

WYROK

z dnia 15 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2012 r. przez odwołującego, Sport Halls Sp. z o. o. we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, Województwo Śląskie - Zespół Szkół Ogólnokształcących Mistrzostwa Sportowego w Raciborzu,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Usługowe BORBUD Sp. z o.o. w Raciborzu, MORIS-SPORT Sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu przywrócić odwołującego do postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża Województwo Śląskie - Zespół Szkół Ogólnokształcących Mistrzostwa Sportowego w Raciborzu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sport Halls Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Województwa Śląskiego – Zespołu Szkół Ogólnokształcących Mistrzostwa Sportowego w Raciborzu na rzecz Sport Halls Sp. z o. o. we Wrocławiu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Województwo Śląskie - Zespół Szkół Ogólnokształcących Mistrzostwa Sportowego w Raciborzu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę przedsięwzięcia pn. „Bliżej sportu” – budowa kompleksu lekkoatletycznego przy Zespole Szkół Ogólnokształcących Mistrzostwa Sportowego w Raciborzu.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w dniu 25.09.2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 364706.

W dniu 31.10.2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym m.in. o wykluczeniu z postępowania Sport Halls Sp. z o.o. we Wrocławiu i odrzuceniu jej oferty.

W dniu 04.11.2012 r. Sport Halls Sp. z o.o. we Wrocławiu wniosła odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz wniósł o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu:

- dokonania czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dokonania unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów (wykazu robót);
- dokonania czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zarzucił odwołującemu podanie nieprawdziwych informacji w

wykazie robót (str. 23 oferty Odwołującego) stwierdzając, że Odwołujący w wykazie wskazał robotę - przebudowa amfiteatru Kadzielnia o kubaturze budynku 66.804 m³, a faktycznie budynek miał kubaturę znacznie mniejszą, oraz wskazał tę samą robotę jako robotę obejmującą wbijanie pali wierconych, a robota ta nie obejmowała tego zakresu. Zamawiający nadto stwierdził, że referencja załączona do oferty (str. 26 oferty) nie potwierdziła wymaganej postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) kubatury budynku i zakresu pali wierconych. Zamawiający stwierdził, że nieprawdziwe dane zostały podane w celu spełnienia określonego w SIWZ warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający dalej wskazuje, że pozyskał od Inwestora informację, iż budynek ma kubaturę 5062 m³, a robota nie obejmuje pali wierconych. Zatem, zdaniem Zamawiającego, ta sytuacja wskazuje, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podkreślił, iż na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania nie wskazał, jakie pytania zadał Inwestorowi i jaką jednak konkretnie uzyskał na nie odpowiedź. Zamawiający przeprowadził swoiste dochodzenie, ale nie udowodnił podania przez Odwołującego nieprawdziwych informacji.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie wykluczył go z postępowania, a co za tym idzie, naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, bowiem Odwołujący w wykazie robót podał wyłącznie prawdziwe informacje. Odwołujący przyznaje, że błędnie odczytał postanowienie ust. 7 pkt 2 SIWZ. Odwołujący nie dostrzegł, że w tym postanowieniu mowa jest o budynku użyteczności publicznej, a nie o obiekcie użyteczności publicznej. Odwołujący swój błąd dostrzegł dopiero po zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania.

Postanowienie SIWZ określało budynek o kubaturze min. 30.000 m³, Odwołujący pozostając w błędzie wskazał robotę, gdzie kubatura obiektu amfiteatru, a nie budynku amfiteatru, wynosiła 66.804 m³. Przyczyną błędnego odczytania postanowienia SIWZ było zapewne występowanie w tym samym postanowieniu pojęć „budynek” i „obiekt”. W zakresie kubatury Zamawiający użył pojęcia „budynek”, zaś w zakresie związanym z palami wierconymi użył pojęcia „obiekt”.

Mimo tych niuansów należy stwierdzić, że Odwołujący ze względu na zaistniały błąd wskazał w wykazie robót robotę nie wypełniającą wymagań SIWZ ze względu na kubaturę budynku, ale jednak sama informacja jest prawdziwa. Kubatura obiektu Kadzielni wynosi 66.804 m³. Jeżeli chodzi o kwestię pali wierconych, to Odwołujący wskazał, że nie wie dlaczego Zamawiający uzyskał od Inwestora informację, że wskazana w wykazie robota nie obejmowała pali wierconych. Być może przyczyną było niewłaściwie zadane pytanie Inwestorowi. Odwołujący nie został powiadomiony o treści zadanego pytania.

Odwołujący pokreślił, że wskazana w wykazie robota była związana z posadowieniem obiektu na palach wierconych.(dowód: zeznania świadka – projektanta ww. robót)

Według Odwołującego wykaz robót nie zawiera nieprawdziwych informacji, ale także, wykaz ten i załączona referencja nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego wymogu wykazania dysponowania wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania roboty związanej z budową, przebudową lub remontem budynku użyteczności publicznej o kubaturze min. 30.000 m³ i wartości min. 10.000.000,00 PLN brutto. Wykaz potwierdza jedynie spełnienie warunku wykazania wykonania roboty związanej z posadowieniem obiektu na palach wierconych. Wykaz ten jest obciążony błędem w zakresie związanym z pojęciami „obiekt - budynek” oraz wielkości kubatury, i jako taki podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Wobec zaistniałego błędu w wykazie robót, Zamawiający winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną. Nie wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający naruszył wyżej wymieniony przepis ustawy.

Odwołujący zakwestionował również odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu niezłożenia w terminie wyjaśnień treści oferty pozycji przedmiarowych wycenionych wartością 0 zł. Zamawiający, w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy, wezwał Odwołującego pismem z dnia 18 października 2012 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty dotyczących zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami przedmiaru robót. W rzeczywistości Zamawiającemu chodziło o złożenie wyjaśnień dotyczących pozycji kosztorysowych wycenionych ceną 0 zł. Zamawiający za ewentualne niezłożenie w terminie wyjaśnień, bezprawnie wprowadził sankcję w postaci odrzucenia oferty. Postanowienie o takiej sankcji zawarte zostało w treści przedmiotowego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zauważył, że art. 87 ust. 1 Pzp, ani żaden inny przepis ustawy nie wprowadzają sankcji w postaci odrzucenia oferty za niezłożenie wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień niezadowolających Zamawiającego. Złożenie wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego należy do uprawnień wykonawcy, a jedyną konsekwencją jaka może wystąpić jest ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy treść oferty jest niejasna i Zamawiający oceni ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ. Wyjaśnieniami wykonawca może rozwiązać niejasności treści swojej oferty, i to może w konsekwencji stanowić przesłankę ułatwiającą Zamawiającemu wybór oferty tego wykonawcy, zamiast jej odrzucenia. Zamawiający bez względu na to, czy wyjaśnienia przez wykonawcę zostały złożone, czy też nie, ocenia ofertę wg jej treści, a nie wg dokonania czynności złożenia, czy też niezłożenia wyjaśnień.

Natomiast w tej sytuacji Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niezłożenia w terminie wyjaśnień, podając podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, czym naruszył

właśnie ten przepis. Inną kwestią jest, że Odwołujący złożył wyjaśnienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego. (Dowody: 1. Potwierdzenie odebrania faksu; 2. Dowód nadania wyjaśnień w formie przesyłki kurierskiej; 3. Dowód odebrania przesyłki kurierskiej). Odwołujący faksem w dniu 22 października 2012 r., pismem z tego samego dnia, złożył wyjaśnienia, ale o treści innej od oczekiwanej przez Zamawiającego, ponieważ postanowienia SIWZ pozwalały wykonawcy na wycenę pozycji kosztorysowych także ceną jednostkową 0 zł bez potrzeby wyjaśniania tego faktu. Te same wyjaśnienia w oryginale zostały doręczone Zamawiającemu w dniu 23 października 2012 r. przesyłką kurierską.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), pkt 7 ppkt 2, zamawiający, w ramach warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, wymagał od wykonawców wykonania co najmniej:

- jednej roboty związanej z budową, przebudową lub remontem budynku użyteczności publicznej o kubaturze min. 30 000m³ i wartości min. 10 000 000 zł.
- jednej roboty budowlanej związanej z posadowieniem obiektu na palach wierconych.

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków, w pkt 8.1.2.6 SIWZ wymagano przedłożenia Wykazu robót budowlanych – wzór wykazu zał. nr 4 do SIWZ, gdzie wymagano podania w tabeli (w kolumnie „Przedmiot wykonanej roboty budowlanej”) informacji istotnych dla spełniania warunku określonego w pkt 7.2 SIWZ.

W załączonym do oferty Sport Halls Sp. z o.o. we Wrocławiu – Wykazie robót budowlanych (str. 24 oferty) wskazano tylko jedną pozycję, o opisie:

„Przebudowa amfiteatru „Kadzielnia”. Obiekt użyteczności publicznej. Kubatura 66 804m³

Rodzaj robót:

[...] Wykonanie robót związanych z posadowieniem obiektu na palach wierconych.”

Pismem z dnia 18.10.2012 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Sport Halls Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie braku wycenienia wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego, a także wskazanie, w których cenach kosztorysu pozycje te zostały ujęte. Zamawiający zażądał złożenia powyższego w terminie do dnia 23.10.2012 r. pod rygorem odrzucenia oferty.

Pismem z dnia 22.10.2012 r. (prezentata zamawiającego nr 35/2012 z wpływem w dniu 23.10.2012 r.) odwołujący odpowiedział na powyższe.

W informacji o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 30.10.2012 r. (przekazana odwołującemu faksem w dniu 31.10.2012 r.) zamawiający poinformował o wykluczeniu Sport Halls Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (z uzasadnieniem faktycznym takim jaki podano w treści odwołania – co zostało zreferowane powyżej), a także odrzuceniu jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, podając następujące uzasadnienie faktyczne (cytowana całość podstawy faktycznej odrzucenia): „Zamawiający pismem z dnia 18.10.2012 r. wezwał wykonawcę o wyjaśnienie treści oferty pozycji przedmiarowych wycenionych wartością 0 zł. Wykonawca na wskazany dzień nie złożył wymaganych wyjaśnień.”

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów:

- przedłożone przez zamawiającego na rozprawie, w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie, pismo GEOPARK KIELCE z dnia 22.10.2012 r. (inwestora dla zadania „Przebudowa amfiteatru Kadzielnia w Kielcach”), w którym odnośnie ww. realizacji podano m.in.:
„W sprawie kubatury budynku użyteczności publicznej informuję, że amfiteatr zgodnie z prawem budowlanym nie jest budynkiem tylko budowlą. Budynkiem jest scena jako jeden z obiektów wchodzących w skład amfiteatru, której kubatura (tzw. podscenie) wynosi: 5 062 m³. Budynek sceny nie jest posadowiony na palach. W ramach realizacji zadania wiercone były pale do zakotwienia odciągów linowych dla słupów konstrukcji zadaszenia widowni.”
- Przedłożoną przez odwołującego na rozprawie część opisową projektu dla ww. zadania, wraz z opisem konstrukcji;
- Zeznania świadka – projektanta przebudowy amfiteatru „Kadzielnia”, p. A.....
K.....

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W dalszej kolejności, podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia, należy wskazać, iż według art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym w przypadku braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez niezłożenie przez wykonawcę dokumentów potwierdzających powyższe lub przedłożenie dokumentów zawierających błędy, zastosowanie znajdzie przepis art. 26 ust. 3 Pzp, nakazujący w takim przypadku wezwanie wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentów (Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.)

Wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Interpretując wskazane wyżej przesłanki wykluczenia wykonawcy, należy podkreślić ich odrębny charakter. W przypadku art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przepis wymaga materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. Natomiast przesłanka opisana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ma bardziej formalny charakter – dla wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu nie jest konieczne ustalenie czy wykonawca materialnie warunki udziału w postępowaniu spełnia, ale ustalenie i stwierdzenie czy powyższe wykazał na stosownym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób przez zamawiającego wymagany. Przepis znajdzie więc zastosowanie w stosunku do wykonawcy, który warunki udziału w postępowaniu w rzeczywistości spełnia, ale nie przedstawił stosownych informacji (dokumentów, dowodów, oświadczeń...etc.) wystarczająco potwierdzających taką okoliczność. Z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp.

Jak wynika z treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością (innymi słowy – obiektywnie nieprawdziwe).

Przy czym w treści powoływanego przepisu, ani klauzulach generalnych ustawy, nie ma żadnych odesłań, które uzależniałyby zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp od stopnia świadomości wykonawcy, co do prawdziwości informacji, którymi się w postępowaniu o udzielenie zamówienia posługuje, lub które warunkowałyby wykluczenie wykonawcy od stopnia jego zawinienia przy braku ustalenia ich nieprawdziwości, a także intencji wykonawcy przy ich podawaniu.

Powyższe powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami i przyczynami po stronie wykonawców, może być jednak postulowane i osiągnięte, przez zastosowanie bardziej celowościowych zabiegów interpretacyjnych, co uczynił m.in. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12).

Natomiast w kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle powoływanych wyżej przepisów, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić. Natomiast w przypadku istnienia dowodów, na których twierdzenia w przedmiocie nieprawdziwości podanych informacji są oparte, nie wystarczy samo zaprzeczenie tym twierdzeniom, ale konieczne staje się przedstawienie kontrdowodów lub przynajmniej zupełne zdyskredytowanie dowodów strony przeciwnej, czyli pozbawienie ich mocy dowodowej.

Za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione należycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości.

Oceniając całokształt okoliczności sprawy związanych z zarzutem nieprawdziwości informacji podanych w wykazie robót załączonym do oferty odwołującego, Izba stwierdziła, iż na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności treści wykazu, nie znalazła wystarczających podstaw do orzeczenia i przesądzenia o świadomym, celowym i zamierzonym wprowadzeniu zamawiającego w błąd przez wykonawcę, co do kubatury budynku użyteczności publicznej, do którego referowano w treści pkt 7.2 tiret pierwsze SIWZ.

W rzeczonym wykazie, wskazanie, iż podawana wielkość dotyczy kubatury budynku wprost nie miało miejsca. Natomiast zamawiający nie wyjaśnił u źródła, czyli u autora wykazu, o jaką wielkość mu chodziło, tj. kubaturę czego miał na myśli, ale od razu zarzucił wykonawcy kłamstwo w tym zakresie. Tymczasem w rozpatrywanym

przypadku nie można z całą pewnością stwierdzić, iż wykonawca miał *świadomość szkodliwego skutku swojego zachowania i celowo do niego zmierzał* (za uzasadnieniem powoływanego wyżej wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie).

Tym samym uznano, iż odwołujący spełniania warunku wykonania budynku użyteczności publicznej o określonej kubaturze nie wykazał (co sam przyznaje), jednakże Izba nie stwierdziła, aby podał w tym zakresie informacje nieprawdziwe w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast Izba stwierdziła, iż informacje dotyczące wykonania robót związanych z posadowieniem obiektu na palach są materialnie prawdziwe, tj. zgodne z rzeczywistością.

Przedłożony fragment projektu budowlanego i zeznania świadka, p. A..... K....., autora projektu przebudowy amfiteatru Kadzielnia, nie pozostawiają żadnych wątpliwości, iż obiekt budowlany, jakim w tym przypadku jest zadaszenie sceny (w rozumieniu art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane – Dz.U. z 1994 Nr 89 poz. 414 ze zm.), posadowiony został na szeregu pali wierconych. Przesądza o powyższym rodzaj i umiejscowienie podpór przenoszących siły nośne, stanowiących w istocie elementy konstrukcyjne dachu, które zostały posadowione na palach nośnych. W szczególności powyższym ustaleniom nie przeczą sformułowania zawarte w piśmie inwestora z dnia 22.10.2012 r.

W związku z powyższym uwzględniono zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie tego przepisu i nakazano zamawiającemu powtórna ocenę oferty odwołującego, w celu umożliwienia zamawiającemu przeprowadzenia procedury uzupełniania dokumentów nakazywanej przepisem art. 26 ust. 3 Pzp, a znajdującej zastosowanie w przypadku braku pierwotnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie nakazano natomiast bezpośrednio dokonania ww. wezwania do uzupełnienia dokumentów, ze względu na zawarte w treści art. 26 ust. 3 Pzp zastrzeżenie o braku obowiązku dokonywania czynności wezwania w przypadku, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Nie jest wykluczone, że zamawiający powtarzając czynności oceny ofert odrzuci ofertę wykonawczy z przyczyn innych niż wskazane w informacji o rozstrzygnięciu postępowania (co zdawał się sugerować na rozprawie) lub unieważni postępowania.

Przy czym Izba zastrzega, iż w ramach niniejszego orzeczenia nie oceniała innych podstaw odrzucenia oferty odwołującego niż wyrażone przez zamawiającego w informacji o rozstrzygnięciu postępowania, względem których odwołujący mógł wnieść i wniósł niniejsze odwołanie.

Odnosząc się do ww. podstawy odrzucenia oferty Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy i kształtu, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wymaganiami SIWZ.

Żadnych okoliczności tego typu zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego nie wskazał. Wskazana natomiast okoliczność, iż odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek wyjaśnień (nieistotne czy nie przedłożył ich w ogóle, czy też w treści i formie wymaganej przez zamawiającego) nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji i nie może stanowić samoistnej przesłanki faktycznej zastosowania ww. przepisu.

Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez tak przeprowadzoną i uzasadnioną czynność zamawiającego należało uznać za potwierdzony.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 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).

.....