

Sygn. akt: KIO 1365/12

**WYROK**

**z dnia 12 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-516 Warszawa, ul. Starościńska 18/6 (lider konsorcjum)**, Konstruktor Inżyniering d.d. Split, Sveciceva 4, 21000 Split, Chorwacja w postępowaniu prowadzonym przez **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, 15-620 Białystok, ul. Elewatorska 6,**

przy udziale wykonawców **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10; Strabag Sp. z o.o. Dyrekcja Płn. – Wsch. z siedzibą w Białymstoku, 15-213 Białystok, ul. Hryniewiczze 75/1** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1365/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-516 Warszawa, ul. Starościńska 18/6 (lider konsorcjum)**, Konstruktor Inżyniering d.d. Split, Sveciceva 4, 21000 Split, Chorwacja 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 **Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-516 Warszawa, ul. Starościńska 18/6 (lider konsorcjum), Konstruktor Inżyniering d.d. Split, Sveciceva 4, 21000 Split, Chorwacja** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-516 Warszawa, ul. Starościńska 18/6 (lider konsorcjum), Konstruktor Inżyniering d.d. Split, Sveciceva 4, 21000 Split, Chorwacja** na rzecz **Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, 15-620 Białystok, ul. Elewatorska 6** kwotę **4 030 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące trzydzieści złotych pięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę i budowę drogi wojewódzkiej nr 653 wraz z drogowymi obiektami inżynierskim i niezbędną infrastrukturą na odcinku Bakalarzewo - Suwałki z podziałem na zadania: „Zadanie nr 1 - Roboty budowlane związane z „Rozbudową i budową drogi wojewódzkiej 653 wraz a drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinku Bakalarzewo - Suwałki”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lutego 2012 r., nr 2012/S 36-057876.

W dniu 19 czerwca 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-516 Warszawa (lider konsorcjum), Konstruktor Inzenjering d.d. Split, Chorwacja, zwanych dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty, wskazując iż wykonawca ten pomimo wezwania w wyniku nakazu zawartego w wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2012 r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wytwórnią mieszanek mineralno-asfaltowych, nie potwierdził spełnienia warunku. Wykazana przez niego wytwórnia „Asfaltna baza” Aman 240 o wydajności 24 ton/godz. nie odpowiada wymogom stawianym przez zamawiającego w SIWZ (część V.3.1.) w zakresie dysponowania sprzętem. Wykonawca ten nie potwierdził, że na dzień składania ofert ww. wytwórnia jest zlokalizowana w Białej Wodzie 55, 16-402 Suwałki. Tym samym nie wykazał, że dysponuje wytwórnią zdolną do uruchomienia – posadowioną na gruncie i dopuszczoną do działania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Reasumując podniósł, iż powyższe potwierdza, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego potencjału technicznego oraz przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące zlokalizowania wytwórni w miejscowości Biała Woda 55, na dzień składania ofert.

W dniu 29 czerwca 2012 r. (pismem z dnia 27 czerwca 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 29 czerwca 2012 r.) wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp w poniższym zakresie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i uznanie odwołania jako zasadne,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez niezasadne wykluczenie wykonawcy – odwołującego,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, gdyż odwołujący bezpodstawnie został wykluczony z postępowania.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
4. dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego..

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający w błędny sposób dokonał interpretacji zapisów oferty odwołującego i wyjaśnień złożonych w wyniku zobowiązania zamawiającego wyrokiem KIO z dnia 4.06.2012r. (sygn. akt KIO 1022/12) i bezpodstawnie wykluczył go z postępowania, a tym samym dokonał odrzucenia jego oferty.

Nadto wskazał, iż czynność dokonania ponownej oceny ofert w dniu 18.06.2012 r. ze skutkiem wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt.3 ustawy Pzp jest wadliwa, a definitywnie odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie ma podstawy.

W dniu 3 lipca 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 5 lipca 2012 r. (pismem z dnia 4 lipca 2012 r.) wykonawca Strabag przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 11 lipca 2012 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący został bowiem wykluczony, a jego oferta odrzucona i powyższe stanowi przedmiot postawionych w odwołaniu zarzutów. Natomiast, gdyby nie ta czynność jego oferta z najniższą zaoferowaną ceną, spośród wykonawców niewykluczonych, i których oferty nie zostały odrzucone, zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym jego interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku, polegającego na utracie możliwości uzyskania tego zamówienia i związanych z nim zysków.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący nieprawidłowości wezwania do złożenia dokumentów z dnia 5 czerwca 2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokonanego w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1022/12, a wynikający z treści uzasadnienia odwołania podlega odrzuceniu, gdyż zarzut ten dotyczy czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią powołanego wyżej wyroku Izby.

Zarzut dotyczący nieuprawnionego wykluczenia odwołującego z postępowania, a tym samym nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt.3. wskazał, iż w zakresie spełniania warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wykonawcy zobowiązani są się wykazać m.in. „min. 1 szt. – wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych o wydajności min. 100 ton/godz.”, na potwierdzenie

powyższego żądając złożenia „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami – załącznik nr 4”.

Pismem z dnia 5 czerwca 2012 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do „uzupełnienia oferty o wykazanie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym – min. 1 szt. – wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych o wydajności min. 100 ton/godz.”, dodając iż należy wykazać inną wytwórnię niż wskazana w ofercie i przedłożonych uprzednio uzupełnieniach, gdyż proponowana wytwórnia mobilna nie spełnia warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący pismem z dnia 14 czerwca 2012 r. złożył „załącznik nr 4 – Potencjał techniczny wraz z oświadczeniem o udostępnieniu wytwórni mas bitumicznych”, wskazując, iż „dokumenty te potwierdzają dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym – min. 1 szt. - wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych o wydajności min. 100 ton/godz. nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert”. W przedmiotowym załączniku (załącznik nr 4), w kolumnie „Wykaz jednostek” odwołujący wskazał „Wytwórnia mieszanek mineralno – asfaltowych „Asfaltna baza” Aman 240 – 1 szt. o wydajności 240 ton/godz.”, a w kolumnie „lokalizacja” „Biała Woda 55, 16-402 Suwałki”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w powołanym wyroku (KIO 1022/12) Izba dokonała wykładni wymogu opisanego w rozdziale V punkt 3.1 SIWZ, stwierdzając iż „warunek udziału w postępowaniu spełnia wykonawca, który na dzień składania ofert dysponuje wytwórnią zdolną do uruchomienia, tj. posadowioną na gruncie i dopuszczoną do działania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”. Tym samym wykonawca powinien wykazać się dysponowaniem wytwórnią spełniającą te wymogi. Tymczasem wykonawca (odwołujący) w pierwotnie uzupełnionym dokumencie (z dnia 8 maja 2012 4.) wskazał, iż dysponuje „wytwórnią mieszanek mineralno – asfaltowych” „Asfaltna baza” Marini MAP -150 szt. Rok produkcji 2002”, jako lokalizację podając „wytwórnia mobilna zlokalizowana będzie na terenie odrębnym poza miejscem inwestycji w miejscowości Biała Woda, 16-402 Suwałki”.

Istotnie z zestawienia tego dokumentu z dokumentem złożonym na późniejsze wezwanie (z dnia 5 czerwca 2012 r.) zamawiającego można było powziąć wątpliwości co do tego, czy wskazywana tam wytwórnia (obecnie nie podana jako mobilna) rzeczywiście we wskazanej lokalizacji się znajduje. A ponieważ wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, powyższe wymaga ustalenia w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. Informacja nieprawdziwa to bowiem taka informacja, która jest niezgodna z

rzeczywistością i niezgodność ta nie budzi żadnych wątpliwości. Zamawiający powziąwszy taką wątpliwość zobowiązany jest ją wyjaśnić wszelkimi dostępnymi środkami. Wykluczenie wykonawcy na tej właśnie podstawie musi być bowiem faktycznie stwierdzone. Zamawiający prawidłowo więc uczynił, podejmując działania celem wyjaśnienia, czy wskazaną w odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 czerwca 2012 r. wytwórnią wykonawca dysponował na dzień składania ofert, a więc czy rzeczywiście posadowiona wytwórnia znajduje się we wskazanej lokalizacji. Jak wynika z zebranego przez zamawiającego materiału dowodowego (notatki służbowej z wizji lokalnej z dnia 18 czerwca 2012 r., a także pism Wójta Gminy Suwałki i Starosty suwalskiego również z dnia 18 czerwca 2012 r.) na wskazanej, w uzupełnionym załącznik nr 4, lokalizacji nie znajduje i nie znajdowała się wytwórnia mas bitumicznych, spełniająca wymóg postawiony przez zamawiającego w treści SIWZ. Tym samym stwierdzić należy, iż wskazana w wyniku wytwórnia wskazana w wyniku uzupełnienia nie tylko, że nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale – jak wykazał to zamawiający – w sposób nie budzący żadnych wątpliwości informacja podana w odpowiedzi odwołującego z dnia 14 czerwca 2012 r. jest informacją nieprawdziwą. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 430,50 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....