

**WYROK**  
**z dnia 18 lutego 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:           Małgorzata Rakowska**

**Członkowie:                 Anna Packo**  
**Ewa Sikorska**

**Protokolant:                Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Gutkowski Jan Gutkowski z siedzibą w Lesznie, ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Warka, Pl. S. Czarnieckiego 1, 05-660 Warka** protestu z dnia 6 listopada 2009 r.

przy udziale **konsorcjum firm: FUNAM Sp. z o.o. (lider konsorcjum) i WODROPOL S.A., ul. Mokronoska 2, 52-407 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Gutkowski Jan Gutkowski z siedzibą w Lesznie, ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Gutkowski Jan Gutkowski z siedzibą w Lesznie, ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Gutkowski Jan Gutkowski z siedzibą w Lesznie, ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno.**

### **U z a s a d n i e**

Gmina Warka, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę i przebudowę stacji uzdatniania wody w Warce”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 kwietnia 2009 r., poz. 117102-2009.

W dniu 4 grudnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI Gutkowski Jan z siedzibą w Lesznie, zwanego dalej „Odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania, a tym samym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, iż Odwołujący, podając w złożonej ofercie wydajność studni uzdatniania wody w Borzęcinie Małym jako nie mniejszą niż 200 m<sup>3</sup>/h, przedstawił nieprawdziwe informacje. Nadto dodał, iż zaproponowane przez niego urządzenia równoważne, tj. Kompletna Jednostka Filtracyjna JFG2500 – ZM i Kompletna Jednostka Filtracyjna JFG2500 – ZF nie pracują na żadnej ze wskazanych lokalizacji.

Pismem z dnia 11 grudnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynności Zamawiającego dokonane w toku przedmiotowego postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz innych wskazanych w uzasadnieniu protestu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum FUNAM jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
3. powtórzenie czynności oceny ofert,
4. wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający wykluczając go z postępowania i odrzucając jego ofertę powołał się na te same podstawy i zarzuty, które przedstawił w pierwszym postępowaniu odwoławczym. Natomiast nową okolicznością jest podnoszenie, że Zamawiający wizytował wskazane przez Odwołującego instalacje i stwierdził, że:

1. SUW w Borzęcinie Małym aktualnie nie pracuje z wydajnością 200 m<sup>3</sup>/h,
2. filtry pracujące na wskazanych stacjach nie są takie same jak w projekcie.

Nadto dodał, iż określenie poziomu wydajności w projekcie na 120-150 m<sup>3</sup>/h oparte było na innym, mniej efektywnym złożu filtracyjnym aniżeli zostało ostatecznie zastosowane, a on nigdy nie podnosił, że stacja aktualnie pracuje z wydajnością 200 m<sup>3</sup>/h, a jedynie wykazał, że posiada zdolność uzdatniania (przepustowości) „filtrację ciśnieniową” powyżej 200 m<sup>3</sup>/h.

Pismem z dnia 14 grudnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo konsorcjum FUNAM otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 15 grudnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum FUNAM przystąpiło do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma Odwołującemu.

Pismem z dnia 18 grudnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, podając iż wydajność filtracji (przepustowości) wynosi 250 m<sup>3</sup>/h, podczas gdy faktyczna wydajność instalacji dwustopniowej filtracji ciśnieniowej zainstalowanej wynosi 150 m<sup>3</sup>/h.

Nadto dodał, iż zaakceptował on zaproponowane przez Odwołującego urządzenia wskazane jako równoważne. Jednak, jak ustalił w trakcie wizytacji stacji uzdatniania wody, na żadnej ze wskazanych przez Odwołującego stacji nie pracowały urządzenia zaproponowane przez Odwołującego jako równoważne, mimo iż Zamawiający wymagał, aby zaoferowane przez wykonawcę urządzenia równoważne pracowały na innych obiektach co najmniej dwa lata.

Pismem z dnia 23 grudnia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 28 grudnia 2009 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2009 r.; data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 23 grudnia 2009 r.), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

W dniu 18 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum FUNAM przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.2.3 SIWZ, jak i braku równoważności zaoferowanych urządzeń, a więc wymogu określonego w punkcie 3.10 SIWZ nie może być rozpoznany, gdyż dotyczy tych samych okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1300/09 i KIO/UZP 1321/09, a więc innego odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego w tym samym postępowaniu. Odwołujący nie może bowiem ponownie wnieść protestu i odwołania, powołując się na te same okoliczności faktyczne. Rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej.

Zarzut nieuprawnionego uznania, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Odwołujący w załączniku nr 7 „Urządzenia równoważne”, stanowiącym załącznik do złożonej oferty, wyspecyfikował zaoferowane urządzenia równoważne, wskazując jednocześnie lokalizację pracującego urządzenia, tj.:

- „Kompletna Jednostka Filtracyjna JFG 2500-ZF” - „Łódź, Stare Babice - Borzęcin Mały”;
- „Kompletna Jednostka Filtracyjna JFG 2500-ZM” – „Łódź, Stare Babice - Borzęcin Mały” (s. 43-44 oferty).

Zamawiający, dokonując ponownego badania i oceny ofert, dokonał oględzin wskazanych przez Odwołującego lokalizacji urządzeń równoważnych, stwierdzając iż w żadnym ze wskazanych miejsc zaoferowane urządzenia nie pracują, przedkładając notatki służbowe podpisane przez przedstawicieli Zamawiającego oraz użytkowników wizytowanych stacji.

Podobna sytuacja dotyczy wydajności filtracji. Z treści złożonej przez Odwołującego oferty wynika, iż wydajność filtracji na stacji uzdatniania wody w Borzęcinie Małym jest „nie mniejsza niż 200 m<sup>3</sup>/h”. Zamawiający uzyskał natomiast Specyfikację Techniczną Wykonania Branża Technologiczna do projektu budowlanego wykonawczego, a dotyczącą stacji uzdatniania wody w Borzęcinie Małym, w której na stronie 7 zawarto informację, iż „wydajność uzdatniania: I etap – 150 m<sup>3</sup>/h, II etap - 75 m<sup>3</sup>/h (niezrealizowana)”.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła co następuje:

W niniejszym stanie faktycznym niewątpliwym jest, iż informacje zawarte w dokumentach złożonych przez Odwołującego diametralnie się różnią od informacji pozyskanych przez Zamawiającego w toku dokonanych oględzin stacji uzdatniania wody wskazanych przez Odwołującego, w tym danych zawartych na tabliczkach znamionowych wizytowanych urządzeń. Również sam Odwołujący przyznał na rozprawie, iż urządzenia identyczne z urządzeniami równoważnymi zaoferowanymi przez niego w złożonej ofercie nie pracują w żadnej ze wskazanych stacji uzdatniania wody, a niektóre cechy i parametry są inne niż wskazane przez niego w ofercie, innych zaś oferowane urządzenie nie ma.

Natomiast w odniesieniu do wydajności filtracji stwierdzić należy, iż z dokumentacji powykonawczej zadania zrealizowanego przez Odwołującego w Borzęcinie Małym wynika, iż Odwołujący faktycznie wykonał stację uzdatniania wody o wydajności uzdatniania 150 m<sup>3</sup>/h. Powyższe przyznał także Odwołujący, podnosząc na rozprawie, iż to z dokumentacji projektowej wynika wskazana przez niego wydajność (250 m<sup>3</sup>/h), dodając iż podał on w ofercie zdolność filtracji.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W oparciu o powyższe stwierdzić więc należy, że informacje zawarte w ofercie Odwołującego rzeczywiście są odmienne od pozyskanych od zamawiających, a następnie użytkujących wskazane przez niego stacje uzdatniania wody, a więc niewątpliwie są nieprawdziwe i bezsprzecznie miały one wpływ na wynik postępowania. Wykluczeniu podlega bowiem wykonawca, wyłącznie wtedy, gdy informacje nieprawdziwe mają wpływ na wynik postępowania, a więc dotyczą warunków zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych zamówienia. Z ustalonych przez Izbę okoliczności przedmiotowej sprawy jednoznacznie wynika, iż podane przez Odwołującego informacje miały wpływ na wynik postępowania. Nie miały one charakteru hipotetycznego, a w istocie miały rzeczywisty wpływ na wynik postępowania. Spowodowały bowiem uznanie spełnienia przez wykonawcę wymogów Zamawiającego oraz warunków udziału w postępowaniu. Natomiast sama okoliczność podania nieprawdziwych informacji pojawiła się dopiero na etapie ponownego badania i oceny ofert. Okoliczność taka może pojawić się na każdym etapie postępowania, a

Zamawiający, w przypadku jej ujawnienia, jest zawsze zobowiązany do rzetelnego ustosunkowania się do takiej sytuacji i zweryfikowania podanych przez wykonawcę informacji. Analiza całokształtu materiału zebranego w niniejszej sprawie nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż taka okoliczność zaistniała. Tym samym stwierdzić należy, iż w toku przedmiotowego postępowania Odwołujący rzeczywiście złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumenty przedłożone przez Przystępującego i Odwołującego na rozprawie, uznając przedmiotowe dokumenty jako oświadczenia składających je uczestnika oraz strony postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, natomiast pełnomocnik Zamawiającego żadnego rachunku nie przedłożył.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....