

Sygn. akt: KIO 1691/11

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Grupa 3J S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-713 Warszawa, ul. Żagańska 19** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka w Warszawie, 04-730 Warszawa, Al. Dzieci Polskich 20,**

przy udziale wykonawcy **COMPLEX BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 04-669 Warszawa, ul. Kobryńska 28A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1691/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Grupa 3J S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-713 Warszawa, ul. Żagańska 19 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Grupa 3J S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-713 Warszawa, ul. Żagańska 19** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Instytut „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka” w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę i przebudowę Kliniki Anestezjologii i Intensywnej Terapii w Instytucie „Pomnik Centrum - Zdrowia Dziecka. (Blok operacyjny, OIT I, OIT II, OIT III)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 kwietnia 2011 r., nr 2011/S 72-117587.

W dniu 28 sierpnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Grupa 3J S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy COMPLEX BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą COMPLEX”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 8 sierpnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 8 sierpnia 2011 r.) na zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy COMPLEX oraz na czynność uznania oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy COMPLEX z postępowania i w związku z tym zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy COMPLEX z postępowania i w związku z tym zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą,
3. zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w efekcie czego wykluczenie wykonawcy COMPLEX z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą,
 - c) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego,

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż robota wskazana przez wykonawcę COMPLEX w pozycji 1 „Wykazu wykonanych robót budowlanych (...)” realizowana na rzecz Centrum Kultury i Sztuki w Siedlcach o wartości 10.163.385,16 zł brutto nie stanowi jednej roboty o wskazanej wartości, lecz dwie roboty budowlane na tym samym obiekcie wraz z sześcioma robotami dodatkowymi, wykonywane w około rocznym odstępie czasu. Wartość żadnych z tych robót nie wyniosła 10.000.000,00 zł. W ocenie Odwołującego oznacza to, iż wykonawca COMPLEX złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania. Z treści pkt 8.1.2 SIWZ jednoznacznie wynikało, iż każda z wykazanych robót winna dotyczyć obiektów użyteczności publicznej oraz opiewać na wartość co najmniej 10.000.000,00 zł brutto. Przedłożone nieprawdziwe informacje są wynikiem zamiaru bezpośredniego lub też wynikiem zamiaru ewentualnego, bądź wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych przy jednoczesnym przypuszczeniu, iż nie zostaną one ujawnione, albo wreszcie wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Podanie nieprawdziwych informacji nie podlega konwalidacji, poprzez umożliwienie wykonawcy złożenia nowego dokumentu w miejsce dokumentu niezgodnego dlatego też wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta winna być odrzucona

W dniu 9 sierpnia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca COMPLEX otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 12 sierpnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca COMPLEX przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W przystąpieniu wykonawca COMPLEX wskazał, iż w treści wykazu podał nazwę zgodną z treścią referencji z dnia 29.12.2010 r. wydanej przez Inwestora oraz wskazanej tam wartości jednego zadania inwestycyjnego. Przedmiotowe zadanie jako realizowane na tym samym obiekcie przez posiadające wspólne elementy uzyskało jedną decyzję administracyjną - Pozwolenie na budowę – tym samym należy je traktować jako jedno zadanie inwestycyjne, na którym wykonywane były roboty budowlane na łączną kwotę 10.163.385,16 zł. Z treści przedłożonych referencji wynika także, iż wykonawca COMPLEX przedmiotowe zadanie realizował w oparciu o umowy, a nie jedna umowę. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treści SIWZ, złożonych ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

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

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie 8.1.2 SIWZ wskazał, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. „posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia: warunek ten będzie spełniony przez Wykonawcę, jeżeli wykonał, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzy roboty budowlane w obiektach użyteczności publicznej o wartości min. 10 mln zł brutto każda, (...)”, na potwierdzenie powyższego – zgodnie z pkt 9.A.2 SIWZ – żądając załączenia do oferty „wykazu wykonanych robót budowlanych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1.2 SIWZ wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – według załącznika nr 7 do SIWZ”.

Wykonawca COMPLEX w załączeniu do oferty złożył załącznik nr 7 do SIWZ „Wykaz wykonanych robót budowlanych” (str. 36 oferty) oraz referencje (str. 37-41 oferty), w tym referencje z dnia 29 grudnia 2010 r. wystawione przez Centrum Kultury i Sztuki w Siedlcach (str. 37 oferty). Wykonawca ten w pozycji 1 wykazu rubryka 1 „Nazwa i adres Zamawiającego” podał „Centrum Kultury i Sztuki; 08-110 Siedlce; ul. Bpa I. Świrskiego 31”, w rubryce 2 „Szczegółowy opis (zakres musi potwierdzać spełnienie warunków postawionych przez Zamawiającego)” podał „Rozbudowa i modernizacja budynku Centrum kultury i Sztuki: roboty budowlane, elektryczne, instalacje wod-kan, instalacje elektryczne i teletechniczne, instalacja monitoringu, i p.poż.: instalacja akustyczna i nagłośnienia”, w rubryce 3 „Wartość

brutto**” podał „10.163.385,16 zł”, natomiast w rubryce 4 „Dzień, miesiąc, rok zakończenia inwestycji” podał „30.11.2010 r.”.

Odwołujący zakwestionował informacje zawarte w pozycji 1 wykazu, podnosząc iż zawierają one nieprawdziwe informacje, a tym samym nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Powyższe wymaga więc ustalenia w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż istotnie dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i niezgodność ta nie budzi żadnych wątpliwości.

Tymczasem już sam Odwołujący, podnosząc okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji, jest niekonsekwentny co do tego które to informacje zawarte w kwestionowanej pozycji „Wykazu wykonanych robót budowlanych” są w istocie informacjami nieprawdziwymi. Takimi informacjami – w ocenie Odwołującego, jak wynika z treści odwołania – są informacje dotyczące roboty budowlanej wyspecyfikowanej w pozycji 1 wykazu wskazane w rubryce 3 „Wartość brutto**”, a mianowicie podana przez wykonawcę COMPLEX wartość brutto („10.163.385,16 zł”) zrealizowanej roboty. Z kolei z treści oświadczenia złożonego przez Odwołującego na rozprawie wynika, iż nieprawdziwe są informacje zawarte w rubryce 2 „Szczegółowy opis (zakres musi potwierdzać spełnienie warunków postawionych przez Zamawiającego)”, gdyż – jak podniósł Odwołujący - wskazana tam robota obejmowała dwie roboty budowlane na tym samym obiekcie wraz z sześcioma robotami dodatkowymi, a nie jedną o wymaganej przez Zamawiającego wartości. Niemniej jednak nie kwestionował on referencji z dnia 29 grudnia 2010 r. wystawionych przez Centrum Kultury i Sztuki w Siedlcach, a więc wydanej przez inwestora, w której to podano zarówno nazwę zrealizowanego zadania inwestycyjnego, jak i jego kwotę. I informacje te – pochodzące z referencji - są zgodne z informacjami podanymi przez wykonawcę COMPLEX w pozycji 1 złożonego wykazu. Wykonawca COMPLEX wskazał bowiem m.in. nazwę roboty budowlanej, jej zakres, jak i jej wartość, i dane te są zgodne z danymi zawartymi w treści referencji, a więc dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji nie może być więc mowy o złożeniu nieprawdziwych informacji. Złożone referencje potwierdzają bowiem prawdziwość oświadczenia złożonego przez wykonawcę COMPLEX. Istotnie – jak słusznie zauważył Odwołujący – celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Jednak w przypadku zarzutu nieprawdziwych informacji, a więc treści podanych przez wykonawcę COMPLEX w oświadczeniu zawartym w pozycji 1 wykazu należy dokonać

zestawienia tych treści (pozycji 1 wykazu) kwestionowanych przez Odwołującego z informacjami zawartymi w treści referencji, a dotyczącymi spornych kwestii. Takie zestawienie jednoznacznie przesądza o braku podstaw do postawienia zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji. Informacje zawarte w kwestionowanej pozycji wykazu są bowiem zgodne z informacjami podanymi w referencjach. Określone dane o ile zostały w referencjach wskazane nie mogą być bowiem rozbieżne z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę z wykazie. Rozbieżność, o ile by zaistniała, musiałaby wskazywać na tak znaczną różnicę, która uniemożliwiłaby ustalenie czy dotyczy tych samych robót. W niniejszym stanie faktycznym sytuacja taka nie miała miejsca. Złożone referencje są zbieżne z informacjami zawartymi w pozycji 1 wykazu, a tym samym potwierdzają prawdziwość informacji podanych przez wykonawcę COMPLEX w pozycji 1 wykazu. Odwołujący nie wykazał więc, iż informacje zawarte w pozycji 1 wykazu są informacjami nieprawdziwymi, mimo iż to na nim – zgodnie z art. 6 k.c. – ciąży ciężar dowodu. Dowodu takiego nie stanowią bowiem wyciągi ze strony internetowej Centrum Kultury i Sztuki w Siedlcach, ani też ogłoszenia o zamówieniu i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Potwierdzają bowiem one jedynie to, iż na rzecz Centrum Kultury i Sztuki w Siedlcach – w ramach kilku umów - były realizowane określone roboty. Okoliczność ta jest bezsporna i została ona potwierdzona w treści referencji („(...) w ramach jednego zadania inwestycyjnego (...)”, „(...) wywiązał się z zawartych umów (...)”). Brak jest więc podstaw do uznania, iż wykonawca COMPLEX złożył nieprawdziwe informacje. Aby bowiem wykazać zasadność zarzutu podania nieprawdziwych informacji, Odwołujący musiałby wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że wykonawca COMPLEX w dokumentach składanych wraz z ofertą podał informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

Dowodem na złożenie nieprawdziwych informacji nie może być także odniesienie jednej roboty do jednego ogłoszenia o zamówienie i jednej umowy. Sam Odwołujący przyznał już bowiem na rozprawie, wbrew wcześniejszym twierdzeniom zawartym w odwołaniu, że jedna robota może być wykonana na podstawie kilku umów (umowy o roboty budowlane oraz umów o roboty dodatkowe), dopuszczając tym samym objęcie jednej roboty kilkoma umowami. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w treści postawionego warunku nie wskazał, czy dana robota budowlana wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma być utożsamiana z jedną konkretną umową, czy też ma stanowić całość realizowanego świadczenia dla danego Zamawiającego, niezależnie od liczby zawartych umów. W niniejszym stanie faktycznym robota budowlana wykazana przez wykonawcę COMPLEX w pozycji 1 wykazu jest zadaniem inwestycyjnym (co jednoznacznie wskazano w treści referencji) wykonanym w ramach „umów”, a nie wyłącznie jednej umowy. W tym zakresie wykonawca ten nie podał więc nieprawdziwych informacji. Robotę wykonano bowiem w ramach „umów”, a Centrum Kultury i Sztuki w Siedlcach – jak wynika z treści

referencji – stwierdziło, iż wykonawca ten realizował na jego rzecz jedno zadanie inwestycyjne obejmujące rozbudowę i modernizację jego budynku w ramach „zawartych umów”. Przedmiotem zamówienia była więc zarówno modernizacja, jak i rozbudowa tego samego obiektu, obiektu dla którego uzyskano jedną decyzję administracyjną (pozwolenie na użytkowanie), stanowiące więc jedną funkcjonalną całość. Całe zadania było wykonywane w ramach jednego przedsięwzięcia co zresztą znalazło odzwierciedlenie w treści wystawionych referencji. Skoro więc celem żądania wykazania się doświadczeniem jest sprawdzenie, czy dany wykonawca wykonywał określone, wymagane przez Zamawiającego roboty budowlane i czy roboty budowlane wykonał w sposób należyty, ograniczenie „roboty budowlanej” (jednego zadania) wyłącznie do jednej umowy, przy określonym brzmieniu postawionego warunku i w jego konsekwencji przypisywanie złożenia nieprawdziwych informacji wykonawcy COMPLEX jest nieuprawnione.

Tym samym zarzut złożenia nieprawdziwych informacji nie potwierdził się, jak również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp podnoszony jako konsekwencja złożenia nieprawdziwych informacji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: