

Sygn. akt: KIO 1363/15

WYROK

z dnia 16 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2015 r. przez **A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A. Z.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale **R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Ogólnobudowlanych i Transportu R. P.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- Kosztami postępowania obciąża **A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A. Z.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wydłużenie istniejącej hali obsługi na terenie Zakładu Realizacji Przewozów „Żoliborz” w Warszawie.*

W dniu 26 czerwca 2015 r. wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A. Z. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Ogólnobudowlanych i Transportu R. P. i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 91 ustawy Pzp, ewentualnie: art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że wykonawca R. P., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Odwołującego, nieprawdziwe informacje dotyczą warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 5.1.2 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie roboty budowlane (wykonane w ramach jednej lub kilku umów-zamówień) polegające na:

- a) budowie (rozumianej jako wykonanie, odbudowa, rozbudowa lub nadbudowa) co najmniej dwóch hal przemysłowych lub warsztatowych w konstrukcji stalowej z kanałami przeglądowymi, o powierzchni zabudowy co najmniej 1 500,00 m² każda z hal;
- b) budowie (rozumianej jako wykonanie, odbudowa lub rozbudowa), przebudowie lub remoncie co najmniej dwóch odcinków torowiska (tramwajowego, kolejowego lub metra) o długości co najmniej 50 mtp każdy z tych odcinków.

Wykonawca złożył na potwierdzenie spełniania tego warunku wykaz robót budowlanych (na wzorze stanowiącym zał. nr 2 do formularza oferty), zawierający następujące informacje:

	Rodzaj roboty budowlanej (opis wykonanego zamówienia)	Data wykonania robót budowlanej	Miejsce wykonania roboty budowlanej	Zamawiający/Odbiorca potwierdzający wykonanie robót w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie
1.	Budowa dwóch hal magazynowych w konstrukcji stalowej o pow. zabudowy 1.580 m ² i 720 m ² [w tym budowa kanału naprawczego] Obiekt wybudowany „pod klucz”	01.07.2011-12.12.2011	Czosnów ul. Duńska 6	Atlantic Budownictwo A. U. u l. Kwitnąca 4a 01 - 926 Warszawa
2.	Rozbudowa i remont hali stacji diagnostyczno-warsztatowej z częścią socjalno-biurową w konstrukcji stalowej o pow. zabudowy 1.520 m ² w tym wykonanie kanału naprawczego Obiekt wybudowany „pod klucz”	20.07.2013-30.04.2014	Węgrów Al. Solidarności 3	FHPMAG-MAR A. M. Al. Solidarności 3 07-100 Węgrów

W odniesieniu do robót wskazanych w pkt. 1 wykazu Odwołujący podniósł, że jedna z wykonanych hal ma powierzchnię 900 m², a druga powierzchnię 300 m² (obydwie hale mają zatem powierzchnię mniejszą niż wymagana przez Zamawiającego). Ponadto, w żadnej z tych hal nie został wybudowany kanał przeglądowy, co było wymogiem odnośnie każdej z hal.

W odniesieniu do robót wskazanych w pkt. 2 wykazu Odwołujący podniósł, że obiekt ten ma powierzchnię wynoszącą ok. 600 m² (hala ma zatem powierzchnię mniejszą niż wymagana przez Zamawiającego), a ponadto obiekt ten przez ostatnie 10 lat nie był ani razu rozbudowywany, nie zmieniła się nigdy jego powierzchnia i kubatura, co prowadzi do wniosku, że roboty wykazywane w pkt. 2 wykazu robót nie zostały wykonane.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że wykonawca R. P. złożył nieprawdziwe informacje, a informacje te miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu. W konsekwencji, ww. wykonawca podlega – zdaniem Odwołującego – wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem mającym na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a wykonawca w dniu składania ofert nie działał w dobrej wierze. Przy jasnych i jednoznacznych zapisach

SIWZ nie może być mowy o błędnej interpretacji SIWZ przez Wykonawcę. Wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe, przedłożył je Zamawiającemu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym uzyskania zamówienia. Zdaniem Odwołującego, nie może być zatem mowy o jakimkolwiek braku świadomości wykonawcy bądź też o niejednoznacznych postanowieniach SIWZ w tym zakresie. Wykonawca działał z pełną świadomością wprowadzenia Zamawiającego w błąd, celowo i z premedytacją podając nieprawdziwe informacje. Odwołujący podniósł również, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie jest konieczna jego wina umyślna, lecz wystarczające jest stwierdzenie po stronie wykonawcy niedbalstwa, a należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Odwołujący wskazał przy tym, że dokument zawierający nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do odrzucenia oferty Odwołującego, wskazał on, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w uzasadnieniu podając, że wykonawca nie złożył w ofercie wykazów robocizny, materiałów i sprzętu, co było wymagane zgodnie z rozdziałem I SIWZ ust. 10 pkt 10.7 ppkt 3. Zamawiający ponadto wskazał, że nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziałów w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (rozd. I ust. 5 pkt 5 ppkt 2 i 3), ponieważ jego oferta podlega – zdaniem Zamawiającego – odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 10 SIWZ (Opis sposobu przygotowania oferty) ppkt 10.7, do oferty należało załączyć kosztorysy ofertowe wykonane metodą kalkulacji uproszczonej z podaniem wszystkich składników cenotwórczych, w szczególności stawki roboczogodziny (R), zysku (Z), kosztów pośrednich (Kp) oraz kosztów ogólnych budowy (Ko) wraz z wykazami robocizny, materiałów (M) i sprzętu (S). Odwołujący podniósł, że w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał wymagań czy wzorów wykazu robocizny, materiałów i sprzętu (RMS), poprzestając jedynie na wymaganiu złożenia tych wykazów. Zdaniem Odwołującego, skoro SIWZ nie określała formy i zakresu informacji, jakie powinny się znaleźć w zestawieniu materiałów, to wykonawcy mogli złożyć takie zestawienia w dowolnej formie.

Odwołujący wskazał, że cena ofertowa jest ceną kosztorysową (13.1 SIWZ, §10 ust. 1 istotnych postanowień umownych (dalej „IPU”). Cenę oferty należało podać w ofercie w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów robót zamieszczonych w rozdziale II SIWZ, które zawierają podstawę (KNR), opis pozycji, jednostkę miary oraz ilość (art 13.2 SIWZ). Kosztorysy ofertowe należało sporządzić metoda

kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót: należało określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót (art. 13.3 SIWZ). Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające wprost z przedmiaru robót, jak również koszty wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, a koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w odrębnych pozycjach w przedmiarach robót, wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych dla pozycji opisanych w przedmiarach robót (art. 16.5 SIWZ).

Odwołujący podał, że złożył wraz z ofertą – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – kosztorysy ofertowe wykonane metodą kalkulacji uproszczonej z podaniem wszystkich składników cenotwórczych, w szczególności stawki roboczegodziny (R), zysku (Z), kosztów pośrednich (Kp) oraz kosztów ogólnych budowy (Ko), jednakże nie złożył wykazów robocizny (R), materiałów (M) i sprzętu (S). Brak złożenia wymienionych wykazów nie stanowi – zdaniem Odwołującego – o sprzeczności oferty z merytoryczną treścią SIWZ i wobec tego nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Nie każda bowiem sprzeczność z treścią SIWZ powoduje konieczność odrzucenia oferty, w szczególności o sprzeczności takiej nie można mówić, tak jak w przedmiotowym przypadku, w razie sprzeczności z formalnym wymogiem SIWZ, nie mającym przełożenia na zawarcie i wykonywanie umowy o zamówienie publiczne. SIWZ bowiem, w szczególności istotne postanowienia umowne (stanowiące rozdział III SIWZ), dalej „IPU”, w żadnym postanowieniu nie wskazują, by wykazy robocizny, materiałów i sprzętu (RMS) miały jakkolwiek wpływ na realizację przyszłej umowy. Wykazy te nie stanowią zatem istotnej treści oferty. O powyższym świadczy fakt, że rozliczenie umowy nastąpić ma fakturami częściowymi i fakturą końcową za wykonane i odebrane przez Zamawiającego fazy robót, a faktury te mają być wystawione na podstawie sprawdzonego przez Inspektora nadzoru kosztorysu powykonawczego i protokołu odbioru danej fazy robót (§10 ust 3 i 5 IPU - rozdz. 111 SIWZ). Przedmiotem odbiorów częściowych i końcowego mają być – zgodnie z § 9 IPU – zakresy prac określone w sporządzonym przez wykonawcę i zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramie rzeczowo-finansowym. Kosztorysy powykonawcze zostaną sporządzone przez wykonawcę w oparciu o faktyczne (sprawdzone przez Inspektora nadzoru) obmiary i ceny jednostkowe zawarte w odpowiednich pozycjach uproszczonego kosztorysu ofertowego (§10 ust. 6 IPU). Treść SIWZ, w tym IPU (rozdz. III SWIZ) wskazują, że zestawienia RMS nie są rozpatrywane z punktu widzenia rozliczeń umownych. Rozliczenie to (procedura odbiorów, sporządzenie obmiaru, wystawianie faktur) następuje bowiem wyłącznie z odwołaniem się do cen jednostkowych wynikających z kosztorysów ofertowych uproszczonych złożonych przez Odwołującego. Kosztorysy powykonawcze będące podstawą wystawiania faktur

częściowych i końcowej są wyliczane na podstawie obmiarów i cen jednostkowych wynikających z kosztorysów ofertowych, a zatem do sporządzenia kosztorysów powykonawczych, będących podstawą do wystawienia faktur, nie są potrzebne zestawienia robocizny, sprzętu czy materiału.

Odwołujący podniósł, że za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skutkującą koniecznością odrzucenia oferty, należałoby uznać brak ceny jednostkowej lub pominięcie pozycji powodujące, że rozliczenie wykonanych robót będzie niemożliwe. Natomiast taka sytuacja nie zachodzi. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Zatem – w ocenie Odwołującego – zastrzeżenia Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty pozostają bez znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia i nie mają jakiegokolwiek wpływu na cenę ofertową. Odwołujący podniósł, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Z uwagi na powyższe brak jest – zdaniem Odwołującego – podstaw do stwierdzenia, że treść złożonej przez niego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy R. P., a także ofert złożonych przez Konsorcjum Balzola i Budimex S.A., które to oferty są – zdaniem Odwołującego – niezgodne z ustawą.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy: R. P., Konsorcjum Balzola i Budimex S.A. zaoferowali w swoich ofertach w kosztorysach ofertowych uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe:

1. R. P.:

- poz. 174 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 80 mm,
- poz. 80 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 125 mm,
- poz. 81 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 100 mm,
- poz. 82 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 80 mm,

2. Budimex:

- poz. 174 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 80 mm,

- poz. 80 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 125 mm,
- poz. 81 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 100 mm,
- poz. 82 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 80 mm,

3. Konsorcjum Balzola:

- poz. 174 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 80 mm
- poz. 81 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 125 mm
- poz. 82 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 100 mm
- poz. 83 - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe 80 mm

Zdaniem Odwołującego, oferty te podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako niezgodne z ustawą dnia 19 czerwca 1997 r. o zakazie stosowania wyrobów zawierających azbest (Dz.U.2004.3.20 z późn. zm.). Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem KIO z 2 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1255/08: *Wykonawcy w oprotestowanych ofertach zaproponowali materiały – uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe oraz xylamit popularny – które w sposób ewidentny są sprzeczne z oczekiwaniami Zamawiającego (oczywiste jest, że Zamawiający oczekiwał materiałów dopuszczonych do obrotu, ponadto bezwzględny zakaz stosowania omawianych materiałów wynika z ustawy z dn. 19 czerwca 1997 r. o zakazie stosowania wyrobów zawierających azbest).*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, dokonania czynności: wykluczenia z postępowania wykonawcy R. P. i odrzucenie jego oferty, wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 1 lipca 2015 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Ogólnobudowlanych i Transportu R. P., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze

środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 5.1.2 lit. a SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie roboty budowlane (wykonane w ramach jednej lub kilku umów-zamówień) polegające m.in. na budowie (rozumianej jako wykonanie, odbudowa, rozbudowa lub nadbudowa) co najmniej dwóch hal przemysłowych lub warsztatowych w konstrukcji stalowej z kanałami przeglądowymi, o powierzchni zabudowy co najmniej 1 500,00 m² każda z hal.

Przystępujący załączył do oferty wykaz robót budowlanych, w którym wskazał następujące roboty wykonane przez T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Budowlano Remontowe T. P., który udostępnił Przystępującemu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia:

- 1) Budowa dwóch hal magazynowych w konstrukcji stalowej o pow. zabudowy 1.580 m² i 720 m² (w tym budowa kanału naprawczego) w Czosnowie,
- 2) Rozbudowa i remont hali stacji diagnostyczno-warsztatowej z częścią socjalno-biurową w konstrukcji stalowej o pow. zabudowy 1.520 m² w tym wykonanie kanału naprawczego w Węgrowie.

Do wykazu Przystępujący załączył następujące dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót:

- 1) prac związanych z budową dwóch hal magazynowo-produkcyjnych z częścią warsztatową i socjalno-biurową w Czosnowie przy ul. Duńskiej 6 o całkowitej powierzchni 2300 m² (jedna hala 1580 m², druga hala 720 m²),
- 2) rozbudowa i remont budynku istniejącej stacji diagnostyczno-warsztatowej wraz z częścią socjalno-biurową i pomieszczeniami stacji paliw o łącznej powierzchni 1520 m² w Węgrowie przy al. Solidarności 3.

Zamawiający uznał, że przedłożone dokumenty potwierdziły spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Po wniesieniu odwołania, pismami z dnia 30 czerwca 2015 r. Zamawiający zwrócił się do wystawców referencji o złożenie wyjaśnień dotyczących wykonanych robót.

W piśmie skierowanym do Firmy Handlowo-Produkcyjnej „MAG-MAR” A. M. Zamawiający zadał następujące pytania:

- 1) czy roboty wskazane w referencjach zostały rzeczywiście wykonane,
- 2) jaka była powierzchnia dobudowanej hali,
- 3) czy w hali został wybudowany kanał przeglądowy.

Wystawca referencji potwierdził, że prace podane w referencjach były wykonane we wskazanym terminie i zakresie, w tym wykonany został kanał naprawczo-przeglądowy.

W piśmie skierowanym do Atlantic Budownictwo A. U. Zamawiający zadał następujące pytania:

- 1) jaka była powierzchnia każdej z dwóch hal,
- 2) czy w halach tych (bądź w jednej z nich i ew. której) został wybudowany kanał przeglądowy.

W odpowiedzi wykonawca referencji oświadczył, że wykonane prace są zgodne z udzielonymi referencjami.

Ponadto, w dniu 1 lipca 2015 r. Zamawiający zwrócił się do pana R. P. o udzielenie informacji:

- 1) w jaki sposób weryfikował, czy podmiot udostępniający zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia (T. P.) rzeczywiście posiada doświadczenie, o którym mowa w załączonych referencjach i „Wykazie robót budowlanych” złożonym wraz z ofertą,
- 2) czy dysponuje innymi dokumentami, niż załączone do oferty referencje, które mogłyby rozwiać wątpliwości co do faktycznego zakresu robót wskazanych w „Wykazie robót budowlanych”, a jeśli tak, czy może je przedstawić.

W odpowiedzi pełnomocnik wykonawcy poinformował, że pan R. P. współpracuje z panem T. P. od wielu lat i na podstawie tego doświadczenia może stwierdzić, że pan T. P. prowadzi wiarygodną i rzetelną firmę oraz że brak jest podstaw do kwestionowania treści i autentyczności przedkładanych referencji. Referencji zostały przedłożone w oryginale i dotyczą inwestycji faktycznie wykonanych. Wg wiedzy pana R. P. brak jest podstaw, aby twierdzić, iż obiekty, których dotyczą powołane referencje nie zostały wybudowane rzetelnie i zgodnie ze sztuką budowlaną. Ponadto, na potwierdzenie doświadczenia pana R. P., do pisma załączono dodatkowe referencje, wystawione przez Zakłady Mięsne „Z.” sp. j. z siedzibą w Kosowie Lackim. Ww. referencje potwierdzają, że pan R. P. był generalnym wykonawcą, w okresie od 2 października 2014 r. do 30 kwietnia 2015 r. budowy hali

przemysłowo-magazynowej z częścią biurowo-socjalną oraz infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni zabudowy 5.214 m². Budynek został wykonany w technologii mieszanej, tj. częściowo konstrukcji stalowej z obudową płytami warstwowymi i częściowo murowany, wyposażony m.in. w kanały przeglądowe.

W ocenie Izby zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z przywołanym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zastosowanie tej przesłanki wykluczenia możliwe jest pod warunkiem wykazania, że złożone przez wykonawcę informacje są niezgodne ze stanem faktycznym i wprowadzają zamawiającego w błąd. Wykazanie tej okoliczności w postępowaniu odwoławczym obciążało Odwołującego, stosownie do rozkładu ciężaru dowodu wynikającego z art. 6 Kodeksu cywilnego. W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających, że złożone przez Przystępującego informacje określające zakres robót budowlanych wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia są nieprawdziwe. Dowodu takiego z pewnością nie stanowią zdjęcia z aplikacji Google Earth ani zdjęcia mające dokumentować wykonanie pomiarów obiektów budowlanych, złożone przez Odwołującego w celu wykazania, że wykonane roboty budowlane dotyczą obiektów o mniejszej powierzchni niż wymagana przez Zamawiającego. Zauważyć należy, że brak jest możliwości zweryfikowania rzetelności tych zdjęć i dokonanych na ich podstawie pomiarów. Nie zostały one wykonane przez osobę posiadającą odpowiednie kwalifikacje czy uprawnienia, ale przez podmiot bezpośrednio zainteresowany wynikiem postępowania. Pomiary dokonane na podstawie zdjęć z Google Earth są nieweryfikowalne, nie sposób ustalić ani ich aktualności, ani prawidłowości wykonanych obliczeń. Tym bardziej dotyczy to zdjęć wykonanych przez Odwołującego na terenie nieruchomości w Czosnowie i Węgrowie. Nie tylko nie jest możliwe ustalenie, czy pomiary zostały wykonane rzetelnie i dokładnie, ale wręcz trudno je uznać za jakiegokolwiek uprawdopodobnienie chociażby przybliżonej powierzchni obiektów. Z powyższych względów materiałom tym nie sposób przypisać mocy dowodowej. Tymczasem zastosowanie określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wymaga udowodnienia, że złożone informacje są niezgodne ze stanem faktycznym. Sankcja ta w żadnym wypadku nie może być oparta jedynie na wątpliwościach co do prawdziwości informacji. Tym samym wyniki postępowania dowodowego nie pozwalają stwierdzić, że powierzchnia obiektów wskazanych w wykazie robót budowlanych jest w rzeczywistości mniejsza niż to wynika z wykazu oraz referencji. Odwołujący w żadnej mierze tego nie wykazał. Przystępujący natomiast złożył m.in.

informacje mailowe rzeczoznawcy majątkowego o wynikach analiz zapisów w ewidencji gruntów i budynków dotyczących nieruchomości w Węgrowie i Czosnowie oraz oświadczenie geodety o dokonaniu pomiarów obiektu w Węgrowie, które potwierdzają wymaganą przez Zamawiającego powierzchnię obiektów. Materiały te z pewnością nie stanowią niepodważalnych dowodów (m.in. ze względu na formę dowodów w postaci wydruków z poczty elektronicznej czy nieprzedstawienie treści zleceń na dokonanie ww. analiz i pomiarów), niemniej jednak to nie na Przystępującym spoczywał ciężar dowodu w tym postępowaniu, a Odwołujący nie tylko nie przedstawił własnych, wystarczających dowodów, ale też nie zakwestionował skutecznie dowodów złożonych przez Przystępującego.

Z przyczyn formalnych nie podlegała ocenie Izby sformułowana przez Odwołującego dopiero podczas rozprawy teza, że wykazane przez Przystępującego hale mają powierzchnię mniejszą niż wymagana w SIWZ, bowiem Zamawiający miał obowiązek przyjąć do oceny powierzchnię wykonanych hal po odliczeniu części obiektów przeznaczonych na inne cele (część socjalno-biurowa, pomieszczenia stacji benzynowej). Zarzut taki, dotyczący nie tyle złożenia nieprawdziwych informacji, co sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, został bowiem sformułowany dopiero podczas rozprawy i wykracza poza podstawę faktyczną i prawną zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w którym Odwołujący kwestionował prawdziwość informacji o powierzchni hal, a nie sposób ich ustalenia w kontekście opisanego przez Zamawiającego sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Taka modyfikacja zarzutu po wniesieniu odwołania nie mogła być skutecznie dokonana, zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na zarzut natomiast składa się nie tylko wskazanie kwestionowanej czynności lub zaniechania Zamawiającego, ale również określenie podstawy faktycznej (okoliczności faktycznych, na których Odwołujący opiera swoje twierdzenia) i okoliczności prawnych.

Wskazać również należy, że całkowicie gołosłowne pozostały twierdzenia Odwołującego o złożeniu nieprawdziwych informacji co do zakresu przedmiotowego wykonanych robót (wykonanie kanału przeglądowego). W tej kwestii Odwołujący nie podjął nawet próby udowodnienia okoliczności, na których oparł sformułowany w odwołaniu zarzut.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt. 10.7 ppkt 3 SIWZ, do oferty należało dołączyć kosztorysy ofertowe wykonane metodą kalkulacji uproszczonej z podaniem wszystkich składników

cenotwórczych, w szczególności stawki roboczogodziny (R), zysku (Z), kosztów pośrednich (Kp) oraz kosztów ogólnych budowy (Ko) wraz z wykazami robocizny, materiałów (M) i sprzętu (S). W wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 30 kwietnia 2015 r., na pytanie jednego z wykonawców Zamawiający potwierdził konieczność dołączenia do oferty kosztorysów zawierających ww. elementy wraz z wykazami robocizny, materiałów i sprzętu.

Zgodnie z § 10 ust. 7 projektu umowy, ewentualne roboty dodatkowe lub zamienne zostaną wycenione przez Wykonawcę z zastosowaniem stawek z kosztorysu ofertowego.

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą kosztorys uproszczony, nie przedstawiając wykazów robocizny, materiałów i sprzętu (okoliczność bezsporna). Zamawiający uznał brak tych wykazów za niezgodność oferty z treścią SIWZ i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty Odwołującego była zasadna.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Niezgodność oferty z treścią SIWZ, uzasadniająca odrzucenie oferty, musi mieć charakter merytoryczny.

Bezsporne w przedmiotowej sprawie jest, że Zamawiający żądał od wykonawców załączenia do kosztorysów ofertowych wykazów robocizny, materiałów i sprzętu, jak również to, że Odwołujący takich wykazów nie przedłożył. Istotą sporu jest charakter brakujących wykazów i skutek tych braków dla poprawności oferty.

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że przedmiotowe wykazy stanowią merytoryczny element oferty. Co więcej, ze względu na planowany sposób rozliczenia wykonanych prac, który wymaga określenia cen m.in. materiałów, których to cen nie zawiera sam kosztorys uproszczony (roboty zamienne i dodatkowe – § 10 ust. 7 projektu umowy, rozliczenia z wykonawcą w przypadku odstąpienia od umowy – § 16 ust. 2 projektu umowy), jest to element istotny. Określenie cen robocizny, materiałów i sprzętu jest niezbędne do prawidłowego, zgodnego z przyszłą umową rozliczenia robót, nie ma zatem charakteru wyłącznie informacyjnego. Nie sposób więc zgodzić się z Odwołującym, że zaistniała niezgodność ma charakter jedynie formalny.

Nie można podzielić również tezy, że fakt, iż Zamawiający nie określił, jak mają te wykazy wyglądać powoduje, że oferta niezawierająca tych wykazów nie podlega odrzuceniu. Brak wymogów co do formy wykazów oznacza tylko tyle, że mogły przybrać one dowolną formę, natomiast treść ich była przez Zamawiającego określona w SIWZ. Skoro Zamawiający w punkcie 13.6 SIWZ wymagał, aby wartość cen jednostkowych dla każdej pozycji kosztorysowej wyliczonych na podstawie zestawień RMS z uwzględnieniem

pozostałych czynników cenotwórczych była tożsama z wartościami cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym, to oczywistym jest, że zestawienia te powinny zawierać ceny robocizny, materiałów i sprzętu. Niezrozumiałe jest więc twierdzenie Odwołującego, że wobec nieokreślenia wymagań co do tych zestawień, można było złożyć zestawienia niezawierające żadnych cen.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była zasadna.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert niezgodnych z ustawą o zakazie stosowania wyrobów zawierających azbest, okolicznością bezsporną jest, że trzech wykonawców (R. P., Budimex, Konsorcjum Balzola) w czterech pozycjach kosztorysu ujęło uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe. Podobnie bezsporna jest okoliczność, że stosowanie wyrobów zawierających azbest jest prawnie zakazane (ustawa z dnia 19 czerwca 1997 r. o zakazie wyrobów zawierających azbest, t.j. Dz. U. z 2004 r. Nr 3, poz. 20 z późn. zm.). Niemniej jednak Izba stwierdziła, że odwołanie w tym zakresie nie może być uwzględnione.

Jak przyznał Zamawiający, w przygotowanych przez niego i przekazanych wykonawcom przedmiarach robót znalazły się materiały zawierające azbest (co nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane). Wynika to z użycia przez Zamawiającego programu kosztorysowego opartego na nieaktualnych Katalogach Nakładów Rzeczowych. Wobec powyższego zarzuty odwołania powinny być skierowane wobec treści SIWZ w terminie przewidzianym na kwestionowanie postanowień tego dokumentu. Ujęcie w kosztorysie materiałów zawierających azbest było wynikiem omyłki Zamawiającego na etapie przygotowywania przedmiarów i to błąd Zamawiającego był pierwotny w stosunku do błędów w ofertach. Nie jest dopuszczalne na obecnym etapie postępowania obarczanie wykonawców negatywnymi konsekwencjami tego błędu. Jednocześnie błąd ten nie uniemożliwia wykonania zamówienia zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 3 projektu umowy, *roboty budowlane muszą być wykonywane zgodnie z dokumentacją projektową, STWiOR, harmonogramem rzeczowo-finansowym, aktualnie dostępną wiedzą techniczną i sztuką budowlaną, przepisami prawa obowiązującego w tym zakresie, w szczególności prawa budowlanego i prawa ochrony środowiska, odpowiednimi europejskimi i polskimi normami (...)*. W dokumentacji projektowej ani STWiOR (które zgodnie z punktem 13.8 SIWZ przy dokonywaniu wyceny mają pierwszeństwo przed opisami pozycji przedmiarowych) nie występują materiały zawierające azbest. Dodatkowo należy wskazać, że z uwagi na obowiązujący produkcji wyrobów z azbestem, użycie przy

wykonywaniu zamówienia uszczelek azbestowo-kauczukowych z dużym prawdopodobieństwem byłoby w praktyce niemożliwe. Należy więc stwierdzić, że błąd popełniony przez Zamawiającego, a powielony przez wykonawców, nie będzie rzutował na sposób wykonania zamówienia. Mimo błędnego opisu pozycji kosztorysowych, wykonując zamówienie zgodnie z umową wykonawca będzie zobowiązany do wykorzystania wyrobów dopuszczonych do stosowania w budownictwie.

Podsumowując, błędne wskazanie przez Zamawiającego w przedmiarach robót wyrobów zawierających azbest nie skutkuje wadą oferty uzasadniającą jej odrzucenie. Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający i Przystępujący zgłosili słuszne wątpliwości co do dokonanej przez Odwołującego kwalifikacji prawnej podstawy odrzucenia oferty, podnosząc, że art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w sytuacji niezgodności oferty z przepisami tejże ustawy i aktów prawnych z nią powiązanych. Niezależnie jednak od tego, Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia ofert ze wskazanych w odwołaniu powodów na jakiegokolwiek podstawie prawnej.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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: