

Sygn. akt: KIO 1944/11

WYROK
z dnia 22 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa mostu na rzece Skawie w miejscowości Sucha Beskidzka w km 37+121 w ciągu drogi krajowej nr 28” (nr ref. GDDKiA-O/KR/R-2at/284/42/2011)

przy udziale wykonawcy **FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. z siedzibą w Brnie, Oddział spółki akcyjnej w Ostrawie, adres do doręczeń: Ostrava – Přivoz, Areál ČD, Palackého č.p. 105, PSČ 702 00 Czechy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje dokonanie powtórnie czynności oceny i badania oferty, w tym nakazuje wezwanie wykonawcy FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie doświadczenia, jak również nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. 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:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 22 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1944/11

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa mostu na rzece Skawie w miejscowości Sucha Beskidzka w km 37+121 w ciągu drogi krajowej nr 28” (nr ref. GDDKiA-O/KR/R-2at/284/42/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **15.06.2011 r.** Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu **17.06.2011 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 115-189942.

W dniu **31.08.2011 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. z siedzibą w Brnie.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **09.09.2011 r.** od zaniechania czynności przez Zamawiającego polegających na wykluczeniu z Postępowania wykonawcy FIRESTA - Fiser, rekonstrukce, stavby a.s. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że FIRESTA złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie polegającej na wezwaniu FIRESTA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w zakresie powyższych czynności i zaniechań zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wykluczenia FIRESTA z postępowania pomimo, iż FIRESTA złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wykluczenia FIRESTA z postępowania pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,

- ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania FIRESTA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 ppkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty FIRESTA,
2. wykluczenia FIRESTA z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp,
3. ewentualnie wezwania FIRESTA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
4. dokonania powtórnego badania i oceny ofert
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazał, iż interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania wynika z faktu, iż w przypadku gdyby Zamawiający wykluczył FIRESTA z Postępowania, Odwołujący uzyskałby zamówienie. Należy bowiem zauważyć, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena, a cena zaoferowana w ofercie Odwołującego, spośród wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu, jest najkorzystniejsza. Brak uzyskania zamówienia w sposób oczywisty wyrządza szkodę Odwołującemu.

Ponadto podniósł, iż z uwagi na to, że naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego z pewnością miało wpływ na wynik postępowania, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał w Rozdziale 1 pkt. 7.2 ppkt. 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), aby każdy wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wykonał co najmniej 2 zadania polegające na budowie lub przebudowie drogowego obiektu mostowego (mostu/wiaduktu/estakady) w ciągu drogi/ulicy klasy min. GP o rozpiętości teoretycznej przęsła minimum 60 m. i wartości co najmniej jednego zadania nie mniejszej niż 10.000.000,00 złotych.

Na potwierdzenie powyższego warunku Zamawiający wymagał stosownie do Rozdziału 1 pkt. 8.1.2 SIWZ przedłożenia przez wykonawców wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2. Do wykazu należało

załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Jako dowód przywołał dokument w postaci SIWZ (w aktach postępowania).

Następnie podniósł, iż FIRESTA złożyła wraz ze swoją ofertą na potwierdzenie spełniania warunku określonego w Rozdziale 1 pkt. 7.2 ppkt. 2) SIWZ wykaz robót budowlanych sporządzony na Formularzu 3.2 w którym wskazała wykonanie następujących robót budowlanych:

1. Autostrada D8 Praga - Usti n.L. - granica państwa RC/RFN Budowa 0807/II Kninice - Most graniczny, długość mostu 430,0 m, rozpiętość przęseł 2x58,4+4x73,0 m, konstrukcja składa się ze skrzynki stalowej oraz płyty żelbetowej o 6-ciu przęsłach,"

2. Most nr ew. 122-008 Bechynia długość mostu 203,50 m, rozpiętość przęseł 4x13,5+90+4x13,5 monolityczna konstrukcja żelbetowa, łuk utrwalony, rozpiętość łuku 90,0 m.

Na dowód powyższego Odwołujący przywołał ofertę FIRESTA (w aktach postępowania).

Następnie wskazał, iż w dniu 31 sierpnia 2011 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze oferty FIRESTA jako najkorzystniejszej, czego dowodem jest pismo Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2011 r.

Na wstępie odniósł się do braku wykazania przez FIRESTA spełniania warunków udziału w postępowaniu podnosząc, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącym wykładni art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Tak więc, w ocenie Odwołującego, z samego wykazu robót przedłożonego przez FIRESTA winno wynikać, iż spełnia on określone w SIWZ warunki.

Jednak, zdaniem Odwołującego, wykonawca FIRESTA nie wskazał w wykazie robót budowlanych załączonym do oferty, czy zadanie wymienione w pkt. 2 polegało na budowie mostu, czy jego przebudowie. W konsekwencji, wykonawca FIRESTA nie wykazał także, iż spełnia określony przez Zamawiającego w Rozdziale 1 pkt. 7.2 ppkt. 2) SIWZ warunek udziału w postępowaniu. Należy bowiem podkreślić, iż Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że wykonawca musi wykazać się zrealizowaniem dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie mostu. Odwołujący stwierdził, iż wykonawca FIRESTA wskazał zrealizowanie jedynie jednej roboty budowlanej polegającej na budowie mostu, natomiast zadanie wskazane w pkt. 2 wykazu robót budowlanych FIRESTA odnosi się do inwestycji dotyczącej mostu, jednak nie wiadomo czy inwestycja ta polegała na budowie, przebudowie

albo też remoncie mostu. Stąd też, w ocenie Odwołującego, wykonawca FIRESTA nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do podania przez wykonawcę FIRESTA nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i tym samym zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy FIRESTA z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, i zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Następnie Odwołujący podniósł, iż podstawą wykluczenia wykonawcy w tym przypadku jest stwierdzenie, że:

- a) złożył on nieprawdziwe informacje,
- b) te nieprawdziwe informacje mają wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do pierwszego z wymienionych elementów Odwołujący wskazał, iż zgodnie z oświadczeniem wykonawcy FIRESTA zawartym w wykazie robót budowlanych sporządzonym według Formularza 3.2, wskazane przez niego roboty budowlane rzekomo potwierdzają spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Należy jednak zauważyć, zdaniem Odwołującego, iż w przypadku roboty budowlanej wskazanej w pkt. 2 wykazu robót wykonawcy FIRESTA, zadanie to polegało nie na budowie lub przebudowie mostu, ale na remoncie mostu. Zgodnie bowiem z treścią referencji potwierdzającej, że wskazana w wykazie robota zostały wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona: „Reprofilacja właściwa podbudowy i stropu konstrukcji nośnej polegała na usunięciu zdegradowanego betonu oraz całości powierzchniowym natryskaniu urządzeniem Torbo (ok. 12.000 m²), pielęgnacji odkrytego zbrojenia, reprofilacji tynkiem naprawczym, aplikacji inhibitora korozji (ok. 10.300 m²), szpachle uszczelniającej (ok. 10.300 m²) oraz powłoce łączącej (ok. 12.000 m²). (...) Rekonstrukcja budowy górnej składała się z usunięcia warstw nawierzchni mostu aż do nośnej konstrukcji mostu, sanacji nawierzchni mostu, rynien i gzymsów chodnikowych, osadzenie nowych przekryć dylatacyjnych, izolacji nawierzchni mostu, wykonanie nowych warstw konstrukcyjnych drogi i kolei, dalej rekonstrukcja rynien chodnikowych, sieci inżynierskich na moście oraz oświetlenia publicznego”. Na dowód powyższego Odwołujący przywołał ofertę wykonawcy FIRESTA (w aktach sprawy)

W ocenie Odwołującego treść referencji wskazuje jednoznacznie, iż inwestycja wymieniona w pkt. 2 wykazu robót wykonawcy FIRESTA polegała na remoncie mostu. Zgodnie z art. 3 pkt. 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość,

szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granicy pasa drogowego. Zgodnie zaś z art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Następnie Odwołujący podniósł, iż poprzez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, wskazana przez wykonawcę FIRESTA robota budowlana nie stanowiła budowy mostu. Z uwagi na to, że inwestycja ta nie polegała na zmianie parametrów użytkowych lub technicznych mostu, nie polegała ona także na przebudowie mostu. Opis inwestycji wskazany w referencji wykonawcy FIRESTA wskazuje jednoznacznie, że inwestycja ta polegała na odtworzeniu stanu pierwotnego mostu, czyli jego remoncie. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, informacja zawarta w wykazie robót FIRESTA w zakresie spełniania przez wskazaną w pkt. 2 tego wykazu robotę budowlaną wymagań Zamawiającego określonych w Rozdziale 1 pkt. 7.2 ppkt. 2) SIWZ jest nieprawdziwa.

W odniesieniu do drugiego aspektu Odwołujący wskazał, iż stwierdzenie nieprawdziwości informacji zawartej w wykazie robót FIRESTA w zakresie spełniania przez wskazaną w pkt. 2 tego wykazu robotę budowlaną wymagań Zamawiającego określonych w Rozdziale 1 pkt. 7.2 ppkt. 2) SIWZ skutkuje uznaniem, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, podanie tej nieprawdziwej informacji miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta wykonawcy FIRESTA została uznana za najkorzystniejszą, a wykonawca ten nie został wykluczony z postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający jest więc zobowiązany do wykluczenia wykonawcy FIRESTA z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Następnie Odwołujący podniósł, iż według ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania skutkuje tym, że Zamawiający nie może wezwać FIRESTA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, ale jest zobowiązany do bezwzględnego wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia FIRESTA z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż wykonawca FIRESTA nie wskazał w wykazie robót budowlanych

załączonym do oferty, że zadanie opisane w pkt. 2 wykazu polegało na budowie mostu, czy jego przebudowie. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca winien wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia za pomocą wykazu, a nie załączonych referencji potwierdzających li tylko należyte wykonanie robót budowlanych. Stąd też, w ocenie Odwołującego, treść załączonych referencji, o ile może stanowić podstawę do tego, aby potwierdzić prawdziwość oświadczenia wykonawcy zawartego w wykazie, to nie ma znaczenia dla wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na to, że Zamawiający, zdaniem Odwołującego, nie jest uprawniony w stanie faktycznym sprawy do wezwania wykonawcy FIRESTA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót, a wykonawca FIRESTA nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazał, iż zarzut ewentualnego zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy FIRESTA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót został podniesiony z ostrożności procesowej. Odwołujący w tym zakresie wskazał, iż w sytuacji gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy FIRESTA z postępowania z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, Zamawiający winien wezwać FIRESTA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót, bowiem nie potwierdza on spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Następnie Odwołujący wskazał, iż zgodnie zaś z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożą dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Na zakończenie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę FIRESTA jako najkorzystniejszą, bowiem wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. W konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może wyrządzić mu szkodę.

W dniu **12.09.2011 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. z siedzibą w Brnie.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. z siedzibą w Brnie i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp lub ewentualnie zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez Przystępującego, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z ceną wynoszącą 23.640.624,24 zł brutto pozwalającą zakwalifikować tego wykonawcę na drugim miejscu w rankingu ofert (98,79 pkt). Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do wyeliminowania z postępowania wykonawcy FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s., którego oferta zawiera najniższą cenę wynoszącą 23.354.327,55 zł brutto (100 pkt). Tym samym, biorąc pod uwagę powyższy fakt, uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest najniższa cena.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, treści SIWZ wraz z załącznikami, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Izba w odniesieniu do dokumentacji technicznej w postaci dokumentu zatytułowanego „Sprawozdanie techniczne” oraz specyfikacji technicznej obiektu (Most nr Ew. 122-008 Bechyně), przedłożonej przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 20.09.2011 r. wskazuje, iż forma powyższych dokumentów wskazuje, iż stanowią one stanowisko własne Przystępującego. Pierwszy z tych dokumentów nie został podpisany przez żadną osobę, a zatem nie sposób uznać, iż jest on oświadczeniem wiedzy i tym samym dowodzi istnienia określonych faktów. W zakresie drugiego dokumentu Izba wskazuje, iż został podpisany zarówno przez inż. Klima Františka oraz przedstawiciela Przystępującego – Jana Stupkę, co oznacza, że stanowi on oświadczenie wiedzy wykonawcy FIRESTA.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała za nieudowodniony przez Odwołującego, zaś zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała za przedwczesny.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do powyższych zarzutów.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest budowa mostu na rzece Skawie w miejscowości Sucha Beskidzka, obejmująca m.in. rozbiórkę istniejącego mostu i budowę mostu docelowego w ciągu drogi krajowej nr 28 (Rozdział I SIWZ pkt 5.1.).

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w SIWZ w pkt 7 zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania” wskazał w ppkt 7.2.2.: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia: wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, polegającym na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie drogowego obiektu

mostowego (mostu/wiaduktu/estakady) w ciągu drogi/ulicy klasy min. GP o rozpiętości teoretycznej przęsła minimum 60 m. Wartość co najmniej jednego z wykazanych zadań nie może być mniejsza niż 10 000 000,00 PLN (brutto). Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego, wykonawca przeliczy wg średniego kursu NBP na dzień podpisania Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, potwierdzającego zakończenie robót budowlanych”.

Po trzecie ustalono, iż Zamawiający w pkt 8.1.2. SIWZ zawartego w pkt 8 zatytułowanym „Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu” żądał przedłożenia wraz z ofertą: „wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.2.) IDW. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”..

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż Przystępujący w złożonej przez siebie ofercie na str. 19 i 20 w zakresie warunku określonego w pkt 7.2.2. SIWZ złożył na wzorze zgodnym z formularzem 3.2. wykaz robót budowlanych, w którym w kolumnie nr 5 zatytułowanej „Informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.2.) IDW” wskazał następujące pozycje:

- autostrada D8 Praga – Usti n.L. – granica państwa RC/RFN Budowa 0807/II Kninice – Most graniczny, długość mostu 430,0 m, rozpiętość przęseł 2x58,4 + 4x73,0 m, konstrukcja składa się ze skrzynki stalowej oraz płyty żelbetowej o 6-ciu przęsłach;
- Most nr ew. 122-008 Bechynia, długość mostu 203,5 m, rozpiętość przęseł 4x13,5=90=4x13,5, monolityczna konstrukcja żelbetowa, łuk utrwalony, rozpiętość łuku 90,0 m.

Na potwierdzenie, że wskazane powyżej roboty budowlane zostały należycie wykonane Przystępujący na str. 21 – 30 oferty załączył dwa listy referencyjne wraz z ich tłumaczeniem. W zakresie drugiej inwestycji został dołączony list referencyjny opatrzony datą 12.12.2007 r. wystawiony przez inwestora – Urząd Wojewódzki Województwa Południowoczeskiego, w którym zostało wskazane, iż wykonawcą był FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. (Lider konsorcjum), termin wykonania obejmował okres 09.2005 – 11.2007, wartość 135,3 mln. CZK, zaś budowa obejmowała most nr ew. 122 – 008 Bechynia.

W zakresie opisu robót zostało wskazane, że: „Chodzi o reprofilację podbudowy, przebudowę drogi oraz kolei. Dane podstawowe – monolityczna konstrukcja żelbetonowa, łuk utrwalony, rozpiętość łuku 90 m, długość mostu 203,5 m, światło otworów mostowych 4x13,5+90+4+13,5, szerokość jezdni 6,6 m, szerokość pomiędzy poręczami 8,9 m, wysokość mostu ponad terenem 58,3 m.” W dalszej części listu referencyjnego zostało wskazane, iż: „Reprofilacja właściwa podbudowy i stropu konstrukcji nośnej polegała na usunięciu zdegradowanego betonu oraz całościowym natryskaniu urządzeniem Torbo (ok. 12 000 m²), pielęgnacji odkrytego zbrojenia, reprofilacji tynkiem naprawczym, aplikacji inhibitora korozji (ok. 10.300 m²), szpachle uszczelniającej (ok. 10.300 m²) oraz powłoce łączącej (ok. 12 000 m²). Reprofilacja została przeprowadzona ręcznie oraz technologią torkretowania na sucho, szpachla uszczelniająca była nakładana metodą torkretowania na mokro. Dalej przeprowadzono wyburzenie ścianek końcowych, zbudowanie nowych, wymiana łożysk i uregulowanie podpór mostu, cementowego iniektażu gniazd żwirowych oraz iniektażu chemicznego roboczych szczelin i pęknięć (ok. 1.100 mb) oraz gniazd żwirowych (ok. 8,03 t żywicy epoksydowej). Rekonstrukcja budowy górnej składała się z usunięcia warstw nawierzchni mostu aż do nośnej konstrukcji mostu, sanacji nawierzchni mostu, rynien i gzymsów chodnikowych, osadzenie nowych przekryć dylatacyjnych, izolacji nawierzchni mostu, wykonanie nowych warstw konstrukcyjnych drogi i kolei, dalej rekonstrukcja rynien chodnikowych, sieci inżynierskich na moście oraz oświetlenia publicznego. Górna część mostu jest specyficzna tym, że górna część kolejowa tworzy równocześnie część górnej części drogowej”.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 19.08..2011 r. wezwał Przystępującego m.in. do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, odnosząc się do warunku określonego w pkt 7.2.2. IDW – SIWZ i wskazując, iż dla zadania wymienionego w pozycji nr 2 Formularza 3.2. „Doświadczenie” (str. 20 oferty) nie podano klasy drogi.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący wraz z pismem z dnia 23.08..2011 r. uzupełnił wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym dla zadania nr 2 w kolumnie nr 5 znalazła się następujący zapis: „Most nr ew. 122-008 Bechynia w ciągu drogi klasy GP, długość mostu 203,5 m, rozpiętość przęsła 4x13,5=90=4x13,5, monolityczna konstrukcja żelbetowa, łuk utrwalony, rozpiętość łuku 90,0 m.”

Następnie Zamawiający pismem z dnia 31.08.2011 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. uzyskując 100 punktów.

I. Na wstępie Izba poddała analizie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ze względu na jego ewentualne najdalej idące konsekwencje dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

Wynika to z faktu, iż stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego powyższego przepisu wskutek zaniechania wykluczenia wykonawcy FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. spowodowałoby daleko idące konsekwencje dla rozstrzygnięcia pozostałych zarzutów. Wszakże złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie warunków udziału w postępowaniu przesądzałoby tym samym o braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co jednocześnie powodowałoby wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto, co wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uniemożliwiłoby zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec takiego wykonawcy, który na etapie postępowania złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane jest stanowisko, że brak jest możliwości konwalidowania czynności złożenia na etapie postępowania nieprawdziwych informacji.

Powyższe jest również wynikiem faktu, iż Odwołujący zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sformułował jako alternatywny

Następnie należy wskazać, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku tegoż postępowania złożone zostały, przez tychże wykonawców, nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi zostać spełnione łącznie kilka przesłanek:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce

jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba uznała, iż Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie udowodnił, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do złożenia przez wykonawcę FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. nieprawdziwych informacji. W szczególności powyższe należy odnieść do pozycji nr 2 wykazu wykonanych robót budowlanych przedkładanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Biorąc pod uwagę ustalenia dokonane przez Izbę wykonawca FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co nie oznacza, iż przedstawił nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przedstawienie w wykazie robót budowlanych inwestycji, która nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie odpowiada kryteriom wskazanym w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu samo przez się nie może być traktowane jako przedstawienie nieprawdziwych informacji.

Za nieprawdziwe mogą zostać uznane takie informacje, które są niezgodne z faktami i przedstawiają odmienny od rzeczywistości stan rzeczy. Tym samym informacje nieprawdziwe to takie, które odmiennie prezentują istniejący stan rzeczy mogąc wywołać u odbiorcy, do którego są kierowane, mylne wyobrażenie o istotnych dla tego podmiotu okolicznościach i faktach. Samodzielna analiza tych faktów lub pozyskanie informacji o nich z innego źródła powoduje, iż sądy o nich kształtują się w sposób odmienny od sądów uznanych za nieprawdziwe.

W ocenie Izby dokumentacja dołączona do oferty Przystępującego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. W niniejszym stanie faktycznym brak jest jednak podstaw do twierdzenia, iż przedstawione przez Przystępującego informacje są niezgodne z prawdą. W zakresie kwestionowanego charakteru robót budowlanych wykaz zawarty na str. 19 – 20 oferty wykonawcy FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. nie zawiera w tym przedmiocie żadnych informacji, zaś brak jest dowodów wskazujących, iż takie informacje przedłożone zostały w dołączonym do ww. oferty dla zadania nr 2 liście referencyjnym. Brak jest również sprzeczności pomiędzy oświadczeniem zawartym w wykazie a informacjami zawartymi w liście referencyjnym, gdyż wykaz w pozycji nr 2 nie zawiera żadnych informacji dotyczących rodzaju robót objętych wskazanym tam zamówieniem.

W tym przypadku ciężar udowodnienia niezgodności przedłożonych przez Przystępującego na etapie postępowania informacji spoczywa na Odwołującym. Odwołujący zaś swoją argumentację oparł na założeniu, że przedstawienie przez Przystępującego w

ofercie inwestycji nie spełniającej warunku określonego w SIWZ jest równoznaczne z przedstawieniem nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z powyższym stanowiskiem. Badając okoliczności przedstawienia nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy dokonać odniesienia przedstawionych informacji do stanu faktycznego, nie zaś do postawionego warunku. Wszakże naturalną konsekwencją czynności badania i oceny ofert jest ustalenie, czy przedłożone przez wykonawcę dokumenty potwierdzają spełnienie warunku na zasadzie spełnia/nie spełnia. Jest to konsekwencją tego, iż postawiony w postępowaniu warunek nie stanowi faktów w sensie obiektywnym, wobec których należy dokonywać oceny prawdziwości jakichkolwiek informacji. Warunek udziału w postępowaniu jest rodzajem oświadczenia woli zamawiającego, przy pomocy którego Zamawiający wstępnej dokonuje kwalifikacji podmiotów zdolnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Tym samym, w ocenie Izby, brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu powoduje li tylko możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem instytucji uregulowanych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe brak jest podstaw do stwierdzenia, iż informacje złożone przez Przystępującego w ofercie wypełniają hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

II. Izba, w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w kontekście dokonanych ustaleń faktycznych, uznała ten zarzut za przedwczesny.

Izba biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym w szczególności treść warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ uznała, iż wykonawca FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Inwestycja wskazana na str. 20 oferty pod pozycją nr 2 wykazu sporządzonego na formularzu 3.2. nie została w tymże wykazie opisana w sposób umożliwiający jednoznaczne ustalenie, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jak wynika bowiem z treści pkt 8.1.2. SIWZ zawartego w pkt 8 zatytułowanym „Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu” Zamawiający żądał przedłożenia wraz z ofertą: „wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.2.) IDW. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Jak wynika z powyższego zapisu SIWZ wykaz składany na potwierdzenie warunku musi zawierać m.in. wykonane roboty budowlane z podaniem ich rodzaju. A więc, odnosząc powyższe do treści warunku zawartego w pkt 7.2.2. SIWZ – IDW, musi określać nie tylko co było przedmiotem tychże robót, ale również określać ich rodzaj, tj. czy polegały one na budowie czy też przebudowie drogowego obiektu mostowego. Powyższe bowiem koresponduje z treścią określonego przez Zamawiającego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Załączony na stronie 19 – 20 oferty wykonawcy FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. wykaz wykonanych robót, jak również wykaz dostarczony wraz z uzupełnieniem informacji dotyczących klasy drogi w zakresie zadania nr 2 nie zawiera informacji odnoszącej się do rodzaju robót. Nawet w zakresie zadania nr 1 użyty tam zwrot „budowa” odnosi się do nazwy zadania (Budowa 0807/II Kninice – Most graniczny), nie zaś do rodzaju zrealizowanych robót budowlanych – na co wskazuje jednoznacznie list referencyjny wraz z jego tłumaczeniem (str. 21 - 26 oferty Przystępującego). Jednakże z treści listu referencyjnego przedłożonego dla inwestycji nr 1 można uzyskać informacje, iż przedmiotem tej inwestycji była budowa nowego obiektu budowlanego.

Dołączony do oferty wykonawcy FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. list referencyjny wraz z jego tłumaczeniem (str. 27 - 30) dla inwestycji wskazanej pod pozycją nr 2 wykazu pozwala ustalić zakres prac objętych tym zamówieniem. Szczegółowy opis zawarty w liście referencyjnym z dnia 12.12.2007 r. wskazuje, iż przedmiot robót budowlanych dla inwestycji nr 2 obejmował remont mostu, nie zaś jego przebudowę lub budowę – co było wymagane przez Zamawiającego.

Na powyższe wskazuje fakt, iż brak jest w powyższym dokumencie jakichkolwiek informacji o zmianie parametrów technicznych tego obiektu budowlanego, zmianie jego właściwości użytkowych, funkcji lub przeznaczenia. Powyższe jest cechą charakterystyczną robót budowlanych polegających na przebudowie obiektu budowlanego. Zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane pod pojęciem „przebudowa” należy rozumieć: „(...) wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem

charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego”. Należy wskazać, iż nawet użycie tego pojęcia w znaczeniu potocznym, co sugerował w toku rozprawy Przystępujący, nie zmienia tego faktu, gdyż potoczne znaczenie pojęcia „przebudowa” jest zupełnie odmienne od potocznego znaczenia pojęcia „remont” i nie wymaga odmiennego definiowania i odrębnego odwoływania się w SIWZ do definicji zawartych w ustawie Prawo budowlane.

Izba wskazuje, iż w zakresie interpretacji warunku w zakresie doświadczenia, rację należy przyznać Odwołującemu. W zakresie rozumienia użytych w warunku pojęć „budowa” oraz „przebudowa” należy wskazać, iż przedmiotem niniejszego postępowania są roboty budowlane i w zakresie rozumienia pojęć użytych w treści warunku nie sposób pominąć nomenklatury stosowanej w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.). Tym samym istotne znaczenie dla rozumienia pojęć użytych w treści warunku, jak również dla oceny jego spełnienia przez poszczególnych wykonawców będą miały definicje ustawowe zawarte w art. 3 ustawy Prawo budowlane. Wynika to m.in. z faktu, iż zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp dokonany przez Zamawiającego opis warunku winien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę wykonawca FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. w zakresie doświadczenia i wiedzy nie wykazał dwóch inwestycji obejmujących budowę lub przebudowę obiektu mostowego, gdyż wskazana w wykazie pod pozycją nr 2 inwestycja obejmuje wyłącznie roboty remontowe, na co wskazuje jednoznacznie dołączony wraz z ofertą list referencyjny.

Powyższe należy odnieść również do twierdzeń Przystępującego podniesionych w toku rozprawy, iż wszelkie wątpliwości w treści SIWZ winny być interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i Przystępujący miał prawo ocenić wskazane w pozycji nr 2 wykazu roboty jako przebudowę. Choć Izba podziela powyższy pogląd to jednak wskazuje, iż w niniejszym stanie faktyczny brak jest podstaw do uznania, iż sformułowany w treści SIWZ i ogłoszeniu warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jest nieprecyzyjny i powoduje trudności interpretacyjne. W ocenie Izby warunek ten jest jednoznaczny, zarówno w potocznym znaczeniu użytych tam wyrażeń, jak również w znaczeniu ustalonym w stosowanych aktach prawnych.

W ocenie Izby jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane, na co wskazuje zdanie ostatnie w pkt 5.1. SIWZ, a zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków

powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny to rozumienie, interpretacja oraz ocena spełnienia warunków nie może być dokonana w oderwaniu od pojęć prawnych mających zastosowanie do czynności stanowiących przedmiot zamówienia.

Całokształt wymienionych liście referencyjnym przedłożonym dla zadania nr 2 czynności wskazuje, iż prace objęte tą inwestycją zmierzały do zachowania i odtworzenia pierwotnej substancji poszczególnych jego elementów. Na powyższe wskazują użyte zwroty „reprofilacja właściwa podbudowy i stropu konstrukcji”, „pielęgnacja odkrytego zbrojenia”, „wymiana łożysk”, „uregulowanie podpór mostu”, „sanacja nawierzchni mostu, rynien i gzymsów chodnikowych” oraz „rekonstrukcja rynien chodnikowych”. Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego podniesionych w toku rozprawy należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, iniekcje mogą polegać na uzupełnieniu ubytków konstrukcji poprzez wypełnienie wytworzonych szczelin celem przywrócenia pierwotnych właściwości konstrukcji, mogą również zmierzać do wytworzenia warstwy izolacyjnej lub wzmocnienia zdegradowanych upływem czasu elementów konstrukcyjnych celem przywrócenia ich pierwotnych właściwości. Jeżeli w ramach kwestionowanego obiektu mostowego doszło do wzmocnienia konstrukcji prowadzącej do polepszenia jej parametrów technicznych w odniesieniu do pierwotnych to nie sposób doszukać się tego rodzaju informacji w dokumentach przedłożonych przez Przystępującego wraz z ofertą.

Zgodnie z definicją zawartą w „Słowniku wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych” autorstwa Władysława Kopalińskiego (wydanie ósme, Warszawa 1971 r., Wiedza Powszechna) przedrostek „re” w złożeniach oznacza: znów, na nowo, powtórnie; cofnięcie (w miejscu; w czasie; do poprzedniej sytuacji) w tył; w przeciwnym kierunku (łac. – w tył; znów; naprzeciw). Zatem użyty w liście referencyjnym zwrot „reprofilacja właściwa podbudowy i stropu konstrukcji” oznacza wypełnienie ubytków nawierzchni (betonu) celem nadania pierwotnego – pożądanego kształtu. Powyższe należy odnieść również do potocznego znaczenia słowa „remont” które oznacza czynności polegające na przywróceniu przedmiotu objętego remontem jego pierwotnych właściwości. W odniesieniu do użytego w tłumaczeniu listu referencyjnego zwrotu „sanacja” należy wskazać, iż zgodnie z definicją zawartą w ww. słowniku autorstwa Władysława Kopalińskiego pod tym pojęciem należy rozumieć: uzdrowienie (stosunków itp.), zaś „sanować” to uzdrawiać, poprawiać, normować panujące gdzieś stosunki.

Biorąc pod uwagę literalną analizę treści listu referencyjnego odnoszącego się do zadania nr 2, wskazanego w wykazie zawartym w ofercie Przystępującego, nie sposób

doszukać się w jego treści informacji wskazujących, iż przedmiotem tejże inwestycji była przebudowa drogowego obiektu mostowego.

W tym miejscu Izba podzieliła zaprezentowany na etapie rozprawy przez Odwołującego pogląd, iż jeżeli Zamawiający posiada wiedzę na temat zakresu i rodzaju prac pozwalającą uznać, iż inwestycja nr 2 wskazana w ofercie Przystępującego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu spełnia powyższy warunek to winien fakt ten udowodnić. W ocenie Izby gdyby nawet doszło do wykazania powyższego nie miałyby to wpływu na przedmiotowe postępowanie odwoławcze, a jedynie mogło potwierdzać konieczność zastosowania instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym zasadność tego zarzutu.

Izba w odniesieniu do powyższego wskazuje również, że Zamawiający w toku postępowania może opierać się jedynie na oświadczeniach i dokumentach przedkładanych przez wykonawców, w szczególności w przedmiocie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nieistotna jest w tym wypadku wiedza Zamawiającego lub powszechna znajomość faktów, gdyż postępowanie podlega zasadzie jawności i pisemności wyrażonych w art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, jak wynika z art. 26 ust. 2a, jak również art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien być wykazany jednoznacznie przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto adresatem informacji zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę są również inne podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia, gdyż w oparciu o zasadę jawności i pisemności (art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp) przy uwzględnieniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) przysługuje im prawo do weryfikacji rzetelności i prawdziwości złożonych przez innych wykonawców dokumentów oraz oświadczeń w ramach kontroli działań i czynności zamawiającego przedsięwziętych przez tego ostatniego w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podziela również w całości pogląd Odwołującego zaprezentowany w toku rozprawy, iż celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu istotne znaczenie ma prawda materialna wynikająca z przedłożonych w postępowaniu dokumentów, nie zaś prawda obiektywna odnosząca się do charakteru danej inwestycji. Odwołujący wskazał również w toku rozprawy, iż w niniejszym postępowaniu nie należy dokonywać ustaleń, czy dana inwestycja była budową, remontem czy przebudową, lecz istotne jest czy ten fakt został wykazany przez Przystępującego na etapie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Tym samym Izba pominęła przedłożone przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 20.09.2011 r. dowody z dokumentów (sprawozdanie techniczne i specyfikacja techniczna) uznając, iż nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Izba wskazuje, iż powyższe jest konsekwencją obecnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który nakazuje wykluczenie wykonawcy z postępowanie nie ze względu na nie spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, lecz ze względu na brak udowodnienia tego faktu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mimo braku wykazania przez wykonawcę FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. spełnienia warunku udziału w postępowania w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest zarzutem przedwczesnym na tym etapie postępowania.

Wynika to z faktu, iż co prawda Zamawiający już raz dokonał wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże powyższa czynność miała na celu określenie kategorii drogi, co jednoznacznie wynika z pisma Zamawiającego z dnia 19.08.2011 r. Tym samym nie sposób uznać, iż dokonanie powtórnie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do wskazania rodzaju robót dotyczących drogowego obiektu mostowego stanowiłoby naruszenia zakazu jednokrotnego uzupełniania dokumentów. Jest to konsekwencją uznania, iż niezależnie od formy wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (wykaz, odrębne oświadczenie, czy też dokument wystawiony przez podmiot trzeci) istotne jest udowodnienie przez wykonawcę, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Zatem jeżeli wezwanie dotyczy określonych i wskazanych w tym wezwaniu braków to nic nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu tej instytucji w zakresie innego braku lub błędu, którego dostrzeżenie przez Zamawiającego nastąpiło w terminie późniejszym. Otóż jeżeli Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów o określone informacje to nic nie stoi na przeszkodzie powtórnego wezwania w zakresie innych informacji, nawet w zakresie tego samego dokumentu i tego samego warunku.

Jak ustalono w toku rozprawy brak wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów ze względu na nie określenie charakteru robót dla drogowego obiektu mostowego nie był wynikiem celowego zaniechania po stronie Zamawiającego, lecz był wynikiem uznania przez niego, iż dokumenty przedłożone wraz z ofertą Przystępującego, w ocenie Zamawiającego, potwierdzają spełnienie warunku.

III. Izba uznała, iż brak wykazania przez wykonawcę FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. na etapie postępowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie

doświadczenia i zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że wykonane roboty budowlane obejmowały budowę lub przebudowę drogowego obiektu mostowego powoduje, iż doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wszakże wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest uprawnieniem Zamawiającego, lecz jego obowiązkiem.

Izba nie podzieliła zaprezentowanego przez Zamawiającego w toku rozprawy poglądu, że wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w przedmiocie wykazu wykonanych robót budowlanych stanowiłoby zbytni formalizm. Jako uzasadnienie powyższego Zamawiający wskazał, iż jeżeli przedłożone referencje potwierdzają spełnienie warunku to wezwanie do uzupełnienia wykazu jest bezcelowe. Jednakże w niniejszym postępowaniu odmiennie prezentuje się stan faktyczny. Otóż po pierwsze, w ocenie Izby, przedstawiony wraz z ofertą wykaz i wykaz uzupełniony na wezwanie nie zawierają wszystkich istotnych elementów pozwalających na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zamawiający wymagał w wykazie przedstawienia rodzaju robót dotyczących drogowego obiektu mostowego celem potwierdzenia szczegółowo określonych w SIWZ wymagań. Po drugie, w ocenie Izby, przedłożone dla inwestycji nr 2 (wskazanej w wykazie) referencje wskazują na brak spełnienia warunku, gdyż z ich treści wynika, że przedmiotowe roboty budowlane stanowiły remont obiektu mostowego, nie zaś jego budowę lub przebudowę.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w piśmie zawierającym odpowiedź na odwołanie, że zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma miejsce jedynie gdy wykonawca dokumentu nie złożył lub gdy złożone dokumenty lub oświadczenia zawierają błędy należy wskazać, iż zgodnie z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie złożenie dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku jest utożsamiane z brakiem złożenia dokumentów.

Tym samym zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do Przystępującego celem uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest w tym wypadku w pełni uzasadnione i nie sposób uznać takiej czynności za nadmierny formalizm. Wobec powyższego Izba uznała, iż doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego powyższego przepisu.

Zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp winien szczegółowo określić jakie są podstawy prawne i faktyczne wezwania wskazując jednocześnie, o jakie informacje ma zostać uzupełniona oferta.

W przypadku braku uzupełnienia dokumenty lub w przypadku uzupełnienia dokumentów w sposób nie wskazujący na spełnienie warunku Zamawiający będzie zobligowany do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na marginesie należy również wskazać, iż w przypadku powzięcia wątpliwości, co do treści uzupełnionego wykazu oraz dołączonych referencji Zamawiający winien zastosować procedurę określoną w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę do złożenia udokumentowanych wyjaśnień w tym zakresie.

W tym miejscu, na marginesie należy również wskazać, iż z dokumentów technicznych przedłożonych na rozprawie przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 20.09.2011 r. może wynikać, iż doszło do zwiększenia nośności mostu na skutek wykonanych robót budowlanych. Choć dokument ten Izba uznała za stanowisko własne Przystępującego, jak również nie uznała informacji w nim zawartych za istotnych w zakresie rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to jego analiza może jedynie potwierdzać zasadność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub ewentualnie na dalszym etapie czynności badania i ceny oferty Przystępującego do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż nie stwierdziła w ramach niniejszego postępowania naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Norma prawna wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się więc do udzielenie zamówienia, które ma miejsce w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż nie została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym nie sposób uznać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie zakazu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 2.

Przewodniczący:

.....

