

Sygn. akt: KIO 1578/10

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 26 lipca 2010 r. wniesionego przez **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120**

przy udziale wykonawcy **DHV Polska Sp. z o. o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy DHV Polska Sp. z o. o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120** na rzecz **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), którego przedmiotem jest „*pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania: budowa Trasy Mostu Północnego zadanie 1 etap II od węzła z ul. Pułkową do węzła przesiadkowego „Młociny”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2010 r. 2010/S 91-136795.

Pismem z 16 lipca 2010 r., doręczonym w tym samym dniu faksem, Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę DHV Polska Sp. z o. o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41, zwanego dalej „Przystępującym”.

Wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, a także wobec zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego Odwołujący wniósł w dniu 26 lipca 2010r. odwołanie. W odwołaniu tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania Przystępującego mimo złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 2) naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert i wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przystępującego,
- 2) wykluczenie z udziału w postępowaniu Przystępującego,

- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania argumentował, że zgodnie z punktem VI 1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, określającym warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadanej wiedzy i doświadczenia, wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie powinni wykazać, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, pełnili obowiązki Inżyniera Kontraktu na co najmniej jednym zadaniu o złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia tj. przy realizacji dwujezdniowego odcinka drogi klasy co najmniej GP o długości odcinka min. 850 m.”.

Wywodził, że Przystępujący w swojej ofercie na potwierdzenie spełniania powyższego warunku przedstawił wykaz wykonanych usług, w którym wskazał, iż zrealizował zamówienie obejmujące *Zarządzanie i nadzór nad modernizacją i budową drogi krajowej nr 50 na odcinku Grójec - Góra Kalwaria - Mińsk Mazowiecki, numer identyfikacyjny ISPA 2002/PU16/P/PT/018-03. Kontrakt na usługi (2 odcinki) obejmował modernizację 21 obiektów mostowych, modernizację 60 km dwujezdniowego odcinka drogi, zabudowę poboczy i poszerzeń, wzmocnienie drogi do parametrów drogi klasy GP dla kategorii ruch KR 6 i 115 kN*". Podkreślał, że zarówno z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika, iż droga krajowa nr 50 na wskazanym odcinku, wbrew oświadczeniu Przystępującego jest drogą jednojezdniową. Powoływał się na załączony do odwołania dokument - prezentację Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie p.n.: *„Informacja dotycząca stanu istniejącego oraz rozwoju i planowanych inwestycji na sieci dróg krajowych województwa mazowieckiego”* z dnia 26 sierpnia 2006 r., zaprezentowaną na spotkaniu w Oddziale Warszawa GDDKiA w dniu 01.09.2006 r., na której został określony zakres robót w Projekcie nr 2002/PL/16/P/PT/018 Wzmocnienie drogi krajowej nr 50 na odcinku Grójec - Mińsk Mazowiecki, który obejmował: *Przebudowę i wzmocnienie konstrukcji do 115 kN/oś, jednojezdniowej drogi o nawierzchni bitumicznej wraz z wykonaniem poboczy bitumicznych, przebudową skrzyżowań budową nowych obwodnic, obiektów mostowych, przepustów chodników, wykonaniem elementów odwodnienia i ochrony środowiska oraz oznakowania i zabezpieczenia ruchu*. Podkreślał, że prace obejmowały dwa zadania 2a i 2b, których nadzór sprawował Przystępujący, jednak żadne z nich, jak wynika z informacji podanych przez GDDKiA nie obejmowały prac dotyczących dróg dwujezdniowych.

Argumentował, że powyższą rozbieżność między treścią oświadczenia złożonego przez Przystępującego w ofercie, a stanem rzeczywistym, należy rozpatrywać w kategorii

złożenia nieprawdziwej informacji, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ. Podkreślał, że w jego ocenie nieprawdziwa informacja dotycząca przedstawionego w ofercie doświadczenia, nie tylko mogła mieć, ale też i miała znaczący wpływ na wynik postępowania. Przystępujący nie przedstawił innych dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnianie warunku określonego w pkt 1.2 Rozdziału VI SIWZ. W przypadku zatem podania w tym zakresie nieprawdziwych informacji przez Przystępującego, Zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a nie wybrać jego ofertę jako najkorzystniejszą. Powołując się na orzecznictwo KIO wywodził, że przesłanką wykluczenia jest samo złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania. Informacje takie mogą być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę. Jeżeli informacje nieprawdziwe mają wpływ na wynik postępowania - a więc dotyczą warunków zarówno podmiotowych, jak i związanych z przedmiotem zamówienia - Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podkreślał, że za nieprawdziwą informację należy przyjąć taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Powołując orzecznictwo KIO podnosił, że przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutków wykluczenia wykonawcy z postępowania, a także, że dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mający rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Podkreślał, że podanie nieprawdziwej informacji nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podnosił także, że uzasadnione wątpliwości, budzą również oświadczenia złożone przez Przystępującego dotyczące okresu doświadczenia zawodowego wskazanego dla osób zaproponowanych na następujące stanowiska:

- Inspektora Nadzoru Robót Drogowych, tj. Pana Lecha B.,
- Inspektora Nadzoru Robót Mostowych, tj. Pana Franciszka T.,
- Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych oraz Związanych z Trakcją Tramwajową, Oświetleniem Ulicznym, Sygnalizacją Świetlną tj. Pana Edwarda P.,

- Inspektora Nadzoru Robót Gazowniczych, tj. Pana Henryka W.,
- Inspektora Nadzoru Robót Ciepłowniczych, tj. Pana Marka Z.,
- Geodety, tj. Pana Janusza M.

Argumentował, że dla wszystkich osób proponowanych na te stanowiska Zamawiający oczekiwał minimalnego doświadczenia zawodowego na wymienionym stanowisku, w wymiarze nie mniejszym niż 5 lat, tak jak postanowił o tym w rozdziale VI pkt 1.3 SIWZ. Jednocześnie w zakresie wykonywanych czynności, mających potwierdzać to doświadczenie, dla wszystkich tych osób zostało wskazane to samo zamówienie tj.: *Zarządzanie i nadzór nad modernizacją i budową drogi krajowej nr 50 na odcinku Grójec - Góra Kalwaria - Mińsk Mazowiecki, numer identyfikacyjny ISPA 2002/PL/16/P/PT/018-03*, dla którego załączono w ofercie list referencyjny na potwierdzenie należytego wykonania tego zamówienia. Wywodził, że z referencji wynika jednoznacznie, iż okres realizacji zamówienia wynosił de facto 3 lata i 4 miesiące (licząc sam nadzór nad robotami), a licząc termin rozliczenia umów oraz całego projektu, 4 lata i 4 miesiące. Oczywiste jest zatem, że wskazany w oświadczeniu okres doświadczenia poszczególnych osób został zawyżony w stosunku do czasu realizacji zamówienia, z którego Przystępujący wywodził w stosunku do tych osób ich doświadczenie.

Podnosił, że powyższa rozbieżność między okresem doświadczenia poszczególnych osób wskazanym przez Przystępującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu a informacjami wynikającymi z listu referencyjnego dla zamówienia, które zostało wskazane na potwierdzenie posiadania doświadczenia na tym stanowisku, stanowi złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Nie spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu odnoszącym się do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia powinno bowiem skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podkreślał także powołując się na orzecznictwo KIO, że w sytuacji złożenia nieprawdziwych oświadczeń mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, nie mają zastosowania postanowienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 28 lipca 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 28 lipca 2010 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 30 lipca 2010 r. Termin 3 dniowy, określony w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, został zachowany.

W zgłoszeniu Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez Przystępującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do jego złożenia odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie, a także na posiedzeniu Izby Zamawiający oświadczył, że kopię odwołania otrzymał dopiero w dniu 27 lipca 2010 r., a także że kopia odwołania, którą otrzymał od Odwołującego nie zawierała dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu. Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dołączył kopię wniesionego przez Odwołującego odwołania, na której widniała prezentata Zamawiającego z dnia 27 lipca 2010r.

Izba ustaliła, że na stronie 7 odwołania Odwołujący zamieścił wykaz pięciu załączników, z których załącznik nr 1 to „dowód uiszczenia wpisu do odwołania”, załącznik nr 2 to „dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu”, załącznik nr 3 to „odpis z KRS”, załącznik nr 4 to kopia pełnomocnictwa dla podpisującego odwołanie, zaś załącznik nr 5 to prezentacja GDDKiA O/Warszawa na CD + wydruk dotyczący DK 50 Grójec – Mińsk Mazowiecki.

Odwołujący do odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dołączył kopię dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu, na której widniała prezentata Zamawiającego opatrzona datą 26 lipca 2010 r. i podpisem. Oryginał ww. dokumentu Odwołujący okazał na posiedzeniu Izby.

Na podstawie oryginału dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu okazanego na posiedzeniu przez Odwołującego, Izba ustaliła, że Odwołujący doręczył Zamawiającemu kopię odwołania w dniu 26 lipca 2010 r. Zamawiający nie zaprzeczył prawdziwości prezentaty z datą 26 lipca 2010 r., ani nie przeprowadził dowodu przeciwnego

na okoliczność, iż pomimo prezentaty z datą 26 lipca 2010 r. w tym dniu kopia odwołania do niego nie dotarła.

Izba ustaliła też, że kopia odwołania przekazana przez odwołującego Zamawiającemu nie zawierała dowodu przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. Okoliczności tej nie zaprzeczył Odwołujący.

Izba zważyła, że zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołanie zawierać musi między innymi wykaz załączników. Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 w/w rozporządzenia obligatoryjnymi załącznikami odwołania są: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Z powyższego wynika, że załącznik nr 2, który znalazł się w wykazie załączników na stronie 7 odwołania stanowi załącznik, o którym mowa w § 4 ust. 2 w/w rozporządzenia. Biorąc pod uwagę literalne brzmienie § 4 ust. 1 w/w rozporządzenia, który określa co zawiera odwołanie uznać należy, że wystarczającym jest wskazanie w treści odwołania, jakie załączniki Odwołujący dołącza do odwołania i przesłanie takiego odwołania do zamawiającego jest wystarczające do uznania, że Odwołujący wypełnił obowiązek przesłania kopii odwołania, ponieważ elementy w tym przepisie wskazane wyczerpują zawartość samego odwołania. Ponieważ to nie załączniki „tworzą” treść odwołania, a jedynie ich wykaz, to stwierdzić należy, że przesłanie Zamawiającemu kopii odwołania bez załączników, o których mowa w § 4 ust. 2 w/w rozporządzenia jest prawidłowe i wystarczające do uznania, iż odwołujący uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Załączniki te nie stanowią elementu merytorycznej zawartości odwołania. Prezentowana wykładnia przepisów dotyczących przekazania zamawiającemu kopii odwołania kształtuje się w orzecznictwie Izby (por: postanowienie z 14 kwietnia 2010 r. Sygn. akt KIO 439/10).

Uwzględniając fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie jest postępowaniem powyżej tzw. progów unijnych, wobec czego na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania oraz przesłania Zamawiającemu jego kopii upływał w dniu 26 lipca 2010 r. stwierdzić należy, że doręczenie zamawiającemu w dniu 26 lipca 2010 r. kopii treści odwołania, na którą nie składa się załącznik nr 2, oznacza, że Odwołujący dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z treści odwołania, zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu była objęta czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, a także czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że *„dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”*.

Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli

„jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 19 sierpnia 2009 r. o sygn. akt 1004/09, że ww. przepis dyrektywy „nie stoi w sprzeczności z polskim Prawem zamówień publicznych (zresztą w tym zakresie nie zakwestionowanym przez audyt Komisji Europejskiej). Jak już wyżej stwierdzono, informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.”.

Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane, którym bez wątpliwości jest wykaz usług, złożony przez Przystępującego. Z tych względów wykazanie innej usługi w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie może być skuteczne. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, w którym Izba orzekła, że, złożenie *„nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować”.* Podobny pogląd Izba reprezentowała m.in. w wyroku z dnia 5 lutego 2009r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/09.

Izba stwierdziła także, że ciężar dowodu co do podania przez Przystępującego informacji nieprawdziwych spoczywał w niniejszej sprawie na Odwołującym, albowiem to on z faktu tego wywodził skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14

ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiający w punkcie VI 1.2 SIWZ opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w ten sposób, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy wykazując, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, pełnili obowiązki Inżyniera Kontraktu na co najmniej jednym zadaniu o złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia tj. przy realizacji dwujezdniowego odcinka drogi klasy co najmniej GP o długości odcinka min. 850 m.". W celu potwierdzenia spełnienia tak opisanego warunku wykonawcy, w myśl punktu VII. 4 SIWZ zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą „wykaz wykonanych usług, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane należycie.”.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych usług, w którym wykazał wykonanie jednej usługi tj: *Zarządzanie i nadzór nad modernizacją i budową drogi krajowej nr 50 na odcinku Grójec - Góra Kalwaria - Mińsk Mazowiecki, numer identyfikacyjny ISPA 2002/PL/16/P/PT/018-03*. Oświadczył w tym wykazie, że *Kontrakt na usługi (2 odcinki) obejmował modernizację 21 obiektów mostowych, modernizację 60 km dwujezdniowego odcinka drogi, zabudowę poboczy i poszerzeń, wzmocnienie drogi do parametrów drogi klasy GP dla kategorii ruch KR 6 i 115 kN*".

Odwołujący podnosił, iż droga krajowa nr 50 na odcinku Grójec-Mińsk Mazowiecki, wbrew oświadczeniu Przystępującego nie jest drogą dwujezdniową, lecz drogą jednojezdniową. Na potwierdzenie swego twierdzenia złożył wraz z odwołaniem prezentację Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie p.n.: *„Informacja dotycząca stanu istniejącego oraz rozwoju i planowanych inwestycji na sieci dróg krajowych województwa mazowieckiego”* z dnia 26 sierpnia 2006 r., zaprezentowaną na spotkaniu w Oddziale Warszawa GDDKiA w dniu 01.09.2006 r.

Ponadto na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2010 r. złożył pismo GDDKiA z dnia 30 lipca 2010 r., w którym GDDKiA oświadczyła, że *„zadania nr 1 – kontrakt – kontrakt nr ISPA 2002/PL/16/P/PT/018-02a – odcinek od Grójca do Góry Kalwarii z budową dwóch obwodnic i 11 obiektów mostowych i nr 2 – ISPA 2002/PL/16/P/PT/018-02b – odcinek z Góry Kalwarii do Mińska Mazowieckiego z budową obwodnicy Stojadół i 8 obiektów mostowych,*

realizowane w ramach przebudowy i wzmocnienia DK 50 w latach 2004-2008 obejmowały na całej długości roboty na drodze jednojezdniowej”.

Analiza treści ww. dokumentów prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Przystępujący na wykazanym w wykazie usług zadaniu pełnił obowiązki Inżyniera Kontraktu, jednak zadanie to na żadnym odcinku nie obejmowało prac dotyczących dróg dwujezdniowych, co było wymogiem Zamawiającego, opisanym w pkt VI. 2 SIWZ. Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności ww. dokumentowi, wystawionemu przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, która pełniła funkcję inwestora na zadaniu wykazywanym przez Przystępującego. W konsekwencji należało uznać, że Odwołujący wykazał, że oświadczenie złożone przez Przystępującego w wykazie usług, iż nadzorował roboty na 60 km odcinku drogi dwujezdniowej jest oświadczeniem zawierającym informacje niezgodne z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości.

W analizowanym stanie faktycznym nie ma możliwości uzupełnienia wykazu usług w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp albowiem w świetle przeprowadzonych przez Odwołującego dowodów, nie ma powodów co przyjęcia, że mamy do czynienia z błędem Przystępującego. Nieprawdziwe okazały się informacje co do jednoznacznego parametru przesądzającego o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu tj. dwujezdniowego charakteru drogi. Istotność tego rodzaju informacji jest tak duża, że nie można twierdzić, iż nie została ona podana celowo. Ponadto Przystępujący nie przedstawił innych dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnianie warunku określonego w pkt VI. 1.2 SIWZ. Wobec jednoznacznego oświadczenia GDDKIA, iż roboty na całym wskazanym odcinku drogi nr 50 dotyczyły drogi jednojezdniowej, brak jest podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie.

W omawianej sytuacji brak również podstaw do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jak bowiem zostało to wyjaśnione powyżej, nie można zastąpić dokumentu zawierającego informacje nieprawdziwe innym dokumentem, zaś art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi samoistną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że złożenie przez Przystępującego nieprawdziwej informacji miało wpływ na wynik postępowania, albowiem w jej wyniku Zamawiający uznał, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

W konsekwencji Izba stwierdziła, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt VI. 1.3 postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy spełniający warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykazując, że dysponują osobami legitymującymi się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do stanowisk, jakie zostaną im powierzone, w szczególności określonymi przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania dysponowania osobami, na każdą funkcję wymienioną poniżej, którzy spełniają następujące wymagania:

Lp./stanowisko/wymagana liczba osób/minimalne doświadczenie zawodowe na wymienionym stanowisku wraz z opisem zakresu wykonywanych czynności

2. Inspektor Nadzoru robót drogowych/1 lub 2 osoby/5 lat,
3. Inspektor Nadzoru robót mostowych/1 osoba/5 lat,
4. Inspektor Nadzoru robót elektrycznych oraz związanych z trakcją tramwajową, oświetleniem ulicznym, sygnalizacją świetlną/1 osoba/5 lat,
5. Inspektor Nadzoru Robót Gazowniczych/1 osoba/5 lat,
7. Inspektor Nadzoru Robót Ciepłowniczych/1 osoba/5 lat
9. Zespół Geodetów/3 osoby/5 lat (każda osoba)

W celu potwierdzenia spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy, w myśl pkt VII. 3 SIWZ, zobowiązani byli złożyć „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacją na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, potwierdzających jednocześnie spełnienie warunku określonego przez Zamawiającego.”

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz osób, w którym wykazał dysponowanie następującymi osobami, posiadającymi doświadczenie zawodowe na wymienionym stanowisku:

2. Inspektor Nadzoru Robót Drogowych, tj. Pan Lecha B., 5 lat,
3. Inspektor Nadzoru Robót Mostowych, tj. Pan Franciszek T., 10 lat,
4. Inspektor Nadzoru Robót Elektrycznych oraz Związanych z Trakcją Tramwajową, Oświetleniem Ulicznym, Sygnalizacją Świetlną tj. Pan Edward P., 30 lat,
5. Inspektor Nadzoru Robót Gazowniczych, tj. Pana Henryk W., 15 lat,
7. Inspektor Nadzoru Robót Ciepłowniczych, tj. Pana Marek Z., 5 lat,

9. Geodeta, tj. Pana Janusz M., 30 lat

Opisując zakres wykonywanych przez ww. osoby czynności, Przystępujący wskazał w stosunku do każdej z tych osób jedno zadanie tj.: Zarządzanie i nadzór nad modernizacją i budową drogi krajowej nr 50 na odcinku Grójec - Mińsk Mazowiecki, zaś w przypadku Pana Edwarda Pawlikowskiego – na odcinku Góra Kalwaria – Mińsk Mazowiecki.

Ponadto, Przystępujący złożył wraz z ofertą list referencyjny z dnia 20.10.2008 r. wystawiony przez GDDKiA w której inwestor ten wskazał następujący czas trwania kontraktu pn. zarządzanie i nadzór nad modernizacją drogi krajowej nr 50 Grójec – Góra Kalwaria – Mińsk Mazowiecki:

- nadzór nad robotami: 03.10.2004r. – 02.02.2008r.
- okres gwarancyjny: 03.02.2008r. – 02.11.2008r.
- rozliczenie umów oraz całego projektu – maks. 03.02.2009r.

Odwołujący powołując się na treść ww. referencji podnosił, iż okres realizacji zamówienia wynosił 3 lata i 4 miesiące (licząc sam nadzór nad robotami), a licząc termin rozliczenia umów oraz całego projektu, 4 lata i 4 miesiące. W świetle powyższego podnosił, że wskazany w oświadczeniu Przystępującego okres doświadczenia poszczególnych osób został zawyżony w stosunku do czasu realizacji zamówienia, z którego Przystępujący wywodził w stosunku do tych osób ich doświadczenie, albowiem żadna z ww. osób nie nabyła wymaganego przez Zamawiającego 5 letniego doświadczenia w związku z realizacją ww. zadania. Podnosił, że powyższa rozbieżność między stanowi złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Ponadto, na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2010 r. Odwołujący złożył pismo GDDKiA z dnia 30 lipca 2010 r. w którym w którym inwestor ten wskazał następujący czas trwania kontraktu pn. zarządzanie i nadzór nad modernizacją drogi krajowej nr 50 Grójec – Góra Kalwaria – Mińsk Mazowiecki:

- nadzór nad robotami: 03.10.2004r. – 02.02.2008r.
- okres gwarancyjny: 03.02.2008r. – 02.11.2008r.
- rozliczanie projektu – do 31.12.2009r.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż powoływane przez Odwołującego dowody nie są wystarczające do zaprzeczenia oświadczeniu złożonemu przez Przystępującego co do 5 letniego okresu doświadczenia nabytego w związku z realizacją zadania zarządzanie i nadzór nad modernizacją drogi krajowej nr 50 Grójec – Góra Kalwaria – Mińsk Mazowiecki przez Pana Lecha B., Pana Franciszka T., Pana Edwarda P., Pana Henryka W., Pana Marka Z. oraz Pana Janusza M.

Izba analizując treść referencji GDDKiA wystawionej dnia 20.11.2008 r. oraz treść pisma GDDKiA sporządzonego dnia 30.07.2010r. stwierdziła, iż pomiędzy ww. dokumentami występuje rozbieżność co do okresu rozliczania projektu, a więc nie można z całkowitą pewnością ustalić terminu zakończenia realizacji usługi. W pierwszym z wymienionych dokumentów wskazano datę rozliczenia projektu tj. „do 3.2.2009 r.”, zaś w drugim - „do 31.12.2009r.”. Jakkolwiek można przypuszczać, iż pierwszy z ww. dokumentów został sporządzony przez inwestora jeszcze przed dniem ostatecznego rozliczenia projektu i wskazywał przypuszczalną datę zakończenia rozliczenia zadania, zaś drugi - ostateczną datę rozliczenia usługi, to jednak istnieją w tym zakresie co najmniej wątpliwości.

Ponadto Izba stwierdziła, że w przypadku Inspektora Nadzoru Robót Mostowych, tj. Pana Franciszka T., Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych oraz Związanych z Trakcją Tramwajową, Oświetleniem Ulicznym, Sygnalizacją Świetlną tj. Pana Edwarda P., Inspektora Nadzoru Robót Gazowniczych, tj. Pana Henryka W., Geodety, tj. Pana Janusza M., Przystępujący wskazał okres doświadczenia zawodowego wymaganego na danym stanowisku w wysokości odpowiednio: 10 lat, 30 lat, 15 lat, 30 lat, a więc dłuższym niż wymagane przez Zamawiającego minimum 5 lat.

Izba stwierdziła, że usunięcie niepewności co do daty ostatecznego zakończenia zadania „zarządzanie i nadzór nad modernizacją drogi krajowej nr 50 Grójec – Góra Kalwaria – Mińsk Mazowiecki” jak również rzeczywistego okresu doświadczenia zawodowego Pana Franciszka T., Pana Edwarda P., Pana Henryka W., Pana Janusza M. może nastąpić jedynie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak zostało wspomniane wcześniej. Przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest natomiast wykazanie złożenia przez wykonawcę informacji nieprawdziwej, w przypadku której niezgodność z rzeczywistością nie budzi żadnych wątpliwości.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, iż w zakresie ww. zarzutu Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią 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, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w analizowanej sprawie, albowiem opisane wyżej naruszenia pozbawiły możliwości uzyskania zamówienia Odwołującego, który złożył ofertę z ceną ofertową korzystniejszą od ceny ofertowej zawartej w ofercie złożonej przez Przystępującego.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1, 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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:

.....