

Sygn. akt: KIO 2497/14

WYROK

z dnia 11 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 listopada 2014 r.** przez wykonawcę **Envirotech Sp. z o.o z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa sieci ciepłej wraz z remontem węzłów ciepłych na terenie Stacji Filtrów przy ul. Koszykowej 81 oraz na terenie Stacji Pomp Rzecznych przy ul. Czerniakowskiej 123 w Warszawie*

prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego „Instaleks” zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasadza od odwołującego Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz przystępującego Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego „Instaleks” kwotę 3 600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 27 listopada 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Envirotech Sp. z o.o. zarzucając zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie przepisów ustaw Pzp polegających na: (i) braku wezwania Wykonawcy P.H.U. INSTALEKS S. K. (dalej „**Przystępujący**”) do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w zakresie zaistnienia przyczyn o charakterze obiektywnym uzasadniających złożenie dokumentów innych niż poświadczenia dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia; (ii) bezzasadnym wezwaniu ww. wykonawcy w dniu 7.11.2014 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia; (iii) na zaniechaniu wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą; oraz (iv) na wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i: (i) unieważnienie czynności Zamawiającego, polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.H.U. INSTALEKS S. K. oraz poprzedzającej ją czynności z dnia 7.11.2014 r. dotyczącej wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia; (ii) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu zgodnie z przepisami prawa; (iii) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków: J. K. (Prezes Zarządu PEC Żyrardów Sp. z o.o.) oraz M. C. (Wiceprezes Zarządu PEC Żyrardów Sp. z o.o. oraz Dyrektor d/s technicznych) na okoliczności szczegółowo wskazane w treści uzasadnienia.

Zarzut naruszenia art. art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt. 1 i 2 oraz 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.

Zamawiający wskazał, że w treści SIWZ Zamawiający sprecyzował w następujący sposób warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...) posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. Wykonawcy którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na (...) budowie lub przebudowie

(modernizacji) lub remoncie sieci ciepłej, o wartości każdej z nich równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 1 000 000,00 zł PLN bez podatku VAT” (rozdział 5, pkt 5.1.2 SIWZ). Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Odwołujący przedstawił wykaz robót budowlanych zawierający 3 inwestycje: 1) Budowa sieci ciepłowniczej dla Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie - inwestycja o łącznej wartości 1 241 252,98 zł netto, 2) Budowa sieci i przyłączy ciepłowniczych dla PEC Żyrardów w Żyrardowie - inwestycja o łącznej wartości 1 178 340,00 zł netto, 3) inwestycje wynikające z umowy ramowej zawartej z DALKIA Warszawa S.A. - na łączną wartość 1 375 674,32 zł netto.

Odwołujący wskazał, iż w przypadku każdej z wyżej ujętych w wykazie inwestycji, Przystępujący jako dowód potwierdzający prawidłowość ich wykonania (zgodnie z zasadami sztuki budowlanej) załączył końcowe protokoły odbiorów robót (zadań inwestycyjnych). Zgodnie z treścią 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 - dowodami potwierdzającymi należyte i prawidłowe wykonanie robót budowlanych wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia są poświadczenia. Inne dokumenty mogą stanowić dowód w sytuacji, kiedy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczeń (§ 1 ust. 2 pkt.1 i 2 ww. Rozporządzenia). W ocenie Odwołującego, inne dokumenty (jak protokoły końcowe robót) mogą stanowić dowód, ale wyłącznie w drodze wyjątku uzasadnionego szczególną okolicznością, związaną z obiektywną niemożnością uzyskania poświadczeń od podmiotów, na rzecz których wykonawca wykonywał inwestycje. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący nie wykazał, by takie szczególne okoliczności uzasadniające posłużenie się - zamiast poświadczeniami - protokołami odbioru robót na dowód spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia - rzeczywiście wystąpiły. Wykonawca nie dowiódł, by zaszła obiektywna i uzasadniona przyczyna powodująca, że nie był on w stanie uzyskać odpowiednich poświadczeń (referencji) na potwierdzenie prawidłowego i należytego wykonania inwestycji, które przedstawił w wykazie dla spełniania warunku udziału w postępowaniu przetargowym. I to w przypadku wszystkich wykazanych inwestycji. W ocenie Odwołującego jest wysoce prawdopodobne, iż Przystępujący w ogóle nie wystąpił do inwestorów z wnioskiem o wystawienie mu stosownych referencji na potrzeby wskazanego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Powyższe potwierdzają uzyskane przez Odwołującego informacje dotyczące przebiegu inwestycji zrealizowanej przez Wykonawcę na potrzeby PEC Żyrardów Sp. z o.o. Według tych informacji Wykonawca w ogóle nie wystąpił do ww. podmiotu z wnioskiem o wystawienie dokumentu poświadczającego prawidłowe i należyte wykonanie inwestycji związanej z budową sieci i przyłączy ciepłowniczych z rur preizolowanych o średnicy DN 400-DN 25, którą to inwestycję wykonawca podał dla spełnienia

warunku wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wskazał, że według oświadczeń osób związanych z tą inwestycją po stronie PEC Żyrardów Przystępujący nigdy nie uzyskałby pozytywnych referencji ze względu na wystąpienie poważnych nieprawidłowości wskazujących jednoznacznie na wadliwość wykonania inwestycji. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie tylko nie skorzystał z uprawnienia przewidzianego w wyżej wskazanym przepisie z § 1 ust. 5 przywołanego Rozporządzenia, ale zaniechał również wystąpienia do Przystępującego z wnioskiem o uzupełnienie oferty poprzez przedłożenie właściwych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, jak również o złożenie przez niego wyjaśnień w przedmiocie wystąpienia uzasadnionych przyczyn o charakterze obiektywnym, potwierdzających w sposób niekwestionowany, iż nie był on w stanie uzyskać stosownych referencji od podmiotów, na rzecz których realizował wskazane w wykazie robót inwestycje. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, zasadny pozostaje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt. 1 i 2 oraz § 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. Zamawiający wskutek powyższych uchybień naruszył jednocześnie podstawową zasadę równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji wyrażoną art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 i pkt. 4 ustawy Pzp - złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania

W ocenie Odwołującego Przystępujący złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczyły one kwestii newralgicznej związanej z wykazaniem przez niego spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełnienia wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu Przystępujący złożył m.in. dokument w postaci Protokołu Odbioru Końcowego Robót z dnia 29.08.2012 r., który dotyczył inwestycji związanej z przebudową sieci kanałowych obszaru węzła grupowego OWWG30 (ul. Kapt. Pałaca 88) wchodzącego w skład Projektu „Zwiększenie efektywności dystrybucji energii poprzez przebudowę sieci ciepłej miasta Żyrardowa w ramach działania 9.2. Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013”, która to inwestycja realizowana była przez Wykonawcę na rzecz Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej „Żyrardów” Sp. z o.o. W wyżej wskazanym Protokole Odbioru, przedłożonym przez Przystępującego wartość robót na rzecz PEC Żyrardów wynosiła 1.178.340,00 zł netto, a zatem wielkość ta mieściła się w wymaganym przez Zamawiającego

przedziale dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wynoszącym min. 1 000 000,00 zł netto. Tymczasem w toku oceny i badania ofert Zamawiający uzyskał wiarygodną informację, z której wynikało, iż wartość wykonanych robót na rzecz PEC Żyrardów wyniosła tylko 953.786,20 zł netto. Wskazywał na to przedłożony Zamawiającemu Protokół otrzymany od Inwestora. Na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień Przystępujący przedłożył oryginał Protokołu, który potwierdził, iż realna wartość inwestycji wykonanej na rzecz PEC Żyrardów wyniosła rzeczywiście tylko 953.786,20 zł netto, a nie jak pierwotnie wskazał Przystępujący 1.178.340,00 zł netto. Uzupełniony dokument tym samym potwierdził podanie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w pierwotnie złożonej ofercie. Podanie rzeczywistej wartości oznaczałoby niespełnienie przez Przystępującego warunku wiedzy i doświadczenia. Wykluczyć przy tym należałoby forsowaną przez Przystępującego w wyjaśnieniach tezę o „ludzkim błędzie”, wywołanym m.in. jednokrotną zmianą umowy w zakresie jej wartości, gdyż: 1) po pierwsze zmiana umowy, do której rzeczywiście między Przystępującego a PEC Żyrardów doszło, nie polegała na podwyższeniu wartości umowy, lecz jej obniżeniu z pierwotnej kwoty 958 000,00 zł netto do 953 786,20 zł netto. A więc zarówno przed zmianą umowy, jak również po zawarciu przez strony stosownego aneksu - inwestycja ta nie spełniała wymogu Zamawiającego związanego z postawionym limitem 1 000 000,00 zł netto. Trudno zatem mówić, by zmiana wartości umowy mogła wywołać u Wykonawcy uzasadnione mylne wyobrażenie, że przez jakiś czas obowiązujący kontrakt wykazywał wartość powyżej 1 000 000 zł netto, 2) po drugie z wiedzy Odwołującego wynika, iż między stronami nigdy nie doszło do podpisania wadliwego Protokołu Odbioru, który to protokół miałby następnie zostać obustronnie skorygowany, tj. by na etapie odbioru robót doszło do spisania Protokołu z błędem w postaci przypisania inwestycji wartości brutto w miejsce netto i to jeszcze obowiązującej przed zawarciem aneksu, a potem - by obie strony usunęły przedmiotową wadę. Inwestor (PEC Żyrardów) zaprzecza bowiem, by kiedykolwiek korygował usterkę Protokołu w postaci błędnie oznaczonej wartości inwestycji. Z informacji uzyskanych bezpośrednio od Inwestora wynika, iż strony tylko raz składały podpisy na Końcowym Protokole Odbioru, który w zakresie oznaczonej wartości inwestycji był bezbłędny, tj. od samego początku wskazywał na kwotę 953 786,20 PLN netto (1 173 157,03 PLN brutto). 3) Po trzecie powołanie się przez Przystępującego na czynnik „ludzkiego błędu” przy tak poważnych rozbieżnościach należałoby uznać za mało wiarygodne nie tylko w świetle wyżej przywołanych argumentów ale również z uwagi na profesjonalny charakter działalności Wykonawcy. W ocenie Odwołującego działanie Przystępującego należy raczej ocenić jako celowe i ukierunkowane na wykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia - nawet jeśli miało się to wiązać z podaniem nieprawdziwej informacji i celowym wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. W przypadku podmiotów z wieloletnim doświadczeniem w segmencie rynkowym związanym z zamówieniami publicznymi tak poważne pomyłki, których genezy

Przystępujący nie wyjaśnił w sposób przekonujący, przeważnie nie są kwestią przypadku. Niemniej jednak - z daleko posuniętej ostrożności - Informujący podaje, iż nawet w przypadku uzależnienia przez Zamawiającego zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp od winy Przystępującego, nie ma podstaw do uznania, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy zaszły jakiegokolwiek przesłanki eksculpacyjne po stronie Przystępującego. W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie Przystępującego przypisać należy co najmniej rażące niedbalstwo, które jest przecież jedną z postaci winy.

Bezzasadne wezwanie Wykonawca do uzupełnienia dokumentów.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezzasadnie wezwał w dniu 7.11.2014 r. Przystępującego do złożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Uznać bowiem należy, iż w dniu sporządzania wezwania Zamawiający miał pełną wiedzę co do podania przez Przystępującego nieprawdziwej informacji dotyczącej wartości inwestycji zrealizowanej na rzecz PEC Żyrardów Sp. z o.o., jak również co do braku możliwości uznania inwestycji zrealizowanej na rzecz DALKIA Warszawa S.A. za jedną robotę potwierdzającą spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia (okoliczność przyznana przez samego Zamawiającego). W związku z powyższym Zamawiający winien był dojść do jedynego trafne wniosku, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż na wymagane 2 roboty o określonej wartości, Przystępujący udowodnił wykonanie tylko jednej z nich. Dodatkowe wezwanie w tym zakresie stanowiło niewątpliwie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wyrażającego zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy doszło do podania przez Przystępującego nieprawdziwej informacji, mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, poprzez celowe zawyżenie wartości inwestycji dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Wystąpiła zatem przesłanka opisana w art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, obligująca Zamawiającego do podjęcia czynności w przedmiocie wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest bowiem normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Co więcej - w sprawie tej wystąpiła co najmniej jedna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania: a) po pierwsze ze względu na podanie nieprawdziwej informacji, co zostało potwierdzone i udowodnione w toku oceny i badania ofert (art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp) b) po drugie ze względu na niewykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp). c) Ta druga z

wskazanych wyżej przesłanek związana jest z udowodnieniem przez Wykonawcę tylko jednej na 2 wymagane przez Zamawiającego roboty budowlane o określonym przedmiocie i wartości (okoliczność ta była już przedmiotem szczegółowych rozważań Odwołującego we wcześniejszej części uzasadnienia). W konsekwencji - zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - Zamawiający winien był uznać złożoną przez Wykonawcę ofertę za odrzuconą. Tymczasem bezzasadnie wezwał on Wykonawcę do uzupełnienia dodatkowych dokumentów, dając mu jeszcze jedną szansę na wykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Wszystkie wyżej wskazane uchybienia ze strony Zamawiającego - godzące w sposób istotny w zasadę równego traktowania Wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji - są poważnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał również, iż w związku z brzmieniem art. 297 § 1 kodeksu karnego - względem wykonawcy zostały podjęte odpowiednie czynności zmierzające do zawiadomienia odpowiednich organów ścigania o możliwości popełnienia przestępstwa.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S 163-292636 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; (ii) protokół postępowania przetargowego z dnia 17 listopada 2014 r. na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) pismo Zamawiającego z dnia 23 października 2014 r. skierowane do PEC „Żyrardów” na okoliczność ustalenia treści zapytania skierowanego przez Zamawiającego dotyczącej roboty budowlanej – Przebudowa sieci kanałowych obszaru węzła grupowego OWWG30 (ul. Kap. Pałaca 88) wykonanej przez Odwołującego na rzecz PEC „Żyrardów”; (iv) odpowiedź PEC „Żyrardów” z dnia 24 października 2014 r. na okoliczność ustalenia złożonych wyjaśnień; (v) pismo Zamawiającego z dnia 17 listopada 2014 r. – Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej na okoliczność ustalenia wyników postępowania przetargowego; (vi) wezwanie do uzupełnienia oferty i złożenia wyjaśnień z dnia 28 października 2014 r. skierowane do Odwołującego na okoliczność ustalenia ich treści; (vii) pismo Odwołującego z dnia 3 listopada 2014 r. na okoliczność ustalenia treści złożonych wyjaśnień; (viii) wezwanie z dnia 7 listopada 2014 r. skierowane do Odwołującego o uzupełnienie ofert na okoliczność ustalenia treści wezwania; (ix) pismo Odwołującego z dnia 12 listopada 2014 r. na okoliczność ustalenia dokumentów i wyjaśnień złożonych w związku z wezwaniem z dnia 7 listopada 2014 r.; (x) Referencje wystawione przez PEC „Żyrardów” z dnia 13 listopada 2014 r. na okoliczność wykazania, że Odwołujący wykonał prawidłowo zamówienia pn. „Przebudowa sieci kanałowych obszaru węzła grupowego OWWG30 (ul. Kapitana Pałaca 88); (xi) pismo

Envirotech z dnia 24 listopada 2014 r. oraz pismo PEC „Żyrardów” skierowane do Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia, że w ramach realizacji zamówienia „Przebudowa sieci kanałowych obszaru węzła grupowego OWWG30” nie było sporządzonych dwóch protokołów końcowego odbioru robót.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy Odwołującego o przesłuchanie świadków J. K. oraz M. C. na okoliczność braku wystąpienia wykonawcy do PEC Żyrardów Sp. z o.o. z wnioskiem o wystawienie poświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie inwestycji wskazanej w wykazie robót, na okoliczność stwierdzenie nieprawidłowości związanych z wykonaniem inwestycji na rzecz PEC „Żyrardów” oraz na okoliczność ustalenia treści podpisanego Protokołu Odbioru Robót z dnia 29 sierpnia 2012 r. oraz braku korekt popełnionych błędów jako wniosek zmierzający jedynie do przewlekłości postępowania. W ocenie Izby okoliczność braku wystąpienia przez Przystępującego do wykonawców na rzecz których wykonał roboty wskazane w wykazie była okolicznością niesporną. Istota sporu pomiędzy stronami dotyczyła tego czy protokoły odbioru robót budowlanych mają być uznane za poświadczenia w rozumieniu §1 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Również powoływanie powyższych świadków na pozostałe okoliczności Izba uznała za zbędne i nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż okoliczności te zostały dostatecznie wyjaśnione poprzez złożone zarówno przez Przystępującego jak i Odwołującego dokumenty w trakcie postępowania odwoławczego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„Przebudowa sieci cieplnej wraz z remontem węzłów cieplnych na terenie Stacji Filtrów przy ul. Koszykowej 81 oraz na terenie Stacji Pomp Rzecznych przy ul. Czerniakowskiej 123 w Warszawie”*.

Zgodnie z Rozdziałem 5, pkt 5.1.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...) posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. Wykonawcy którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na (...) budowie lub przebudowie (modernizacji) lub remoncie sieci cieplnej, o wartości każdej z nich równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 1 000 000,00 zł PLN bez podatku VAT.

Izba ustaliła, że Odwołujący, przed terminem upływu składania ofert, złożył ofertę. Do oferty został dołączony Załącznik nr 5 – Wykaz robót budowlanych. Przystępujący, na potwierdzenie

spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale 5, pkt 5.1.2 SIWZ wskazał na trzy inwestycje: 1) Budowa sieci ciepłowniczej dla Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie - inwestycja o łącznej wartości 1 241 252,98 zł netto; 2) Budowa sieci i przyłączy ciepłowniczych dla PEC Żyrardów w Żyrardowie - inwestycja o łącznej wartości 1 178 340,00 zł netto; 3) inwestycje wynikające z umowy ramowej zawartej z DALIKIA Warszawa S.A. - na łączną wartość 1 375 674,32 zł netto. Do Wykazu dołączone zostały protokoły odbioru powyższych robót budowlanych jako dowody na potwierdzenie należytego ich wykonania.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 października 2014 r. Zamawiający zwrócił się do PEC „Żyrardów” z prośbą o wyjaśnienie, jaka była wartość robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego w ramach zadania Przebudowa sieci kanałowych obszaru węzła grupowego OWWG30 (ul. Kap. Pałaca 88) wchodzącego w skład projektu Zwiększenie Efektywności dystrybucji energii poprzez przebudowę sieci ciepłej miasta Żyrardów. Pismem z dnia 24 października 2014 r. PEC „Żyrardów” przesłało kopię Protokołu Odbioru Końcowego Robót, z którego wynika, że wartość wykonanych robót netto wynosiła 953.786,20 zł, brutto 1.173.157,03 zł.

Pismem z dnia 28 października 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do wartości roboty budowlanej wykonanej na rzecz PEC Żyrardów i wskazanej wykazie wykonanych robót załączonym do oferty. Zamawiający wskazał, że posiada wiedzę, że wartość inwestycji wynosiła 953.786,20 zł (netto), nie zaś jak wskazał Odwołujący w wykazie 1.178.340,00 zł (netto). Zamawiający wezwał do złożenia oryginału protokołu końcowego lub notarialnie poświadczonej kopii. Zamawiający wezwał również Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do prac wykonanych na rzecz DALIKA Warszawa S.A. i określenia czy prace wykonane na podstawie umowy ramowej były przedmiotem odrębnych zamówień (umów).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 listopada 2014 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia. Odwołujący złożył oryginał protokołu końcowego, wskazując, że wartość netto robót wynosiła 953.786,20 zł. (netto). Odwołujący wyjaśnił, że błędna kwota wskazana w wykazie wynikała z tego, że pierwotna wartość roboty była ustalona na kwotę netto 958.000 zł, brutto 1.178.340 zł. Aneksem nr 2 kwota netto 958.000 zł została zmieniona do kwoty 953.786,20 zł, brutto 1.178.340 zł do wartości 1.178.340 zł. Wskazał, że w ofercie została wskazana błędnie wartość netto 1.178.340, która to wartość odpowiada wartości brutto kwoty podstawowej. Odwołujący wskazał, że błąd protokołu powstał na etapie odbioru inwestycji ponieważ wpisano błędnie wartość zadania – jako netto wpisano kwoty 958.000, a brutto 1.1378.340, jako wartość brutto

umowy podstawowej. Co do umowy ramowej, Odwołujący wskazał, że realizował dla tego wykonawcy zamówienia na podstawie dwóch umów ramowych. Pierwsza umowa PZ/1125/13-052/PN/RB/13 z dnia 23 maja 2013 r. w ramach której Odwołujący wykonał 15 zleceń o wartości netto 1.825.657,75 zł oraz druga umowa nr MJ/DSV/01/13/01/14 z dnia 31 marca 2014 r. w ramach której Odwołujący wykonał 9 zleceń o wartości 1.468.562,45 zł. netto. Wskazał również, że wszystkie do powyższe zlecenia były realizowane w ramach jednej umowy tj. PZ/1125/13-052/PN/RB/13 oraz nr MJ/DSV/01/13/01/14, odpowiednio.

Pismem z dnia 7 listopada 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego o uzupełnienia oferty. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 5.1.2 SIWZ do oferty należało dołączyć wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat oraz dowodów potwierdzających, że zostały one wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający wskazał, że wartość robota wykonana na rzecz PEC „Żyrardów” jest niższa niż wymagana w SIWZ. Ponadto, wskazał, że roboty budowlane wykonane na rzecz Dalika Warszawa S.A. dotyczą umowy ramowej, a zgodnie z przyjętą praktyką umowa ramowa nie jest umową dotyczącą konkretnej dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Wskazał również, że zgodnie z treścią warunki nie można uznać łącznej wartości robót wykonanych na podstawie umowy ramowej jako jednej roboty. Wezwał więc Odwołującego do uzupełnienia dokumentów o brakujące roboty z wykazu.

Pismem z dnia 12 listopada 2014 r. Odwołujący przesłał uzupełniony wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Odwołujący wskazał na roboty budowlane wykonane na rzecz „AJSI” Sp. z o.o., które swoim zakresem obejmowały wykonanie sieci ciepłowniczej wraz z węzłem cieplnym (netto 1.080.000 zł) oraz roboty wykonane na rzecz PPHU Termoflex dotyczące przebudowy magistrali ciepłowniczej w Centrum Onkologii o wartości netto 1.045.000 zł.

Pismem z dnia 17 listopada 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 28 listopada 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę P.H.U. „Instalex” S. K. . Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) –

Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W dniu 8 grudnia 2014 r. Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący, w trybie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp, zgłosił w piśmie procesowym z dnia 8 grudnia 2014 r. sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wobec stwierdzenia, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania do rozprawie.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 i pkt. 4 ustawy Pzp - złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania

Norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: (i) musi dojść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia nieprawdziwych informacji

przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp; oraz (ii) złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Co do pierwszej z w/w przesłanek, to należy wskazać, iż w najnowszym orzecznictwie sądowym jak i Krajowej Izby Odwoławczej postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami, zawinieniem i przyczynami podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w toku postępowania przetargowego. Wskazać tu należy na orzeczenie Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., gdzie orzeczono, że konieczną przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wprowadzenie w błąd zamawiającego, a działanie takie musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy. Natomiast Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z 19 lipca 2012 r. podniósł, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie 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. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Ponadto Sąd stwierdził na tle art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2014/18/WE, że wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

Istotne również dla powyżej kwestii jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w sprawie z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A. Choć wyrok ten został wydany w zakresie art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2014/18/WE, ale ze względu na użycie na gruncie art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2014/18/WE częściowo tego samego zwrotu - „winny poważnego” w odniesieniu do czynności wprowadzenia w błąd, należy zgodnie z dyrektywą konsekwencji terminologicznej przypisać to samo znaczenie zwrotowi „winny poważnego” w zakresie, w jakim odnosi się do czynności wprowadzenia w błąd. Wskazać należy, że Trybunał uznał, że pojęcie „winy poważnego wykroczenia zawodowego” należy rozumieć w ten sposób, iż odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Trybunał wskazał więc termin „winny poważnego” obejmuje swoim zakresem zamiar uchybienia oraz poważne niedbalstwo.

W ocenie Izby mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości oraz dotychczasowe orzecznictwo sądowe jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej należy stwierdzić, że możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego za przekazanie nieprawdziwych informacji będzie występować w sytuacji, gdy wykonawca przekazuje takie informacje z zamiarem wprowadzenia w błąd zamawiającego lub jego działaniu można przypisać cechy rażącego niedbalstwa. Oznacza to, że podstawą do wykluczenia wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji nie zajdzie w przypadku, gdy informacje te są przekazane w wyniku zwykłego niedbalstwa czy winy nieumyślnej.

Dalej wskazać należy, że kodeks cywilny nie zawiera definicji winy. W literaturze przedmiotu brak jest również jednolitego stanowisko jak powyższe pojęcie winno być interpretowane. W nowszej literaturze postuluje się o jednakowe rozumienie w prawie karnym i cywilnym (zob. E. Gniewek – Komentarz do Kodeksu cywilnego). W nauce prawa cywilnego przyjmuje się, w ślad za konstrukcją prawa karnego, że w wypadku winy umyślnej sprawca chce wyrządzić drugiemu szkodę lub naruszyć ciężący na nim obowiązek albo przewidując możliwość takiego zachowania co najmniej świadomie godzi się na powstanie takiego skutku. Wina umyślna jest zawsze świadoma, a dłużnik ma rozeznanie znaczenia swojego zachowania (zob. K. Pietrzykowski – Kodeks Cywilny. Komentarz). Daje wskazać należy, że w doktrynie prawa cywilnego umyślność stanowi cechę podmiotową w konstrukcji winy (zob. P. Machnikowski - System Prawa Prywatnego, T.6 Prawo zobowiązań – część ogólna). Oznacza to, że dopiero stwierdzenie umyślności (zamiaru) wykonawcy w przekroczeniu przepisów ustawy Pzp pozwala przypisać mu winę.

W kontekście zamówień publicznych i podawania nieprawdziwych informacji przez wykonawców zasadnicze znaczenie będzie miało ustalenie zamiaru jakim kierował się dany wykonawca podając nieprawdziwe informacje w toku postępowania przetargowego. Ustalenie owego zamiaru musi nastąpić poprzez analizę okoliczności faktycznych poprzedzających oraz towarzyszących złożonemu nieprawdziwych informacji, jak również tych które nastąpiły już po złożeniu takich informacji, a mogących mieć skutki dla oceny zamiaru wykonawcy. To na ich podstawie Izba ustala czy działanie wykonawcy nie było obarczone błędem, a tym samym czy należy je oceniać, jakie działanie nieświadome, a w konsekwencji niezamierzone i nieumyślne czy też wykonawca działał świadomie, z zamiarem przekazania nieprawdziwych informacji w celu przyznania mu zamówienia publicznego. Okolicznością, która w ocenie Izby, przemawia za przyjęciem braku umyślności, a tym samym winy umyślnej po stronie wykonawcy, jest fakt, że wykonawca ma możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie innych wykonanych należycie zamówień. W ocenie Izby jeśli wykonawca przedłożył

wykaz robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który zawiera nieprawdziwe dane, a jednocześnie posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie, którą może się wylegitymować na podstawie innych wykonanych zamówień, to trudno uznać, że działał on z zamiarem dezinformacji zamawiającego, a tym bardziej z zamiarem wyłudzenia zamówienia.

Co do rażącego niedbalstwa wskazać należy Kodeks cywilny odróżnia rażące niedbalstwo od tzw. zwykłego niedbalstwa. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należytego zachowania się dłużnika (zob. Z. Radwański „Zobowiązania”, s. 268). W kontekście zamówień publicznych, elementem koniecznym do ustalenia czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa jest ustalenie standardu staranności jakim winien wykazać się wykonawca. Nie ulega wątpliwości, że w przeważającej mierze wykonawcami są przedsiębiorcy, co oznacza, że należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego). Konstruując wzorec należytej staranności przedsiębiorcy należy brać pod uwagę, że prowadzona przez wykonawcę działalność profesjonalna uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do jego umiejętności w zakresie prowadzonej działalności.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że okolicznością niebudzącą sporu pomiędzy stronami było podanie przez Przystępującego w treści wykazu głównych robót budowlanych nieprawidłowej wartości netto roboty budowlanej wykonanej na rzecz PEC „Żyrardów”. Okoliczność tą potwierdził sam Przystępujący w treści pisma z dnia 3 listopada 2014 r., wskazując, iż błędne wskazanie wartości inwestycji było „omyłką ludzką” i konsekwencją zmiany pierwotnej wartości inwestycji określonej w umowie z dnia 25 maja 2012 r. Należało więc rozstrzygnąć czy Przystępującemu można przypisać umyślność (zamiar) podania nieprawdziwych informacji w celu wyłudzenia zamówienia publicznego, rażące niedbalstwo czy wyłącznie zwykłe niedbalstwo/winę nieumyślną.

Analiza okoliczności faktycznych poprzedzających, towarzyszących jak i następujących po złożeniu przez Przystępującego nieprawdziwych informacji wskazuje, iż brak jest podstaw do przypisania Przystępującego umyślności, a tym samym winy umyślnej. Izba uznała bowiem, że okolicznością, które przemawia za przyjęciem braku umyślności była możliwość wykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie innych wykonanych należycie zamówień. Przystępujący złożył bowiem w dniu 12 listopada 2014 r.

uzupełniony wykaz robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który potwierdzał posiadanie przez Przystępującego wymaganej wiedzy i doświadczenia. Uzpełniony wykaz nie został zakwestionowany przez Zamawiającego. W konsekwencji, Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż składając nieprawdziwe informacje wykonawca ten działał z zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego w celu wyłudzenia zamówienia, gdyż wykonawca ten legitymował się wymaganym doświadczeniem, co potwierdził odpowiednią dokumentacją w przedłożoną w dniu 12 listopada 2014 r. Sam Przystępujący podkreślił, że złożenie niewłaściwego protokołu było „ludzką omyłką” pracownicy Przystępującego, zaś sam posiada bogate doświadczenie z zakresie przedmiotu zamówienia i nie miał zamiaru wprowadzenia w błąd Zamawiającego i wyłudzenia zamówienia, bo mógł po prostu powołać się na inne zamówienia potwierdzające wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Okolicznością, którą Izba uznała za istotną w ustaleniu braku winy umyślnej Przystępującego był fakt, że umowa podstawa nr 2/006/PN/RSCiW/POLIŚ z dnia 25 maja 2014 r. była aneksowana w zakresie wartości inwestycji. Okoliczność tą przyznał sam Odwołujący jak i spółka PEC „Żyrardów” w korespondencji emaliowej z dnia 21 listopada 2012 r. Kwota która została wpisana przez Przystępującego w wykazie głównych robót budowlanych rzeczywiście była pierwotną wartością brutto inwestycji, skorygowaną aneksem nr 2 do powyższej umowy. Aneks ten zgodnie z korespondencją emaliową z dnia 21 listopada 2014 r. został podpisany w dniu 17 sierpnia 2012 r. Protokół odbioru końcowego robót został spisany w dniu 29 sierpnia 2012 r. W ocenie Izby nie można wykluczyć, że Przystępujący przygotowując roboczą wersję protokołu zamieścił w niej błędną kwotę wartości inwestycji, wynikająca z pierwotnej treści umowy. W ocenie Izby, możliwe jest, że pracownik Przystępującego archiwizując dokumentację postępowania skorzystał ze starej wersji protokołu, do którego załączył stronę podpisową i zeskanował błędny dokument do archiwum Przystępującego.

Jednakże, w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy istnieją podstawy do przyjęcia, iż działanie Przystępującego nosi znamiona rażącego niedbalstwa. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że Przystępujący załączył do oferty protokół odbioru końcowego robót dla inwestycji wykonanej na rzecz PEC „Żyrardów” pod nazwą „Przebudowa sieci kanałowych obszaru węzła grupowego OWWG30”. Inwestycja ta została zamieszczona w wykazie głównych robót budowlanych załączanych do ofert Przystępującego. W wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu w piśmie z dnia 3 listopada 2014 r. Przystępujący wskazał, że do oferty załączył kserokopię pierwszego błędnego protokołu odbioru, w którym wskazano niewłaściwą wartość zamówienia. Wskazał również, że błędny protokół powstał na etapie odbioru inwestycji oraz, że w archiwum Przystępującego, prowadzonym w formie elektronicznej, znajdowała się

pierwotna niewłaściwa wersja protokołu, która została omyłkowo załączona do oferty. Podczas rozprawy, Przystępujący twierdził, że (i) był tylko jeden protokół; (ii) że korekta niewłaściwej wpisanej wartości inwestycji została dokonana przed podpisaniem protokołu; (iii) po podpisaniu protokołu została tylko wymieniona druga niewłaściwa strona protokołu; (iv) nie pamięta dokładnie dlaczego w systemie archiwizacji znajdowała się niewłaściwy protokół; zdarzenie miało miejsce ponad 3 lata temu i nie wie dokładnie co się stało.

Izba nie dała wiary powyższym tłumaczeniom Przystępującego, zaś przedstawione przez Odwołującego i Zamawiającego dowodu podważają wiarygodność twierdzeń Przystępującego. Wskazać bowiem należy, że z przedłożonego przez Odwołującego i Zamawiającego oświadczenia spółki PEC „Żyrardów” w sposób bezsporny wynika, że w ramach realizacji kwestionowanego zamówienia został sporządzony wyłącznie jeden protokół odbioru końcowego robót, który nie podlegał modyfikacjom, co do kwot wynagrodzenia netto/brutto. W ocenie Izby dokument ten stanowi wiarygodny dowód na zaprzeczenie twierdzeń Przystępującego, że był podpisywana inna wersja protokołu. Co więcej oświadczenie złożone przez spółkę PEC Żyrardów potwierdza, że dokument przedłożony przez Przystępującego wraz z ofertą w ogóle nie powstał, gdyż spółka PEC „Żyrardów” oświadczyła, że podpisywała tylko jeden protokół odbioru końcowego.

W ocenie Izby fakt przedłożenia przez Przystępującego wraz z ofertą kopii protokołu odbioru końcowego, który w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nigdy nie powstał należy uznać za działanie, któremu należy przypisać cechy rażącego niedbalstwa. Sporny protokół odbioru został podpisany w dniu 29 sierpnia 2012 r. Przyjmując nawet argumentację Przystępującego o błędzie w systemie archiwizacji, to jednak w ponad dwuletnim okresie powyższy błąd ten nie został skorygowany. W ocenie Izby brak skorygowania powyższego dokumentu w systemie archiwizacji Przystępującego przez okres ponad 2 lat, przedłożenie wraz z ofertą kopii protokołu, który nigdy nie został podpisany oraz poświadczenie za zgodność z oryginałem dokumentacji bez zapoznania się z treścią oryginału świadczy w ocenie Izby o rażącym niedbalstwie Przystępującego. Wszystkie powyższe okoliczności potwierdzają, że działanie Przystępującego w sposób znaczący i naganny odbiega od należytej staranności przedsiębiorcy.

Dalej wskazać należy, że drugą przesłanką konieczną do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu podania nieprawdziwych informacji jest stwierdzenie, że złożenie nieprawdziwych informacji mało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W niniejszym postępowaniu, w ocenie Izby, przesłanka ta nie została

spełniona, gdyż złożenie nieprawdziwych informacji nie ma ani rzeczywistego ani potencjalnego wpływu na wynik postępowania.

Wskazać bowiem należy, że w pierwotnym wykazie głównych robót budowlanych, Przystępujący, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale V, pkt 5.1.2 SIWZ wskazał na trzy inwestycje: 1) Budowa sieci ciepłowniczej dla Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie - inwestycja o łącznej wartości 1 241 252,98 zł netto, 2) Budowa sieci i przyłączy ciepłowniczych dla PEC Żyrardów w Żyrardowie - inwestycja o łącznej wartości 1 178 340,00 zł netto, 3) inwestycje wynikające z umowy ramowej zawartej z DALKIA Warszawa S.A. - na łączną wartość 1 375 674,32 zł netto.

Inwestycja zrealizowana na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie nie była kwestionowana przez Zamawiającego. Inwestycja wykonana na rzecz Dalkia Warszawa S.A. były przedmiotem wyjaśnień z Zamawiającym. Pismem z dnia 28 października 2014 r., Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień czy roboty wskazane w wykazie na rzecz Dalika Warszawa S.A. były przedmiotem odrębnych zamówień (umów). Przystępujący pismem z dnia 3 listopada 2014 r. wskazał, że inwestycje wykonana na rzecz Dalkia Warszawa S.A. zostały wykonane w ramach dwóch umów ramowych. Pierwsza umowa PZ/1125/13-052/PN/RB/13 z dnia 23 maja 2013 r. w ramach której Odwołujący wykonał 15 zleceń o wartości netto 1.825.657,75 zł oraz druga umowa nr MJ/DSV/01/13/01/14 z dnia 31 marca 2014 r. w ramach której Odwołujący wykonał 9 zleceń o wartości 1.468.562,45 zł. netto. Wskazał również, że wszystkie do powyższe zlecenia były realizowane w ramach jednej umowy tj. PZ/1125/13-052/PN/RB/13 oraz nr MJ/DSV/01/13/01/14, odpowiednio, co w ocenie Izby stanowiło odpowiedź na zapytanie Zamawiającego.

Wskazać bowiem należy, że w treści pisma z dnia 28 października 2014 r. Zamawiający wyłącznie żądał złożenia wyjaśnień czy wskazane w wykazie roboty wykonane na rzecz Dalkia Warszawa S.A. były przedmiotem odrębnych zamówień (umów). Odwołujący wyjaśnił, że są zawarte dwie umowy ramowej, w ramach których zostały wykonane 15 i 9 zleceń. W takiej sytuacji, obowiązkiem Zamawiającego było ponowne zwrócenie się do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie, czy którekolwiek z powyższych zleceń swoją wartością przekraczało wymaganą przez Zamawiającego wartość 1.000.000 zł netto. Zamawiający nie wyjaśniając powyższej kwestii, bezpodstawnie uznała, że w ramach umów ramowych realizowanych przez Przystępującego na rzecz Dalika Warszawa S.A. nie było zrealizowana zlecenie odpowiadające swojej wartością wymaganiami Zamawiającego. Przystępujący wraz z pismem procesowym z dnia 8 grudnia 2014 r. przedłożył oświadczenie

spółki Dalkia Warszawa S.A. potwierdzając, że w ramach umowy ramowej nr PZ/125/13-052/PN/RB/13 została wykonana inwestycja pod nazwą „Budowa sieci ciepłowniczej 2x dn 250 z rur preizolowanych z systemem kontroli i nadzoru Brandes w u. Studziennej oraz J. Kazimierza”, której wartość wynosiła netto ponad 1 milion złotych. Oświadczeniu tym zawarte jest również potwierdzenie, iż roboty budowlane były wykonane terminowo i zgodnie z zasadami sztuki inżynierskiej. Izba dała wiarę złożonemu oświadczeniu. Ani Odwołujący ani Zamawiający nie kwestionowali wartości dowodowej przedłożonego oświadczenia spółki Dalkia Warszawa S.A. Odwołujący podnosił jedynie, iż powyższe oświadczenie winno być złożone wraz z ofertą lub wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Jednakże w ocenie Izby, treść zapytania wystosowanego przez Zamawiającego do Przystępującego determinowała zakres udzielonej odpowiedzi i składanych dokumentów. Pytanie ograniczyło się wyłącznie do wyjaśnienia czy była podpisana jedna czy więcej umów. Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień w zakresie wartości poszczególnych umów/zleceń czy też poświadczeń potwierdzających ich należyte wykonanie.

W ocenie Izby Przystępujący powołując się na roboty budowlane wykonane na rzecz Dalkia Warszawa S.A. oraz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie prawidłowo wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ. Wezwanie Przystępującego w trybie art. 2 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów było czynnością przedwczesną, a tym samym nieprawidłową. Wymagane dokumenty zostały co prawda złożone przez Przystępującego, jednak w ocenie Izby stanowią one wyłączne dodatkowy dowód na okoliczność, iż Przystępującemu nie sposób przypisać winy umyślnej w podaniu niewłaściwej kwoty zamówienia wykonanego na rzecz PEC „Żyrardów”. Przystępujący bowiem wykazał się spełnieniem dwóch innych robót spełniających wymagania Zamawiającego, więc trudno uznać, że działanie Przystępującego nakierowane było na wyłudzenie zamówienia.

Reasumując, Izba uznała, że dwie z spośród trzech usług wskazanych w pierwotnym wykazie głównych robót budowlanych załączonym przez Przystępującego do oferty spełniało wymagania Zamawiającego. Przystępujący przedłożył dowody potwierdzające, że w ramach umowy ramowej zawartej z Dalkia Warszawa S.A. wykonał zlecenie o wartości przekraczającej netto 1 milion złotych. W konsekwencji, podanie nieprawdziwych informacji w stosunku roboty budowlanej wykonanej na rzecz PEC „Żyrardów” nie miało wpływu na wyniki postępowania, gdyż Przystępujący prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na roboty budowlane wykonane na rzecz Dalkia Warszawa S.A. oraz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie. Niezasadnym było również wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec braku wyjaśnienia z Przystępującym wartości poszczególnych zleceń wykonanych w ramach umowy ramowej z Dalkia Warszawa S.A. Zatem Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z §1 ust. 2 pkt 1 i 2 oraz § 1 ust, 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (dalej „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”)

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do rozstrzygnięcia, jakie dokumenty wykonawcy mogą składać w celu potwierdzenia należytego wykonania danej usługi, dostawy czy roboty budowlanej.

Wskazać należy, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt Rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać m.in. wykazu robót budowlanych, z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszym robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dalej w §1 ust. 2 ustawodawca precyzuje, iż dowodami mogą być poświadczenia, zaś w przypadku robót budowlanych – inne dokumenty – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Ustawodawca określił więc, iż w pierwszej kolejności wykonawcy winni przedkładać poświadczenia, a jedynie w wyjątkowych sytuacjach istnieje możliwość posługiwania się innymi dokumentami.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia powyższego zarzut ma ustalenia znaczenia terminu „poświadczenie”, którym posłużył się ustawodawca. Rozporządzenie w sprawie dokumentów nie zawiera bowiem legalnej definicji „poświadczenia”. W powyższej kwestii, Izba w całej rozciągłości popiera wywody składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt 645/13. W przywołanym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała, że choć w praktyce dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie robót, dostaw lub usług często nazywa się referencjami, należy pamiętać, że niekoniecznie wymaganym dokumentem będzie dokument o nazwie „referencja”. Prawodawca pozostawił bowiem dużą swobodę w tym

zakresie, wymagając jedynie, aby z przedstawionego dokumentu wynikało, że usługi zostały wykonane należycie. W konkretnych przypadkach za takie dokumenty mogą zostać uznane np. pisemne potwierdzenia prawidłowego wykonania, protokoły odbiorów końcowych, a nawet pismo zamawiającego skierowane do wykonawcy po zakończeniu realizacji zamówienia, towarzyszące zwracanej gwarancji należytego wykonania. Do zamawiającego zależy ostateczna ocena, czy dany dokument jest wystarczającym potwierdzeniem prawidłowego wykonania zadania wykazywanego, jako doświadczenie wykonawcy. Prawodawca nie ograniczył również kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, a w szczególności nie ograniczył go do zamawiających z sektora publicznego. W orzecznictwie podkreśla się też, że nie istnieją ściśle określone w przepisach sformułowania czy wyrażenia, które powinny zostać zawarte w treści referencji. Bezwzględnie powinno się w nich znaleźć potwierdzenie prawidłowego wykonania zobowiązania, którego dokument dotyczy.

W ocenie Izby załączony wraz z ofertą protokół końcowy inwestycji wykonanej na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury potwierdza należyte wykonania powyższej inwestycji. Dokument ten zawiera informacje, że inwestycja została wykonana zgodnie z dokumentacją techniczną, a jakość wykonania została określona jako dobra. W treści protokołu brak jest jakichkolwiek uwag co do niewłaściwego wykonania robót budowlanych. W konsekwencji, w ocenie Izby przedłożony przez Przystępującego protokół stanowi poświadczenie należytego wykonania inwestycji na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury.

Co do zleceń wykonywanych w ramach umów ramowych z Dalkia Warszaw S.A., to należy wskazać, że Przystępujący załączył szereg protokołów odbioru robót budowlanych wykonanych w ramach umów ramowych. Wśród nich znajduje się protokół odbioru końcowego inwestycji „Budowa sieci ciepłowniczej 2x dn 250 z rur preizolowanych z systemem kontroli i nadzoru Brandes w u. Studziennej oraz J. Kazimierza”. W ocenie Izby protokół ten stanowi poświadczenie należytego wykonania inwestycji. Nie zawiera on żadnych uwag co do jakości wykonania, a w związku z tym Izba nie ma podstaw do przyjęcia, że roboty wykonane przez Przystępującego w ramach powyższej inwestycji zostały wykonane nienależycie. Ponadto przedkładając wraz z pismem procesowym z dnia 8 grudnia 2014 r. oświadczenie spółki Dalkia Warszawa S.A. Przystępujący potwierdził, że robota budowlana wykonana na rzecz Dalkia Warszawa S.A. została wykonana terminowo i zgodnie z zasadami sztuki inżynierskiej.

Wskazać również należy, że sam Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, iż przedłożone protokoły odbioru końcowego robót potwierdzają ich należyte wykonanie. Nie wzywał on Przystępującego do uzupełnienia złożonych poświadczeń. Izba ocena takie działanie jako

właściwe i zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Brak jest bowiem podstaw do utożsamienia pojęcia „poświadczenia” z „referencjami”, jak czyni to Odwołujący. Gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie możliwości powoływania się na dowody inne niż referencje, to ustawodawca dałby temu wyraz poprzez użycie stwierdzenia „referencje” w §1 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, wskazując w sposób jednoznaczny, że jest to jedyny możliwy dokument na potwierdzenie należytego wykonania danego zamówienia.

Izba uznała również, iż zarzut Odwołującego jakby roboty budowlane wykonane na rzecz PEC „Żyrardów” inwestycji związanej z przebudową sieci kanałowych obszaru węzła grupowego OWWG30 (ul. Kapt. Pałaca 88) wchodzącego w skład Projektu „Zwiększenie efektywności dystrybucji energii poprzez przebudowę sieci ciepłej miasta Żyrardowa w ramach działania 9.2. Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013” były wykonane w sposób nieprawidłowy i gdyby Przystępujący wystąpił do powyższego inwestora o wystawienie referencji nigdy by ich nie otrzymał nie ma żadnego znaczenia dla wyniku postępowania przetargowego. Izba uznała bowiem, że Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez realizację inwestycji na rzecz Dalkia Warszawa S.A. oraz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie, a inwestycja wykonana na rzecz PEC Żyrardów pozostaje bez znaczenia na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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: