

Sygn. akt KIO/UZP 1508/09

**WYROK**  
**z dnia 4 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Alstal Budownictwo Sp. z o.o., Alojzy Szczupak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alstal – Budownictwo, Tomasz Kaczmarek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Maxi-Star KONSTRUKTOR Zakład Pracy Chronionej, Maxi-Star Sp. z o.o., Metal-System Sp. z o.o., ul. Cicha 7, 88-100 Inowrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Sopot, ul. Tadeusza Kościuszki 25/27, 81-704 Sopot** protestu z dnia 24 września 2009 r.

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Sopot, ul. Tadeusza Kościuszki 25/27, 81-704 Sopot i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Alstal**

**Budownictwo Sp. z o.o., Alojzy Szczupak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alstal – Budownictwo, Tomasz Kaczmarek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Maxi-Star KONSTRUKTOR Zakład Pracy Chronionej, Maxi-Star Sp. z o.o., Metal-System Sp. z o.o., ul. Cicha 7, 88-100 Inowrocław,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 061 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **Gminę Miasto Sopot, ul. Tadeusza Kościuszki 25/27, 81-704 Sopot** na rzecz **Konsorcjum firm: Alstal Budownictwo Sp. z o.o., Alojzy Szczupak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alstal – Budownictwo, Tomasz Kaczmarek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Maxi-Star KONSTRUKTOR Zakład Pracy Chronionej, Maxi-Star Sp. z o.o., Metal-System Sp. z o.o., ul. Cicha 7, 88-100 Inowrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Alstal Budownictwo Sp. z o.o., Alojzy Szczupak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alstal – Budownictwo, Tomasz Kaczmarek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Maxi-Star KONSTRUKTOR Zakład Pracy Chronionej, Maxi-Star Sp. z o.o., Metal-System Sp. z o.o., ul. Cicha 7, 88-100 Inowrocław.**

#### **U z a s a d n i e**

**Odwołujący** – Konsorcjum: Alstal Budownictwo sp. z o. o. (lider) Alstal – Budownictwo Alojzy Szczupak, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Maxi-Star Konstruktor Zakład Pracy Chronionej Tomasz Kaczmarek, Maxi-tar sp. z o. o. i Metal-System sp. z o. o., uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie

przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbiórce i budowie zadaszania, budowie i rozbudowie zaplecza techniczno-użytkowego, przebudowie widowni przez powiększenie ilości miejsc w Operze leśnej przy ul. Moniuszki 12, na działce nr 7 w Sopocie”, zarzucił Zamawiającemu, którym jest Gmina Miasta Sopotu naruszenie:

a) art.7 ust.1 i 3 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez bezpodstawne wykluczenie z postępowania, pomimo że spełnia wszystkie określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art, 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty pomimo że nie jest wykonawcą wykluczonym z udziału w postępowaniu;

c) art.7 ust. I i 3 ustawy w związku z art. 93 ust. I pkt I. poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że Zamawiający dysponuje ofertą Wykonawcy. który udokumentował spełnianie warunków udziału w postępowaniu i która może być oceniana w przyjętych kryteriach oceny ofert, jako oferta ważna i zabezpieczona wadium;

d) art. 7 ust.1 i 3 ustawy w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. I pkt 6 i art. 146 ust. 1 pkt I wobec art. 32 ust. 3. art. 40 ust. 4. art. 41 pkt 15 oraz art. 7 ust. 1 poprzez unieważnienie postępowania. pomimo że uchybienia te nie mają wpływu na wynik postępowania, a zgodnie z pkt 13 i 14 druku ZP -1 (protokół z postępowania) nie były one podstawą do unieważnienia postępowania:

e) art.7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 91 ust. I ustawy, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert przyjętych w SIWZ

Wskazując zarzuty wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdził, co następuje.

1. Potwierdził, że Zamawiający w SIWZ (pkt. 9.1.5.2), umieścił zapis, zgodnie z którym (m. in.) wykonawcy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia , jeżeli w okresie (...) wykonali nie mniej niż jedną robotę budowlaną polegająca na wykonaniu i montażu łukowej rurowej konstrukcji stalowej o rozpiętości nie mniejszej niż 70 m. W celu potwierdzenia spełniania warunku. Zamawiający żądał przedłożenia w ofercie Wykazu, sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, wykonanych robót budowlanych.

z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania, a także dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane zawarte w wykazie zostały wykonane należycie.

Odwołujący wskazał na złożony z ofertą Wykaz robót budowlanych, w którym podał siedem zrealizowanych zadań, w tym zadanie wymienione pod pozycją czwartą -Budowę sztucznego lodowiska w Parku Kasprowicza w Poznaniu, w ramach której została wykonana łukowa rurowa konstrukcja stalowa dachu o rozpiętości 73 m współpracująca ze stałą powłoką zawieszenia (zadanie było wykonywane od marca do grudnia 2004 r.). W celu potwierdzenia należytego wykonania złożył, referencje z 20 grudnia 2004 r. przez Fundację Rozwoju Sportu Szkolnego w Poznaniu, z której treści wynikało, iż konstrukcja stalowa łukowa rurowa o rozpiętości 73 m na inwestycję sztucznego lodowiska w Parku Kasprowicza w Poznaniu została wyprodukowana i zmontowana, przy czym prace wykonano w 2004 r., terminowo, zgodnie z projektem technicznym, obowiązującymi przepisami, normami i sztuką budowlaną. W związku z kilkoma wezwaniami Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wzmiankowanego zadania, udzielał wyczerpujących odpowiedzi, w szczególności potwierdził, iż prace zostały zakończone w 2004 r. nie zaś w 2003 r., złożył dodatkowo Protokół odbioru podpisany przez Prezesa Zarządu Fundacji Rozwoju Sportu Szkolnego -, wskazał, iż niezależnie od jakichkolwiek innych okoliczności, spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, z uwagi na wykonanie dachu IV trybuny stadionu miejskiego w Poznaniu (rozpiętość konstrukcji trybuny wynosi 174,98 m), na dowód czego przedłożył stosowne rysunki techniczne.

2. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia go z postępowania wskazał na złożenie nieprawdziwe informacje. Odwołujący stwierdził na gruncie ustawy Pzp nie istnieje domniemanie nieprawdziwości informacji składanych przez wykonawców, w związku z czym Zamawiający nie może stosować art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy nie mając odpowiednich dowodów nieprawdziwości informacji. Zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ciężar przeprowadzenia dowodu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu obciąża więc wykonawcę, zaś ciężar przeprowadzenia dowodu na spełnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania -obciąża Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że złożył wszystkie wymagane dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także na żądanie Zamawiającego składał wyjaśnienia odnośnie treści tych dokumentów. Zauważył, iż Zamawiający miał prawo do żądania jedynie dokumentów, które zostały wymienione w Rozporządzeniu PRM z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.).

Odwołujący przy tym zauważył, iż: 1) żądania wyjaśnień nie można utożsamiać z żądaniem złożenia dokumentów, zwłaszcza takich, które nie zostały wymienione w rozporządzeniu,

choć oczywiście nie ma przeszkód prawnych aby Wykonawca, jeżeli chce, załączył do wyjaśnień dodatkowe dokumenty; 2) Zamawiający może sprecyzować swoje wymagania względem treści wyjaśnień, nie może jednak narzucać Wykonawcy sposobu, w jaki ma udowodnić, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. zwłaszcza, że istotą instytucji składania wyjaśnień nie jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz jedynie usunięcie stanu niepewności, co do tego, czy w złożonych dokumentach wykazano czy nie wykazano spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym przypadku, Zamawiający dał większą wiarę informacjom dostępnym w Internecie aniżeli dokumentom wchodzącym w skład oferty. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający przypisuje znaczenie okolicznościom nieistotnym dla sprawy, jak np. przerwanie i zaniechanie dalszej budowy lodowiska w Poznaniu. Wykonawca wykazał zaś przy pomocy szeregu dokumentów, iż posiada wymagane doświadczenie. Z istoty tych dokumentów wynika, iż mogą być wystawione dopiero po zakończeniu prac. Ponadto, daty ich wystawienia potwierdzają, że istotnie nie zostały wystawione wcześniej. Jest zupełnie niezrozumiałe, iż Zamawiający kwestionuje również prawdziwość dokumentów wystawionych przez innego inwestora, a także, że traktuje jako okoliczność istotną dla udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu np. miejsce, w którym wykonano zdjęcia -wszak zdjęcia nie stanowią dowodu na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jako iż ich złożenie nie było wymagane w SIWZ, jak również -nie zostały wymienione w powołanym uprzednio rozporządzeniu. Jeżeli Zamawiający posiada jakieś wiarygodne dowody na rzekomą nieprawdziwość informacji zawartych w ofercie, winien je wskazać w uzasadnieniu wykluczenia. Odwołujący uznał, iż twierdzenie o rzekomym podaniu nieprawdy jest oparte jedynie na subiektywnych odczuciach.

W orzecznictwie, podkreśla się ponadto, iż: 1) Podstawa wykluczenia musi być rzeczywista, jednoznaczna, stanowcza i niewątpliwa, a Zamawiający nie może dokonać wykluczenia, jeżeli istnieją jakiegokolwiek wątpliwości, co do występowania po stronie Wykonawcy okoliczności skutkujących wykluczeniem, wymienionych w przepisach ustawy (Wyrok ZA z dnia 3 stycznia 2006 r., Sygn. akt: UZP/ZO/0-3948/05),

2) Wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 PZP należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe -chciał je przedłożyć) lub zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę

możliwość przewidzieć. (por. Wyrok KIO z dnia 19 maja 2009 r, Sygn. akt: 604/09, 605/09); W ocenie składu orzekającego Izby informacje nieprawdziwe w rozumieniu powołanego przepisu są to informacje przedstawiające odmienny stan rzeczy od stanu prawdziwego, które są złożone ze świadomością ich nieprawdziwości. Zdaniem Izby cechuje je umyślność i cel, jakim jest świadome wprowadzenie w błąd adresata informacji, którym jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający. W kategoriach prawa cywilnego, mającego w postępowaniu na mocy art. 14 ustawy Pzp zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu lub niedbalstwa.

3. Odwołujący podniósł, że warunki udziału w postępowaniu, można interpretować jedynie w sposób literalny, a zapisy SIWZ, w tym w szczególności zapisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu, muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być -z zachowaniem przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy. W jego ocenie czynności dokonane przez Wykonawcę są robotą budowlaną, także w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane, gdyż konstrukcja została wykonana i zmontowana, co wypełnia warunek udziału w postępowaniu i koresponduje z szeroką definicją roboty budowlanej zawartej w art. 3 pkt. 7 Prawa Budowlanego. W przedmiotowym przypadku, Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie wykonania i montażu konstrukcji stalowej o określonych cechach i parametrach. Z niezrozumiałych dla Odwołującego względów, Zamawiający twierdzi, iż istnieje różnica pomiędzy "montażem", a "zmontowaniem". Jednocześnie zaś wykracza poza literalne brzmienie SIWZ, twierdząc, iż istotne jest miejsce, w którym dokonano montażu (plac budowy w Poznaniu). Niezależnie od powyższego, z twierdzeń Zamawiającego wynika, iż inwestor dokonał odbioru konstrukcji i wystawił referencje, zanim konstrukcja ta znalazła się na właściwym miejscu, a zatem transport konstrukcji do Poznania i jej zamontowanie miały zrealizować własnymi siłami, względnie zaangażować do tego inny podmiot. Tym samym Zamawiający, nie mając ku temu podstaw, przypisuje innemu inwestorowi zachowanie i działania irracjonalne z punktu widzenia przebiegu procesu inwestycyjnego.

Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dla osiągnięcia celu jakim jest wykluczenie wykonawcy z postępowania usiłuje modyfikować warunek udziału w postępowaniu i po upływie terminu składania ofert na nowo go doprecyzowuje, Pierwotna treść warunku: "wykonali nie mniej niż jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu i montażu łukowej rurowej konstrukcji stalowej o rozpiętości nie mniejszej niż 70 m." Natomiast doprecyzowanie treści warunku udziału w postępowaniu w piśmie informującym o wykluczeniu z postępowania i unieważnieniu tego postępowania: „Nie polegała na

zamontowaniu konstrukcji".

Wskazał na wyrok KIO/UZP 324/09 i 325/09 z dnia 27 marca 2009r, gdzie orzeczono: "Izba uznała, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania." Jeśli więc rzeczywiście inne były oczekiwania Zamawiającego niż je przedstawił w warunku udziału w postępowaniu, to wykonawca miał prawo posłużyć się doświadczeniem polegającym na wykonaniu montażu konstrukcji dla lodowiska, gdyż to zadania w jego ocenie wprost odpowiadało sformułowanemu warunkowi. Dlatego jeśli nawet Zamawiający uznaje teraz że warunek ma inne znaczenie, to i tak w najgorszym przypadku dokument dotyczący lodowiska powinien uznać za błędny i nie nadający się do oceny. Kwalifikowanie tego zadania jako podanie nieprawdziwych informacji, nie może być zaakceptowane, skoro sam Zamawiający w sposób mało precyzyjny, sformułował warunek udziału w postępowaniu i usiłuje na etapie po złożeniu ofert narzucić własną interpretację, nie licząc się z tym, iż wykonawca nie był świadomy Jego intencji składając ofertę w postępowaniu.

Odnosząc się do tej części stanowiska Zamawiającego, w której stwierdza "Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została złożona tylko jedna oferta (oferta Wykonawców), którą uznaje za odrzuconą oraz Zamawiający odrzucił tą ofertę, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie, albowiem nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu."

Wskazując argumenty wykonawca zauważył, że brak było podstaw do unieważnienia postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść protokołu z postępowania ZP-I, w którym w pkt 13 i 14 wskazano, że Komisja przetargowa nie dokonała wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zatem wskazane inne podstawy prawne unieważnienia postępowania stają w sprzeczności z treścią protokołu ZP-I, i nie mogą być podnoszone, gdyż faktycznie nie stanowią podstawy prawnej dla czynności unieważnienia postępowania.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Protestującego, pomimo że Protestujący nie jest wykonawcą wykluczonym z udziału w postępowaniu, Odwołujący podniósł, iż jak wykazał wcześniej spełnia określony przez Zamawiającego warunek doświadczenia. Tym samym wykluczenie go z postępowania nie miało podstaw. To z kolei przesądza o tym, że odrzucenie oferty Protestującego, jako złożonej rzekomo przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, było sprzeczne z prawem. Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę.

Odwołujący zauważył również, że składał dodatkowe dokumenty ponad zakreślone w ustawie i rozporządzeniu w sprawie dokumentów, co świadczy dobitnie, iż przez cały ten czas działał w dobrej wierze, a Zamawiający wykluczył Wykonawcę, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu i w ten sposób usiłuje unieważnić postępowanie.

4. W rozdziale 7 SIWZ pt. „Informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, znajduje się zapis, cyt. „Zamawiający przewiduje zamówienia uzupełniające”

Z kolei, jak wynika z pkt 3.2 SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowią:

- 1) Dokumentacja projektowa (Projekt budowlany oraz projekt wykonawczy) -Załącznik nr 7 do SIWZ;
- 2) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych -Załącznik nr 9 do SIWZ;
- 3) Przedmiary robót -Załącznik nr 8 do SIWZ.

Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia przedmiotowego postępowania podnosił, iż przy ustalaniu wartości zamówienia nie uwzględnił zamówień uzupełniających, a ponadto nie wykonał obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim. Odwołujący zauważył, że lakoniczne stwierdzenie o przewidywaniu zamówień uzupełniających nie jest zgodne z wymogami art. 36 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, o ile przepisy powołanej ustawy nie stanowią inaczej, SIWZ winna zawierać informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień. Nie chodzi bowiem o informację czy zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, lecz o informację o zamówieniach uzupełniających, czyli o informacji zawierające, chociażby skrócony opis przewidywanych zamówień uzupełniających (ograniczony do wskazania zakresu robót, których ilość, w toku realizacji inwestycji, może być zwiększona w wyniku udzielenia zamówień uzupełniających). Skoro więc, informacja o zamówieniach uzupełniających nie odpowiada wymogom ustawowym, nie może być uznana za prawnie skuteczną. Z kolei, biorąc oprócz tego pod uwagę, że wysokość kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (69449940 zł), jest mniejsza aniżeli, wyrażona w złotych, równowartość 20 000 000 euro, nie można zgodzić się z Zamawiającym, jakoby miał on obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

Zauważył, iż pomimo złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty zainteresowanie przetargiem patrząc tylko na ilość zadanych ok. 200 pytań było ogromne. Powyższe znakomicie potwierdza, iż brak ogłoszenia prasowego nie umożliwił komukolwiek wzięcia udziału w postępowaniu.

2) Odwołujący stwierdził, że czynność unieważnienia postępowania jest decyzją, powodującą daleko idące skutki dla uczestników postępowania dlatego przesłanki tej decyzji stanowią powinny być interpretowane ściśle. Przywołana przez Zamawiającego podstawa unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp wymaga wykazania, że w



postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania i wada tego postępowania skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy. Przesłankę tą należy zatem rozpatrywać łącznie ze wskazanymi w treści art. 146 ust. 1 ustawy pzp przesłankami nieważności umowy. Wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Jakikolwiek inne błędy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie miały wpływu na wynik tego postępowania i nie skutkują niemożnością zawarcia ważnej umowy z wykonawcą i nie mogą prowadzić do unieważnienia postępowania. (por. Wyrok KIO z dnia 10 lutego 2009 r., Sygn. akt: 125/09). 3) Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia stanowi zobowiązanie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia, z którego zwolnić może jedynie zajście wskazanych w ustawie lub odrębnych przepisach okoliczności. Z powyższym związana jest ścisła interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania wyliczonych enumeratywnie w art. 93 ust. 1 pkt 1-7 ustawy. W przypadku niemożliwości ich zastosowania i jednoczesnym wystąpieniu sytuacji, w której zamawiający uchyla się od zawarcia umowy z powodu wystąpienia z jego nawet nieumyślnej winy, takiej sytuacji, w której zawarcie ważnej umowy stało się niemożliwe, zamawiający powinien liczyć się z konsekwencjami nie wywiązania się z zobowiązania.

5. Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Odwołujący uzasadnił bezpodstawnym wykluczeniem go z postępowania i odrzuceniem złożonej oferty oraz na bezpodstawnym unieważnieniu postępowania. Wskazał, że rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego są wiążące nie tylko dla wykonawców, ale również dla Zamawiającego.

**Zamawiający** oddalił zarzuty uznając za uzasadnioną swoją decyzję o wykluczeniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z udziału w postępowaniu, odrzuceniu oferty oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, jak również zaniechaniu wyboru oferty jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Zamawiający stwierdził:

1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia w niniejszej sprawie jedyną ofertę złożył Odwołujący.

2. W rozdziale 9.1.5. SIWZ Zamawiający postanowił o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz dokumentach, jakich wymaga wraz z ofertą na potwierdzenia spełniania tych warunków. I tak, w rozdziale 9.1.5.2. tiret trzecie siwz Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali nie mniej niż jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu i montażu łukowej rurowej konstrukcji stalowej o rozpiętości nie mniejszej niż 70 m. W celu potwierdzenia spełniania

warunku wymagał wraz z ofertą wykazu sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do siwz, wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania) oraz dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane zawarte w wykazie zostały wykonane należycie.

3. Jak wynika z treści oferty Odwołującego (załącznik nr 2 do oferty -wykaz robót budowlanych, poz. 4.) na potwierdzenie spełniania powyżej opisanego warunku wykazał on robotę budowlaną polegającą na "budowie sztucznego lodowiska w Parku Kasprowicza w Poznaniu. Wykonano łukową rurową konstrukcję stalową dachu o rozpiętości 73 m współpracującej ze stałą powłoką zadaszania". Do przedmiotowego wykazu dołączył referencje z dnia 20 grudnia 2004 r. wystawione przez Fundację Rozwoju Sportu Szkolnego dla Tomasz Kaczmarka Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Maxi-Star Konstruktor Zakład Pracy Chronionej. Z treści przedmiotowego dokumentu explicite wynika między innymi, że "firma Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-ProdukcyjneMaxi -Star Konstruktor Zakład Pracy Chronionej Tomasz Kaczmarek (...) wyprodukowała i zmontowała konstrukcję stalową łukową rurową o rozpiętości 73 mm inwestycję sztucznego lodowiska w Parku Kasprowicza w Poznaniu. (...) Prace były wykonywane w roku 2004. Prace zostały wykonane terminowo, zgodnie z projektem technicznym, obowiązującymi przepisami, normami i sztuką budowlaną."

4. W tym stanie rzeczy Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2009 r. wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w pkt 3., w wyniku których Wykonawcy potwierdzili wykonanie ww. robót budowlanych w 2004 r. oraz podali szczegółowe dane odnoszące się do wykonanej konstrukcji rurowej stalowej. W dniu 2 września 2009 r. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w pkt 3., w związku z informacjami (powszechnie dostępne w Internecie, np.: <http://www.skyscrapercity.com/showthread.php?t=528473>). że robota budowlana do której wykonania odnoszą się przedmiotowe dokumenty, nie została wykonana. Z wyjaśnień uzyskanych od Wykonawcy wynika, że przedmiotowa konstrukcja nie została zamontowana w miejscu budowy lodowiska, a jedynie zmontowana (przygotowana do zamontowania) i odebrana przez zamawiającego. Wobec powyższego, Zamawiający w dniu 7 września 2009 r., ponownie wezwał Wykonawców do złożenia wyjaśnień i potwierdzenie zamontowania zmontowanej konstrukcji rurowej na budowie lodowiska w Poznaniu. Z odpowiedzi

Wykonawców z dnia 9 września 2009 r. wynika między innymi, że przedmiotowa konstrukcja nie została zamontowana w miejscu budowy lodowiska w Poznaniu, a jedynie zmontowana i odebrana przez zamawiającego w magazynach Wykonawcy w Rogoźnie,

5. Mając na uwadze powyżej opisany stan faktyczny w sprawie Zamawiający stwierdził, że wykaz dołączony do oferty Wykonawców oraz referencje, o których mowa w pkt 3. to informacje nieprawdziwe. Zostały bowiem złożone na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu nie mniej niż jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu i montażu łukowej rurowej konstrukcji stalowej o rozpiętości nie mniejszej niż 70 m. Tymczasem z dokumentów tych, wobec uzyskanych przez Zamawiającego wyjaśnień, wynika, że wykazana robota budowlana:

- nie została wykonana -była natomiast wykonywana w 2004 r.,
- nie polegała na zamontowaniu konstrukcji -polegała natomiast wyłącznie na wykonaniu (zmontowaniu) tej konstrukcji.

6. Nieprawdziwe informacje, o których mowa w pkt 5. mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania, albowiem potwierdzają spełnianie przez Wykonawców warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta. Mając ten fakt na uwadze Zamawiający słusznie wykluczył Wykonawców z udziału w tym postępowaniu, albowiem złożyli Oni nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

7. Ofertę Wykonawców wykluczonych uznaje się za odrzuconą.

8. Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

9. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została złożona tylko jedna oferta (oferta Wykonawców), którą uznaje się za odrzuconą oraz Zamawiający odrzucił tę ofertę, Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie, albowiem nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

10. Nadto Zamawiający stwierdził, że ustalając wartość zamówienia nie uwzględnił zamówień uzupełniających, o których mowa w rozdziale 7 SIWZ, a informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających nie została zawarta w treści ogłoszenia o zamówieniu. Niezależnie od powyższego, prawidłowo ustalona wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 PLN, co zobowiązuje Zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, czego w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał. Wskazane zaniechania Zamawiającego nie mogą zostać wykonane z uwagi na upływ

terminu składania ofert. W tym stanie rzeczy Zamawiający stwierdził, że w ostrożnej ocenie Zamawiającego zaniechania te mogą mieć wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Przedstawiając stanowisko Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron ustaliła i zważyła, co następuje.

Stwierdzono, że w rozdziale 9.1.5. SIWZ Zamawiający postanowił o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz dokumentach, jakich wymaga wraz z ofertą na potwierdzenia spełniania tych warunków. W pkt 9.1.5.2. tiret trzecie siwz ustalono, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali nie mniej niż jedno roboty budowlane polegające na wykonaniu i montażu łukowej rurowej konstrukcji stalowej o rozpiętości nie mniejszej niż 70 m. W celu potwierdzenia spełniania warunku należało złożyć wraz z ofertą wykaz wykonanych robót budowlanych, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane zawarte w wykazie zostały wykonane należycie.

Jak wynika z treści oferty Odwołującego (załącznik nr 2 do oferty - wykaz robót budowlanych, poz. 4.) na potwierdzenie spełniania powyżej opisanego warunku wykazał on roboty budowlane polegające na "budowie sztucznego lodowiska w Parku Kasprowicza w Poznaniu. Wykonano łukową rurową konstrukcję stalową dachu o rozpiętości 73 m współpracującej ze stałą powłoką zadaszzenia". Do przedmiotowego wykazu dołączył referencje z dnia 20 grudnia 2004 r. wystawione przez Fundację Rozwoju Sportu Szkolnego dla Tomasz Kaczmarka Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Maxi-Star Konstruktor Zakład Pracy Chronionej. Z treści dokumentu wynika, że "firma Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Maxi - Star Konstruktor Zakład Pracy Chronionej Tomasz Kaczmarek (...) wyprodukowała i zmontowała konstrukcję stalową łukową rurową o rozpiętości 73 m na inwestycję sztucznego lodowiska w Parku Kasprowicza w Poznaniu. (...) Prace były wykonywane w roku 2004. Prace zostały wykonane terminowo, zgodnie z projektem technicznym, obowiązującymi przepisami, normami i sztuką budowlaną".

W toku postępowania dowodowego ustalono, że wykonana konstrukcja nie została zamontowana w miejscu budowy lodowiska w Poznaniu tj. miejscu wskazanym w wykazie. W ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie nie można mówić, że pomimo wykonania konstrukcji o określonych parametrach i dokonaniu jej odbioru przez inwestora, zostały wykonane roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego tj. polegające na montażu obiektu budowlanego, a zatem Odwołujący nie potwierdził spełniania powołanego wyżej na podstawie treści SIWZ warunku udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia. Zdaniem Izby roboty budowlane to prace, które dotyczą obiektu budowlanego związanego z gruntem, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Ponadto, zdaniem Izby, warunek postawiony przez Zamawiającego, na gruncie art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, czyli zgodnie z przyjętym w zamówieniach publicznych powszechnym rozumieniem, w zakresie „montażu” należałoby rozumieć jako połączenie z gruntem, fundamentami itp. w zależności od przyjętej technologii, natomiast sam zakup lub wyprodukowanie części i ich połączenie ze sobą („montaż części”) spełniają raczej część warunku związaną z „wykonaniem konstrukcji”.

Mając na uwadze powyżej opisany stan faktyczny w sprawie stwierdzić jednak należy, że brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału poprzez błędne wskazanie wykonanych prac jako robót budowlanych odpowiadających wymaganiu Zamawiającego, nie stanowił dla Zamawiającego podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, że wskazany przepis nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W toku postępowania wyjaśniającego Odwołujący wskazywał, że w pozycji nr 3 wykazu zawarł opis robót budowlanych, które mogłyby potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zakwestionowanego przez Zamawiającego. Zamawiający praktycznie pominął tę kwestię, skupiając się jedynie na pracach opisanych w pozycji 4 wykazu. Jeżeli rzeczywiście Odwołujący byłby w stanie wykazać, za pomocą robót budowlanych ujętych w innej pozycji wykazu, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, który nie został potwierdzony przez prace opisane pod pozycją 3, nie byłoby podstaw do wykluczenia go z powodu podania nieprawdziwych informacji (zresztą, informacje te są nie tyle nieprawdziwe, co raczej dwuznaczne – Odwołujący nie upierał się bowiem, że zamontował wykonaną przez siebie konstrukcję, a Strony różniły się co do interpretacji rodzaju wykonanych prac z punktu widzenia prawa budowlanego), ponieważ informacje te nie miałyby wpływu na wynik postępowania.

Wobec opisanych wyżej okoliczności, w rozpatrywanej sprawie Zamawiający, który stwierdził, że nie otrzymał potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien, na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinien zażądać od wykonawcy dokumentów na potwierdzenie spełnienia postawionych warunków.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w jego następstwie uznania oferty Odwołującego za odrzuconą.

Skład orzekający Izby nie stwierdził zajścia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności braku podstaw unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zostały wskazane powyżej.

Podane przez Zamawiającego uchybienia w toku prowadzonego postępowania, a dotyczące podania informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, a także zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, czego Zamawiający zaniechał, nie są wadami postępowania, które uniemożliwiałyby zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na względzie, orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp tj. stosownie do wyniku sprawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....