

WYROK
z dnia 21 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA" S.A., PUPH "Budowlani" Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **M..... K.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Import Export "KORMAR" M..... K..... z siedzibą w Starokrzepicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Import Export "KORMAR" M..... K..... z siedzibą w Starokrzepicach do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dokonanie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA" S.A., PUPH "Budowlani" Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Częstochowie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA" S.A., PUPH "Budowlani" Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Częstochowie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące 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 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, 40-038 Katowice, ul. J. Lompy 19 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wybudowanie w ramach zadania inwestycyjnego pn. Nadbudowa i rozbudowa Komendy Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 24 lutego 2014 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 6 marca 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: CZ.P.B.P. „PRZEMYSŁÓWKA” S.A., PUPH „Budowlani” sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, ul. Pułaskiego 25 (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Zakład Produkcyjno-Hadlowo-Usługowy Import-Export „Kromar” M..... K..... ul. Oleska 280, 42-161 Starokrzepice, ul. Bór 143/157, 42-200 Częstochowa (dalej „Kromar”), który podlegał wykluczeniu.
2. Zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy PZP polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Kromar, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.
3. Zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy PZP polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Kromar, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.
4. Zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy PZP polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Kromar w związku ze złożeniem przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Kromar, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,

- 2) art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy PZP, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Kromar, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 3) art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Kromar składającego nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 4) art. 24 ust 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Kromar, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

Wskazane powyżej naruszenia spowodowały błędną ocenę ofert oraz doprowadziły do wyboru wykonawcy, który na mocy ustawy PZP powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

Mając powyższe na względzie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Kromar, jako najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego czynności badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert,
3. wykluczenia wykonawcy Kromar z postępowania,
4. odrzucenia oferty wykonawcy Kromar,
5. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
6. zwrotu na rzecz odwołującego kosztów, spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania polegający na tym, iż gdyby postępowanie zamawiającego było zgodne z zapisami ustawy PZP i z postępowania wykluczony został wykonawca Kromar, a tym samym jego oferta zostałaby odrzucona, oferta odwołującego, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i z odwołującym podpisana zostałaby umowa na realizację zamówienia, tym samym mógłby zrealizować zamówienie. W wyniku zaniechania przez zamawiającego czynności, do których był zobowiązany przepisami ustawy PZP, odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz uzyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca M..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Import Export "KORMAR", 42-161 Starokrzepice, ul. Oleska 280 (dalej: „Kromar” lub „przystępujący”).

Zamawiający dnia 14 marca 2014 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia jeden z zarzutów odwołania, w pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdz. III ust. 1 wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1, a w szczególności: „1.1. Posiadają wiedzę i doświadczenie 1.1.1 Zamawiający żąda, aby Wykonawca wykazał się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania: a) jednego projektu w zakresie zaprojektowania wykonania roboty polegającej na remoncie lub przebudowie budynku na kwotę co najmniej 200 000,00 zł netto oraz b) jednej roboty ogólnobudowlanej za zakresie wykonania roboty polegającej na remoncie lub przebudowie budynku na kwotę 4 800 000,00zł netto lub c) jednego zadania w formie „zaprojektuj i wybuduj” polegającego na zaprojektowaniu i wykonaniu roboty polegającej na remoncie lub przebudowie budynku na kwotę co najmniej 5 000 000,00 zł netto.”

Przystępujący składając ofertę nie przedłożył wykazu robót oraz wykazu osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia. Wykaz ten stanowiący załącznik nr 4 s.i.w.z. złożył dopiero na wezwanie zamawiającego wraz z referencjami, zobowiązaniem innego podmiotu, oraz wykazem osób (załącznik Nr 5). Przystępujący w wykazie robót,

stanowiącym załącznik nr 4 do s.i.w.z. wskazał jedną robotę budowlaną polegającą na kompleksowej budowie (zaprojektuj i wybuduj) budynku produkcyjnego w Lublińcu pod adresem Lubliniec ul. Oleska o wartości zadania przekraczającego kwotę 5 000 000,00 zł netto. Inwestycja ta była realizowana przez (...) z siedzibą w Lublińcu na rzecz (...) z siedzibą w Krakowie w okresie od czerwca 2012 roku do lutego 2013 roku. W załączonej referencji wskazano także kubaturę budynku i powierzchnię użytkową.

Podmiot udostępniający swoje zasoby, zgodnie z załączonym zobowiązaniem, zobowiązał się do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w postaci wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego, nie wskazując danych osobowych osób przekazywanych w ramach potencjału kadrowego.

Odwołujący, odnosząc się do zarzutu niespełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez przystępującego stwierdził, że wskazana wartość inwestycji, która ma uzasadnić spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wykazania się wykonywaniem jednej roboty w formie „zaprojektuj i wybuduj” posiada zawyżoną wartość względem realnych cen rynkowych w budownictwie. Przebudowa budynku magazynowego na halę produkcyjną o powierzchni użytkowej 804,78 m² i kubaturze 5 643,3 m³ (zgodnie z pozwoleniem na użytkowanie hali, które jest w aktach zamawiającego), została wyceniona w oświadczeniu Inwestora (...) z Krakowa złożonym do zamawiającego na kwotę netto 9 000 000,00 zł co stanowi cenę netto ponad 11 000,00 zł za m² p.u. Odwołujący wskazał, że budzi to bardzo duże wątpliwości. Zamawiający starał się wyjaśnić te wątpliwości na wniosek jednego z oferentów, jednak zrobił to nieskutecznie. Wartość porównawczą inwestycji podawanej przez Inwestora można chociażby odnieść do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, gdzie dotyczy ono dużego skomplikowanego technicznie i konstrukcyjnie budynku wielokondygnacyjnego o pow. użytkowej 5 925 m², w tym budowa nowego budynku o pow. 3 042 m² i remont istniejącego budynku o pow. 2 883 m².

Na wysokość cen w budownictwie wskazuje też Obwieszczenie Wojewody Śląskiego z dnia 25 września 2013 r. w sprawie ustalenia wysokości wskaźnika przeliczeniowego kosztu odtworzenia 1 m² powierzchni użytkowej budynków mieszkalnych dla województwa śląskiego i miasta Katowice, na czwarty kwartał 2013 r. i pierwszy kwartał 2014 r. (Dz. Urz. Woj. Śl. Z 2013 roku poz. 5831), zgodnie z którym koszt odtworzenia 1 m² powierzchni użytkowej budynków mieszkalnych na czwarty kwartał 2013 r. i pierwszy kwartał 2014 r. wynosi - dla województwa śląskiego 3.527,00 zł, - dla miasta Katowice 4.275,00 zł.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z treści wskazanego Dziennika Urzędowego Województwa Śląskiego na okoliczność cen w budownictwie.

Odwołujący wskazał na wątpliwości, co do wartości robót będących przedmiotem referencji oraz wskazał także, iż referencja i wykaz robót załączony przez (...) z Katowic w związku z

udzieleniem wiedzy i doświadczenia przez tego samego przedsiębiorcę (...), gdzie wskazane jest, że przekracza 1 000 000,00zł bez wskazywania wartości faktycznej inwestycji. Dokumenty te są w posiadaniu zamawiającego z uwagi na złożenie ich w postępowaniu przetargowym Nr ZP-2380-869-87/7157/2013 dot. Komendy Miejskiej Policji w Częstochowie. W związku z tym oświadczenia Inwestora są niewiarygodne i powinny być dalej sprawdzone w drodze przedłożenia dokumentów wskazujących na faktyczną wartość inwestycji realizowanej przez przedsiębiorcę (...) we wskazanym w referencji okresie poprzez załączenie powoływanej przez inwestora umowy z przedsiębiorcą (...) oraz przedłożenie faktur jakie wystawił ten przedsiębiorca we wskazanym okresie na rzecz Inwestora z tytułu wykonywanej inwestycji w Lublińcu.

W związku z powyższym odwołujący, na podstawie art. 248 §1 kodeksu postępowania cywilnego wniósł o zażądanie od Inwestora (...) w Krakowie dokumentów w postaci:

- umowy generalnej zwartej z przedsiębiorcą (...) na realizację inwestycji polegającej na budowie budynku produkcyjnego w okresie od czerwca 2012 roku do lutego 2013 roku w Lublińcu,

- faktur wystawionych przez przedsiębiorcę (...) na rzecz inwestora (...) z tytułu wykonywanych przez tego przedsiębiorcę robót objętych załączoną do oferty referencją w okresie od czerwca 2012 roku do lutego- marca 2013 roku (jeśli termin wystawienia faktury następował po zakończeniu inwestycji),

- oraz o zażądanie od zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach wykazu robót (...) w Katowicach oraz referencji załączonej przez (...) w postępowaniu przetargowym Nr ZP-2380-869-87/7157/2013 dot. Komendy Miejskiej Policji w Częstochowie,

oraz przeprowadzenie z tych dokumentów dowodu na okoliczność wartości doświadczenia wykazanego referencją.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał dokładnej weryfikacji warunku posiadania przez przystępującego wiedzy i doświadczenia pomimo uzasadnionych wątpliwości podnoszonych przez innego wykonawcę, w związku z czym te czynności zamawiającego powinny być powtórzone. Odwołujący wskazując na powyższe okoliczności, jest przekonany, że wartość robót dotycząca doświadczenia, które było przedmiotem oceny jako warunku wiedzy i doświadczenia, została zawyżona, więc przystępujący nie spełnia tego warunku i powinien zostać wykluczony, a ponadto nie jest zdolny do wykonania zamówienia ze szkodą dla zamawiającego.

Zamawiający w rozdziale III ust. 1 pkt 1.2 s.i.w.z. zażądał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będących odpowiedzialnymi za projektowanie i posiadającymi odpowiednie uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz posiadają co najmniej 5 letni staż pracy w pełnieniu wskazanej funkcji tj.

- projektantów koordynatorów opracowań projektowych oraz kierujących nadzorem autorskim, projektanta i sprawdzającego w branży konstrukcyjno budowlanej, w branży instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; projektanta i sprawdzającego w branży instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, projektanta i sprawdzającego w specjalności telekomunikacyjnej oraz kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz kierowników robót w pozostałych branżach. Zamawiający zażądał także by osoba projektanta i jednocześnie kierującego nadzorem autorskim musiała posiadać dostęp do informacji niejawnych oznaczony klauzulą zastrzeżone (posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą minimum zastrzeżone lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej) oraz posiadać zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych rozdz. II ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 lit. a) ppkt a.1) s.i.w.z.,

- projektant i sprawdzający w specjalności telekomunikacyjnej musiały posiadać dostęp do informacji niejawnych oznaczony klauzulą zastrzeżone (posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą minimum zastrzeżone lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej) oraz posiadać zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych rozdz. II ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 lit. a) - ppkt a.5) s.i.w.z.,

- kierownik robót w specjalności telekomunikacyjnej posiadał dostęp do informacji niejawnych oznaczony klauzulą zastrzeżone (posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą minimum zastrzeżone lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej) oraz posiadał zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych rozdz. II ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 lit. b) - ppkt b.4) s.i.w.z.

Przystępujący w wykazie osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował ujął jako:

- sprawdzającego w specjalności telekomunikacyjnej (poz. 10 wykazu)

oraz

- kierownika robót w specjalności telekomunikacyjnej (poz. 14 wykazu) p. (...) wskazując w wykazie, że posiada on poświadczenia bezpieczeństwa osobowego Nr (...) wystawione w dniu 21.11.2008 roku przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego oraz przeszkolenie z dnia 21.11.2008 roku przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego.

Z uwagi na zgodność dat wystawienia poświadczenia i szkolenia, co nie jest regułą w służbach wszelkiego rodzaju, odwołujący zwrócił się do Służby Kontrwywiadu Wojskowego o potwierdzenie tych okoliczności drogą faksową. Tą samą drogą faksową odwołujący otrzymał odpowiedź, że p. (...) wystawiono poświadczenie o wskazanym numerze i dacie, jednak przeszkolenie odbywał on w roku 2004 w Wojskowych Służbach Informacyjnych i nie

posiada innych informacji o przeszkoleniu (dowód: pismo odwołującego do Zarządu Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 4 marca 2014 roku - pismo Zarządu Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 5 marca 2014 roku).

Tym samym odwołujący stwierdził, że ważność przeszkolenia p. (...), która jest warunkiem dopuszczenia do informacji niejawnych wygasła w roku 2009, z uwagi na 5 letni termin ważności tego przeszkolenia. Termin ważności przeszkolenia wynika z treści art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych, zgodnie z którym szkolenie przeprowadza się nie rzadziej niż raz na 5 lat. Można odstąpić od przeprowadzenia szkolenia, jeżeli osoba podejmująca pracę lub rozpoczynająca pełnienie służby albo wykonywanie czynności zleconych przedstawi pełnomocnikowi ochrony aktualne zaświadczenie o odbyciu szkolenia. Na okoliczność odbycia przeszkolenia osoba szkoląca - właściwa służba (ABW lub SKW) lub pełnomocnik ds. ochrony informacji niejawnych wystawia zaświadczenie zgodnie z art. 20. ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Nadto odwołujący zwrócił uwagę, że z powodu nieważności szkolenia tej samej osoby przystępujący został już wykluczony z przetargu Nr ZP-2380-869-87/7157/2013 realizowanego przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, a dotyczącą Komedy Miejskiej Policji w Częstochowie.

Wobec tego odwołujący stwierdził, że na dzień składania ofert przystępujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, a jego oświadczenie w zakresie posiadania przez jedną z osób, które będą wykonywać zamówienie, ważnego przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych było nieprawdziwe i miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na niewykluczenie przystępującego niespełniającego warunków udziału i wybór tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o zażądanie na podstawie art. 248 §1 kpc od Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach protokołu z posiedzenia komisji przetargowej w postępowaniu Nr ZP-2380-869-87/7157/2013, w którym dokonano wykluczenia przystępującego.

Z ostrożności procesowej odwołujący wniósł o zażądanie na podstawie art. 248 kpc:

- od Zarządu Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych Służby Kontrwywiadu Wojskowego, ul. Oczuki 1, 02-007 Warszawa oryginału pisma DK - ZBIN 1-1806/2014/1 z dnia 5 marca 2014 roku,
- od wykonawcy Kromar - zaświadczenia o odbyciu przeszkolenia Nr 177/YIII/2008 z dnia 21.11.20108 roku wystawionego przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego,
- oraz o przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów lub z faktu nie przedłożenia przez przystępującego żądanego zaświadczenia.

Zdaniem odwołującego, przystępujący podał nieprawdziwe informacje, co do posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

posiadających stosowne uprawnienia wymagane przez zamawiającego - dostęp do informacji niejawnych. Informacje podane przez przystępującego były istotne dla wykonania zamówienia, gdyż potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przedłożenie nieprawdziwych informacji skutkowało dopuszczeniem przystępującego do postępowania i wyborem jego oferty, zamiast wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty, w związku z czym było istotne dla wyniku przetargu. Nie można tutaj mówić o niezawinionym błędzie ze strony przystępującego, ponieważ dla przystępującego było jasne, jakie warunki trzeba spełnić, żeby móc skutecznie wziąć udział w postępowaniu. Jest więc działaniem świadomym, nakierowanym na wprowadzenie w błąd zamawiającego, celem uzyskania korzyści majątkowych, w tym przypadku uzyskaniem możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zdaniem odwołującego zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem oraz zasobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał, że przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenia co do dysponowania wiedzą i doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także osobami posiadającymi właściwe uprawnienia wymagane przez zamawiającego, wobec czego należało stwierdzić, że nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Zamawiający wskazał, iż:

- w zakresie zarzutu wskazanego przez odwołującego dotyczącego wiedzy i doświadczenia należy uznać odwołanie za całkowicie bezzasadne i w związku z tym zamawiający wniósł o jego oddalenie,
- w zakresie zarzutu wskazanego przez odwołującego dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający uznaje zasadność odwołania.

Uzasadnienie stanowiska zamawiającego do zarzutu dot. wiedzy i doświadczenia.

Przystępujący Kromar pismem z dnia 2.12.2013 r. uzupełnił brakujące dokumenty, w tym wykaz doświadczenia oraz referencje na potwierdzenie należytego wykonania robót. Oprócz ww. dokumentów wykonawca przedłożył zobowiązanie do oddania przystępującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich wystawione przez przedsiębiorcę (...). Z przedłożonych dokumentów wynika, że przedsiębiorca (...) udostępnił przystępującemu swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie zaprojektowania i wybudowania budynku produkcyjnego w Lublińcu na kwotę przekraczającą 5.000.000,00 zł netto, która została potwierdzona przez inwestora referencją należytego wykonania zadania.

W trakcie prowadzonego postępowania wykonawca konsorcjum reprezentowane przez (...) z siedzibą w Częstochowie, poinformował zamawiającego o swoich podejrzaniach w zakresie niespełniania przez Kromar warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z uwagi na powyższe zamawiający w celu weryfikacji złożonego zawiadomienia zwrócił się pismem z dnia 4 lutego 2014 r. do inwestora będącego odbiorcą roboty wskazanej jako doświadczenie - na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz, form w jakich te dokumenty mogą być składane, o ustosunkowanie się do zarzutów.

Inwestor pismem z dnia 6 lutego 2014 r., przesłanym drogą elektroniczną potwierdził należyte wykonanie inwestycji oraz złożył obszerne wyjaśnienia załączając kserokopię protokołu odbioru końcowego wraz z kserokopią planu zagospodarowania terenu. W związku z powyższym zamawiający uznał, że wyjaśnienia inwestora skutecznie obaliły zarzuty zgłoszone przez jednego z wykonawców, co do niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez przystępującego.

Zamawiający określając dokumenty wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz podejmując czynności w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów, a następnie występując o wyjaśnienia do inwestora będącego odbiorcą roboty wskazanej jako doświadczenie, wyczerpał tok postępowania przewidziany przepisami prawa mający na celu weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu, a następnie weryfikując ich spełnienie przez wykonawców zobowiązany jest do dokonywania tych czynności wyłącznie w granicach określonych przepisami prawa. Tymczasem przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jak również przepisy aktów wykonawczych nie przewidują weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób prezentowany przez odwołującego. Brak jest również podstaw prawnych do weryfikacji samej wartości roboty wskazanej, jako doświadczenie w zakresie jej ewentualnego zawyżenia w stosunku do bieżących cen rynkowych. Takie działanie zamawiającego byłoby naruszeniem obowiązujących przepisów prawa poprzez podjęcie czynności niedopuszczonych w ramach prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł również, że dowodem potwierdzającym zawyżoną wartość inwestycji wskazanej jako doświadczenie jest też fakt wskazania w innym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego na *Zaprojektowanie i wybudowanie (wyremontowanie) w ramach zadania pt. Komenda Miejska Policji w Częstochowie - remont kompleksowy budynku administracyjnego i kasyna*, tej samej roboty z określeniem jej wartości jako przekraczającej 1 000 000,00 złotych. W niniejszym postępowaniu przystępujący określił wartość wskazanej,

jako doświadczenie roboty, jako przekraczającą 5 000 000,00 złotych. Jednak w przypadku gdy minimalna wartość roboty wskazanej jako minimalne wymagane doświadczenie w ramach postawionego warunku udziału w postępowaniu (tak jak w obu przywołanych postępowaniach) została określona jako konkretna kwota, to każda wartość powyżej tej kwoty będzie spełniać postawiony warunek. Natomiast uwzględniając faktyczną wartość przedmiotowej roboty wskazanej jako doświadczenie nie można w żaden sposób uznać, że przystępujący tak określając wartość roboty złożył nieprawdziwą informację.

Zgodnie bowiem z art. 14 ustawy Pzp *„Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. ~ Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”*, tymczasem zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Powyższe oznacza, że to odwołujący podnosząc złożenie nieprawdziwego oświadczenia przez przystępującego powinien ten fakt udowodnić. Odwołujący zaś w najmniejszym stopniu nie udowodnił podnoszonych przez siebie zarzutów wskazując jednocześnie zamawiającego jako winnego naruszenia ustawy Pzp i przerzucając wykonanie czynności w zakresie udowodnienia podnoszonych przez siebie zarzutów na Krajową Izbę Odwoławczą. Z uwagi na powyższe w ocenie zamawiającego wskazany zarzut jest całkowicie bezzasadny.

Uzasadnienie stanowiska zamawiającego do zarzutu dot. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia, w pkt. III. 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zakres dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz uprawnienia, którymi te osoby powinny dysponować został szczegółowo wskazany zarówno w tym punkcie s.i.w.z., jak i w Wykazie osób, którego załączenia zamawiający wymagał zgodnie z pkt. IV A. 1.3 s.i.w.z. Wzór wykazu osób stanowił załącznik nr 5 do s.i.w.z. i zawierał w szczególności zakres wykonywanych czynności oraz uprawnienia, którymi wskazane w wykazie osoby muszą dysponować. Tym samym wykonawcy zobowiązani byli do załączenia do oferty wypełnionego według załącznika nr 5 do s.i.w.z. Wykazu osób i podania w nim żądanych informacji na temat posiadanych uprawnień przez wskazane osoby.

Oprócz informacji dotyczących kwalifikacji zawodowych w zakresie uprawnień budowlanych oraz podstawy dysponowania wskazanymi w wykazie osobami, zamawiający wymagał wskazania informacji na temat posiadanego dostępu do informacji niejawnych

w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych dla wskazanych w Wykazie osób pełniących funkcje, a które to osoby z tytułu wykonywanych czynności na etapie realizacji zamówienia będą miały dostęp do informacji niejawnych w rozumieniu przywołanej wyżej ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ponadto w Wykazie osób stanowiącym załącznik nr 5 do s.i.w.z. zamawiający zamieścił oświadczenie, którego wymagał zgodnie z pkt. IV A.1.4 s.i.w.z., a dotyczącego posiadania uprawnień przez osoby biorące udział w realizacji zadania.

Wykonawca Kromar nie załączył ww. dokumentu. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego pismem z dnia 2 grudnia 2013 r. o uzupełnienie wskazanych dokumentów zgodnie z wymogiem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyznaczonym terminie wykonawca uzupełnił żądane dokumenty, a oprócz nich również pozostałe dokumenty wynikające z faktu wykazania dysponowania potencjałem osób trzecich.

Odwołujący podniósł, że wskazany w ofercie przystępującego w poz. 10 i poz. 14 wykazu osób, p. (...) nie posiada aktualnego przeszkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych. Zamawiający był zobowiązany do sprawdzenia uzupełnionego dokumentu tj. wykazu osób wraz z zawartymi w nim oświadczeniami. Na etapie badania ofert i rozstrzygnięcia prowadzonego postępowania zamawiający nie posiadał wiedzy w zakresie informacji udzielonej przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie, którą odwołujący przedstawił dopiero w formie załącznika do wniesionego odwołania.

W wyniku złożenia informacji z Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie powstały istotne wątpliwości, co do prawdziwości oświadczeń przystępującego w przedmiotowym zakresie. Zaznaczyć należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jak również przepisy aktów wykonawczych przewidują weryfikację złożonych oświadczeń, nie dając możliwości żądania dokumentów potwierdzających posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa czy też przeszkolenia w zakresie informacji niejawnych. Natomiast na etapie badania i oceny ofert oraz rozstrzygnięcia postępowania złożone przez przystępującego oświadczenia nie budziły wątpliwości i w związku z powyższym musiały zostać uznane za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego zachodzi konieczność uznania odwołania w tym zakresie i w efekcie powrót do czynności badania i oceny oferty.

Odnosząc się do wykluczenia wykonawcy w rozstrzygnięciu innego postępowania prowadzonego przez zamawiającego tj. Komenda Miejska Policji w Częstochowie -- remont kompleksowy budynku administracyjnego i kasyna, zamawiający podał, że p. (...) nie posiada aktualnego przeszkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych pomimo dysponowania tym samym przeszkoleniem jak w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący pomina jednak w formułowanym zarzucie, że zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

P. (...) został przeszkolony przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego w dniu 21 listopada 2008 r., przy czym przeszkolenie z zakresu ochrony informacji niejawnych jest ważne przez 5 lat. Uwzględniając wyliczenie terminów zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego termin ważności odbytego przeszkolenia upływa z dniem 21 listopada 2013 r. Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 21 listopada 2013 r., a więc na dzień składania ofert p. (...) posiadał aktualne przeszkolenie, co skutkuje koniecznością uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem termin składania ofert w postępowaniu na „Komenda Miejska Policji w Częstochowie - remont kompleksowy budynku administracyjnego i kasyna” upłynął w dniu 28 listopada 2013 r., a więc po upływie terminu ważności przeszkolenia. Tym samym zamawiający nie mógł uznać za spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z uwagi na powyższe w ocenie zamawiającego wskazany zarzut należy uznać za zasadny.

Przystępujący – po stronie zamawiającego wykonawca poparł stanowisko zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że argumentacja zamawiającego, odnosząca się do postawionych przez odwołującego zarzutów jest prawidłowa.

Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia przez przystępującego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby potwierdzać okoliczności wskazywane w odwołaniu. A to na odwołującym, jako stronie, która wywodzi określone skutki prane spoczywa ciężar dowodu (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.). Tym samym uznać należało, że przypuszczenia i domniemania odwołującego nieoparte o jakikolwiek dowód, jedynie wywodzone poprzez hipotezy nie mogły się ostać, dlatego też Izba zarzut powyższy uznała za niezasadny.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego potencjału osobowego, Izba stwierdziła, że odwołujący w sposób dostateczny uprawdopodobnił okoliczność, iż przystępujący mógł złożyć informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też stanowisko zamawiającego, iż będzie zobligowany do wezwania przystępującego, w trybie przepisu art.

26 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia złożonego oświadczenia, Izba uznała za prawidłowe, jako odzwierciedlające ustalony stan faktyczny sprawy. Dopiero bowiem w wyniku przeprowadzenia pełnej procedury uzupełnienia dokumentów (która już miała miejsce) oraz wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), zamawiający będzie mógł, w sposób pełny i ostateczny, stwierdzić jaki jest faktyczny stan informacji przekazanych przez przystępującego, tj. czy przystępujący składając stosowne oświadczenia w sposób świadomy i celowy wprowadził zamawiającego w błąd, przedstawiając mu informacje nieprawdziwe (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), które miały wpływ na wynik postępowania, tj. doprowadziły w sposób sprzeczny z prawem do wyboru oferty przystępującego – jako najkorzystniejszej.

Dlatego też zamawiający, wobec uzyskanych od odwołującego informacji, prawidłowo nie zachował się w sposób bierny uznając, iż konieczne jest wyjaśnienie powyższej kwestii.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że już na obecnym etapie postępowania konieczne jest wykluczenie przystępującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo Sądów Okręgowych, które jednolicie orzekają w zakresie konieczności udowodnienia, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest potwierdzenie działania polegającego na umyślnym wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Miarodajną reprezentację powyższego poglądu stanowi wyrok Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie, IV Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12), w którym Sąd Okręgowy stwierdził, iż wykluczenie wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mogłoby nastąpić jedynie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Analogicznie, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt: II Ca 1285/12 oraz wyrok sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12.

Wobec powyższego wskazać należy, że tylko umyślne podanie nieprawdziwych informacji będzie sankcjonowane wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a bez wskazywanej wyżej procedury uzupełniania i wyjaśnienia nie sposób takich sankcji wywieść.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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: