

WYROK

z dnia 30 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PLESMAR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, CHM OBRAS E INFRASTRUCTURAS SA w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wilanów w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Skanska Spółka Akcyjna w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Stołecznemu Warszawa Dzielnicy Wilanów w Warszawie** – dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PLESMAR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, CHM OBRAS E INFRASTRUCTURAS SA w Warszawie** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnice Wilanów w Warszawie** i:
 - 2.1. 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: PLESMAR Spółkę z**

ograniczoną odpowiedzialnością, CHM OBRAS E INFRASTRUCTURAS SA w Warszawie tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnicy Wilanów** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PLESMAR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, CHM OBRAS E INFRASTRUCTURAS SA w Warszawie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wilanów w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę szkoły podstawowej z halą sportową, boiskiem sportowym wraz ze zjazdami, zatokami postojowymi i przyłączami: wodociągowym, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, ciepłowniczym, telekomunikacyjnym, elektroenergetycznym, zlokalizowanymi na działkach nr ew. 2/223, 2/224, 2/51 z obrębu 1-10-37 przy ul. Św. Urszuli Ledóchowskiej 10 w Dzielnicy Wilanów.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 13 października 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PLESMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS SA w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w toku postępowania.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że odwołujący złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w sytuacji, gdy odwołujący takich informacji nie złożył;
2. naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołujących do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp;
3. naruszenie art. 87 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołujących do wyjaśnienia treści oferty w zakresie dotyczącym dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
4. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołujących do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy;

oraz innych wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty SKANSKA S.A. w Warszawie,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert;
3. dokonania wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący podnieśli, że mają interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes odwołujących w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Odwołujący wskazali ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów w oczywisty sposób ma istotny wpływ na wynik postępowania - oferta odwołujących jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Uchybienia dokonane przez zamawiającego mogą zostać naprawione poprzez nakazanie zamawiającemu wykonanie czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, wskazanymi w niniejszym odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołujący podnieśli, że w dniu 02.10.2014 r. zamawiający przekazali odwołującym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o wykluczeniu odwołujących na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zarzucili odwołującym złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania tj. nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia w zakresie „Budowa hali treningowej (rozgrzewkowej) wraz z podziemnym, łącznikiem do istniejącej HSW „Łuczniczka” w Bydgoszczy przy ul. Toruńskiej 59 wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną”.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołujących wywodzi, że wskazana w wykazie doświadczenia - hala treningowa (rozgrzewkowa) wraz z podziemnym, łącznikiem do istniejącej HSW „Łuczniczka” w Bydgoszczy nie posiada jednej kondygnacji podziemnej i dwóch kondygnacji nadziemnych oraz nie posiada zaplecza gastronomicznego (kuchnia, zaplecze).

Powyższe zamawiający ustalił w związku ze swoimi wątpliwościami dotyczącymi poświadczenia wystawionego w dniu 11 września 2014 r. przez Urząd Miasta Bydgoszcz dla ww. budowy. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołujących zawarł informację, że „Ponieważ z poświadczenia wystawionego w dniu 11 września 2014 r. przez Urząd Miasta Bydgoszcz nie wynikało, że hala treningowa (rozgrzewkowa) wraz z podziemnym łącznikiem ma dwie kondygnacje naziemne oraz jedną kondygnację podziemną oraz, że posiada zaplecze gastronomiczne wraz z wyposażeniem, spełniającym obowiązujące normy sanitarne, zamawiający na podstawie par. 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013, poz. 231) zwrócił się do Prezydenta Miasta Bydgoszcz, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane, o potwierdzenie faktów podanych w wykazie robót budowlanych.”

Powyższe uzasadnienie skierowania zapytania do Prezydenta Miasta Bydgoszcz i brak wezwania odwołujących do wyjaśnienia treści oferty budzi poważne zastrzeżenia, ponieważ referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego, zindywidualizowanego warunku (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r. sygn. VIII Ga 137/12).

Natomiast jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty, to nie może wyjaśnić ich z osobami trzecimi (np. organem, który wystawił stosowny dokument; z podwykonawcą), nie występując jednocześnie do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień, ani nie informując go o tym fakcie.

W ocenie odwołujących zamawiający, który ma podejrzenie, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w swojej ofercie, ma obowiązek wezwać tego wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 oraz art. 26 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. W przeciwnym wypadku dochodzi do sytuacji w której, zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji zostają złamane. W wyroku z dnia 8 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1112/11) Krajowa Izba Odwoławcza, stwierdziła, iż „W ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), jak i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca winien wobec zarzutu poświadczenia nieprawdy udzielić miarodajnych, pisemnych i wyczerpujących, tzn. opartych na dowodach, wyjaśnień (...).

Odwołujący zaznaczyli, że wykazali swoje doświadczenie w zakresie - budowa hali treningowej (rozgrzewkowej) wraz z podziemnym, łącznikiem do istniejącej HSW „Łuczniczka” w Bydgoszczy na potwierdzenie spełnienia wymagania określonego w rozdz. III.A.2.2) SIWZ który stanowi, że:

„na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie min. 2 budynków użyteczności publicznej pod klucz, tzn. obiektów wykończonych, nadających się do przystąpienia do użytkowania, z których przynajmniej jeden w swojej kubaturze ma zawierać zaplecze gastronomiczne (kuchnia, zaplecze) wraz z wyposażeniem, spełniające obowiązujące normy sanitarne lub

min. 2 budynków mieszkalnych pod klucz, z których jeden ma zawierać zaplecze gastronomiczne (kuchnia, zaplecze) wraz z wyposażeniem, spełniające obowiązujące normy sanitarne lub

min. 1 budynku użyteczności publicznej pod klucz jw. i min. 1 budynku mieszkalnego pod klucz, z których jeden ma zawierać zaplecze gastronomiczne (kuchnia, zaplecze) wraz z wyposażeniem, spełniające obowiązujące normy sanitarne;

W opisanych wyżej przypadkach każdy z wykazanych budynków musi posiadać min. jedną kondygnację podziemną i dwie kondygnacje nadziemne o łącznej kubaturze min. 20 000 m³; oraz wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie min. 2 hal sportowych o powierzchni areny 36 x 19 m,

wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i

wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;"

Zamawiający zaniechał wezwania odwołujących do wyjaśnienia treści oferty w zakresie dotyczącym dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w związku z powyższym nie mieli szansy udzielić, wyjaśnień dotyczących kwestionowanego przez zamawiającego doświadczenia. Gdyby zamawiający dopuścił do wyjaśnień odwołujących to ustaliby, że wskazane doświadczenie tj. Budowa hali treningowej (rozgrzewkowej) wraz z podziemnym, łącznikiem do istniejącej HSW „Łuczniczka” w Bydgoszczy spełnia warunek określony w rozdz. III.A.2.2) SIWZ.

Wybudowana hala HSW „Łuczniczka” w Bydgoszczy posiada jedną kondygnację podziemną tj. łącznik i dwie kondygnacje nadziemne tj. arena, antresola oraz posiada także zaplecze gastronomiczne (kuchnia, zaplecze) tj. Cztery punkty gastronomiczne wraz z wyposażeniem (zlewozmywaki, meble, etc.)

Odwołujący podnieśli także, że w trakcie postępowania zamawiający wyjaśniał treść ofert innych wykonawców w zakresie dotyczącym wykazu doświadczenia oraz złożonych referencji:

- 1) pismem z dnia 29.09.2014 r. zamawiający skierował wezwanie do uzupełnienia dokumentów do wykonawcy Aldesa Constucciones Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa;
- 2) pismem z dnia 29.09.2014 r. zamawiający skierował wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień do wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane- Montażowe „Flisbud” S. F., ul. Juliana Brauna 9/214, 02-594 Warszawa;
- 3) pismem z dnia 29.09.2014 r. zamawiający skierował wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień do wykonawcy ZAB-BUD A. Z., ul. Nowosielecka 14 a lok. 3, 00-466 Warszawa.

W ramach powyższych wezwań zamawiający wyjaśniał bądź uzupełniał informacje dotyczące doświadczenia tych wykonawców przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku określonego w rozdz. III.A.2.2) SIWZ. W związku z powyższym całkowicie niezrozumiałe jest zaniechanie wezwaniach do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu doświadczenia oraz złożonych referencji. Takie działanie zamawiającego w sposób nieuprawniony różnicuje wykonawców i jest oczywistym naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców także z tego powodu, że w procesie badania i oceny ofert tylko w przypadku odwołujących wystąpiła do odbiorcy zrealizowanych robót budowlanych o potwierdzenie faktów podanych w wykazie robót. W podobnej sytuacji w związku z wezwaniami z dnia 29.09.2014 r. do: Aldesa Constucciones Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowlane-Montażowe „Flisbud” S. F., ZAB-BUD A. Z.) zaniechał wystąpienia do odbiorcy zrealizowanych robót budowlanych o potwierdzenie faktów podanych w wykazie robót.

Odwołujący zaznaczył, że złożył w przedmiotowym postępowaniu wykaz robót budowlanych zawierający informację o doświadczeniu polegającym na „budowie hali

treningowej (rozgrzewkowej) wraz z podziemnym łącznikiem do istniejącej HSW „Łuczniczka” w Bydgoszczy przy ul. Toruńskiej 59 wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną”, w przekonaniu, że doświadczenie to potwierdza spełnianie warunku określonego w rozdz. III.A.2.2) SIWZ. Odwołujący kategorycznie nie zgadza się z twierdzeniem zamawiającego, że informacje podane przez odwołujących w wykazie robót budowlanych są niezgodne ze stanem rzeczywistym oraz że wskazanie tych rzekomo nieprawdziwych informacji było działaniem zamierzonym i świadomym ukierunkowanym na pozyskanie niniejszego zamówienia.

Ponadto odwołujący zaznaczyli, że warunek określony w rozdz. III.A.2.2) SIWZ spełnili przedstawiając doświadczenie wskazane w pkt 1, 3, 4 wykazu robót budowlanych. Fakt, który, zdaje się zamawiający pominął w trakcie oceny złożonej przez odwołujących oferty.

Odwołujący w pkt 1 wykazu robót budowlanych wskazali doświadczenie polegające na realizacji „Budowy 272 pełnopłatnych mieszkań komunalnych z garażami i lokalami użytkowymi” Roboty te polegały na wybudowaniu 272 mieszkań komunalnych położonych w trzech równoległych blokach, z 14 portykami i o wysokości od parteru z jedną kondygnacją podziemną Wraz z pełnym wyposażeniem kilkunastu kuchni (17) mieszkalnych.

Powyższe potwierdza spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. wykonanie min. 2 budynków mieszkalnych pod klucz, z których jeden ma zawierać zaplecze gastronomiczne (kuchnia, zaplecze) wraz z wyposażeniem, spełniające obowiązujące normy sanitarne. Odwołujący wybudował trzy bloki posiadające jedną kondygnację podziemną oraz więcej niż dwie kondygnacje naziemne wraz z zapleczem gastronomicznym więc spełnia powyższy warunek.

Doświadczenie wymagane w rozdz. III.A.2.2) SIWZ w zakresie wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie min. 2 hal sportowych o powierzchni areny 36 x 19 m odwołujący spełniają zgodnie z pkt 3 i 4 wykazu robót budowlanych (co nie było przez zamawiającego kwestionowane).

W związku z powyższym zakładając, że wybudowana hala treningowa (rozgrzewkowa) wraz z podziemnym łącznikiem do istniejącej HSW „Łuczniczka” w Bydgoszczy przy ul. Toruńskiej 59 wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną nie ma wszystkich wymaganych przez zamawiającego cech (z czym odwołujący się nie zgadzają) to i tak odwołujący wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonego w rozdz. III.A.2.2) SIWZ.

Odwołujący podnieśli, że dysponują innym niż wskazane w ofercie doświadczenie, które także potwierdza, że spełnia wymaganie określone w rozdz. III.A.2.2) SIWZ. Odwołujący m. in. posiadają doświadczenie polegające na wybudowaniu Teatru w TORROX (Malaga) na ponad 400 osób obejmującego 6 305,73 m² powierzchni wybudowanej, z czego 2 503,36 m² to powierzchnia podziemna, a 3 802,37 m² to powierzchnia naziemna rozłożona na pięciu kondygnacjach.

W związku z powyższym brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że odwołujący złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący złożyli informacje dotyczące doświadczenia zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą wskazując roboty budowlane, które w jego ocenie spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której zamawiający nie dokonał właściwej, prawidłowej oceny oferty odwołujących nie dokonując wszystkich czynności w postępowaniu, tak aby zagwarantować wybór oferty najkorzystniejszej spośród ważnie złożonych ofert, tj. oferty odwołujących. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdz. III.A.2.2 SIWZ zamawiający zawarł warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu:

„Na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie min. 2 budynków użyteczności publicznej pod klucz, tzn. obiektów wykończonych, nadających się do przystąpienia do użytkowania, z których przynajmniej jeden w swojej kubaturze ma zawierać zaplecze gastronomiczne (kuchnia, zaplecze) wraz z wyposażeniem, spełniające obowiązujące normy sanitarne lub

min. 2 budynków mieszkalnych pod klucz, z których jeden ma zawierać zaplecze gastronomiczne (kuchnia, zaplecze) wraz z wyposażeniem, spełniające obowiązujące normy sanitarne lub

min. 1 budynku użyteczności publicznej pod klucz jw. i min. 1 budynku mieszkalnego pod klucz, z których jeden ma zawierać zaplecze gastronomiczne (kuchnia, zaplecze) wraz z wyposażeniem, spełniające obowiązujące normy sanitarne;

W opisanych wyżej przypadkach każdy z wykazanych budynków musi posiadać min. jedną kondygnację podziemną i dwie kondygnacje nadziemne o łącznej kubaturze min. 20 000 m³; oraz wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie min. 2 hal sportowych o powierzchni areny 36 x 19 m,

wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i

wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;"

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu wykaz robót budowlanych zawierający informację o doświadczeniu polegającym na:

1) budowie 272 pełnopłatnych mieszkań komunalnych z garażami i lokalami użytkowymi. Roboty polegały na wybudowaniu 272 mieszkań położonych w trzech równoległych blokach, z 14 portykami i o wysokości od parteru do piątego piętra.

2) budowie hali treningowej (rozgrzewkowej) wraz z podziemnym łącznikiem do istniejącej HSW „Łuczniczka” w Bydgoszczy przy ul. Toruńskiej 59 wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną – budynek użyteczności publicznej.

3) Gimnazjum Publiczne Benalua. Roboty polegały na wybudowaniu pojedynczego budynku z przeznaczeniem na gimnazjum publiczne wraz z zadaszoną halą i boiskiem sportowym. Budynek ma następujące poziomy: parter i pierwsze piętro.

4) budowie hali treningowej (rozgrzewkowej) wraz z podziemnym łącznikiem do istniejącej HSW „Łuczniczka” w Bydgoszczy przy ul. Toruńskiej 59 wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną – budowa hali sportowej.

Zamawiający pismem z dnia 24 września 2014 roku zwrócił się do Urzędu Miasta Bydgoszczy w sprawie uzyskania informacji, dot. Zadania inwestycyjnego pn. „Budowa hali treningowej wraz z podziemnym łącznikiem do istniejącej HSW Łuczniczka w Bydgoszczy przy ul. Toruńskiej 59. W piśmie z dnia 25 września 2014 roku UM Bydgoszczy wyjaśnił, że wybudowana hala treningowa z podziemnym łącznikiem do istniejącej HSW Łuczniczka w

Bydgoszczy to obiekt składający się z dwóch poziomów oznaczonych w dokumentacji projektowej rzędnymi -5,25 oraz 0,00. Na poziomie 0,00 znajduje się tzw. Strefa kibica z głównym wejściem do hali, szatniami dla widzów, komunikacją umożliwiającą dostęp do trybun z miejscami siedzącymi. Poziom -5,25 to strefa sportowca (częściowo zagłębiona w ziemi), na której znajduje się płyta boiska oraz pod trybunami pomieszczenia szatni dla sportowców, szatni dla sędziów, odnowy biologicznej, magazynów, sanitariatów oraz dojście do podziemnego łącznika między halami. Hala treningowa nie posiada zaplecza gastronomicznego typu kuchnia z wyposażeniem.

W dniu 2 października 2014 roku zamawiający poinformował o wyborze, jak najkorzystniejszej, oferty złożonej przez SKANSKA SA w Warszawie oraz o wykluczeniu odwołujących z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podstawą decyzji o wykluczeniu były informacje zawarte w piśmie UM Bydgoszczy z 25 września 2014 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołujących jest najkorzystniejsza pod względem przyjętych kryteriów oceny ofert określonych w siwz, co oznacza, że przez czynności zamawiającego odwołujący mogą ponieść szkodę.

Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

- pisma Urzędu Miasta Bydgoszczy z dnia 25 września 2014 roku WIM.I.22200.68.2014 JDz

- korespondencji mailowej z architektem R. G. z dnia 26 września 2014 roku

- Instrukcji bezpieczeństwa pożarowego obowiązującej na obiekcie hali rozgrzewkowej z podziemnym łącznikiem przy HSW „Łuczniczka” przy ul. Toruńskiej 59 w Bydgoszczy

- projektu zagospodarowania terenu hali rozgrzewkowej z podziemnym łącznikiem przy HSW „Łuczniczka” przy ul. Toruńskiej 59 w Bydgoszczy

- projektu wykonawczego – projektu wyposażenia meblowego hali rozgrzewkowej z podziemnym łącznikiem przy HSW „Łuczniczka” przy ul. Toruńskiej 59 w Bydgoszczy

i skonstatowała, że wskazana przez odwołujących inwestycja budowy hali rozgrzewkowej z podziemnym łącznikiem przy HSW „Łuczniczka” przy ul. Toruńskiej 59 w Bydgoszczy nie spełnia wymogów wskazanych w rozdz. III.A.2.2 SIWZ. Inwestycja nie spełnia warunku w zakresie ilości wymaganych kondygnacji oraz zaplecza gastronomicznego.

Przedłożone przez strony postępowania opinie sporządzone przez architekta G. B. i T. W. są opiniami prywatnymi, w związku z czym Izba potraktowała je jako stanowiska stron, przez które zostały złożone.

Pomimo stwierdzenia, iż wskazana przez odwołujących inwestycja hali rozgrzewkowej z podziemnym łącznikiem przy HSW „Łuczniczka” przy ul. Toruńskiej 59 w Bydgoszczy nie spełnia warunków postawionych w siwz, Izba uznała, że czynność wykluczenia odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp była nieprawidłowa.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wyniki prowadzonego postępowania. Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Z powyższego wynika, iż nie każde nieprawdziwe informacje podane przez wykonawcę w toku postępowania będą skutkowały wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz tylko takie, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik tego postępowania.

O ziszczeniu się przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 można by mówić wówczas, gdyby inwestycja polegająca na budowie hali treningowej w Bydgoszczy, była jedyną robotą budowlaną, którą odwołujący wskazali w celu wykazania, że spełniają postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Tymczasem odwołujący wykazali cztery roboty, przy czym zamawiający do trzech z nich w ogóle się odniósł. Jeżeli okazałoby się, że pozostałe roboty (lub którakolwiek z nich) spełniają postawiony warunek, odwołujący nie mógłby zostać wykluczony z postępowania. Izba nie badała, czy pozostałe trzy inwestycje odpowiadają wymogowi postawionemu w SIWZ, ponieważ zamawiający wykluczył odwołujących z postępowania wyłącznie z powodu wskazania inwestycji realizowanej dla UM w Bydgoszczy i tej czynności dotyczyły zarzuty odwołania. Niezbędnym jest zatem zbadanie przez zamawiającego pozostałych wykazanych inwestycji.

Ponadto wskazać należy, że z literalnego brzmienia przepisu wynika, że przesłanka wykluczenia zachodzi, jeżeli złożono nieprawdziwe informacje, niezależnie od tego, czy było to działanie intencjonalne wykonawcy, czy też niezamierzona omyłka, błąd w ich przekazaniu. Jednakże przepis art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy: „Jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji”. A zatem wykluczeniu podlega taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Zasadność takiej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdza orzecznictwo sądów okręgowych, w tym Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie (wyrok z dnia 19 lipca 2012 roku sygn. akt IV Ca 638/12) oraz Sądu Okręgowego w Toruniu (wyrok z dnia 6 grudnia 2012 roku sygn. akt VI Ga 134/12).

Jak wskazał Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w przywołanym wyżej wyroku, jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

W rozpoznawanej sprawie Izba nie dopatrzyła się zawinienia w działaniu odwołujących, polegającym na umyślnym podaniu nieprawdziwych informacji. Z uwagi na fakt, iż realizowany przez odwołującego obiekt posiada łącznik znajdujący się poniżej poziomu terenu, mogły zaistnieć wątpliwości w kwestii zakwalifikowania łącznika jako osobnej kondygnacji. Analogicznie należy podejść do kwestii zaplecza gastronomicznego. W budynku znajdują się pomieszczenia, tzw. „koncesje” na prowadzenie działalności obsługującej imprezy odbywające się w hali. Pomieszczenia te wyposażone są w zlewozmywaki, zabudowę meblową i kuchenki mikrofalowe, przez co – w braku definicji zaplecza gastronomicznego – mogły one zostać przez odwołujących uznane za wystarczające do spełniania warunku udziału w postępowaniu. Pomimo, że Izba tej argumentacji odwołujących nie podzieliła, okoliczności te świadczą o braku zawinienia po stronie odwołujących w podaniu nieprawdziwych informacji, przez co ich wykluczenie z postępowania na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za błędne.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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).

.....