinno być udowodnione, w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy nie zostaną zachowane / wyrok KIO 405/10/. Analizując potencjalną możliwość takiego wpływu nie można abstrahować od okoliczności konkretnej sprawy. W tej sprawie Zamawiający na rozprawie stwierdził, że nie kwestionuje faktów wynikających z ww. umowy i protokołów odbioru robót. Jednakże nie wyjaśnił dlaczego nie dokonał analizy prawdziwości zawartych tam faktów. Tym samym jego stanowisko o złożeniu przez Odwołującego nieprawdziwych informacji nie znajduje odzwierciedlenia dokonanych ustaleniach.

W tym zakresie zasadne jest przywołanie stanowiska jakie zajął SO w Warszawie w wyroku XXIII Ga 416/11 , gdzie wskazał, że *„art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, mówi o rzeczywistym lub hipotetycznym wpływie nieprawdziwych informacji na wynik postępowania. Oznacza to, że taki wpływ musi zostać wykazany... Tym samym w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przyjęcie domniemania faktycznego, iż wszelkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, jest w ogóle niedopuszczalne”*.

Ponadto wskazać należy, że nie jest do zaakceptowania fakt, że Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień nie wskazując równocześnie czego konkretnie zastrzeżenia Zamawiającego dotyczą i jakie dokumenty i w jakim zakresie wymagają wyjaśnienia. Nadmienić należy, że o włączeniu do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego dzienników budowy Odwołujący dowiedział się dopiero z informacji o wykluczeniu go z postępowania. Tym samym został pozbawiony możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień w tym zakresie.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, winno poprzedzać wezwanie w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp, zawierające precyzyjne wskazanie wątpliwości Zamawiającego, co do treści złożonych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń, czego Zamawiający nie uczynił.

Zasadne jest odniesienie się do stanowiska Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził iż podjął decyzje o wykluczeniu Odwołującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, gdyż *„Nota bene mamy tutaj do czynienia z sytuacją identyczną jak będąca przedmiotem orzekania w wyroku j KIO 1070/12”*. Podnieść należy, że stan faktyczny dotyczący podniesionych zarzutów jest inny, niż w sprawie o sygn KIO 1070/12.

W tamtym postępowaniu Izba stwierdziła, iż *„Niewątpliwie wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów, może w uzupełnieniu przedłożyć nowe dokumenty, dotyczące*

nowych prac/osób. Jednak może to skutecznie uczynić wyłącznie w wypadku, gdy dane podane wcześniej były niepełne czy nieścisłe, a nie w sytuacji, gdy były nieprawdziwe". W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie wykazał, nieprawdziwości złożonych oświadczeń, lecz w ogóle nie podjął próby ich wyjaśnienia, gdyż w wezwaniu do złożenia wyjaśnień tych konkretnych okoliczności, wynikających z wpisów do dziennika budowy nie wskazał.

Wobec powyższych ustaleń, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu nie wykazania dysponowaniem na potrzeby przedmiotowego zamówienia osobą dedykowaną na funkcję kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych, Odwołujący kwestionował postępowanie Zamawiającego polegające na tym, że Zamawiający zgłosił Odwołującemu wątpliwości co do treści oferty po wcześniejszym kilkukrotnym zakwalifikowaniu oferty Odwołującego jako prawidłowej i kompletnej.

Zamawiający odpowiadając na zarzut wskazał, że w pkt. 3 lit „j” postawił wymóg dysponowania *„kierownikiem robót z uprawnieniami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, posiadającym minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub robót budowlanych i wykazującym się doświadczeniem przy robotach budowlanych związanych z budową lub przebudową sieci energetycznych SN, linii napowietrznej min. 15 kV, oświetlenia ulicznego”*.

Wskazać należy iż fakt niezgodności złożonych oświadczeń i dokumentów w tym zakresie Zamawiający stwierdził jeszcze przed pierwszą oceną i badaniem złożonych ofert. W wyniku tych ustaleń pismem z dnia 9 marca 2012 roku zwrócił się do Odwołującego z żądaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 dokumentów w tym zakresie /pkt 4 wezwania/. Odwołujący złożył uzupełnienie wykazu, a Zamawiający uznał te uzupełnienia za wystarczające i dokonał pozytywnej oceny jego oferty. Dopiero w wyniku wykonywania wyroku KIO o sygn. 1070/12 Zamawiający dokonując ponownego badania oferty stwierdził, że oświadczenie złożone w ofercie, jak i uzupełnione w wyniku wezwania z dn. 9 marca 2012 r. nie potwierdzały, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie linii napowietrznej 15 kV.

W wyniku z lipca 2012 roku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, Odwołujący przyznał, iż omyłkowo nie ujął dwóch zadań. Do wyjaśnień został dołączony wykaz z uwzględnieniem tych zadań. Było to zatem ponowne uzupełnienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że

Odwołujący podlega wykluczeniu jako nie spełniający warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba rozpatrując ten zarzut, w oparciu o dokumentację postępowania ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 9 marca 2012 r. był wzywany do uzupełnienia w tym zakresie złożonych dokumentów. Uzupełniony w wyniku wezwania wykaz nie potwierdzał w zakresie rzeczowym uprawnień osoby wskazanej na funkcję kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych. Wezwanie było prawidłowe.

Natomiast złożony wraz z wyjaśnieniami Odwołującego, przy piśmie z dnia 5 lipca 2012 roku uzupełniony wykaz, **był drugim** uzupełnieniem oferty w tym zakresie.

Ponadto pogląd Odwołującego jakoby ponowna ocena i badanie ofert powodowała iż dotychczasowe wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień tracą byt i dla potrzeb tego aktualnego badania i oceny ofert, Zamawiający winien ponownie wzywać do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp jest całkowicie chybiony. Zgodnie z treścią zdania drugiego art. 26 ust.3 „*złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu...*” Tak więc wezwanie i związane z tym ograniczenia dotyczą postępowania jako całości, a nie jego określonego etapu, za jaki należy uznać etap badania i oceny ofert.

Również zarzut, że wezwanie to było nieprecyzyjne i tym samym należałoby uznać, iż wezwanie nie miało miejsca gdyż nie spełniało wymagań z art. 26 ust. 3, po analizie treści wezwania z dnia 9 marca 2012 roku nie znalazł potwierdzenia.

Odnosząc się do tej kwestii wskazać należy, że dzięki tej regulacji, stanowiącej wyjątek od zasady określonej przepisem art. 26 ust. 2a, wykonawcy uzyskali „drugą szansę” na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Celem uzupełniania dokumentów podmiotowych jest wyłącznie to, aby uchronić wykonawców przed wykluczeniem z postępowania, z powodu zapomnienia, przeoczenia czy też popełnienia błędu w odniesieniu do składanych z wnioskiem dokumentów. Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

W myśl tego przepisu, w trybie art. 26 ust. 3 uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty wymagane przez zamawiającego, a więc dokumenty niezbędne do potwierdzenia spełniania warunków minimalnych, których niepotwierdzenie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Przywołany przepis pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko raz i tylko w zakresie objętym wezwaniem.

Wykonawca wyjaśniając treść złożonych dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu musi zamknąć się w ramach uprzednio złożonych

oświadczeń, zaś podawane w ramach wyjaśnień informacje nie mogą skutkować zmianą złożonej uprzednio oferty. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jest traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, w trybie art. 26 ust. 3 nie jest więc dopuszczalne.

Tym samym zarzut ten nie znalazł potwierdzenia. Dlatego też w związku z zaistnieniem podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W zakresie zarzutu trzeciego, dotyczącego tego, że Budimex Budownictwo sp. z o. o. w swojej ofercie skracając termin wykonania zamówienia o 427 dni do dnia 30 czerwca 2013 zaoferował nierealny termin wykonania zamówienia.

W zakresie sformułowania tego zarzutu zasadne jest zdaniem Izby, stanowisko Przystępującego w którym podnosi iż sposób sformułowania tego zarzutu jest nieprecyzyjny i nie zawiera wskazania, który przepis ustawy Pzp został przez Zamawiającego naruszony.

Zamawiający w tym zakresie podniósł, że o świadczeniu niemożliwym można by było mówić dopiero wtedy, gdyby upłynął już termin realizacji zamówienia, a ponadto Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że wykonanie przez wybranego wykonawcę przedmiotu zamówienia we wskazanym przez niego terminie jest niemożliwe.

Izba w tym zakresie stwierdza, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wykonanie zamówienia we wskazanym terminie jest nierealne. Złożone do akt sprawy dwie oferty dotyczące wykonania robót projektowych, z których wynika, że prace projektowe dotyczące robót objętych przedmiotowym zamówieniem mogą być wykonane w terminie 6- 7 miesięcy od dnia podpisania umowy, mogą dowodzić tylko tego, że te biura projektowe potrzebują wskazany okres czasu dla wykonania projektów. Jednakże wcale to nie dowodzi, że inne biura nie mogą to wykonać tej dokumentacji projektowej w innym – krótszym lub dłuższym terminie.

Przypuszczenia, wątpliwości i sugestie kierowane pod adresem Zamawiającego, którymi operuje w tym zakresie Odwołujący nie są jakimkolwiek dowodem potwierdzającym zasadność podniesionego zarzutu, na podstawie którego można by podniesione zarzuty uznać za zasadne.

W związku z faktem nieudowodnienia zasadności podniesionego zarzutu, nie może on być przez Izbę uwzględniony.

Izba odnosząc się do szeroko podnoszonej zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie kwestii nieprawidłowego prowadzenia postępowania przez Zamawiającego stwierdza, że w tym zakresie nie sformułowano w odwołaniu zarzutu spełniającego wymóg z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże należy zauważyć, że fakt iż Zamawiający stwierdzając w stosunku do Odwołującego przez dwa kolejne etapy badania i oceny ofert prawidłowość złożonej przez

niego oferty nie wykazał się wymaganym w tym zakresie profesjonalizmem.

Stwierdzić należy, że Zamawiający wraz z pierwszym badaniem i oceną oferty winien każdy dokument ocenić w sposób pełny, obiektywny i precyzyjny. W razie stwierdzenia braków winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia treści oferty lub złożenia w tym zakresie wyjaśnień.

Tutaj Zamawiający zauważył błędy w ofercie Odwołującego dopiero przy trzeciej ocenie oferty, która nastąpiła 4 miesiące po pierwszej ocenie. Niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający mając w swoim posiadaniu dzienniki budowy dotyczące robót, w oparciu o które Odwołujący wykazał doświadczenie osoby dedykowanej na stanowisko eksperta do spraw instalacji sanitarnych, porównał ich treść z treścią złożonego wykazu dopiero przy trzeciej ocenie ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp, Izba nie stwierdziła poza wyżej wymienionymi faktami naruszenia innych przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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