

Sygn. akt: KIO 1606/14

**WYROK**

**z dnia 25 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 sierpnia 2014 r. przez **R..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARKADA R..... N.....** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sławków**

przy udziale **COMPLEX EURO WORLD Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K..... Ć.....** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża R..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARKADA R..... N..... i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **R.....**

**N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARKADA**  
**R..... N.....** 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. Nr 119, 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 Sławków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Przeprowadzenie modernizacji zabytkowego obiektu przy ul. Kościelnej 11 w Sawkowie”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 24 kwietnia 2014 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 kwietnia 2014 r. pod numerem 2014/S 082-143544.

Wykonawca R..... N..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ARKADA R..... (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 5 sierpnia 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy Pzp
- art. 89 ust. 1 pkt 2), 3) i 6) ustawy Pzp.
- z ostrożności procesowej naruszenie również art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego tzw. innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty Odwołującego i zawiadomienia Odwołującego o dokonanej poprawie omyłki;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na nierówne traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- z ostrożności procesowej - dokonania poprawy tzw. innej omyłki i zawiadomienia Odwołującego o tym fakcie;
- dokonania ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania z dnia 30 lipca 2014 r. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę R..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARKADA R..... N..... .

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy R..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARKADA R..... N..... - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 5 sierpnia 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2014 r.) wykonawcy COMPLEX EURO WORLD Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K..... Ć..... (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 5. 2 SIWZ: Ocena spełnienia ww. warunku zostanie dokonana na podstawie : oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

- potwierdzenia wykonania co najmniej 1 roboty budowlanej w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia t.j. w zakresie przebudowy i rozbudowy obiektu, w którym zostały wykonane następujące prace: instalacje wodno-kanalizacyjne, instalacje centralnego ogrzewania, wentylacji mechanicznej, instalacje elektryczne i teleinformatyczne, zabezpieczenia przeciwpożarowe oraz instalacje sygnalizacji pożarowej i monitoringu, dostawa i montaż windy na kwotę co najmniej 4.900.00,00 zł brutto łącznie – prace winny być wykonane pod nadzorem konserwatora zabytków; wykonane 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 załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Pkt 5.4 SIWZ: Ocena spełniania ww. warunku zostanie dokonana na podstawie:

- oświadczenia wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

- potwierdzenia opłacenia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na kwotę co najmniej 2.000.000,00 zł (dwa miliony złotych).

- posiadania zdolności kredytowej lub posiadania środków finansowych na kwotę nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł (dwa miliony złotych).

Zatem Zamawiający wymagał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający wzywał wykonawcę o uzupełnienie oferty o brakujące dokumenty – wobec niespełnienia warunku wiedzy i doświadczenia – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia postawionego przez zamawiającego w SIWZ.

Wykluczenie Odwołującego z postępowania miało miejsce w dniu 30 lipca 2014 r. i było podstawą odwołania, wniesionego przez wykonawcę R..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARKADA R..... N..... .

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia – uznała, że zarzut Odwołującego nie potwierdził się. Krajowa Izba Odwoławcza dokonując oceny stanu faktycznego wzięła pod uwagę argumentację przedstawioną przez Zamawiającego oraz złożone przez niego dowody, z których jednoznacznie wynikało, iż zadanie pod nazwą Adaptacja i przebudowa budynku Galerii Sztuki Współczesnej Elektrownia w Czeladzi nie było prowadzone pod nadzorem konserwatora zabytków, a osoba wskazana przez Odwołującego – dwukrotnie brała udział w komisjach jedynie jako konsultant. Zatem Izba wobec przedstawionych jednoznacznych dowodów nie mogła uznać, że Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia opisany w pkt 5.2 SIWZ. Wobec powyższego wykluczenie wykonawcy z postępowania nie nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty dotyczące spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak również nie można zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w niniejszym postępowaniu.

Należy zauważyć, że Zamawiający nie wykazał, że działanie Odwołującego było w jakikolwiek sposób celowe i miało wprowadzać Zamawiającego w błąd i umożliwić uzyskanie zamówienia na podstawie nieprawdziwych danych. Zgodnie z Dyrektywą 2004/18/WE wykonawcę wyklucza się jeżeli „*jest on winny poważnego wprowadzenia w błąd*”. W ocenie Izby nie wykazano, że sytuacja taka miała miejsca w prowadzonym postępowaniu.

Nie można zatem wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w niniejszym postępowaniu.

Izba przypomina, że złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w innych wypadkach wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie może doprowadzić do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych; t.j. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazujący, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.

Ponadto Izba zauważa, że Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców ryzyka wynikającego z działań podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia i wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia z postępowania. Zachowanie wykonawcy, zgodnie z wezwaniem nie może być utożsamiane przez Zamawiającego ze złożeniem nieprawdziwych informacji w postępowaniu, a jakiegokolwiek wątpliwości i niejasności nie mogą przesądzać o zamiarze złożenia nieprawdziwych informacji. Podstawą argumentacji zawartej w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może być też wyłącznie przypuszczenie czy też domniemanie Zamawiającego wynikające z działań podjętych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Zatem w świetle powyższych rozważań, zdaniem Izby trudno wywieść, że wykonawca w niniejszym postępowaniu złożył nieprawdziwe informacje, stąd też nie zostały wypełnione przesłanki zawarte w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Należało zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie wykazał również że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby w podstawie wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego nie wykazane zostało, że zakładane przez Odwołującego zmiany zakwalifikować należy jako czyn nieuczciwej konkurencji. Nie wykazano przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że złożenie oferty przez Odwołującego kwalifikuje się w niniejszym stanie faktycznym jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1

ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem Odwołujący zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Zamawiający – w podstawie odrzucenia oferty Odwołującego - nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Odwołującego. Nie zostało zatem wykazane, że Odwołujący działał z zamiarem eliminacji innych wykonawców z rynku.

Biorąc jednocześnie pod uwagę, że istniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia należało uznać że - potwierdzenie się innych postawionych zarzutów nie ma wpływu na wynik tego postępowania.

Należy przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z przepisu tego wynika zatem, że nie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania. Musi być to bowiem naruszenie kwalifikowane, skutkujące zmianą lub możliwością zmiany wyniku postępowania. Zaś za wynik postępowania należy uznać jego rezultat (tj. wybór danej oferty jako najkorzystniejszej, bądź unieważnienie postępowania). W ocenie Izby potwierdzenie się kilku innych postawionych przez Odwołującego zarzutów – wobec zasadności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - nie ma - w niniejszym stanie faktycznym - i nie może mieć żadnego wpływu na wynik tego postępowania. Jak bowiem wyjaśniono, Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. (analogicznie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt KIO 467/13).

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego nie mogła znaleźć uzasadnienia również poprawa przez Zamawiającego innych omyłek wynikających z przepisu art. 87 ust. 12 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji mając na względzie wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów



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:**

.....