

Sygn. akt: KIO 1766/10

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 sierpnia 2010 r. przez **Konsorcjum: AZYSA POLSKA sp. z o.o.(lider konsorcjum), AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L., Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „M+” sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 53 – 676 Wrocław, ul. Sokolnicza 5/63** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu, 45 – 231 Opole, ul. Oleska 127**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: DROG-BUD sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum 42 – 209 Częstochowa, ul. Prosta 88/90** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: AZYSA POLSKA sp. z o.o.(lider konsorcjum), AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L., Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „M+” sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 53 – 676 Wrocław, ul. Sokolnicza 5/63**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum: AZYSA POLSKA sp. z o.o.(lider konsorcjum), AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L., Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „M+” sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 53 – 676 Wrocław, ul. Sokolnicza 5/63** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 30.08.2010 r. o sygn. akt: KIO 1766/10

Odwołujący - konsorcjum firm: AZYSA Polska Spółka z o.o. we Wrocławiu (lider); AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Spółka z o.o. uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 423 wraz z budową ciągu pieszego w miejscowości Rozwadza, prowadzonym przez zamawiającego Województwo Opolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu w złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołaniu od czynności wykluczenia go z postępowania zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91, art. 192 ust. 2 i art. 195 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazał, że zamawiający w powtórzonych czynnościach nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1377/10 z dnia 19 lipca 2010 r. wykluczył go z postępowania i odrzucił ofertę odwołującego oraz wskazał na wadliwy wynik postępowania poprzez powtórny wybór wykonawcy, który nie złożył najkorzystniejszej oferty. Odwołujący stwierdził, że nie nastąpiło wykonanie w/w wyroku Izby, za wyjątkiem dokonania nakazanego poprawienia omyłki w kosztorysie ofertowym, a powtórna ocena ofert została dokonana z obrazą przepisów ustawy. Zauważył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający chcąc wyeliminować go z postępowania, wbrew wskazanemu wyrokowi, powrócił do procesu badania jego oferty i ustalił, że tym razem odwołujący podlega wykluczeniu, którą to argumentację zamawiający oparł na wyroku z innego postępowania. Odwołujący zauważył, że zamawiający w dniu wskazania pierwszego wyniku postępowania miał pełną wiedzę co do wskazanych obecnie zarzutów, ale wówczas nie wykluczył go z postępowania, nie podnosił również tych argumentów w toku postępowania przed Izbą w sprawie sygn. KIO 1377/10. Wyrok w tej sprawie stał się zgodnie z art. 195 ust. 3 prawomocny i winien być bezwzględnie wykonany w całości. Odwołujący wskazał na sentencję wyroku Izby, zgodnie z którym Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty oraz nakazała powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzone dokonaniem poprawy kosztorysu w ofercie odwołującego. Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie wykonał tego wyroku, gdyż wbrew jego treści nie unieważnił czynności wyboru oferty, lecz powtórnie wskazał na ten wybór, a ponadto cofnął się do procesu badania oferty odwołującego i nie dokonał oceny oferty odwołującego, która zgodnie z wyrokiem Izby jest ważna i powinna brać udział w rankingu ofert, wśród których jest najkorzystniejsza.

Wskazując na powyższe wniósł o cofnięcie czynności powtórnego badania ofert – w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty odwołującego do postępowania i cofnięcie wyboru oferty, powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnej oferty odwołującego, wskazanie wyniku postępowania na ofertę odwołującego oraz równe traktowanie wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów stwierdził, że odrzucając pierwotnie ofertę odwołującego jako niezgodną z siwz, nie dysponował jeszcze kompletną wiedzą świadczącą w sposób nie budzący wątpliwości o nieprawdziwości informacji zawartych w ofercie. Informacje te gromadził zresztą w innym postępowaniu, w którym odwołujący również złożył ofertę, prowadzonym równoległe z niniejszym postępowaniem. Wskazał, że odwołanie rozpatrzone przez KIO w wyroku sygn. akt KIO 1377/10 dotyczyło czynności odrzucenia oferty i w granicach zarzutów na tę czynność Izba orzekła w wyroku z dnia 19.07.2010 r. Zamawiający stwierdził, że wykonując wyrok Izby poprawił ofertę odwołującego, jak również, zgodnie z wyrokiem, unieważnił pierwotnie dokonany wybór oferty konkurencyjnej.

Zamawiający stoi na stanowisku, że dokonując nakazanej ponownej oceny ofert, w tym oferty odwołującego poprawionej w sposób określony w w/w wyroku, nie mógł abstrahować od skompletowanej już po ogłoszeniu wyroku, a pozyskanej w toku innego równoległe prowadzonego postępowania, wiedzy świadczącej o nieprawdziwości informacji zawartych w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu. W ocenie zamawiającego nakaz wykonania czynności wskazanych w wyroku nie jest równoznaczny z zakazem wykonania innych czynności, w szczególności tych, do których zamawiający jest zobowiązany przepisami, a taką czynnością jest wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 5 ustawy.

Zamawiający zauważył, że w odwołaniu nie odniesiono się do merytorycznej zasadności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3. Zakładając, że odwołujący nie kwestionuje tej zasadności, zamawiający powołał się na argumentację zawartą w piśmie z dnia 10.08.2010 r. W piśmie tym, działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy poinformował, że w wyniku nakazanej wyrokiem KIO z dnia 19.07.2010 r. powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej wybrał ofertę złożoną przez konsorcjum w składzie: DROG-BUD - Spółka z o.o., Lubojenka, (lider); Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A Kędzierzyn-Koźle.

Jednocześnie z udziału w postępowaniu wykluczył i odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego. Uzasadniając decyzję o wykluczeniu wskazał, że w celu wykazania spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia

polegającego na wykonaniu stabilizacji MCE o powierzchni min. 2000 m², odwołujący działając na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy powołał się na wiedzę i doświadczenie Energopol Południe w Sosnowcu i załączył do oferty:

- 1/ wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wykazano roboty budowlane opisane jako rekonstrukcja (remont) drogi państwowej w kierunku Ustług – Łuck – Riwne na Ukrainie, obejmujący wykonanie stabilizacji MCE w ilości 61.900 m²,
- 2/ referencje dotyczące ww robót wystawione przez Energopol Road Ukraina sp. z o.o. stwierdzające, że Energopol Południe S.A. wykonał w okresie od grudnia 2007 r. do maja 2008 r. rekonstrukcję wskazanej drogi państwowej na odcinkach: a/ od km 130 do 131 + 200 o powierzchni nawierzchni 11.900 m², b/ od km 127 do 128 + 200 o powierzchni nawierzchni 50.000 m², z zastosowaniem wymienionych technologii,
- 3/ pisemne zobowiązanie Energopol Południe S.A. do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Zamawiający wskazał, że równoległe z niniejszym postępowaniem prowadził inne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 414 na odcinku Smolarnia – Krobusz w km 24+565 do 35+760”. W postępowaniu tym odwołujący również złożył ofertę, do której także załączył opisane wyżej dokumenty. W toku równoległe prowadzonego postępowania zamawiający wszedł w posiadanie pisemnych informacji od zarządców drogi państwowej Ustług-Łuck-Riwne, z których wynika, że:

- 1/ Energopol Południe S.A. nie wykonywał żadnych prac na odcinku drogi od km 130 do 131+200,
- 2/ w okresie od maja do grudnia 2007 r. remont lewego pasa drogi od km 127+200 do 130 wykonywał Budimex-Dromex sp. z o.o we Lwowie, jako generalny wykonawca,
- 3/ Energopol Road Ukraina wykonywała na zlecenie generalnego wykonawcy regenerację warstw pokrycia drogowego metodą zimnego recyklingu na pow. 22.917 m²,
- 4/ przedmiotowy remont wykonywany był nieterminowo, co skutkowało niemożnością ułożenia pokrycia asfaltowego i wznowienia ruchu na lewym pasie drogi, wskutek czego prawy pas pozostawał podwójnie obciążony, a także z przekroczeniem dopuszczalnych odchyień podstawy drogi na odrębnych odcinkach, co skomplikowało ułożenie warstwy wyrównawczej pokrycia mieszaniną asfaltowo-bitumiczną, 5/ w 2009 r. umowa z generalnym wykonawcą została rozwiązana w związku z jego likwidacją.

Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia na Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 414 na odcinku Smolarnia – Krobusz wykonawca złożył wyjaśnienia, w których nie zakwestionował nieprawdziwości zawartych w opisanych dokumentach załączonych do ofert złożonych w obydwu postępowaniach i stwierdził, że nieprawdziwość

przedmiotowych informacji jest wynikiem błędu, za który przeprasza zamawiającego. Do wyjaśnień wykonawca załączył nowe referencje, określając je jako referencje skorygowane. W ocenie zamawiającego skorygowane referencje nie podważają tezy o nieprawdziwości informacji zawartych w opisanych dokumentach, w obydwu prowadzonych postępowaniach, oraz nie potwierdzają, by Energopol Południe S.A., na którego wiedzę i doświadczenie powołuje się wykonawca, w ogóle wykonywał jakiegokolwiek roboty budowlane na drodze państwowej Ustług-Łuck-Riwne na Ukrainie. Zamawiający wskazał, że ocenę taką podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza, która wyrokiem z 23.07.2010 r. sygn. akt KIO/1439/10 oddaliła odwołanie od czynności zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania na Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 414 na odcinku Smolarnia – Krobusz wobec złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Zamawiający stwierdził, że konsorcjum składając w postępowaniu opisane dokumenty – złożyło nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wobec czego uzasadnione jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wniósł oddalenie odwołania podzielać argumentację przedstawioną przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie oraz biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uwzględniając stanowiska stron ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie opiera się na twierdzeniu, że zamawiający w toku postępowania nie wykonał wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt 1377/10 z 19 lipca 2010 r. , za wyjątkiem nakazanego tym wyrokiem poprawienia omyłki w jednej pozycji kosztorysu ofertowego.

Izba rozpatrując niniejsze odwołanie stwierdziła, że w wyniku rozpatrzenia odwołania w sprawie sygn. jw., w wyniku uwzględnienia odwołania zamawiającemu nakazano unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum firm: DROG-BUD - Spółka z o.o.; Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. oraz nakazano powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzone dokonaniem poprawy w pozycji 32 kosztorysu (przepust PDR 2) w ofercie odwołującego. W ocenie składu orzekającego wyrok został wykonany zgodnie z jego treścią, a konkretnie pkt 2 sentencji wyroku. Nastąpiło bowiem poprawienie omyłki w ofercie odwołującego i oferta ta została poddana nakazanej ponownej ocenie. Oznacza to, że w wyniku wyroku Izby nastąpił w ramach postępowania o udzielenie

zamówienia powrót do etapu oceny ofert z udziałem oferty odwołującego, co jednocześnie oznacza, że pierwotny wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, został unieważniony. Należy przy tym stwierdzić, że Izba rozpatrując sprawę w poprzednim postępowaniu uwzględniła zarzut nieuzasadnionego odrzucenia oferty i w zakresie tego zarzutu uznała, że oferta nie podlega odrzuceniu. Tym samym nakazanie przywrócenia oferty odwołującego do postępowania stało się równoznaczne z koniecznością unieważnienia odrzucenia jego oferty oraz dokonaniem ponownej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty z powodu braku podstaw do odrzucenia oferty. Nie oznacza to jednak konieczności wyboru oferty przywróconej do postępowania w przypadku, gdy w toku powtórzonych czynności zajdą nowe okoliczności odnoszące się do badanej oferty, w tym także do wykonawcy, który tę ofertę złożył, wskazujących na zaistnienie przesłanek do wykluczenia wykonawcy. Uznając zatem, że wyrok KIO z dnia 19 lipca 2010 r. został wykonany Izba zauważa, że powoływanie przez odwołującego przepisu art. 195 ust. 3 ustawy nie ma uzasadnienia w rozpatrywanej sprawie, gdyż wskazany przepis reguluje kwestię prawomocności orzeczeń wydanych na podstawie art. 192 ust. 2 pkt 2 lit. b lub c ustawy tj. zapadłych w innych okolicznościach. Należy stwierdzić, że przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest samodzielną przesłanką, w razie której zaistnienia na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, zdefiniowanym w art. 2 pkt 7a ustawy, zamawiający, który stwierdził zaistnienie takiej przesłanki, ma obowiązek wykonać nakazaną w przepisie czynność.

W rozpatrywanej sprawie czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania jest nową podjętą przez zamawiającego i okoliczność ta podlega ocenie Izby w ramach podniesionego w odwołaniu zarzutu.

Jak ustalono na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów – nie ma zgodności co do wykonania przez „Energopol-Południe” S.A., jako innego podmiotu udostępniającego swoje doświadczenie w realizacji robót odpowiadających potrzebom zamawiającego, w przedmiocie terminów wykonania, zakresów poszczególnych odcinków dróg, z jednej informacji wynika nawet zaprzeczenie wykonania wskazanego odcinka drogi.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania w razie podania informacji nieprawdziwych, przez które należy rozumieć, informacje nie odpowiadające faktom, o ile złożone informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Niewątpliwie informacje zawarte w ofercie odwołującego, po ich weryfikacji przez zamawiającego na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, nie odpowiadają faktom ustalonym w toku czynności zamawiającego przy udziale odwołującego, mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania ze względu na cenę oferty.

W ocenie KIO, wobec rozbieżnych danych w zebranych dokumentach w toku postępowania i czynności wyjaśniających, w tym potwierdzenia, iż wraz z ofertą złożono referencje niezgodne ze stanem faktycznym, w zestawieniu z zasługującymi na uwagę stanowiskami służb drogowych właściwych w przedmiocie prowadzonych robót drogowych na Ukrainie oraz przy uwzględnieniu oświadczenia wykonawcy, udostępniającego swoje doświadczenie, nie można uznać, że czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania nastąpiła z naruszeniem powołanych przez odwołującego przepisów ustawy.

Podkreślić należy, że nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością. Fakt złożenia przez wykonawcę nowych dokumentów nazwanych skorygowanymi, stanowi w istocie potwierdzenie powyższego ustalenia.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy.

Przewodniczący:

.....