

Sygn. akt: KIO 363/13

WYROK

z dnia 1 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2013 r. przez wykonawcę

Techbud Sp. z o.o. ul. Kępska 6, 45-129 Opole

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Świętochłowice ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Techbud Sp. z o.o. ul. Kępska 6, 45-129 Opole i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Techbud Sp. z o.o. ul. Kępska 6, 45-129 Opole tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Świętochłowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych rewitalizacji kąpieliska miejskiego w technologii stawu naturalnego na bazie nieużytkowanego basenu na terenie OSiR *Skalka* przy Alei Parkowej 15 w Świętochłowicach, budowy budynku użytkowego wielofunkcyjnego i zagospodarowania terenu całego kąpieliska w formule *zaprojektuj i wybuduj* wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad ich realizacją” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 listopada 2012 r. pod numerem 468762-2012, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Termin składania ofert został wyznaczony na 7 stycznia 2013 r., w tym terminie wpłynęła jedna oferta złożona przez Techbud Sp. z o.o. (odwołującego).

13 lutego 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i odrzuceniu jego oferty zgodnie z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, iż postawił m.in. warunek udziału w postępowaniu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia: projektantem posiadającym uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń posiadającym minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³ (pkt 1.3.5. specyfikacji) oraz projektantem posiadającym uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń posiadającym minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³ (pkt 1.3.6. specyfikacji). Wykonawca zobowiązany był do przedłożenia wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Wykonawca przedłożył oświadczenie, że może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie i spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz wykaz osób wraz z oświadczeniem, że osoby wskazane w wykazie posiadają wymagane uprawnienia. W wykazie wskazał, że P..... S..... jest projektantem posiadającym uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, posiadającym sześćoletnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³ zdobyte podczas realizacji dwóch projektów rozbudowy szkół w miejscowościach Nowa Biąła i Pyzówka o sale gimnastyczne wraz z zapleczem, kubatura obu obiektów powyżej 4.000 m³.

Podobnie wskazał W..... B..... jako projektanta posiadającego uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, posiadającego 26-letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³ zdobyte podczas realizacji dwóch projektów rozbudowy szkół w m. Nowa Biąła i Pyzówka o sale gimnastyczne wraz z zapleczem, kubatura obu obiektów powyżej 4.000 m³. Zamawiający powziął wątpliwości co do treści wykazu w zakresie doświadczenia obu projektantów poprzez porównanie podanych informacji z dostępną informacją publiczną zamieszczoną w Biuletynie Informacji Publicznej miasta Nowy Targ i wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonego wykazu osób i zawartych w nim informacji. Wykonawca przyznał, że ww. projekty nie zostały jeszcze zrealizowane, zatem potwierdzają jedynie spełnianie warunku doświadczenia projektantów w zakresie projektowania, natomiast nie potwierdzają posiadanego doświadczenia w zakresie nadzoru autorskiego i załączył oświadczenia projektantów o posiadanym doświadczeniu oraz poprawiony wykaz osób, w którym są już prawidłowo podane obiekty. Zamawiający nie zgodził się z wyjaśnieniami wykonawcy oraz nie uwzględnił uzupełnionych dokumentów i 21 stycznia 2013 r. zawiadomił wykonawcę o wykluczeniu go z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ uznał, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i unieważnił postępowanie. Wykonawca wniósł odwołanie, które zamawiający uwzględnił (jak dodał podczas rozprawy – ze względu na to, że w tym czasie dotarły do niego informacje, że również dane dotyczące wykonania robót budowlanych są nieprawdziwe).

Dokonując ponownego badania złożonej oferty zamawiający sprawdził informacje dotyczącą przedstawionej w nowym wykazie budowy budynku usługowego o funkcji handlowo-biurowej we Wrocławiu o powierzchni 1.340 m² i kubaturze 9.787 m³ oraz rozbudowy i przebudowy budynku dla potrzeb domu weselnego z pokojami gościnnymi w Kornicach o powierzchni łącznej 1.145 m² i kubaturze 4.000 m³. Potwierdzona została informacja co do obiektu we

Wrocławiu, natomiast nie została potwierdzona informacja dotycząca przebudowy domu weselnego w Kornicach. Z otrzymanej z Wydziału Architektury i Budownictwa informacji wynika, że zgodnie z danymi przedstawionymi w opisie technicznym zatwierdzonego projektu powierzchnia zabudowy wynosi 843 m², powierzchnia użytkowa 839 m², a kubatura 2.093,40 m³. Natomiast z otrzymanej z Powiatowego Nadzoru Budowlanego informacji wynika, że w ewidencji rozpoczynanych i oddawanych do użytkowania obiektów budowlanych nie ma zawiadomienia o zakończeniu budowy budynku położonego w Kornicach oraz pozwolenia na użytkowanie. Zatem wykonawca podał informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, tj. pierwotnie dotyczące wykonywania robót budowlanych i sprawowania nadzoru autorskiego nad projektem w okolicznościach, kiedy w ogóle nie rozpoczęto wykonywania robót i tym samym sprawowania nadzoru autorskiego, a kolejny raz wskazując na zaprojektowanie i nadzorowanie budynku o kubaturze 4.000 m³, kiedy kubatura wynosi 2.093,40 m³ i nie wiadomo, czy przedmiotowa inwestycja została zakończona. Trudno zatem w sytuacji dwukrotnego podania przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością uznać, że nie było to działanie celowe, zamierzone, podjęte z zamiarem podania nieprawdziwych informacji zmierzających do wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania dla siebie zamówienia publicznego i gdyby zamawiający nie sprawdził zawartych w nich informacji, wybrałby ofertę, która nie odpowiada jego wymaganiom. Także na profesjonalny charakter działalności wykonawcy powinien eliminować jakikolwiek błąd co do przedkładanych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca miał wiedzę o autentycznych danych dotyczących doświadczenia projektantów lub co najmniej przy dołożeniu należytej staranności powinien taką wiedzę posiadać przed złożeniem wymaganych informacji (dokumentów).

Również dokument w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji posiadanego przez ten podmiot zasobu osobowego zawiera nieprawdziwe informacje. Wykonawca przedłożył w ramach uzupełnienia dokumentów zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. Pracowni Projektowo – Konserwatorskiej PROKON kierowanej przez A..... W..... – B..... do udostępnienia osób, asystentów projektantów oraz projektantów P..... S..... i W..... B..... Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, jaka jest podstawa prawna dysponowania przez Pracownię Projektowo – Konserwatorską PROKON osobą P..... S..... i W..... B..... W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił, że podmiot trzeci dysponuje osobą W..... B..... na podstawie umowy o pracę, natomiast P..... S..... na podstawie umowy o współpracy.

Z treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że podmiot trzeci może udostępnić tylko swoje własne zasoby, które posiada, rozporządza nimi, a nie może

natomiast udostępnić zasobów kolejnego trzeciego podmiotu, z którym ma podpisaną umowę o współpracy (nie wiadomo o jakiej treści) i polegać na zdobytym doświadczeniu i wiedzy tego podmiotu. Dysponowanie pracownikami podmiotu trzeciego nie oznacza, że w ten sposób nastąpiło przeniesienie wiedzy i doświadczenia całego przedsiębiorstwa, w którym pracownicy pracują. Wiedza i doświadczenie jako składnik przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ Kodeksu cywilnego nie są tożsame z wiedzą i doświadczeniem jego poszczególnych pracowników. Z treści zobowiązana wynika, że udostępnienie dotyczy osób, które w ramach tego udostępnienia będą podlegały podmiotowi je udostępniającemu, tj. Pracowni Projektowo – Konserwatorskiej PROKON oraz będzie wiązało się z wykonywaniem przez ten podmiot czynności projektowych w ramach zamówienia. Zatem podmiot trzeci nie udostępnił swoich zasobów w postaci pracowników, bowiem w zobowiązaniu posłużył się potencjałem pracowniczym innego podmiotu trzeciego tj. ARP-STUDIO mgr inż. arch. P..... S.....

Zamawiający w ramach posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie robót budowlanych wymagał od wykonawców wykonania minimum jednych robót budowlanych polegających na budowie kąpieliska/basenu w technologii naturalnego stawu kąpielowego o powierzchni lustra wody co najmniej 1000 m².

Dla potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Wykonawca przedłożył wykaz robót budowlanych oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie robót wskazanych w wykazie. Wykonawca wskazał, że wykonał budowę kąpieliska w technologii naturalnego stawu kąpielowego o powierzchni lustra wody 1308 m² i załączył referencje wystawione przez prywatnego inwestora K..... B..... potwierdzające, że wszystkie prace zostały wykonane terminowo z należyłą starannością, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Dokonując ponownego badania złożonej oferty zamawiający sprawdził informację dotyczącą budowy ww. kąpieliska/basenu i uzyskał informacje, z których wynika, że w Wydziale Architektury Budownictwa i Rozwoju Powiatu w Kępnie nie ma żadnej informacji oraz nie było prowadzone żadne postępowanie dotyczące budowy kąpieliska/basenu w technologii stawu naturalnego w miejscowości Rychtal dla K..... B..... Natomiast sam inwestor oświadczył, że staw kąpielowy nie jest zakończony, brakuje urządzeń, brakuje dokumentów dotyczących budowy (rachunki, certyfikaty, dziennik budowy, deklaracje, gwarancja na materiały oraz nie został spisany protokół odbioru robót). Zamawiający zwrócił

się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, czy inwestycja dotycząca budowy kąpieliska/basenu posiada pozwolenie na budowę oraz pozwolenie na użytkowanie. Wykonawca wyjaśnił, że nie posiada wiedzy na temat pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie, a dysponuje jedynie wiedzą, jaką uzyskał z referencji wystawionych dla podmiotu trzeciego, tj. ACORUS Stawy Kąpielowe sp. z o.o., z zasobów którego korzysta w ramach wiedzy i doświadczenia. Dokumenty składane przez wykonawców muszą potwierdzać wykonanie wykazanych robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a zarazem wykonawca musi wykazać prawidłowe ukończenie tych robót. Sam fakt wykonania robót budowlanych nie stanowi o ich ukończeniu, potrzebne są inne dodatkowe czynności, np. podpisanie protokołów odbioru, czy pozwolenie na użytkowanie.

Wykonawca złożył w ramach przedmiotowego postępowania kolejne nieprawdziwe informacje polegające na wykazaniu w wykazie robót niezakończonych oraz posłużeniu się potwierdzeniem należytego wykonania robót w postaci referencji. Wykonawca przedkładając dokumenty powinien dołożyć należytej staranności co do informacji zawartych w dokumentach, tym bardziej, kiedy posługuje się zasobami podmiotu trzeciego, ponieważ musi mieć na uwadze konsekwencje wynikające z faktu złożenia nieprawdziwych informacji skutkujących wykluczeniem z postępowania.

18 lutego 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 7 ust. 1, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez wykluczenie odwołującego pomimo niezrealizowania faktu złożenia nieprawdziwych informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez unieważnienie postępowania pomimo złożenia oferty odwołującego nie podlegającego wykluczeniu, a tym samym złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu,
4. art. 91 ust. 1 poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo posiadania oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej oceny jego oferty zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem argumentów podniesionych w odwołaniu i dokonanie wyboru oferty odwołującego, a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że jako uzasadnienie faktyczne wykluczenia odwołującego z postępowania i unieważnienia postępowania zamawiający podał fakt zawarcia w ofercie nieprawdziwych informacji dotyczących osoby P..... S..... dotyczących przebudowy budynku na potrzeby domu weselnego z pokojami gościnnymi

w Kornicy. Nieprawdziwość ta polega na tym, iż w ofercie podano kubaturę ponad 4.000 m³, natomiast z informacji, które pozyskał zamawiający, wynosi 2.093,40 m³.

Za podanie nieprawdziwych informacji zamawiający uznał też pozycję wykazu dotyczącą wykonania budowy kąpieliska w technologii naturalnego stawu o powierzchni lustra wody 1308 m². Twierdzenie to opiera się na oświadczeniu inwestora, że staw kąpielowy nie jest ukończony, gdyż brakuje urządzeń, dokumentów dotyczących budowy takich jak rachunki, certyfikaty, dziennik budowy, deklaracje, gwarancja na materiały oraz brak protokołu odbioru. Odwołujący nie zgadza się z tymi twierdzeniami.

Zamawiający w rozdziale 5. punkt 1.3. ppkt 1.3.5. postawił warunek dysponowania projektantem posiadającym uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń posiadającym minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze na realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³, na potwierdzenie czego należało złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Odwołujący złożył wykaz osób, w którym wskazał P..... S..... wskazując, że ma on 5 – 6 lat doświadczenia w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót: budynku usługowego o funkcji handlowo – biurowej we Wrocławiu oraz rozbudowie i przebudowie budynku dla potrzeb domu weselnego z pokojami gościnnymi w Kornicach. Kubatura obu obiektów powyżej 4.000 m³.

W związku z powyższym niezrozumiałe jest twierdzenie zamawiającego, że odwołujący wskazał nieprawdziwe informacje co do kubatury domu w Kornicach. Z warunku jednoznacznie wynika, że kubatura 4.000 m³ dotyczy dwóch obiektów, a nie każdego oddzielnie. Dlatego zawarł stwierdzenie, że „kubatura obu obiektów powyżej 4.000 m³”. Nie ma więc znaczenia, że budynek w Kornicach posiada kubaturę 2.093,4 m³, gdyż budynek we Wrocławiu posiada kubaturę 9.787,76 m³, co w sumie daje wartość kubatury powyżej 4.000 m³.

W zakresie budowy kąpieliska w technologii naturalnego stawu o powierzchni lustra wody 1.308 m² – z oferty odwołującego nie można wywieść, że zrealizowany staw kąpielowy posiada jakieś urządzenia, których brakuje, że inwestor posiada jakieś rachunki, certyfikaty, dziennik budowy, deklaracje, gwarancje na materiały, protokołu odbioru, których według zamawiającego nie ma. Dlatego odwołujący nie może zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że przedstawił w ofercie jakieś nieprawdziwe informacje mające na celu pozyskanie niniejszego zamówienia. Co do zarzutu, że przedmiotowa inwestycja nie posiada pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie, to zamawiający w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia nie wymagał od wykonawców udokumentowania w ofercie, że wskazane roboty posiadają pozwolenie na budowę i użytkowanie.

Co do wątpliwości zamawiającego dotyczących podstawy prawnej dysponowania przez podmiot trzeci, tj. Pracownię Projektowo – Konserwatorską PROKON osobą P..... S....., to Pracownia PROKON ma podpisaną z panem S..... umowę o współpracę z 30 października 2012 r., z której wynika, że „Zleceniobiorca (P..... S.....) udostępnia swoją osobę w zakresie posiadanego doświadczenia, wiedzy, uprawnień Zleceniodawcy (PROKON) w celu dysponowania nią w pozyskiwaniu zamówień.” (§ 3 umowy).

Działanie odwołującego wynikające z treści oferty i dokumentów złożonych na podstawie wezwania zamawiającego do uzupełnienia nie potwierdza przedstawienia nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Dlatego też nie sposób uznać postępowania odwołującego jako zmierzającego do umyślnego, świadomego i celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd i chęci uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych.

Skoro odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jego oferta nie podlega odrzuceniu, a zamawiający posiada ważną ofertę. Nie zaistniała więc przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a postępowanie nie podlega unieważnieniu.

W odpowiedzi zamawiający podtrzymał w całości swoje stanowisko wskazane w informacji o wykluczeniu wykonawcy i wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, iż odwołujący dwukrotnie w różnych odstępach czasowych próbował wprowadzić zamawiającego w błąd i podać nieprawdziwe informacje co do wymaganego na potrzeby przedmiotowego postępowania doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej.

Odwołujący dopiero na tym etapie postępowania wywiódł, że skoro zamawiający nie wymagał kubatury obiektów nie mniejszej niż 4.000m³ oddzielnie dla każdego obiektu, to zapis „o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³” dotyczy dwóch obiektów łącznie, a potwierdza to użyte przez niego w wykazie stwierdzenie „Kubatura obu obiektów powyżej 4.000 m³”.

Użyte przez zamawiającego sformułowanie należy rozumieć i odczytywać zgodnie z jego językową wykładnią. Jeżeli zamawiający chciałby nadać zdaniu znaczenie, jakie przyjął odwołujący, to zapis musiałby brzmieć następująco: „w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturach (jest „kubaturze”) nie mniejszych (jest „nie mniejszej”) niż 4.000 m³ łącznie (brak wyrazu łącznie) lub o powierzchni całkowitej (brak „o powierzchni całkowitej”). Odwołujący nie może zaprzeczyć słownikowej, powszechnie stosowanej definicji słowa „obu/oba”, które mocniej niż słowo „dwa” podkreśla, iż zdanie dotyczy jednego

i drugiego, zatem chodzi o jeden i drugi budynek wymieniony w wykazie. Odwołujący, używając terminu „obu obiektów” potwierdził jedynie, że zamawiający żądał dwóch obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³ każdy. Odwołujący broniąc się przed zarzutem złożenia nieprawdziwych informacji dokonuje zawężającej interpretacji prawidłowo opisanego warunku udziału w postępowaniu, a ponadto jego interpretacja stanowi niezgodną z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych próbę zmiany tego warunku na obecnym etapie postępowania.

Odwołujący celowo pomija fakt, że oprócz wykazu osób, do oferty załączył dwa inne dokumenty dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu zawierające nieprawdziwe informacje co do kubatury budynku w Kornicach, tj. oświadczenie P..... S..... o projektowaniu i nadzorowaniu rozbudowy i przebudowy budynku dla potrzeb domu weselnego z pokojami gościnnymi w Kornicach o powierzchni łącznej 1.145m² i kubaturze 4.000 m³ oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego Pracowni Projektowo – Konserwatorskiej PROKON (A..... W..... – B.....) o udostępnieniu P..... S..... jako projektanta posiadającego uprawnienia do projektowania specjalności architektonicznej bez ograniczeń posiadającego sześciolatnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³.

Odwołujący pomija także fakt, że z otrzymanej z Powiatowego Nadzoru Budowlanego w Raciborzu informacji wynika, że w ewidencji rozpoczynanych i oddawanych do użytkowania obiektów budowlanych nie ma zawiadomienia o zakończeniu budowy budynku położonego w Kornicach oraz pozwolenia na użytkowanie obiektu. Zatem nie można uznać, że ten nadzór autorski nad realizacją robót związanych z rozbudową oraz przebudową budynku dla potrzeb domu weselnego był sprawowany.

W części dotyczącej złożenia nieprawdziwych informacji na temat posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonanych robót budowlanych odwołujący wskazał za ledwie, że nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, iż przedstawił w ofercie „jakieś” nieprawdziwe informacje oraz że z treści oferty nie można wywieść, że zrealizowany staw kąpielowy dla prywatnego inwestora K..... B..... nie jest zakończony. Natomiast odwołujący nie zaprzeczył temu, co ustalił zamawiający, tj. że inwestycja nie posiada pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie. Wskazał jedynie, że zamawiający nie żądał udokumentowania, że wskazane w wykazie roboty budowlane posiadają pozwolenie na budowę oraz użytkowanie.

Zamawiający zweryfikował dokumenty przedłożone przez odwołującego i ustalił, że właściwe rzeczowo i terytorialnie organy architektoniczno – budowlane nie posiadają żadnej informacji dotyczącej budowy kąpieliska/basenu w technologii stanu naturalnego w miejscowości Rychtal dla K..... B....., co potwierdza pismo Wydziału Architektury, Budownictwa

i Rozwoju Powiatu Starostwa Powiatowego w Kępnie. Zatem jest to samowola budowlana (art. 48, art. 49b, art. 50 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane) polegająca na budowie kąpieliska bez wymaganego przepisami prawa pozwolenia na budowę (art. 28, art. 29, art. 30-31 ustawy Prawo budowlane), prowadzeniem robót bez dziennika budowy, będącego urzędowym dokumentem przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót (art. 45 ustawy Prawo budowlane), przystąpienia do robót budowlanych bez zgłoszenia w nadzorze budowlanym (art. 41 ustawy Prawo budowlane). Ponadto wystawca referencji w mailu z 30 stycznia 2013 r. oraz z 4 lutego 2013 r. stwierdził, że „staw kąpielowy jeszcze nie jest w stu procentach zakończony”, wskazał, że brakuje urządzeń, dokumentów dotyczących budowy (rachunki, certyfikaty, dziennik budowy, deklaracje, gwarancje na materiały oraz protokół odbioru robót). Referencje stanowią kategorię oświadczenia wiedzy, które jest wystawione w interesie osoby trzeciej, a nie jej wystawcy, do wystawienia referencji nie jest konieczna żadna szczególna kompetencja inna niż ogólna kompetencja do uczestnictwa w obrocie prawnym. Z referencjami nie wiąże się również walor zaufania publicznego. W przedmiotowej sprawie zachodzi sytuacja, gdy odwołujący nie wykonał należycie zamówienia, a pomimo to zostały wystawione na jego rzecz referencje.

Wykonanie robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej należy interpretować w oparciu o przepisy Prawa budowlanego oraz przepisy wykonawcze do tej ustawy. Natomiast prawidłowe ukończenie robót budowlanych jest pojęciem obejmującym nie tylko przepisy prawa budowlanego, ale również prawa cywilnego. Dokonane przez zamawiającego ustalenia stanu faktycznego sprawy wskazują, że budowa stawu kąpielowego prowadzona była niezgodnie z przepisami prawa budowlanego (samowola budowlana). Nie można zatem uznać, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone, a tym samym, że odwołujący posiada wiedzę teoretyczną i praktyczną oraz doświadczenie, rozumiane jako wiedza i umiejętności zdobyte w trakcie wykonywania robót zgodnie z obowiązującymi przepisami prawnymi.

Odwołujący, odnosząc się do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji posiadanego przez ten podmiot zasobu osobowego wskazuje, że Pracownia Projektowo – Konserwatorska PROKON ma podpisaną z P..... S..... umowę o współpracy, z której wynika, że udostępnia on swoją osobę w zakresie posiadanego doświadczenia, wiedzy i uprawnień w celu dysponowania nią w pozyskiwaniu zamówień. Jednak przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że podmiot trzeci może udostępnić tylko swoje własne zasoby, które posiada, a zasoby te nierozdzielnie związane są z podmiotem udzielającym. Natomiast nie może udostępnić zasobów, którymi nie dysponuje bezpośrednio, tylko pośrednio, ponieważ są to zasoby kolejnego trzeciego podmiotu, z którym ma podpisaną

umowę o współpracy. Podmiot udostępniający nie może w takiej sytuacji polegać również na doświadczeniu i wiedzy zdobytej przez kolejny podmiot trzeci. Oczywiście jest, że wymaganą wiedzę i doświadczenie posiada przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą ARP-STUDIO mgr inż. arch. P..... S..... (co wynika z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej). Dokonane przez zamawiającego ustalenia stanu faktycznego sprawy wskazują, że odwołujący przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego zawierające nieprawdziwe informacje, ponieważ nie jest to dysponowanie bezpośrednio, tylko pośrednio za pomocą kolejnego podmiotu trzeciego mającego status podwykonawcy, który będzie wykonywał w przedmiotowym postępowaniu prace projektowe w części architektonicznej.

Wbrew temu, co podnosi odwołujący, zamawiający nie dokonał automatycznego wykluczenia odwołującego z postępowania. Decyzja o wykluczeniu została poprzedzona czynnościami uzupełnienia dokumentów, składania wyjaśnień co do treści dokumentów, a także samodzielnej analizy dokumentów dokonanej przez zamawiającego i zweryfikowania przez zamawiającego prawdziwości złożonych informacji.

Odwołujący tłumacząc swoje działanie podania w ofercie nieprawdziwych informacji powołuje się na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga sygn. akt IV Ca 683/12, jednakże wyrok ten został wydany w zupełnie innym stanie faktycznym sprawy, bowiem w sprawie rozpatrywanej przez sąd zamawiający wiedział o błędzie oraz mógł z łatwością błąd zauważyć, bowiem był podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że winnym poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji jest ten, kto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Oznacza to, że wina wykonawcy sprowadza się do samego złożenia nieprawdziwych informacji, przy czym nie ma tutaj znaczenia, w jakich okolicznościach ten fakt powstał oraz to, czy była to wina umyślna, czy nieumyślna, gdyż znaczenie ma obiektywny fakt, że informacje są nieprawdziwe, a nie subiektywne o tym przekonanie wykonawcy.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, że stan faktyczny sprawy (wymogi zamawiającego dotyczące żądanych dokumentów, lista dokumentów, które odwołujący złożył oraz sam przebieg postępowania) nie jest sporny między stronami. Został on szczegółowo przedstawiony w stanowiskach stron oraz informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, zatem nie ma potrzeby go powtarzać.

Spór pomiędzy stronami dotyczy kwestii złożenia nieprawdziwych informacji w kilku kwestiach (nadzoru autorskiego nad rozbudową szkół w miejscowościach Nowa Biała i Pyzówka, kubatury budynku domu weselnego w Kornicach, zakończenia robót przy przebudowie stawu w miejscowości Rychtal oraz możliwości dysponowania przez A..... W..... – B..... prowadzącą działalność w postaci Pracowni Projektowo – Konserwatorskiej PROKON osobą P..... S....., który jest samodzielnym projektantem prowadzącym własną działalność gospodarczą), a także, co zdaniem Izby jest z tym nierozzerwalnie związane, spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że zamawiający poczynił własne ustalenia faktyczne dotyczące wskazywanych w wykazach obiektów, polegające m.in. na uzyskaniu informacji (oświadczeń) właściwych organów nadzoru budowlanego (zostały one wskazane w stanowisku zamawiającego), którym odwołujący ani nie zaprzeczył, ani tym bardziej nie przedstawił kontrdowodu – a należy zwrócić uwagę, że miał możliwość zrobić to zarówno przy wnoszeniu odwołania, jak i w trakcie rozprawy, gdyż zamawiający szczegółowo opisał podstawy swojej decyzji już w informacji o wykluczeniu, wskazując m.in. na brak pozwoleń na budowę i pozwoleń na użytkowanie obiektów.

Izba zgadza się z zamawiającym, że, jak wynika z brzmienia § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca miał przedstawić roboty wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Co prawda brak jest ustawowej definicji wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia, nie mniej oczywiste jest – tak jak wskazał zamawiający – że wykonywanie prawidłowe i zgodnie ze sztuką budowlaną oznacza również to, że muszą być one wykonywane zgodnie z przepisami prawa, a więc m.in. w ramach pozwolenia na budowę tam, gdzie jest to wymagane. W przeciwnym razie jest to samowola budowlana oraz przestępstwo, o którym mowa w art. 90 ustawy Prawo budowlane, a zatem trudno mówić, że roboty takie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Roboty te muszą także zostać prawidłowo ukończone – a więc po pierwsze zgodnie

z umową zawartą z inwestorem, a po drugie należy wziąć pod uwagę, kiedy zgodnie z umową, sztuką budowlaną (zwyczajem) i przepisami prawa roboty uważa się za zakończone. Takim punktem w czasie jest niewątpliwie uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu, gdyż do tego momentu kwestia ukończenia – i to prawidłowego – robót pozostaje otwarta. Należy zwrócić uwagę, że nawet odbiór przez samego inwestora może być wątpliwy jako zakończenie robót, gdyż inwestor nie musi posiadać profesjonalnej wiedzy z zakresu budownictwa pozwalającej ocenić jakość tego wykonania, a już niewątpliwie jego opinia w tej kwestii nie ma tej mocy, co opinia inspektora nadzoru budowlanego. Zatem, co do zasady, prawidłowe ukończenie robót można stwierdzić tylko, gdy zostanie wydane pozwolenie na użytkowanie obiektu (jeśli takie pozwolenie danego obiektu dotyczy). Zamawiający może w warunku określić też inny moment, który uzna za zakończenie prac (np. wydanie świadectwa przejęcia przy kontraktach wg FIDIC), lecz powinno to być określone w tych warunku. W niniejszym postępowaniu zamawiający takiego odmiennego momentu nie określił.

Zatem nie ma znaczenia, że zamawiający nie żądał przedstawienia przez wykonawców pozwolenia na budowę czy pozwolenia na użytkowanie, bo jego zarzutem nie było, że te dokumenty nie zostały mu przedstawione, lecz to, że roboty nie były wykonywane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i nie zostały prawidłowo ukończone – co było wymagane, gdyż były wykonywane bez pozwolenia na budowę, choć było ono wymagane przepisami i nie zostały ukończone, bo nie ma ani pozwolenia na użytkowanie obiektu, ani nawet inwestor tych prac oficjalnie nie odebrał (brak protokołu odbioru), ani umowa nie została do końca zrealizowana (brak urządzeń).

Inną kwestią pozostaje, dlaczego w takiej sytuacji inwestor wystawił referencje potwierdzające należyte wykonanie – choć oczywiście jako osoba prywatna nie musi on posiadać wiedzy z zakresu sztuki budowlanej czy prawa (co to w ogóle jest sztuka budowlana i kiedy umowa jest należycie wykonana). Nawet jednak odrzucając oświadczenia inwestora jako sprzeczne, a więc niewiarygodne, pozostaje oświadczenie wydane w imieniu Starostwa Powiatowego w Kępnie o braku dokumentacji i postępowania prowadzonego w sprawie budowy kąpieliska w miejscowości Rychtal dla K..... B....., czyli braku ww. pozwoleń czy nawet zgłoszenia robót.

Co do przebudowy i rozbudowy budynku na potrzeby domu weselnego w Kornicach Izba stwierdziła po pierwsze, że z brzmienia warunku oraz porównania z pozostałymi warunkami udziału w postępowaniu wynika, że kubatura 4.000 m³ miała dotyczyć każdego z dwóch obiektów odrębnie. Jeśli bowiem porównać wartości zawarte w pozostałych warunkach okazuje się, że 4.000 m³ jest wielkością powtarzającą się niezależnie od tego, czy zamawiający wymagał doświadczenia przy wykonaniu jednego czy też dwóch obiektów.

Zatem, skoro wymagał kubatury 4.000 m³ przy wymogu „mniejszego” doświadczenia, tj. wykonania jednego obiektu, to nielogiczne jest, aby miał on tę kubaturę zmniejszać przy warunku „większego” doświadczenia, tj. wykonania dwóch obiektów.

Zamawiający, na podstawie uzyskanych informacji ustalił, że powierzchnia przebudowy i rozbudowy budynku w Kornicach wynosiła jedynie 2.093,40 m³. Odwołujący podczas rozprawy twierdził, że objętość ta odnosi się jedynie do części rozbudowywanej, natomiast całkowita kubatura po rozbudowie przekroczyła 4.000 m³, dlatego sama informacja, jak i oświadczenie projektanta – pana S..... nie zawiera nieprawdziwych informacji. Zamawiający temu nie zaprzeczył, jakkolwiek stwierdził, że 4.000 m³ powinno odnosić się do części rozbudowywanej/przebudowywanej, a nie całego budynku.

Z brzmienia warunku wynika, że doświadczenie miało dotyczyć projektowania i nadzoru nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³. Rzeczywiście brak tu konkretnego wskazania, czy podana wartość, w przypadku rozbudowy (która również wchodzi w zakres definicji „budowy”) ma dotyczyć kubatury przed, czy po rozbudowie, a w szczególności, że chodzi tu o kubaturę samej części podlegającej rozbudowie.

Porównując zaś zawarte w ustawie Prawo budowlane definicje poszczególnych pojęć ujętych w warunku: budowa, czyli wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6) i przebudowa, tj. wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji (art. 3 pkt 7a) należy stwierdzić, że o ile w przypadku nowo budowanego lub odbudowywanego obiektu nie ma wątpliwości, to już przy rozbudowie i nadbudowie obie opcje są możliwe. Zatem należy uznać, że również końcowa kubatura budynku pow. 4.000 m³ nie jest sprzeczna z brzmieniem tego warunku. Na marginesie można też wskazać, że porównując takie doświadczenie z doświadczeniem zdobytym przy przebudowie obiektu, której zakresu zamawiający nie określił (a więc może być ona jedynie niewielka), to doświadczenie zdobyte przy rozbudowie budynku posiadającego początkowo ok. 2.000 m³ o kolejne ok. 2.000 m³, nie jest doświadczeniem mniejszym niż doświadczenie przy przebudowie obiektu o kubaturze 4.000 m³.

Natomiast moment zakończenia pełnienia nadzoru autorskiego, w braku stosownych norm prawnych, powinien być badany zgodnie z umową pomiędzy projektantem a inwestorem, a w drugiej kolejności z istniejącymi zwyczajami w tym zakresie.

Co zaś do projektów rozbudowy szkół w miejscowościach Nowa Biała i Pyzówka, Izba stwierdziła, że z brzmienia warunku wykona jednoznacznie, że doświadczenie zawodowe

miało dotyczyć łącznie projektowania i nadzoru nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów. Zatem wskazanie w wykazie dotyczącym P..... S..... i W..... B..... odpowiednio 6 i 26 „lat doświadczenia w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót. Realizacja dwóch projektów rozbudowy szkół w m. Nowa Biała i Pyzówka o sale gimnastyczne wraz z zapleczem. Kubatura obu obiektów powyżej 4.000 m³” zamawiający wyraźnie miał odczytać, że dla obu obiektów osoby te wykonywały i projektowanie, i nadzór nad realizacją, a tłumaczenia, że wykonawcy chodziło tylko o projektowanie, są zdaniem Izby nieprzekonujące. Zwłaszcza, że są to jedyne obiekty, które zostały wskazane dla tych osób (w pierwotnym wykazie), a zamawiający w warunku nie rozdzielał projektowania i nadzoru na osobne obiekty (tj. że inny mógł być zaprojektowany, a inny nadzorowany). Okoliczność, że osoby te nie pełniły nadzoru, gdyż roboty nie były wykonywane, nie stanowiła przedmiotu sporu.

Izba przyznała również rację zamawiającemu, że wykonawca nie udowodnił, iż będzie dysponował „zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia” w osobie P..... S..... Choć bowiem odwołujący przedstawił zobowiązanie A..... W..... – B..... prowadzącej działalność zawodową w ramach Pracowni Projektowo – Konserwatorskiej PROKON dotyczące P..... S..... i W..... B..... (zobowiązanie to było uzupełnianie), z okoliczności i wyjaśnień odwołującego wynika, że pan S..... nie jest pracownikiem A..... W..... – B....., lecz niezależnym projektantem prowadzącym własną działalność gospodarczą, zatem nie może ona tą osobą dysponować jak pracownikiem. Co więcej, jak wynika z przedstawionej przez odwołującego umowy o współpracy zawartej pomiędzy panią W..... – B..... a panem S....., pan Skwarek nie ma żadnych zobowiązań wobec pani W..... – B..... (a tym bardziej odwołującego czy zamawiającego) do wykonywania jakichkolwiek czynności na jej rzecz,

w tym związanych z projektowaniem czy pełnieniem nadzoru nad wykonaniem robót dla zamawiającego, a jedynie wyraził zgodę na „udostępnianie swojej osoby w zakresie posiadanego doświadczenia, wiedzy, uprawnień Zleceniodawcy (PROKON) w celu dysponowania nią w pozyskiwaniu zamówień”.

Tym samym już nawet niezależnie od kwestii, czy w zakresie dotyczącym pana S..... i jego doświadczenia zostały złożone nieprawdziwe informacje, osoba ta w ogóle nie może być brana pod uwagę dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 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: