

**WYROK**  
z dnia 30 stycznia 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. M..... K....., M..... K..... Zakład Budowlany „KAN-BUD”, 33-300 Nowy Sącz, ul. Długoszowskiego 50d, 2. SKORUT Systemy Solarne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-400 Myślenice, ul. Wybickiego 71, w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu, 33-300 Nowy Sącz, ul. Młyńska 10,**

przy udziale wykonawcy **W..... S....., BAU-POL W..... S....., 33-300 Nowy Sącz, ul. Mikołaja Reja 10,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

**2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. M..... K....., M..... K..... Zakład Budowlany „KAN-BUD”, 33-300 Nowy Sącz, ul. Długoszowskiego 50d, 2. SKORUT Systemy Solarne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-400 Myślenice, ul. Wybickiego 71 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. M..... K....., M..... Kantor Zakład Budowlany „KAN-BUD”, 33-300 Nowy Sącz, ul. Długoszowskiego 50d, 2. SKORUT Systemy Solarne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-400 Myślenice, ul. Wybickiego 71, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. M..... K....., M..... K..... Zakład Budowlany „KAN-BUD”, 33-300 Nowy Sącz, ul. Długoszowskiego 50d, 2. SKORUT Systemy Solarne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-400 Myślenice, ul. Wybickiego 71, na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu, 33-300 Nowy Sącz, ul. Młyńska 10 kwotę **4 247 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście czterdzieści siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600zł) oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby (647 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 Nowym Sączu**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Specjalistyczny im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pod nazwą: *Modernizacja kotłowni, montaż solarów oraz termomodernizacja budynków Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu, znak sprawy: DA. 271-58-6/12.*

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 października 2012 r., pozycja 385530.

I. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. M..... K....., M..... K..... Zakład Budowlany „KAN-BUD” Nowy Sącz,
2. SKORUT Systemy Solarne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Myślenice - wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 1, od czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp” - art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez bezpodstawne pomówienie odwołującego o złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ, lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący podał, że zamawiający bez żadnych realnych dowodów przyjął, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje posługując się dokumentem przerobionym. Odwołujący powołując się, że interes prawny we wniesieniu odwołania jest bezsprzeczny, wniósł na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia tej czynności.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, co następuje.

Pismem z dnia 9 stycznia 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty przyjmując, że jest nią oferta nr 5, złożona przez firmę BAU-POL W..... S..... Odwołujący nie zgodził się z rozstrzygnięciem zamawiającego i uznał, że zamawiający wykluczył go z postępowania z naruszeniem przepisów Pzp.

Zarzut zamawiającego przedstawiony w pkt A pisma - zawiadomienia o wykluczeniu: zamawiający zakwestionował prawdziwość przedłożonej przez odwołującego referencji nr

P/281/11 z dnia 28.02.2011 r., zarzucając posłużenie się dokumentem przerobionym. Odwołujący stwierdził, że zarzut jest bezpodstawny, nieprawdziwy i nie poparty żadnymi dowodami. Referencja nr P/281/11 dotyczy wykonania przez firmę SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. zadania pod nazwą *Modernizacja systemów grzewczych w domach wczasowych FWP Sp. z o.o. w Warszawie (w tym między innymi wykorzystanie energii odnawialnej)*, w obiekcie DW Hyrny. Referencja podpisana została przez prezesa zarządu FWP Sp. z o.o. A..... K....., prace zostały określone, jako wykonane fachowo i zgodnie ze sztuką budowlaną. Odwołujący wskazał, że kopia referencji jest zgodna z oryginałem, wystawioną przez FWP Sp. z o.o. Oryginalna referencja została przedstawiona zamawiającemu do wglądu w dniu 10.12.2012 r., co zostało potwierdzone podpisem koordynatora zespołu zamówień publicznych R..... T..... Odwołujący uznał, że zarzut nosi znamiona przestępstwa pomówienia określonego w art. 212 § 1 kk. *Dowód: - referencje P/281/11 z dnia 28.02.2011 r. wraz z potwierdzeniem wglądu - zał. nr 1.*

Zamawiający zarzucił brak posiadania oryginalnej referencji nr P/727/11 z dnia 22.06.2011 r. dotyczącej obiektu DW Ziemowit. Odwołujący przyznał, że posiada podpisany przez firmę FWP Sp. z o.o. *skan*, nie zaś oryginał. Odwołujący, przedstawił zamawiającemu podobne referencje o symbolu P/215/11, dotyczące tego samego zadania - *Modernizacji systemów grzewczych w domach wczasowych FWP Sp. z o.o. w Warszawie (w tym między innymi wykorzystanie energii odnawialnej)* w obiekcie DW Ziemowit. Oryginalna referencja została przedstawiona do wglądu zamawiającemu w dniu 10.12.2012 r., co zostało też potwierdzone podpisem koordynatora zespołu zamówień publicznych R..... T..... *Dowód: - referencje P/215/11 z dnia 14.02.2011 r. wraz z potwierdzeniem wglądu - zał. nr 2, skan referencji nr P/727/11 - zał. nr 3.*

Odwołujący wskazał, że nie potwierdzenie referencji przez jej wystawcę nie świadczy, że jest ona przerobiona. Odwołujący poinformował, że między nim a wystawcą referencji (FWP Sp. z o.o.) toczą się dwa postępowania sądowe o zapłatę kwoty 2.340.651,16 zł - sygn. akt XVI GC 463/12 oraz kwoty 178.816,21 zł - sygn. akt XVI GsNc 455/12. Oba powództwa zostały wytoczone przez odwołującego. Wskazał, że w tym kontekście nie może dziwić, iż wystawca referencji działa na niekorzyść odwołującego - SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że jednak w postępowaniu sądowym wystawca referencji nie kwestionuje już ich prawdziwości.

Odnośnie zarzutów zamawiającego w pkt B.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający opierając się na wyjaśnieniach wystawcy referencji - FWP Sp. z o.o. uznał, iż wykonawca SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje, co do rzetelności wykonanych robót budowlanych zwłaszcza, co do terminowości wykonania inwestycji.

Wobec stwierdzenia zamawiającego, że powziął niebudzące wątpliwości informacje, iż

wykonawca (odwołujący) posłużył się, co do obu wykazanych robót budowlanych przerobionymi/podrobionymi dokumentami referencji oraz, że obie roboty budowlane nie zostały prawidłowo ukończone, odwołujący wskazał, że:

A. Prawdziwość referencji została potwierdzona przez odwołującego w pkt I, II odwołania.

B. Terminowość wykonania obiektów będących przedmiotem referencji, a więc DW Hyrny i DW Ziemowit - odwołujący poparł dowodami dołączonymi do pisma, będącego odpowiedzią na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień. *Dowód: - odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 14 grudnia 2012 r. zał. nr 4.*

Odwołujący uznał, że wykazał w piśmie, iż roboty budowlane zostały wykonane w terminie, co potwierdzają chociażby protokoły końcowego odbioru robót z dnia 20 grudnia 2010 r. (DW Ziemowit) i 19 sierpnia 2011 r. (DW Hyrny). Odnośnie DW Ziemowit, to według ustaleń komisji zakres wykonanych robót jest zgodny z umową, a jakość wykonanych robót jest dobra. Nie zamieszczono wzmianki o nieterminowym wykonaniu robót budowlanych. Co do DW Hyrny, to zgodnie z pkt 9 protokołu odbioru końcowego z dnia 19 sierpnia 2011 r. przedmiot umowy został zakończony, nie stwierdzono usterek, a FWP Sp. z o.o. z dniem 8.01.2011 r. dokonała odbioru końcowego, m.in. DW Hyrny. Wystawca referencji nie kwestionował terminu wykonania robót. *Dowód: - protokół odbioru końcowego z dnia 20 grudnia 2010 r. - zał. nr 5, - protokół odbioru końcowego z dnia 19 sierpnia 2011 r. - zał. nr 6.*

Odwołujący wskazał, że w świetle powyższego, zaskakujące wydaje się bezkrytyczne dawanie wiary wyjaśnieniom FWP Sp. z o.o. Dowody świadczą o tym, że odwołujący wykonał roboty budowlane względem wystawcy referencji w terminie i zgodnie ze sztuką budowlaną.

Odwołujący zgłosił jednocześnie do przesłuchania prezesa firmy SKORUT Systemy Solarne Sp. z o. o. A..... S..... na okoliczności terminowego wykonania robót budowlanych dla FWP Sp. z o.o. oraz na okoliczności prawdziwości referencji posiadanych przez odwołującego. Odwołujący ponownie podkreślił, że między nim, a FWP Sp. z o.o. toczą się dwa postępowania sądowe, zatem sąd ustali, czy zobowiązania odwołującego względem wystawcy referencji zostały wykonane w terminie. Wskazał, że zamawiający szpital nie może arbitralnie uznawać, iż tak nie było, a tym bardziej nie może pomawiać odwołującego o posługiwanie się fałszywymi referencjami. Powyższe skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, co czyni odwołanie zasadnym i zasługującym na uwzględnienie.

W uzupełnieniu odwołania (pismo z dnia 15 stycznia 2013 r.) odwołujący doprecyzował stanowisko podnosząc dodatkowo naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Podtrzymując

wcześniejsze odwołanie wniosków dodatkowo, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

- 1) wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty;
- 2) wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem odwołującego.

W uzasadnieniu pisma wskazał, że naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp polegało na bezpodstawnym przyjęciu, że odwołujący SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. posłużył się przerobionym dokumentem referencji oraz, że roboty budowlane, do których odnoszą się referencje nie zostały ukończone w terminie. Takie twierdzenia są całkowicie nieuprawnione, bowiem zamawiający oparł się jedynie na pismach oraz e-mailach wystawcy referencji FWP Sp. z o.o., uznając je za prawdziwe, mimo że odwołujący podkreślał, że między nim a FWP Sp. z o.o. toczy się postępowanie sądowe.

Wykluczenie nastąpiło na zasadzie „domniemania winy”. Zamawiający nie dysponuje bowiem prawomocnym orzeczeniem sądu stwierdzającym, iż SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. złożył podrobione bądź przerobione referencje. Zamawiający Szpital nie ma również dowodów, że roboty budowlane objęte referencjami nie zostały zakończone w terminie. Są to jedynie twierdzenia wystawcy referencji - FWP Sp. z o.o., które odwołujący kwestionuje.

Postępowanie w tej sprawie nie zostało zakończone prawomocnym orzeczeniem sądu, także arbitralne twierdzenie zamawiającego, że SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. nie wykonał robót budowlanych objętych referencjami w terminie, stanowi ewidentne naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 i 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W tym kontekście odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia (1)9 lipca 2012 r., sygn. akt IV Ca 683/12, w którym Sąd podkreślił, że art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy w celu uzyskania zamówienia publicznego. Zamawiający musi mieć pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było skutkiem omyłki. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie w błąd.

Odwołujący podniósł, że przez cały czas pozostawał w dobrej wierze. W sposób wyczerpujący odpowiadał na wezwania zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, co potwierdzają załączone do pisma dowody. Dodał, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwracał uwagę, że nawet jeśli wykonawca nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego, to nie jest to podstawa do wykluczenia. *Dowody: - wezwanie SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, z dnia 22 listopada 2012 r., - wyjaśnienia odwołującego z dnia 23 listopada 2012 r., - ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 listopada 2012 r., - pismo zamawiającego do lidera konsorcjum z dnia 7 grudnia 2012 r. wzywające do przedłożenia do wglądu oryginału referencji, - odpowiedź odwołującego SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. z dnia 10 grudnia 2012 r.*

*przedstawiająca do wglądu referencje, - pismo zamawiającego z dnia 12 grudnia 2012 r.*

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Toruniu, sygn. akt VI Ga 134/12, zamawiający może wykluczyć wykonawcę tylko wtedy, gdy jednoznacznie potwierdzi, że podane przez niego informacje są nieprawdziwe.

Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 kwietnia 2010 roku, KIO/UZP 412/10, podkreślając, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania, zamawiający musi zbadać czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki: po pierwsze - stwierdzić fakt złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie - ustalić, że te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W tym wypadku nie sposób uznać, że zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości potwierdził, iż referencje przedłożone przez odwołującego są przerobione/podrobione, a roboty nimi objęte nie zostały wykonane w terminie, z następujących powodów:

1. Przerobienie/podrobienie dokumentów nie zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu, a ustalone przez zamawiającego na podstawie informacji otrzymanych od przeciwnika procesowego odwołującego. *Dowody: - pismo zamawiającego do FWP Sp. z o.o. z dnia 16 listopada 2012 r., - odpowiedź FWP Sp. z o.o. z dnia 21 listopada 2012 r.*

2. Niedotrzymanie terminów robót budowlanych objętych referencjami, zostały przez zamawiającego w „sposób nie budzący wątpliwości” ustalone jedynie na podstawie pisma FWP Sp. z o.o. z dnia 21 listopada 2012 r., w którym to wystawca referencji twierdzi, że „obecnie toczy się spór sądowy pomiędzy nami, a firmą SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. dotyczący naliczonych kar umownych za bardzo znaczne opóźnienia, co do terminu wykonania umowy”.

To, czy owe opóźnienia rzeczywiście nastąpiły, ustali jednak sąd, i tylko prawomocne orzeczenie sądu potwierdzające opóźnienie w wykonaniu robót (zasadność naliczenia kar umownych) stanowi podstawę do uznania, że odwołujący nie dotrzymał terminów wykonania robót budowlanych. W żadnym razie nie może być takim dowodem lakoniczne wyjaśnienie przeciwnika procesowego odwołującego. Jest to nieuzasadniona dyskryminacja oferentów (odwołujących).

Przytoczone zarzuty jednoznacznie potwierdzają, że naruszony został interes *prawny* odwołującego, a twierdzenia, zarzuty i żądania odwołującego zasługują na uwzględnienie w całości.

II. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której podał, co następuje. W związku z odwołaniem złożonym w dniu 14 stycznia 2013 r. i uzupełnionym pismem z dnia 15 stycznia 2013 r., wobec czynności zamawiającego, zarzucającym naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez „bezpodstawne pomówienie odwołującego - SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. o złożenie nieprawdziwych informacji” i przyjęcie przez

zamawiającego „bez żadnych realnych dowodów”, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje posługując się dokumentem przerobionym;

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, mające mieć miejsce w toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania,

- zamawiający podtrzymał wszystkie zaskarżone czynności i wniósł o:

1) nieuwzględnienie zarzutów naruszenia: - art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a tym samym oddalenie odwołania;

2) orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie § 5 ust. 3 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), przez zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów związanych z dojazdem na rozprawę oraz wynagrodzeniem pełnomocnika, według wyliczenia przedstawionego na rozprawie.

W uzasadnieniu odpowiedzi zamawiający zaznaczył na wstępie, że zaskarżone postępowanie jest już drugim postępowaniem prowadzonym przez zamawiającego w tym samym przedmiocie. W pierwszym brał udział także lider odwołującego konsorcjum, jednak został wykluczony z postępowania i to z tego samego powodu, co obecnie, tj. na podstawie art. 24 ust. 3 Pzp z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, tj. posłużenie się przerobionym/podrobionym dokumentem dotyczącym referencji. Odwołujący wówczas nie złożył odwołania od czynności wykluczenia. Na skutek wykluczenia także drugiego wykonawcy, w wyniku powtórzonych czynności (po uwzględnieniu informacji o niezgodnej czynności wyboru, złożonej przez odwołującego), postępowanie zostało unieważnione. Czynność podlegała kontroli Izby na skutek odwołania złożonego przez drugiego z wykonawców (będącego wykonawcą także w obecnym postępowaniu i przystępującym do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - z tym, że w poprzednim postępowaniu wykonawca występował, jako lider konsorcjum, w obecnym samodzielnie), w wyniku której Izba - wyrokiem z dnia 5 września 2012 r., sygn. KIO 1815/12 oddaliła odwołanie i tym samym uznała stanowisko i czynności podjęte przez zamawiającego za prawidłowe.

Zamawiający wskazał, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest optymalne zaspokojenie potrzeb zamawiającego w celu zabezpieczenia prawidłowej realizacji jego zadań, z których głównym zadaniem jest ochrona zdrowia i życia pacjentów.

W prowadzonym postępowaniu w części dotyczącej zadania nr 1 zostały złożone następujące oferty: nr 1 przez Firmę Remontowo-Budowlaną T..... P..... z siedzibą Maciejowa 98; nr 2 przez MARWENT s.c. M..... S....., E..... B....., z siedzibą



Świerklaniec; nr 3 złożona na zadanie nr 2; nr 4 przez konsorcjum firm: PUHP „DOM-EKO” Sp. z o. o. z siedzibą Mielec i PW INWEST L. K..... sp. j. z siedzibą Mielec; nr 5 przez BAU-POL W..... S..... z siedzibą Nowy Sącz; nr 6 przez KOMTECH P..... M..... z siedzibą Nowy Sącz; nr 7 przez P.B.U.H „Z.....” L. Z..... i S. Z..... sp. j. z siedzibą Tarnów; nr 8 przez konsorcjum firm: Zakład Budowlany „KAN-BUD” M..... K..... z siedzibą Nowy Sącz (lider konsorcjum) i SKORUT Systemy Solarne Sp. z o. o. z siedzibą Myślenice.

Po sprawdzeniu ofert pod względem merytorycznym (zamawiający w pierwszej kolejności zbadał, czy dana firma spełnia warunki udziału w postępowaniu), przystąpiono do badania i oceny punktowej.

Wcześniej - na skutek informacji wykonawcy, który przystąpił do postępowania, W..... S..... - zamawiający zwrócił się (pismem z dnia 16 listopada 2012 r.) do wystawcy referencji, jakimi posłużył się w swojej ofercie odwołujący, tj. do Funduszu Wczasów Pracowniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o złożenie wyjaśnień dotyczących wystawionych referencji znak P/727/11. W odpowiedzi zamawiający otrzymał faksem w dniu 21 listopada 2012 r. pismo, w którym wystawca referencji poinformował, że obecnie toczy się spór sądowy pomiędzy nim a firmą SKORUT Sp. z o.o. dotyczący naliczonych kar umownych za bardzo znaczne opóźnienia, co do terminu realizacji umowy.

W związku z tym pismem, zamawiający w dniu 22 listopada 2012 r. zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie zaistniałej różnicy zdań pomiędzy wystawcą, a odbiorcą referencji, na co odwołujący (tj. prezes firmy SKORUT), pismem z dnia 23 listopada 2012 r. wyjaśnił, że przedstawione referencje zostały wystawione w sposób prawidłowy, a zawarte w nich informacje potwierdzają stan faktyczny na dzień wydania referencji. Odwołujący podkreślił, że „będąc przedmiotem wyjaśnień referencja jest dokumentem prawidłowo wystawionym (przez Zleceniodawcę Zamówienia)”. Przedstawił także „bardziej szczegółowe” referencje, potwierdzające spełnienie warunku SIWZ część II. Następnie w dniu 27 listopada 2012 r., pismem znak DA.271-58-44/12, zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W informacji wskazano, jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez odwołującego.

Na wynik postępowania, w dniu 30 listopada 2012 r. (wraz z uzupełnieniem z dnia 3 grudnia 2012 r.) została złożona przez przystępującego do postępowania, tj. W..... S....., firma BAU-POL, informacja o niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania czynności wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a także innych wykonawców, w tym wykonawcy, który złożył ofertę nr 1, tj. Firmy Remontowo-Budowlanej T..... P..... z siedzibą w Maciejowej ze wskazaniem, że oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Po zapoznaniu się z treścią przesłanej informacji, zamawiający przeprowadził bardzo

wyczerpujące postępowanie wyjaśniające w wyniku którego uznał, że okoliczności wskazane przez zgłaszającego informację uzasadniają przypuszczenie, iż wybrany oferent istotnie posłużył się referencjami zawierającymi nieprawdziwe informacje, co uzasadnia wykluczenie go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający uznał także za zasadną informację wobec oferty nr 1. W wyniku prowadzonego postępowania, w celu wyjaśnienia zasadności informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjęto następujące czynności.

W dniu 7 grudnia 2012 r., pismem znak DA.271-58-49/12, z uwagi na wątpliwości co do rzetelności i prawidłowości przedłożonych do oferty dokumentów, zwrócono się do odwołującego o przedstawienie do wglądu oryginału przedłożonych do oferty referencji. W odpowiedzi, odwołujący przedłożył - oryginał referencji nr P/281/11 (dot. DW „Hyrny”) z dnia 28 lutego 2011 r., przy czym przedstawiony oryginał różnił się od dokumentu przedłożonego do oferty i podpisanego „za zgodność z oryginałem” oraz wyjaśnił pismem z dnia 10 grudnia 2012 r., iż nie posiada oryginału przedstawionych do oferty referencji nr P/727/11 (dot. DW „Ziemowit”) z dnia 22 czerwca 2011 r., pomimo że w ofercie przedstawił dokument podpisany „za zgodność z oryginałem”. Przedstawił inny dokument referencji (nr P/215/11 z dnia 14 lutego 2011r.), dotyczący DW „Ziemowit”.

Wobec powyższych wyjaśnień, zamawiający skierował do odwołującego w dniu 13 grudnia 2012 r. kolejne pismo (znak: DA.271-58-49/12 z dnia 12 grudnia 2012 r.), w którym wezwał go do dalszego wyjaśnienia dotyczącego objętych przedłożonymi referencjami robót budowlanych oraz toczącego się pomiędzy stronami tych inwestycji sporu. Pismem z dnia 17 grudnia 2012 r. odwołujący wyjaśnił, że objęte referencjami roboty „zostały ukończone terminowo”, co miałyby - w przypadku DW „Ziemowit” - potwierdzać protokół odbioru z dnia 20 grudnia 2010 r., natomiast - w przypadku DW „Hyrny” - protokół końcowego odbioru robót z dnia 19 sierpnia 2011 r. Z dołączonych dokumentów wynika jednak, że - w przypadku DW Ziemowit - co potwierdzają wpisy w dzienniku budowy, prace budowlane były prowadzone nadal, po dniu 20 grudnia 2010 r. oraz że - w przypadku DW „Hyrny” - protokół odbioru był sporządzony w dniu 19 sierpnia 2011 r., podczas gdy z jego zapisów wynika, iż termin realizacji zamówienia był przedłużony do dnia 8 stycznia 2011 r.

W związku z dalszymi wątpliwościami, zamawiający - pismem z dnia 12 grudnia 2012 r., nr DA.271-58-40/12 - zwrócił się do wystawcy referencji, tj. Funduszu Wczasów Pracowniczych Sp. z o.o. w Warszawie o potwierdzenie wystawienia referencji oraz wykonania objętych nimi robót i o dalsze szczegółowe wyjaśnienia. FWP Sp. z o.o. wyjaśnił pismem z dnia 17 grudnia 2012 r., że przedstawione w ofercie odwołującego roboty budowlane dot. DW „Ziemowit” i DW „Hyrny”, były wykonywane w ramach kompleksowego zamówienia na modernizację w 10 domach wczasowych. Zamówienie obejmowało „zaprojektowanie, wykonanie, uzyskanie wszelkich decyzji i pozwoleń, zakończenie inwestycji oraz przekazanie wszystkich dokumentów z zakończenia robót”. Ostateczny termin wykonania całego zadania został ustalony na dzień 20

grudnia 2010 r. (w piśmie znalazł się oczywisty błąd, wskazujący datę wówczas przyszłą, tj. 20.12.2012 r.). Wystawca referencji wyjaśnił, że protokół zakończenia całości prac objętych umową - po zgłoszeniu przez wykonawcę gotowości oddania całości prac pismem z dnia 27 czerwca 2011 r. - został sporządzony w dniu 31 sierpnia 2011 r. Wystawca referencji potwierdził wykonanie robót pod względem fachowym, ale zaprzeczył pod względem terminowym. Ponadto FWP Sp. z o.o. potwierdził - jako oryginalne - jedynie referencje dotyczące DW „Hyrny” o nr P/281/11 z dnia 28 lutego 2011 r. (w formie zgodnej z przedstawionym przez odwołującego w toku wyjaśnień oryginałem, a sprzecznej z przedstawionym do oferty dokumentem, potwierdzonym „za zgodność z oryginałem”) zaznaczając, iż potwierdzają one jedynie wykonanie robót pod względem zgodności ze sztuką budowlaną, a nie terminowości ich wykonania. Natomiast, co do DW „Ziemowit” nie potwierdził w ogóle istnienia referencji przedłożonych do oferty przez odwołującego (tj. referencji nr P/727/11 z dnia 22 czerwca 2011 r., co do których odwołujący przyznał, że nie dysponuje ich oryginałem), a jedynie potwierdził przedstawione później przez odwołującego w toku wyjaśnień referencje o nr P/215/11 z dnia 14 lutego 2011 r., również z zaznaczeniem iż dotyczą jedynie wykonania robót zgodnie ze sztuką budowlaną, a nie potwierdzają ich terminowego ukończenia (na co miały wskazywać nie potwierdzone, a złożone do oferty referencje).

Biorąc pod uwagę wyniki przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, zamawiający uznał, że zgromadzone dokumenty i złożone wyjaśnienia, uprawniają zamawiającego do przyjęcia, że:

- odwołujący przedłożył do oferty przerobiony dokument referencji nr P/281/11 z dnia 28 lutego 2011 r. wystawiony na robotę budowlaną dot. DW „Hyrny”, bowiem przedłożony w toku wyjaśnień oryginał dokumentu, przedstawiony także przez wystawcę referencji, różni się od przedłożonego do oferty, co jest wystarczającą przesłanką do przyjęcia, iż dokument ten zawiera nieprawdziwe informacje;

- odwołujący przedłożył do oferty potwierdzony za zgodność z oryginałem dokument referencji nr P/727/11 z dnia 22 czerwca 2011 r., wystawiony na robotę budowlaną dot. DW „Ziemowit”, nie posiadając oryginału, którego istnienia nie potwierdził także ich wystawca, co należało uznać za posłużenie się przez odwołującego dokumentem podrobionym;

- odwołujący złożył w ofercie nieprawdziwe informacje, mające potwierdzać, że roboty budowlane, na które przedstawione zostały referencje, spełniały wymóg SIWZ w zakresie potwierdzania, iż roboty te „zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

W ocenie zamawiającego - w świetle zgromadzonych informacji - należało uznać, że podane przez odwołującego w ofercie nieprawdziwe informacje, tj. posłużenie się podrobionymi/przerobionymi dokumentami referencji oraz wskazanie, iż objęte załączonym wykazem robót i potwierdzone złożonymi referencjami roboty budowlane, spełniają wymogi

SIWZ, co okazało się nieprawdą, przynajmniej w zakresie prawidłowego, tj. terminowego ukończenia prac, wyczerpuje znamiona przesłanki z art. 23 ust. 2 pkt 3 Pzp (*błąd w numeracji artykułu, powinno być: art. 24*) w postaci obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania na skutek złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Na skutek powziętej informacji zamawiający odrzucił ofertę nr 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponowna ocena ofert została dokonana począwszy od etapu weryfikacji i sprawdzenia ofert pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie dokonano oceny ofert i przyznania wartości punktowej. Ponowna ocena była konieczna także ze względu na zmianę ilości ofert podlegających ocenie (tylko trzech wykonawców zgodziło się na przedłużenie ternu związania ofertą) - również odwołujący uzyskałby inną ocenę w wyniku ponownej oceny.

W powtórnej ocenie oceniano oferty: nr 1 Firmy Remontowo-Budowlanej T..... P.....; nr 5 Firmy BAU-POL W..... S.....; nr 8 odwołującego.

Pismem nr DA.271-58-56/12 z dnia 9 stycznia 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o powtórnej ocenie, o wynikach postępowania, wykluczeniu firm i odrzuceniu ofert. Z uwagi na odrzucenie oferty nr 1 i wykluczenie odwołującego, zamawiający dokonał wyboru oferty nr 5.

W ustosunkowaniu do zarzutów zawartych w odwołaniu, zamawiający wyjaśnił, że wszystkie zarzuty pozbawione są podstaw faktycznych i prawnych, co wynika ze złożonego pisma.

Odnosnie zarzutów odwołania dot. pkt A, zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący całkowicie pominął fakt udowodniony ponad wszelką wątpliwość w toku wyjaśnień, że przedłożona przez niego do oferty referencja (dot. DW „Hyrny”), potwierdzona za zgodność z oryginałem, różni się od oryginału referencji przedstawionej przez odwołującego później w toku wyjaśnień, a także od dokumentu potwierzonego przez wystawcę referencji. Zamawiający nie przesądził, kto dokonał oczywistego w tej sytuacji podrobienia dokumentu, jednak uznał, że działanie odwołującego wyczerpuje znamiona posłużenia się dokumentem przerobionym w celu uzyskania zamówienia publicznego, gdyż to odwołujący przedłożył podrobiony dokument do złożonej przez siebie oferty. Odnosnie dokumentu referencji dot. DW „Ziemowit”, zamawiający podał, że nie ulega wątpliwości, iż odwołujący poświadczyl nieprawdę potwierdzając złożony w ofercie dokument „za zgodność z oryginałem”, podczas gdy w toku postępowania wyjaśniającego wykazano, że - odwołujący przyznał, że nie dysponuje oryginałem, a jedynie *skanem* pisma, a ponadto wystawca nie potwierdził faktu wystawienia takich referencji. W tym przypadku zamawiający również nie przesądził, kto dokonał podrobienia dokumentu referencji, ale istotnym jest, że posłużył się nim w ofercie odwołujący w celu uzyskania zamówienia

publicznego.

Zamawiający podniósł, że znamienym - w przypadku referencji dotyczących DW „Ziemowit” w kontekście przesłanki z art. 23(4) ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania - jest to, że niepotwierdzone referencje (nr P/727/11 z dnia 22 czerwca 2011 r.), wystawione rzekomo w ponad pół roku po planowanym terminie ukończenia inwestycji, zawierają wyraźne stwierdzenie o terminowym ukończeniu prac, podczas gdy przedłożone później referencje z datą wystawienia cztery miesiące wcześniejszej (nr P/215/11 z dnia 14 lutego 2011 r.), potwierdzają jedynie wykonanie robót pod względem fachowym, a nie terminowym. Powyższe jednoznacznie wskazuje na cel, w jakim niepotwierdzone referencje zostały przedstawione, tj. miały one poświadczać w pełni wymogi SIWZ - zarówno fachowość, jak i terminowość ukończenia robót nimi objętych.

W zakresie terminowości ukończenia robót budowlanych zamawiający zaznaczył, że - odnośnie DW „Ziemowit” - przedstawiony protokół z dnia 20 grudnia 2010 r. obejmuje część finansowaną ze środków własnych WFOŚiGW w Opolu i opiewa na roboty na sumę 1.187.100 zł, podczas gdy całość zadania - jak wynika z referencji i co wskazał w ofercie odwołujący - opiewała na sumę 5.098.894,80 zł. Z protokołu wynika, że nie obejmuje on robót wskazanych w pkt 7, gdyż nie została ujęta ich wartość w tabeli. O braku zakończenia całości inwestycji w dniu 20 grudnia 2010 r. świadczą także późniejsze wpisy w dzienniku budowy dla tego obiektu. Odwołujący nie przedstawił odbioru inwestycji w pozostałym zakresie, przez co należało uznać stanowisko FWP Sp. z o.o., że roboty nie zostały w całości wykonane w terminie. Zresztą w piśmie FWP Sp. z o.o. z dnia 17 grudnia 2012 r. wyraźnie stwierdzono, że opóźnienia odnośnie DW „Ziemowit” miały poważny charakter.

Odnośnie zaś DW „Hyrny”, protokół końcowy odbioru zadania został opatrzony datą 19 sierpnia 2011 r., co, gdyby nawet przyjąć, że potwierdza wykonanie robót budowlanych na dzień 8 stycznia 2011 r., to nie pozwala uznać, iż zamówienie zostało ukończone terminowo z uwagi na jego zakres, który - zgodnie z wyjaśnieniami FWP Sp. z o.o. - obejmował nie tylko zaprojektowanie i wykonanie, ale także i uzyskanie wszelkich decyzji i pozwoleń niezbędnych dla zakończenia inwestycji i umożliwiających użytkowanie obiektu.

Odwołujący błędnie przyjmuje, że dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, koniecznym jest dysponowanie prawomocnymi wyrokami, potwierdzającymi przedstawienie nieprawdziwych informacji, posłużenie się podrobionymi/przerobionymi dokumentami czy też samo ich podrobienie/ przerobienie. Gdyby był taki cel przepisu, by z jego skutkami wiązać jedynie wykazanie winy prawomocnym rozstrzygnięciem sądu, to w zasadzie niemożliwym byłoby jego zastosowanie niemal w żadnej sytuacji (stwierdzenie winy prawomocnym orzeczeniem w odpowiednim postępowaniu karnym mogłoby trwać kilka lat, co nie jest racjonalne w postępowaniu o zamówienie publiczne).

Na uzasadnienie stanowiska odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia (1)9 lipca 2012 r., sygn. IV Ca 683/12. Stwierdził jednak, że ani w sentencji, ani w uzasadnieniu wyroku nie ma mowy o konieczności wykazania istnienia przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp prawomocnym orzeczeniem sądu. Wyrok zawiera korzystne dla stanowiska stwierdzenia. Odwołujący przytacza, że „jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie w błąd.” *A contrario* tak należy uznać, gdy wykonawca działa w złej wierze. Tymczasem w sprawie jest oczywistym, że odwołujący działał w złej wierze i w pełni świadomie. Dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu posłużył się przerobionym dokumentem referencji dot. DW „Hyrny” oraz świadomie przedłożył dokument potwierdzając go za zgodność z oryginałem, mimo iż takim oryginałem nie dysponował.

Faktu konieczności posiadania prawomocnego wyroku dla wykazania przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie potwierdza także teza drugiego z przedstawionych przez odwołującego wyroków (wyrok Sądu okręgowego w Toruniu, sygn. VI Ga 134/12).

Zamawiający wskazał, że jego stanowisko potwierdzają również ustalenia KIO w wyroku z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 412/10. Obszerne i wyczerpujące postępowanie wyjaśniające wykazało nie tylko potwierdzenie ziszczenia się przesłanki podania nieprawdziwych informacji, ale także potencjalnego wpływu na wyniki postępowania.

Powołał się na komentarz do Prawa zamówień publicznych, autorstwa Małgorzaty Stachowiak, dotyczący zastosowanego przepisu, z którego wynika, że „Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę, np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty itd. i mogą dotyczyć wszelkich elementów postępowania (nie tylko dokumentów przedkładanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także treści oferty) (...) Można więc postawić tezę, że wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Ustawodawca dopuszcza bowiem uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia więc działania nieumyślnego.” Z tej argumentacji wynika także istotny wniosek, że zamawiający nie ma możliwości wzywania wykonawcy, który przedłożył nieprawdziwe informacje do ich uzupełnienia, czy też poprawienia, gdyż ta instytucja dotyczy wyłącznie informacji błędnych, tj. niekompletnych w wyniku nieświadomego działania wykonawcy.

W dalszej części komentarza podano, że „Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ

na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Przez wynik postępowania bez wątpienia należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej, jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu. Wynik postępowania to również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, ocena zajęcia przesłanek do odrzucenia oferty, punktacja przyznana poszczególnym ofertom. Każda z wymienionych czynności składa się na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy." Jest niewątpliwym, że posługiwanie się przerobionymi/podrobionymi dokumentami referencji i wskazywanie nieprawdziwych informacji odnośnie spełniania przez oferowane roboty budowlane warunków SIWZ, wyczerpuje przesłankę wpływu tychże informacji na wynik postępowania, gdyż ich celem miało być właśnie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i uzyskanie zamówienia (wybór oferty wykonawcy).

Nieco odmienna, ale jeszcze korzystniejsza dla zamawiającego opinia w tej mierze, została opublikowana w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych z sierpnia 2012 r. nr 8. Wynika z niej m.in. „Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje. Przedmiotowa przesłanka dotyczy wszystkich oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców, na każdym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nie wskazując w przedmiotowym przepisie na umyślność działania wykonawcy, uznaje tym samym, że złożenie nieprawdziwej informacji może być również spowodowane błędem. Po drugie, musi zaistnieć związek przyczynowo-skutkowy, pomiędzy złożeniem przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu informacji nieprawdziwych, a ich wpływem na wynik postępowania lub prawdopodobieństwem zaistnienia wpływu na wynik postępowania. Oznacza to, iż dla uprawdopodobnienia zaistnienia przedmiotowej przesłanki nie jest niezbędne wykazanie wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, wystarczające jest natomiast udowodnienie prawdopodobieństwa takiego wpływu. Powyższą interpretację potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1078/11), w którym Izba wskazała, iż „Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości.” W dalszej części wyroku Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że „przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Prawo zamówień publicznych nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwej informacji musi być zawinione przez wykonawcę ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. W przedmiotowym wyroku Izba podkreśliła również, iż „złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały

wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji danego wykonawcy”.

Z powyższego wynika m.in., że zamawiający - odmiennie niż to interpretuje odwołujący - ma obowiązek jedynie uprawdopodobnić zaistnienie przesłanek określonych przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1112/11), Izba wyraźnie określiła na kim spoczywa ciężar dowodu w tym przypadku. Izba stwierdziła, że „W ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, wykonawca winien wobec zarzutu poświadczania nieprawdy udzielić miarodajnych, pisemnych i wyczerpujących, tzn. opartych na dowodach, wyjaśnień (...). W przeciwnym razie zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenia jego oferty”.

W dalszej części powołanej wyżej opinii wskazano:

Podkreślenia wymaga również fakt, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W praktyce oznacza to, że wykonawca, który dopuścił się złożenia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie zostanie wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 801/11), w którym izba orzekła, iż „Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (...) stanowi samoistną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów stosowany być może jedynie w celu umożliwienia wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu usunięcia uchybień uniemożliwiających wykazanie, że stan ten istniał w dniu składania ofert lub wniosków. W żadnym razie art. 26 ust. 3 ustawy nie stosuje się dla zastąpienia informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania oświadczeniami lub dokumentami prawdziwymi.” Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1078/11), wskazując że „Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego



miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.”

Tym samym zamawiający nie mógł w ogóle uwzględnić przedstawionych w toku wyjaśnień innych, dalszych referencji (odnośnie DW „Ziemowit”).

Odnośnie braku udowodnienia prawomocnym orzeczeniem faktu nieterminowego wykonania robót budowlanych to, po pierwsze zastosowanie mają w tym miejscu także wyżej podniesione argumenty. Ponadto zamawiający zaznaczył, że odwołujący potwierdził fakt naliczenia przez FWP Sp. z o.o. kar umownych i fakt toczącego się sporu sądowego w tym przedmiocie, choć oczywiście zaprzeczył podstawom do ich naliczenia. O fakcie nieterminowego zakończenia prac świadczą także dołączone przez odwołującego dokumenty. Niewątpliwym też jest, że gdyby zamówienie realizowane dla FWP Sp. z o.o. przez firmę SKORUT (partnera konsorcjum) było ukończone prawidłowo, to zapewne kary umowne nie zostałyby naliczone i nie byłoby pomiędzy stronami sporu. Zwrócił też uwagę, że o ile wykonawca ponosił odpowiedzialność za zwłokę w wykonaniu zamówienia, to za jego winą w nieterminowym jego ukończeniu przemawia domniemanie pozostawania dłużnika w zwłoce, które może zostać przez niego dowodem przeciwnym obalone.

Nie bez znaczenia dla oceny zachowania odwołującego jest także fakt, że w poprzednio ogłoszonym i unieważnionym ostatecznie postępowaniu (o czym była mowa na wstępie), lider konsorcjum został skutecznie wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na to, iż posłużył się przerobionym dokumentem referencji. Obecnie względem tego samego wykonawcy (a konkretnie wobec partnera założonego przez wykonawców konsorcjum) zachodzą te same podstawy do wykluczenia z podobnych podstaw faktycznych (posłużenie się przerobionymi/podrobionymi referencjami).

Zamawiający podniósł, że odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, na czym miałyby polegać naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. W żadnym punkcie odwołania nie zarzucił zamawiającemu, że przeprowadził postępowanie z naruszeniem uczciwej konkurencji czy zasad równego traktowania wykonawców, dlatego zamawiającemu trudno ustosunkować się do tych zarzutów.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający podejmował wszystkie czynności zgodnie z przepisami ustawy. Każdy z wykonawców był traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy miał zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania były takie same dla wszystkich podmiotów.

Mając na uwadze wszystkie powyższe wywody i argumenty zamawiający stanowczo podkreślił, że z uwagi na fakt, iż żadne ze wskazanych przez odwołującego naruszeń nie miało miejsca, nie naruszył wymienionych przez odwołującego przepisów, a tym samym dokonane

przez niego czynności są właściwe i mają oparcie w przepisach ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy obowiązuje zasada, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która wywodzi z niego skutki prawne - czyli w tym przypadku spoczywa na odwołującym.

Zamawiający stwierdził, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie naruszył określonych w ustawie zasad udzielenia zamówień, a przede wszystkim nie naruszył żadnego ze wskazanych w odwołaniu przepisów i tym samym nie został spełniony warunek do skutecznego pod względem merytorycznym wniesienia odwołania.

Reasumując powyższe, stwierdził, że odwołanie jest bezzasadne i podlegać powinno oddaleniu. Postawione zarzuty nie mają uzasadnienia w okolicznościach faktycznych i prawnych.

Konsekwencją oddalenia odwołania jest również konieczność zwrotu zamawiającemu przez odwołującego kosztów związanych z dojazdem na rozprawę oraz wynagrodzeniem pełnomocnika, których wyliczenie przedstawione zostanie na posiedzeniu/rozprawie.

III. Wykonawca W..... S....., BAU-POL W..... S..... z Nowego Sącza, przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz stwierdził, co następuje.

Przystępujący wskazał, że zamawiający wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) by wykonawcy wykazali się w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykonaniem robót budowlanych podanym w wykazie - min. 1 roboty budowlanej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem jej rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Za robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, zamawiający uznał roboty budowlane spełniające łącznie następujące wymagania - warunki: roboty budowlane o wartości min. 2.000.000,00 zł brutto; roboty budowlane związane z przedmiotem zamówienia - modernizacja kotłowni, montaż solarów, roboty remontowo budowlane w tym termomodernizacja budynków.

Ponadto wykazane zamówienie (roboty budowlane) należało udokumentować dokumentem potwierdzającym, że te (roboty) zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (np. listy referencje) oraz zawierającym potwierdzenie łącznego spełnienia wskazanych powyżej warunków.

Odwołujący wykazał się dwiema robotami budowlanymi wykonywanymi dla Funduszu Wczasów Pracowniczych sp. z o.o. w Warszawie: Modernizacja systemów grzewczych w domach wczasowych FWP sp. z o.o. w Warszawie - obiekt DW Hyrny w Zakopanem;

Modernizacja systemów grzewczych w domach wczasowych FWP sp. z o.o. w Warszawie - obiekt DW Ziemowit Jarnołtówek 204. Odwołujący nie mógł wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia za pomocą robót budowlanych wykonanych na obiekcie DW Hyrny, gdyż nie spełnia on wymogu przedmiotowego postawionego przez zamawiającego w zakresie robót związanych z modernizacją kotłowni,

Tym samym roboty budowlane wykonywane na obiekcie DW Ziemowit decydują o tym, czy odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. W tym zakresie jakakolwiek nieprawdziwa informacja ma wpływ na wynik postępowania, gdyż decyduje o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający w tym zakresie prawidłowo zbadał sprawę i dokonał prawidłowej oceny, w jakim zakresie nieprawdziwe informacje odwołującego miały faktyczny i rzeczywisty wpływ na wynik postępowania. Bez wątpienia istnieje w przedmiotowym przypadku związek przyczynowo-skutkowy między nieprawdziwymi informacjami a ich wpływem na wynik postępowania.

Z załączonego do odwołania protokołu odbioru końcowego z dn. 20 grudnia 2010 r. Termomodernizacji budynku DW Ziemowit w Jarnołtówku wynika bezspornie, że wykonano w terminie tylko około 23,3% zakresu finansowego robót. Zakres wykonanych robót objętych tym protokołem dotyczy jedynie części finansowanej ze środków własnych WFOŚiGW w Opolu na kwotę 1.187.100 zł netto /zgodnie z tabelą/. Natomiast wartość całości robót na budynku DW Ziemowit powinna wynosić - 5 098 894.80 zł brutto. Protokół ten ponadto potwierdza duże opóźnienia w realizacji robót, gdyż terminowo, czyli na dzień 20 grudnia 2010 r. odebrano tylko część robót na kwotę 1.187.100 zł netto, co jak nadmieniono stanowi tylko 23,3% zakresu finansowego robót.

Przystępujący dokonał analizy stanu faktycznego w kontekście wykazania się robotami w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Przez wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ich ukończenie - w kontekście przepisów § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) - należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, przy czym ocena należytej staranności powinna uwzględniać całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe techniczne wykonanie czynności (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt VIII Ga 137/12). Punktem odniesienia dla stwierdzenia prawidłowego wykonania robót budowlanych jest zdefiniowanie stanu pożądanego, a więc należytego wykonania zobowiązania. Definicja należytego wykonania zobowiązania wynika z treści art. 354 § 1 Kc. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie

ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Treść i sposób wykonania zobowiązania polegającego na realizacji robót budowlanych powinny wynikać przede wszystkim z umowy zawartej przez zamawiającego z wykonawcą (art. 648 § 1 Kc). Umowa powinna określać, jaki jest zakres obowiązków wykonawcy i sposób ich wykonania. W związku z różnorodnością świadczeń wynikających z zawartej umowy każdorazowo należy sięgać do odpowiednich przepisów Kodeksu cywilnego poświęconych wykonaniu poszczególnych rodzajów umów, umowy o roboty budowlane i posiłkowo umowy o dzieło. Bez wątplenia na treść umowy o roboty budowlane składają się prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym, które wynikają bezpośrednio z przepisów kodeksu cywilnego, ale trzeba także wskazać i inne elementy sytuacji prawnej stron, które wynikają z szeroko pojętego Prawa budowlanego. W umowie o roboty budowlane z całą pewnością należy wskazać terminy wykonania robót oraz terminy ich odbioru. Należy więc uznać, że niespełnienie świadczenia w terminie stanowi o nienależytej staranności wykonawcy (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, Wydanie 9, Warszawa 2009, s. 85).

W świetle powyższego materiału przystępujący stwierdził, że odwołujący nie wykonał w terminie robót polegających na modernizacji systemów grzewczych w obiekcie DW Ziemowit w Jarnołówku. Wszelkie dokumenty załączone do oferty odwołującego dyskwalifikuje załączony do odwołania protokół odbioru końcowego robót z dnia 20 grudnia 2010 r. Jest to kontrdokument, który dyskwalifikuje inne załączone na potwierdzenie wykonania robót w DW Ziemowit. Jest to także dokument bardzo wiarygodny, gdyż zgodnie z art. 3 pkt 13 Prawa budowlanego, protokół końcowy stanowi część dokumentacji budowy. Przepis art. 18 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego wyraźnie stanowi, że do obowiązków inwestora należy zapewnienie odbioru robót budowlanych. Inwestor nie musi jednak dokonywać odbiorów osobiście, ma on jednak zapewnić, że odbiór zostanie przeprowadzony przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych. W przedmiotowym przypadku obok Dyrektora Oddziału Sudeckiego FWP Sp. z o.o. w Warszawie w czynnościach odbiorowych uczestniczyli inspektorzy nadzoru inwestorskiego. Protokół ten jest więc potwierdzonym przez uczestników procesu budowlanego pokwitowaniem spełnienia określonego zakresu świadczenia polegającego na wykonaniu robót budowlanych na dzień 20 grudnia 2012 r. Wynika z niego bezspornie, że odwołujący nie wykonał terminowo wykazanych robót na obiekcie DW Ziemowit w Jarnołówku, których termin wyraźnie określono jako „11.10.2009 r. - 20.12.2010”,

Przystępujący przedstawił analizę wniosku o pozwolenie na użytkowanie obiektu DW Ziemowit: wniosek o pozwolenie na użytkowanie dotyczy „Rozbudowy budynku basenu wraz z przebudową przyległych pomieszczeń w DW Ziemowit.” Jest tylko potwierdzeniem wykonania części robót a nie obejmuje całości robót budowlanych, jakie były do wykonania zgodnie z umową na budynku DW Ziemowit, dlatego nie może być dowodem na terminowe wykonanie całego zadania.

Pozostałe quasi-dokumenty złożone nie potwierdzają wykonania robót na obiekcie DW Ziemowit w Jarnołtówku zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia gdyż:

1. Referencje nr P/727/11 z dnia 22.06.2011r - budzą poważne wątpliwości co do ich autentyczności ze względu na to, że odwołujący nie posiada oryginału referencji oraz, że posługuje się *skanem* co przyznaje w odwołaniu (str. 3) oraz w piśmie z dnia 10 grudnia 2012 r., forma skanu nie spełnia zadość wymaganiom § 1 ust. 1 pkt 2 *In fine* rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), gdyż nie spełnia wymogu dokumentu. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2006 r. (sygn. akt I KZP 29/06) *podpis własnoręczny na piśmie procesowym nie może być zastąpiony nie tylko podpisem sporządzonym na maszynie (jak np. w wypadku sporządzenia dokumentu techniką komputerową czy też nadania go telegramem), ale też żadnym innym podpisem mechanicznym, np. faksymile, bądź kserograficzną odbitką własnego podpisu. Trzeba bowiem podkreślić, w kontekście wątpliwości wyrażonych w pytaniu prawnym, że nawet najwierniejsze, a wręcz idealne odwzorowanie podpisu za pomocą pieczęci, kliszy fotograficznej, czy też metodą kserografii (elektrofotograficzną) nie zmienia faktu, że taki podpis stanowi kopię podpisu oryginalnego, co powoduje, iż nie da się stwierdzić, czy jest podpisem niezaprzeczalnie własnoręcznym, a więc takim, który pochodzi od osoby składającej pismo procesowe, i takim, który rzeczywiście został złożony przez tę osobę w piśmie procesowym zgodnie z jej wolą.*

Ponadto w piśmie z dnia 12 grudnia 2010 r. (2012 r.) odwołujący niejako uchylił się od jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie referencji, stwierdzając, że Zamawiający *powinien poprzestać na przyjęciu jednej roboty budowlanej spełniającej warunek z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozostałe pozostawiając bez rozpoznania.* Takie zachowanie odwołującego należy poczytywać, jako wątpliwości co do prawdziwości przedstawionych informacji i faktu, że potwierdza kopie referencji za zgodność z oryginałem nie posiadając oryginału.

2. Ponadto roboty te występują jeszcze w dwóch różniących się od siebie wersjach dokumentów:

- pismo nr P/312/11, z dnia 04.03.2011 r. (ze strony internetowej „Skorut - systemy solarne”) - informacja obejmuje wszystkie obiekty wykonane w ramach zadania Modernizacja systemów grzewczych w domach wczasowych FWP sp. z o.o. w Warszawie, jednakże nie obejmuje w swej treści jakichkolwiek stwierdzeń co do faktu, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone lub stwierdzeń w podobnym brzmieniu;

- referencje nr P/215/11, z dnia 14.02.2011 r., w których wyraźnie nie stwierdza się, że roboty prawidłowo, tj. terminowo ukończono, brak jest stwierdzeń w podobnym brzmieniu. Ta informacja nie spełnia więc wymogu przepisu § 1 ust. 1 pkt 2 *In fine* rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, w zw. z art. 355 § 1 Kc w zw. z art. 14

ustawy.

Istotne w sprawie znaczenie ma fakt, że sam inwestor robót FWP sp. z o.o. w Warszawie stwierdził wprost znaczne opóźnienia w realizacji robót. Zamawiający zwrócił się do wystawcy referencji, tj. do FWP w Warszawie i poprosił o złożenie wyjaśnień dotyczących wystawionej referencji z dnia 22.06.2011 r. Także w odwołaniu odwołujący stwierdził, że wystawca referencji nie potwierdził ich wystawienia. Ponadto, w piśmie z dnia 10.12.2012 r. odwołujący stwierdził, że przedstawiony do wglądu skan referencji (referencje nr P/727/11 z dnia 22-06.2011 r.) jest jedynym dokumentem dla tej inwestycji - co stanowi informację nieprawdziwą mającą wpływ na wynik postępowania - chociażby z uwagi na przytoczone w pkt 2 informacje.

Przystępujący nadmienił także, że firma „Kan-Bud” M..... K..... również brała udział w poprzednim unieważnionym postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania: „Modernizacja kotłowni, montaż solarów oraz termomodernizacje budynków Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu” i złożyła nieprawdziwe informacje dotyczące wykazu robót wraz z referencjami.

W kontekście zaistniałych okoliczności przystępujący stwierdził, że odwołujący w ogóle nie wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, co dodatkowo uzasadnia fakt wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Ponadto, z uwagi na przedstawione dowody stwierdził, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, że do dnia 20 grudnia 2010 r. wykonał prace polegające na Termomodernizacji budynku DW Ziemowit w Jarnołówku na kwotę 5.098.894,80 zł brutto.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego i niepopartego żadnymi dowodami.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 Pzp. Jako wykonawca biorący udział w postępowaniu, złożył ofertę i w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, mógłby ponieść szkodę.

Strony przedstawiły swoje stanowiska w omówionych pismach i załączonych dokumentach, wskazując fakty, przepisy prawne oraz orzecznictwo i poglądy prezentowane w doktrynie.

Izba ustaliła, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał wykonania min. 1

roboty budowlanej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem jej rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, przy uwzględnieniu opisu, że za robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, zamawiający uzna roboty budowlane spełniające łącznie następujące wymagania: robota budowlana o wartości min. 2.000.000,00 zł brutto, związana z przedmiotem zamówienia - modernizacja kotłowni, montaż solarów, roboty remontowo budowlane w tym termomodernizacja budynków. Zamawiający wymagał złożenia dokumentu potwierdzającego łączne spełnienie wskazanych warunków oraz dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący podał w wykazie robót dla zadania nr 1 dwie pozycje (1 i 2) - robota budowlana na rzecz Funduszu Wczasów Pracowniczych w Warszawie. Jako dokumenty potwierdzające wymagania zamawiającego, odwołujący złożył w ofercie dwie kopie referencji wystawionych przez FWP Sp. z o.o. w Warszawie, poświadczonych za zgodność z oryginałem przez odwołującego: L.dz. P/281/11 z dnia 28.02.11 r. DW Hyrny w Zakopanem i L.dz. P/727/11 z dnia 22.06.2011 r. DW Ziemowit w Jarnołówku.

Na skutek informacji innego wykonawcy (przystępującego w aktualnym postępowaniu odwoławczym), zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające związane z potwierdzeniem spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu: pismem z dnia 16 listopada 2012 r. wystąpił do wystawcy referencji L.dz. P/727/11, tj. Funduszu Wczasów Pracowniczych Sp. z o.o. w Warszawie o złożenie wyjaśnień w przedmiocie wskazanej referencji. W odpowiedzi udzielonej 21 listopada 2012 r. uzyskał informację o trwającym sporze sądowym pomiędzy stronami ówczesnego kontraktu z powodu naliczonych kar umownych za bardzo znaczne opóźnienia, co do terminu wykonania umowy.

Pismem z 22 listopada 2012 r. zamawiający wystąpił do odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, o złożenie wyjaśnień w przedmiocie referencji z dnia 22 czerwca 2011 r. (P/727/11), przekazując w załączeniu pismo FWP Sp. z o.o. z dnia 21.11.2012 r. W odpowiedzi (pismo z dnia 23 listopada 2012 r.) uzyskał stanowisko odwołującego wskazujące na prawidłowo wystawione referencje, potwierdzające stan faktyczny na dzień ich wystawienia.

Zamawiający wybrał ofertę odwołującego, jako najkorzystniejszą, o czym zawiadomił wykonawców pismem z 27 listopada 2012 r.

Wobec informacji przystępującego, złożonej w trybie art. 181 ust. 1 Pzp, zamawiający przeprowadził dalsze postępowanie wyjaśniające. Pismem z dnia 7 grudnia 2012 r. wystąpił do odwołującego z wnioskiem o przedstawienie do wglądu oryginału referencji P/727/11. W dniu 10 grudnia 2012 r. odwołujący przedstawił oryginalną referencję P/281/11, referencję P/215/11 i złożył pismo na temat sporu prowadzonego z wystawcą referencji. Odwołujący nie przedstawił

oryginalnej referencji P/727/11, wyjaśniając, że posiada tylko *skan*. Pismem z dnia 12 grudnia 2012 r. zamawiający wystąpił do odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących referencji P/281/11 i P/727/11 w przedmiocie terminu wykonania robót, naliczonych kar umownych, postępowania sądowego dotyczącego robót budowlanych. Odwołujący wyjaśnił (pismo z dnia 17.12.2012 r.), że roboty objęte wskazanymi referencjami zostały ukończone terminowo, co potwierdza protokół odbioru końcowego z 20 grudnia 2010 r. dotyczącego DW Ziemowit. Termin zakończenia robót został wpisany do Dziennika Budowy - data zakończenia 10 stycznia 2011 r. W protokole zaznaczono, że zakres wykonanych robót objętych protokołem dotyczy części finansowanej ze środków własnych, WFOŚiGW w Opolu. Ogólny stan i wartość robót wykonanych na dzień sporządzenia protokołu przedstawiono w formie zestawienia rzeczowo-finansowego (bez pkt 7), jakość wykonanych robót określono, jako dobrą. Protokół końcowego odbioru robót DW Hyrny sporządzono w dniu 19.08.2011 r.

Zamawiający wystąpił do wystawcy referencji Funduszu Wczasów Pracowniczych Sp. z o.o. w Warszawie pismem z dnia 12 grudnia 2012 r. o złożenie wyjaśnień dotyczących referencji wystawionych przez ten podmiot: P/727/11, P/215/11, P/281/11, z wnioskiem o potwierdzenie wystawienia referencji, przesłanie kopii referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem oraz z zapytaniem m.in., czy zakres prac został faktycznie i należycie wykonany. Pytania dotyczyły również terminu ukończenia robót oraz postępowania sądowego.

Wystawca referencji podał (pismo z dnia 17 grudnia 2012 r.), że protokół zakończenia całości prac objętych umową został sporządzony w dniu 31.08.2011 r. W protokole wskazano, że roboty nie zostały zakończone w terminie. W zakresie wskazanych referencji potwierdzono brak zastrzeżeń, co do jakości i fachowości instalacji solarnej, pomimo opóźnienia w oddaniu jej do eksploatacji, prac termomodernizacyjnych wykonanych zgodnie ze sztuką budowlaną, pomimo opóźnień. Poważne opóźnienia wystąpiły w części umowy dotyczącej kompleksu z basenem w DW Ziemowit w Jarnołtówku i w DW Hyrny. Wskazano, że w referencjach nie stwierdzono, że prace zostały wykonane bez przekroczenia terminu, a jedynie, że zgodnie ze sztuką budowlaną. Podano, że winę za opóźnienia w wykonaniu umowy ponosi wyłącznie wykonawca i kary umowne zostały naliczone zgodnie z umową od całości zadania inwestycyjnego. Natomiast referencje dotyczą tylko fragmentów prac określonych w umowie. Załączono poświadczony za zgodność z oryginałem 3 referencje: P/282/11, P/215/11, P/281/11. Zamieszczono informację o toczącej się sprawie sądowej.

Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert oraz wykluczył odwołującego z postępowania, uznając ofertę odwołującego za odrzuconą (pismo z dnia 9 stycznia 2013 r.). Zamawiający uzasadnił czynność następująco:

*Firma Zakład Budowlany „KAN-BUD” M..... K..... została wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w ramach zadania nr 1, ponieważ złożyła nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.*



*Uzasadnienie: firma została wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu:*

*a) w ofercie wykonawca przedstawił wykaz robót wraz z referencjami, tj.*

*- referencja znak pisma P/281/11 z dnia 28.02.2011 r. załączona do oferty przetargowej jest niezgodna z oryginalną referencją wystawioną przez Fundusz Wczasów Pracowniczych, tak ten potwierdza wyjaśnienie z dnia 10 grudnia 2012 r., konsorcjum firma „Kan-Bud” i SKORUT oraz wyjaśnienie przesłane przez FWP - Warszawa. Tym samym w sposób nie budzący wątpliwości należy uznać, że wykonawca - w celu uzyskania zamówienia - posłużył się dokumentem przerobionym:*

*- referencja: znak pisma P/727/11 z dnia 22.06.2011 r. załączona do oferty przetargowej (potwierdzona przez wykonawcę za zgodność z oryginałem) - brak oryginalnej referencji, wykonawca na skutek wezwania przez zamawiającego do dostarczenia oryginału referencji z uwagi na wątpliwości, co do ich autentyczności - w złożonych wyjaśnieniach oświadczył, iż nie dysponuje oryginalną referencją, tylko dokumentem w formie skanu przesłanego drogą elektroniczną przez FWP - Warszawa. Wystawca referencji nie potwierdził ich wystawienia;*

*b) załączone referencje potwierdzają złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących m.in. rzetelności wykonanych robót budowlanych wskazanych, jako potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a stwierdzonych załączonymi referencjami, zwłaszcza, co do terminowości wykonania przedmiotowych inwestycji.*

*Fakt ten potwierdza korespondencja zamawiającego z FWP Warszawa. Tymczasem zamawiający wymagał w SIWZ, aby załączone referencje potwierdzały, m.in., że roboty nimi objęte były wykonane „zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. W toku wyjaśnień zamawiający powziął niebudzące wątpliwości informacje, że wykonawca posłużył się, co do obu wykazanych robót budowlanych przerobionymi/podrobionymi dokumentami referencji oraz, że obie roboty budowlane objęte referencjami nie zostały prawidłowo ukończone, ich ukończenie nastąpiło ze znacznym opóźnieniem. Z uwagi na naliczenie przez inwestora kar umownych toczy się obecnie pomiędzy stronami postępowanie sądowe dotyczące obu wskazanych w wykazie robót budowlanych. W związku z powyższym, firma została wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

*Zamawiający okazał na rozprawie referencje podając, że w złożonej wraz z ofertą kopii referencji L.dz. P/281/11 z dnia 28.02.11 r. dotyczącej DW Hyrny, poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę będącego partnerem w odwołującym się konsorcjum, została zamieszczona treść „Prace projektowe: 62 000, 00 zł”, która nie wynika z kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wystawcę referencji (FWP Sp. z o.o.) i przekazanej przez ten*

podmiot zamawiającemu, również z oryginalnej referencji okazanej zamawiającemu przez odwołującego w dniu 10 grudnia 2012 r., na wezwanie z dnia 7 grudnia 2012 r.

Zamieszczona w ofercie, jako druga, kopia referencji L.dz. P/727/11 z dnia 22.06.2011 r. dotycząca DW Ziemowit w Jarnołówku, poświadczona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę będącego partnerem w odwołującym się konsorcjum, zawiera w końcowej treści dokumentu ocenę wykonania robót, następującej treści: „Wszystkie prace zostały wykonane fachowo, terminowo, precyzyjnie zgodnie z obowiązującymi normami i ze sztuką budowlaną” (wymaganie w SIWZ - zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone). Na wezwanie zamawiającego do okazania oryginalnej referencji, odwołujący wyjaśnił, że posiada *skan* a nie oryginał referencji. Przedstawił w to miejsce oryginalną referencję L.dz. P/215/11 z dnia 14.02.2011 r. dotyczącą DW Ziemowit w Jarnołówku, kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem załączył do odwołania. W referencji tej wskazano ten sam okres wykonywania zlecenia i tę samą wartość wykonanych prac co w referencji P/727/11, o węższym zakresie. Zamieszczona ocena wykonanych robót została określona, jako: „Prace zostały wykonane fachowo i zgodnie ze sztuką budowlaną”.

Izba podnosi, że rozpoznając odwołanie zobowiązana jest uwzględnić zasadę wynikającą z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 1 i 3 Pzp. W myśl pierwszego z przepisów Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a w myśl drugiego - odwołanie powinno wskazywać m.in. niezgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające przedstawienie zarzutu. Zatem, zamawiający związany jest w postępowaniu odwoławczym okolicznościami faktycznymi i podstawą prawną wskazanymi w rozstrzygnięciu, którego skutkiem jest wykluczenie z postępowania, odwołujący natomiast zarzutami przedstawionymi w odwołaniu.

Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 9 stycznia 2013 r. okoliczności faktyczne wykluczenia: firma *złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania:*

a) - *kopia referencji P/281/11 z dnia 28.02.2011 r. niezgodna z oryginalną, co zostało potwierdzone przez wystawcę referencji, jak też w wyjaśnieniach odwołującego z dnia 10 grudnia 2012 r. i stanowiło podstawę uznania, że odwołujący - w celu uzyskania zamówienia - posłużył się dokumentem przerobionym,*

- *kopia referencji P/727/11 z dnia 22.06.2011 r. poświadczona za zgodność z oryginałem, w sytuacji braku oryginału (skan) oraz nie potwierdzenia wystawienia takiej referencji przez FWP Sp. z o.o.;*

b) załączone kopie referencji, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, potwierdzają złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, dotyczących m.in. rzetelności wykonanych robót budowlanych, zwłaszcza, co do terminowości wykonania przedmiotowych inwestycji.

W toku wyjaśnień zamawiający powziął informacje niebudzące wątpliwości, że wykonawca posłużył się, co do obu wykazanych robót budowlanych przerobionymi/podrobionymi dokumentami referencji oraz, że obie roboty budowlane objęte referencjami nie zostały prawidłowo ukończone, ich ukończenie nastąpiło ze znacznym opóźnieniem. Z uwagi na naliczenie przez inwestora kar umownych, toczy się obecnie pomiędzy stronami postępowanie sądowe dotyczące obu wskazanych w wykazie robót budowlanych.

Przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w świetle orzecznictwa, w tym w szczególności wyroków: Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt V Ga 134/12; Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12 - ma zastosowanie w przypadku wykazania przez zamawiającego, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.) - S.O. w Toruniu.

Zamawiający uznał, jako informację nieprawdziwą mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania (pierwotny wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej) przedstawienie w ofercie kopii referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem przez odwołującego, różniącej się w stosunku do oryginału (P/281/11) i wobec wątpliwości, co do autentyczności referencji P/727/11) niemożność potwierdzenia kopii oryginałem z uwagi na brak oryginału. Nieprawdziwe informacje dotyczą rzetelności wykonanych robót, zwłaszcza ich terminowości.

Izba podziela ugruntowany pogląd, że referencja ma potwierdzać taki zakres, jaki wynika z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i jaki został opisany w SIWZ, a więc w tym przypadku, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W sytuacji, gdy referencja budzi wątpliwości, co do jej treści, formy, w jakiej została złożona, czy prawdziwości, zamawiający zobowiązany jest do podjęcia określonych ustaleń, w tym m.in. żądania przedstawienia oryginałów dokumentów w przypadku załączenia do oferty kopii.

Przeprowadzone postępowanie skutkiem, którego zamawiający uzyskał wyjaśnienia i potwierdzenia wystawcy referencji oraz wyjaśnienia wykonawcy, należało uznać za dokonane w celu ustaleń, jakie są wymagane w przypadku zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (orzecznictwo sądowe).

Izba uznała, że brak jest podstaw do podważenia stanowiska zamawiającego. W ocenie

Izby, w przypadku konieczności zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, właściwe jest posłużenie się w opisie faktycznego uzasadnienia wykluczenia wykonawcy, treścią wynikającą z przepisu, a więc: *nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania*.

Odwołujący nie wykazał okoliczności skutkujących uwzględnieniem odwołania, nie odniósł się do niezgodności kopii referencji P/281/11 z oryginałem oraz kopii referencji P/727/11 w kontekście stanowiska wystawcy.

Ustalenie wzajemnych zobowiązań i rozliczeń z poprzednim inwestorem oraz ustalenie terminu zakończenia realizacji umowy, nie stanowiło przedmiotu postępowania odwoławczego. Ocenie Izby podlegają wyłącznie czynności lub zaniechania zamawiającego związane z wykluczeniem odwołującego z postępowania, podniesione w formie zarzutu w odwołaniu.

Zamawiający wymagał w części II SIWZ *Wymagania wobec wykonawców, pkt B (dot. zadanie nr 1)* dokumentu potwierdzającego, że robota została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona (np. listy referencyjne) oraz zawierającego potwierdzenie łącznego spełnienia wskazanych w SIWZ warunków.

W pkt C II części SIWZ (str.10) zamawiający opisał, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Złożone z ofertą kopie referencji poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, stanowiły podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania i ta czynność zamawiającego podniesiona w odwołaniu wyznaczyła zakres rozpoznania Izby.

Wobec przekazanej przez pełnomocnika odwołującego informacji o chorobie prezesa firmy SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. A..... S....., zgłoszonego w odwołaniu do przesłuchania na okoliczność terminowego wykonania robót budowlanych dla FWP Sp. z o.o. oraz prawdziwości referencji posiadanych przez odwołującego, Izba odstąpiła od przeprowadzenia wnioskowanego dowodu, mając na uwadze, że fakty będące przedmiotem przesłuchania zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Oceniając powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 i § 5 ust. 3 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).

**Przewodniczący: .....**