

Sygn. akt: KIO 1066/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 6 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A., T4B Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych, Plac Niepodległości 1, 22-100 Chełm,**

przy udziale wykonawcy **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A., T4B Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A., T4B Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - Budimex S.A. (lider) oraz T4B Spółka z o.o. (partner) z Warszawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych 1z siedzibą Chełmie, którego przedmiotem jest „Budowa Drogowego Przejścia Granicznego w Dołhobyczowie - etap I, część IV.” Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawca Erbud S.A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz 4) ustawy Pzp, albowiem wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz, który nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 7 p.z.p. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu, gdyż w wyniku dokonania wyboru oferty nieważnej zamówienie może uzyskać wykonawca, który ze względu na złożenie informacji nieprawdziwych utracił możliwość uzyskania zamówienia. Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu i dokonania ponownej oceny złożonych ofert, oraz wykluczenia Erbud S.A., z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz 4) ustawy Pzp. W uzasadnieniu odwołania wykonawca w szczególności podał, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał wykazania się przez wykonawców ubiegających się doświadczeniem *„w wykonaniu (tj. zakończeniu) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu systemów niskonapięciowych obejmujących co najmniej jeden lub kilka łącznie z następujących systemów: SKD, SSWiN, SSP, CCTV, SWOC, ANPR, TCS SSR, okablowanie strukturalne, sieci WLAN o wartości: 1) co najmniej 12,00 mln PLN brutto lub 2) co najmniej 15,00 mln brutto, w przypadku wykonania kilku systemów łącznie, w którym jednoznacznie wskazano na elementy rozliczeniowe jako pozycje harmonogramów wraz ze stwierdzeniem, że są to wartości końcowe.* Wykonawca ERBUD S.A. złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych robót budowlanych potwierdzający spełnienie m.in. wyżej wymienionego warunków (str 13 oferty Erbud SA). W wykazie tym podano, że wykazane systemy niskoprądowe zostały wykonane za kwotę 18 893 944 zł. co, sugeruje że prace te potwierdzają spełnienie warunku i w celu potwierdzenia należytego wykonania umowy załączono referencję wystawioną w dniu 3 stycznia 2012 r. przez Gdański Uniwersytet Medyczny, z której treści ma wynikać, iż spółka ERBUD S.A. jako Generalny Wykonawca zrealizowała zadanie inwestycyjne pod nazwą „Budowa obiektu Centrum Medycyny Inwazyjnej (CMI) mającego pełnić funkcję centrum medycznego oraz funkcje dydaktyczne

Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku w zakresie prac objętych projektem budowlanym i wykonawczym". Wartość zleconych robót wyniosła 201 412 957,89 zł. Jak wynikało z treści referencji w ramach realizacji powołanej inwestycji wykonano instalacje i sieci teletechniczne z osprzętem (m.in. sygnalizacji pożarowej SAP z systemem Gemos, dźwiękowy system ostrzegawczy DSO, system alarmowy SSWiN, telewizji przemysłowej CCTV, zabezpieczenia ogólnego i kontroli dostępu KD, system audiowizualny i telewizji dydaktycznej, TV-SAT, instalacje teletechniczne dla potrzeb medycznych - instalacje przyzywowe i kontroli wejścia, system przywoławczy, okablowanie strukturalne i telefoniczne). W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Erbud S.A. dołączył dokument „wykaz zrealizowanych systemów niskonapięciowych w ramach zamówienia, w którym wskazano wszystkie opisane w referencji systemy niskoprądowe, wskazując ich wartość na 18 893 944 zł brutto, co miało potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonego dokumentu, „w zakresie łącznej wartości, wykonanych w ramach budowy CMI, systemów niskoprądowych spełniających wymagania zamawiającego", który oświadczył, że wartość systemów wymaganych przez Zamawiającego, a zrealizowanych w ramach inwestycji wskazanej w referencji spełnia wartość minimalną 15 milionów zł brutto. Jak stwierdzono w odwołaniu, w wyniku zapoznania się z treścią ofert, Budimex S.A., jako profesjonalny wykonawca robót poddał w wątpliwość możliwość uzyskania wynagrodzenia rzędu 15 mln zł brutto, za wymienione przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu systemy, szczególnie w świetle faktu, że już z treści samej referencji wynikało, że na kwotę wskazanych w wykazie ponad 18 mln zł brutto składało się szereg systemów, które nie zostały przez Zamawiającego wskazane w siwz i ogłoszeniu. Ponadto Konsorcjum Budimex miało pełnię wiedzy na temat zakresu oraz wyceny przedmiotu zamówienia inwestycji (zadania głównego) zrealizowanej w Gdańsku, gdyż lider odwołującego się konsorcjum - Budimex S.A. również brał udział w tamtym postępowaniu przetargowym. Z wiedzy uzyskanej w toku postępowania prowadzonego przez Gdański Uniwersytet Medyczny wynikało jednoznacznie, iż zaoferowane przez Erbud S.A. w toku tamtego przetargu instalacje teletechniczne, które spełniałyby wymagania również siwz i ogłoszenia w postępowaniu prowadzonym przez Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych miały wartość niespełniającą wymogu minimalnego 15 mln złotych brutto i to twierdzenie zostało oparte na opinii Polskiej Izby Systemów Alarmowych sporządzonej na prośbę Partnera Konsorcjum Budimex, spółki T4B Sp. z o.o., w której stwierdzono, że wartość wymaganych przez Zamawiającego robót, zrealizowanych w ramach kontraktu w Gdańsku wyniosła 12 167 007,41 zł brutto. Odwołujący podkreślił w odwołaniu, że powyższe zostało przez Konsorcjum Budimex wywiedzione nie z wyliczeń własnych, ale przede wszystkim z opinii Polskiej Izby Systemów Alarmowych, która jako członek Krajowej Izby Gospodarczej może

być traktowana jako podmiot fachowy w zakresie instalacji teletechnicznych. [stanowisko wyrażone pismem z dnia 22 maja 2012 r.] wskazane wartości opierają się na opracowaniu własnych wyliczeń powołanego podmiotu na podstawie przedłożonych harmonogramów rzeczowo finansowych, zawierających wyceny poszczególnych elementów realizowanych w ramach kontraktu w Gdańsku, które zostały załączone w odwołaniu. Odwołujący podał także, spółka Erbud w wyjaśnieniach z dnia 7 maja 2012 r. sama wskazała, iż w trakcie realizacji kontraktu dla Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego zrealizowała jedynie systemy: SKD, SSWiN, SSP, CCTV, okablowania strukturalnego, sieci WLAN, wyłączając równocześnie własnym oświadczeniem sieci TCS SSR. W opinii jednak Polskiej Izby Systemów Alarmowych znajdujące się w zakresie robót i opisany „system parkingowy z oprogramowaniem automatycznym naliczającym opłaty parkingowe oraz pełnym zarządzaniem kartami zbliżeniowymi” może zostać zakwalifikowany w grupie systemów TCS SSR. Tym samym to sama Spółka Erbud wykluczyła możliwość powoływania się na wartość podaną dla tego systemu. Zważając na powyższe, uwzględniając treść wyjaśnień Erbud wartość systemów wykonanych w ramach kontraktu „Budowa Centrum Medycyny Inwazyjnej (CMI) mającego pełnić funkcję centrum medycznego oraz funkcje dydaktyczne Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku w zakresie prac objętych projektem budowlanym i wykonawczym”, spełniających warunki siwz i ogłoszenia wynosi jedynie 11 738 122,63 zł. W konkluzji wykonawca stwierdził, że Erbud S.A. składając ofertę zawierającą oświadczenie na stronie 13 oraz wyjaśniając treść swojej oferty pismem z dnia 7 maja 2012 r. poświadczył nieprawdę, a co za tym idzie zostały wypełnione przesłanki ustawowe zawarte w art. 24 ust. 2 punkt 3) ustawy Pzp obligujące Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wskazać należy, że zgodnie z treścią powołanej normy prawnej Zamawiający nie ma uprawnienia, a obowiązek wykluczenia wykonawcy, który poświadczył nieprawdę. Jednocześnie nie spełnienie warunku powoduje obowiązek wykluczenia Erbud SA również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów. Po pierwsze występuje samoistna przesłanka wykluczenia ze względu na podanie nieprawdziwych informacji wpływających na wynik postępowania. Po drugie wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma miejsce wyłącznie gdy oferta nie podlega odrzuceniu, zatem wykazanie złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia w oparciu o przepis art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp bez uprzedniego wezwania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ERBUD S.A wnosząc w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieczytelność dokumentów stanowiących załączniki do odwołania.

## **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, albowiem odwołujący nie przekazał *de facto* kopii odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do jego złożenia. Tak jak ustaliła Izba na odwołanie w niniejszej sprawie składał się między innymi załącznik nr 5 obejmujący: (1) wniosek o udostępnienie informacji publicznej, złożony przez Partnera Konsorcjum T4B Sp. z o.o.; (2) kopie harmonogramów rzeczowo - finansowych przekazanych w ramach realizacji powołanego wniosku wraz z pismem przewodnim Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego, (3) wniosek o opinię rzeczoznawcy tj. Polskiej Izby Systemów Alarmowych w kwestii wyjaśnienia skrótów systemów użytych przez Zamawiającego i oceny dokumentów wskazanych w pkt 2), pod kątem wartości systemów wykonanych przez Erbud SA w ramach inwestycji wskazanej w referencji, które spełniają wymagania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz (4) opinię rzeczoznawcy Polskiej Izby Systemów Alarmowych wraz z zestawieniem pozycji oraz wartości poszczególnych rodzajów instalacji teletechnicznych, stanowiących elementy rozliczeniowe z wyszczególnieniem tych instalacji, które wg Polskiej Izby Systemów Alarmowych spełniają wymagania siwz i ogłoszenia Lubelskiego Zarządu Obsługi Przejść Granicznych w Chełmie. Taki załącznik został przekazany w odwołaniu do Prezesa KIO oraz Zamawiającemu. Izba stwierdziła, że harmonogramy, stanowiące podstawę wydania opinii przez Polskiej Izby Systemów Alarmowych są nieczytelne, zarówno te, które zostały załączone do odwołania wniesionego do Prezesa KIO jak i do odwołania przekazanego do Zamawiającego. Tylko miejscami bez żadnych wątpliwości można odczytać opis pozycji prawdopodobnie identyfikujących wymagane systemy zgodnie z opisanym w Ogłoszeniu warunku jak również wartość której dotyczy dany zakres wykonanych prac. Izba zwraca uwagę, że w tym postępowaniu Zamawiający wymagał doświadczenia w (...) wykonaniu (...) (tj. zakończeniu) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu systemów niskonapięciowych obejmujących co najmniej jeden lub kilka łącznie z następujących systemów: SKD, SSWiN, SSP, CCTV, SWOC, ANPR, TCS SSR, okablowanie strukturalne, sieci WLAN o wartości: 1) co najmniej 12,00 mln PLN brutto lub 2) co najmniej 15,00 mln brutto, w przypadku wykonania kilku systemów łącznie.” Tym samym dane zawarte w harmonogramie stanowiły, zdaniem Izby, element i to istotny odwołania, a to powodowało konieczność również przekazania tego dokumentu na podstawie art. 180 ust.5 ustawy Pzp - jako jednego z elementów kopii odwołania - w formie umożliwiającej zapoznanie się z jego treścią. Harmonogram przekazany Zamawiającemu tak jak ustaliła Izba był nieczytelny w przeważającej części i jak już wskazano analogicznej jakości dokument został załączony do odwołania wniesionego do Prezesa KIO. Zamawiający – na posiedzeniu oświadczył również, że kopia odwołania, którą otrzymał od odwołującego, nie pozwalała w konsekwencji zamawiającemu na przeprowadzenie oceny podniesionych zarzutów, z uwagi na nieczytelność elementu odwołania z załącznika Nr 5 –

harmonogramu. Odwołujący – w toku posiedzenia - nie przeczył, że harmonogram w takiej formie i o takiej treści przekazał Zamawiającemu. Nie dowodził także, że dokument o innej jakości – czytelny przesłał do opiniującej Polskiej Izby Systemów Alarmowych [PISA]. Jednocześnie w treści odwołania podkreślał, że opinia PISA została (...) wywiedziona nie z wyliczeń własnych, ale przede wszystkim z opinii Polskiej Izby Systemów Alarmowych”, który to podmiot wskazane przez Odwołującego wartości oparł (...) na opracowaniu własnych wyliczeń(...) oraz (...) na podstawie przedłożonych harmonogramów, zawierających wyceny poszczególnych elementów realizowanych w ramach kontraktu (...) i tym samym pośrednio przyznał, że sporne nieczytelne harmonogramy stanowiły element odwołania.

W konkluzji Izba zwraca uwagę, że zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, odwołanie zawierać musi między innymi wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających odwołanie oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. Zdaniem Izby sporne harmonogramy rzeczowo – finansowe, mimo ich redakcyjnego wyodrębnienia przez wnoszącego odwołanie z części zasadniczej odwołania, stanowią element konstytuujący treść odwołania, o którym stanowi w art. 180 ust. 3 *in fine* ustawy Pzp w związku z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia. Izba stwierdza także, że – tak jak wskazuje się w orzecznictwie KIO – (...) obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania ma na nie tylko walor informacyjny”, albowiem z uwagi na przewidzianą w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przekazana kopia powinna umożliwiać w szczególności zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska odwołującego i w przypadku zamawiającego - pozwolić na rozważenie ewentualnego uwzględnienia zarzutów odwołania, a wykonawcom - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego i ewentualne zgłoszenie sprzeciwu. Tym samym, w tych okolicznościach faktycznych, nastąpiło przesłanie Zamawiającemu odwołania o niepełnej treści z uwagi na nieczytelność w części załącznika nr 5 zawierającego istotne informacje, a to oznacza, że odwołujący nie przesłał kopii odwołania w rozumieniu art. 180 ust. 3 i 5 Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia, a zatem odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, co w konsekwencji skutkuje - zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp - odrzuceniem odwołania.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....