

Sygn. akt: KIO 1856/11

WYROK
z dnia 5 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2011 r. przez **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Kutno**

przy udziale uczestnika postępowania **MWM sp. z o.o. w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1856/11

Uzasadnienie

Miasto Kutno zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie robót specjalistycznych - branżowych na zadaniu pn. Rozbudowa baseballowego Kompleksu Turystyczno – Rekreacyjno - Sportowego w Kutnie - budowa Aquaparku.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 czerwca 2011 r. pod numerem 2011/S 122 – 202147.

W dniu 19 sierpnia 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu Mostostal Warszawa sp. z o.o. w Warszawie (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MWM sp. z o.o. w Gliwicach (dalej „MWM”).

Dnia 29 sierpnia 2011 r. odwołujący wniósł pismem z tego samego dnia odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując za pośrednictwem faksu oraz drogą elektroniczną w dniu 29 sierpnia 2011 r. zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MWM i zaniechanie dokonania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, tj.:

(a) zaniechania wykluczenia MWM z postępowania, a w jego następstwie uznania oferty MWM za podlegającą odrzuceniu;

(3) zaniechania dokonania wyboru oferty o jako oferty najkorzystniejszej;

i zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

- art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - poprzez ich niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania MWM;

- art. 24 ust. 4 Pzp - poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty MWM oraz innych przepisów wymienionych w odwołaniu.

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

(I) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez MWM;

(II) dokonania ponownej oceny i badania ofert a w jej wyniku:

- wykluczenia MWM z postępowania,

alternatywnie

- wezwania MWM do złożenia w wyznaczonym terminie stosownych dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp,

(III) wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt. 8.1.A.2a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) w związku z modyfikacją

treści siwz z dnia 12 lipca 2011 r. jednym z warunków udziału w postępowaniu określonym przez zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia było wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej na instalacji systemu ESOK (elektroniczny system obsługi klienta) w budynkach użyteczności publicznej o wartości minimum 400 000 PLN brutto (czterysta tysięcy złotych).

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku zamawiający w pkt. 9.2. i 9.3. siwz zażądał przedłożenia przez wykonawcę wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania zgodnie z załącznikiem nr 7 do siwz („doświadczenie wykonawcy”) oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia MWM złożyła „wykaz doświadczenia wykonawcy (dalej „wykaz”) zawierający jedno zamówienie zrealizowane na rzecz Skanska S.A. polegające na dostawie, instalacji i uruchomieniu systemu ESOK dla krytej pływalni w Gliwicach Sośnicy. Według wykazu wartość brutto zamówienia potwierdzającego spełnianie określonego przez zamawiającego w siwz warunku w zakresie ESOK wyniosła 409 945,47 PLN. Natomiast z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia, który w swej treści pozostaje lakoniczny na bardzo dużym poziomie abstrakcji, wynika, iż MWM na rzecz Skanska S.A. „dostarczyła, zainstalowała i uruchomiła system obsługi klienta ESOK na obiekcie Krytej Pływalni Neptun w Gliwicach Sośnicy. Prace zakończono w lipcu. Prace wykonano z należytą starannością”. Z niniejszego oświadczenia Skanska S.A. nie wynika wartość dostawy, instalacji i uruchomienia systemu obsługi klienta ESOK na obiekcie Krytej Pływalni Neptun w Gliwicach Sośnicy, z czego nie jest czyniony przez odwołującego zarzut - wartość ta wynika z oświadczenia MWM i świetle ustawy zdaniem odwołującego działanie takie należy uznać za wystarczające. Tym samym odwołujący wskazał, iż wydawać by się mogło, że MWM hipotetycznie wykazała wobec zamawiającego spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie warunku dotyczącego systemu ESOK. Nie mniej jednak, wbrew temu, co zostało zawarte w oświadczeniu wykonawcy MWM odwołujący stwierdził, iż jest w posiadaniu informacji, z których wynika, iż wartość robót zrealizowanych przez MWM na rzecz Skanska S.A. przy realizacji Krytej Pływalni w Gliwicach była znacznie niższa od kwoty, którą MWM

wpisła w oświadczeniu zawartym w wykazie. Odwołujący zobowiązał się, iż w trakcie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą przedstawi stosowny dowód.

Tym samym w ocenie odwołującego zachodzi prawdopodobieństwo przedstawienia w ofercie MWM nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykonawca MWM nie przedstawiła na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt. 8.1.A.2a) siwz żadnej innej realizacji. Zatem zamawiający winien był wykluczyć MWM z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Dalej argumentował odwołujący, iż 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. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż kwestionowane zamówienie zostało jako jedyne wskazane przez MWM w celu potwierdzenia spełniania określonego przez zamawiającego warunku w zakresie systemów ESOK i w oparciu o nie zamawiający uznał spełnianie przez MWM przedmiotowego warunku nie ma wątpliwości, że nieprawdziwa informacja miała bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W konsekwencji MWM winna zostać wykluczona z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł także, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie jest dopuszczalne zastąpienie nieprawdziwej informacji prawdziwą, zatem przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania. Zaznaczył odwołujący, iż zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, dopuścił się naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Dodał, iż zgodnie z Pzp zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający miał obowiązek wykluczenia MWM, która nie wykazała spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uchybił tym samym przepisom Pzp, w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i naruszył interes odwołującego.

Zamawiający zawiadomił pismem z dnia 30 sierpnia 2011 r. (doręczonym MWM w dniu 31 sierpnia 2011 r.) o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania.

Pismem z dnia 2 września 2011 r. do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) zostało wniesione zgłoszenie przez MWM przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na rozprawie w dniu 5 września 2011 r. strony oraz uczestnik postępowania MWM podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania – MWM złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Odwołujący w sposób zgodny z rzeczywistością przytoczył postanowienia siwz w zakresie dotyczącym opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (pkt 8.1.A.2a) siwz) oraz wymaganych dokumentów mających wykazać potwierdzenie pełnienia powołanego warunku (pkt 9.2. i 9.3. siwz), a także treści referencji z dnia 2 sierpnia 2011 r. załączonych do oferty MWM. W uzupełnieniu dodać trzeba, iż MWM opisał w wykazie zamówienie zrealizowane na rzecz Skanska S.A. jako dostawę, instalację i uruchomienie ESO dla krytej pływalni z zapleczem rekreacyjnym w Gliwicach Sośnicy przy ul. Dzionkarzy. Okoliczności te nie są sporne pomiędzy stronami.

Uwzględniwszy tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

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

Przymiot uczestnika postępowania uzyskał wykonawca MWM zgłaszając skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz MWM, Izba oddaliła odwołanie.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest odmienna ocena, czy wykonawca MWM podał nieprawdziwe informacje co to wartość zamówienia zrealizowanego dla

Skanska S.A. Odwołujący twierdził, iż wartość przedmiotowych prac wynosiła nie 409 945,47 PLN jak zostało wskazane przez MWM w wykazie, lecz 130 370,20 PLN.

Izba wyraża pogląd, iż do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 kc). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane (tak też w wyroku KIO z dnia 21 lutego 2011 r., sygn. akt 257/11). Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania.

Dodać trzeba, iż w ustawie brak definicji legalnej pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zasadnym jest w tym miejscu zatem odwołanie się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN10095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy” bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy wymaga podkreślenia, iż to

na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, iż wykonawca MWM podał w wykazie niezgodną z prawdą wartość zamówienia (409 945,47 PLN) zrealizowanego na rzecz Skanska S.A.

Analiza zebranego materiału dowodowego, w świetle przedstawionej przez Izbę wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie daje podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca MWM złożył nieprawdziwe informacje w zakresie dotyczącym wartości zamówienia zrealizowanego na rzecz Skanska S.A. opisanego w wykazie.

Zamawiający wymagał, aby w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca podał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na instalacji systemu ESOK (elektroniczny system obsługi klienta) w budynkach użyteczności publicznej o wartości minimum 400 000 PLN brutto (czteryście tysięcy złotych). Przytoczony warunek koresponduje z przedmiotem zamówienia, którym jest m.in. wykonanie systemu elektronicznej obsługi klienta (załącznik nr 1 do programu funkcjonalno – użytkowego).

Podkreślić należy, iż brak jest w polskim systemie prawnym definicji legalnej elektronicznego systemu obsługi klienta. Jak wskazał wykonawca MWM (odwołujący i zamawiający nie kwestionowali twierdzeń przystępującego w tym zakresie) przez ESOK należy rozumieć zestaw urządzeń i oprogramowania, jak również instalacji pośrednich, służących do obsługi usług sprzedawanych klientowi i ich rozliczenia. Jednocześnie każdorazowo zamawiający – stosownie do swoich potrzeb - określa szczegółowy zakres funkcjonalności, które system ma spełniać. Konkretnie rozwiązania i precyzyjne wymagania są określane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia adekwatnie do jego oczekiwań.

Odwołujący, w celu udowodnienia tezy, iż spółka MWM wykonała na rzecz Skanska S.A. ESOK o wartości mniejszej niż podana w wykazie tj. 130 370,20 PLN (brutto), a nie 409 945,47 PLN przedstawił na rozprawie:

- wyciąg z oferty Skanska S.A. – fragment kosztorysu ofertowego (k. 175) opisującego zakres przedmiotowy pozycji nazwanej przez Skanska S.A. ESOK, potwierdzający, że opisane w kosztorysie prace opiewały na wartość 106 860,82 netto (130 370,20 brutto);

- faktury oraz protokoły odbioru poszczególnych rodzajów robót, w tym fakturę z dnia 11 sierpnia 2011 r. na kwotę 135 300 PLN wraz z protokołem odbioru wykonanych robót z dnia 8 sierpnia 2011 r., w którym w pozycji 17.2 wymieniono ESOK o wartości 130 370,20 PLN

(brutto) – wskazana faktura oraz protokół odbioru korespondują, co do wartości, z powołanym powyżej fragmentem kosztorysu ofertowego (k. 175).

Oceny wymienionych wyżej dokumentów należy jednak dokonać uwzględniając przedstawiony przez odwołującego wyciąg z siwz (obejmuje opis przedmiotu zamówienia w zakresie instalacji niskoprądowych – teletechnicznych) sporządzonej w postępowaniu na wykonanie krytej pływalni w Gliwicach Sośnicy zrealizowanej przez Skanska S.A. na rzecz Miasta Gliwice (dalej „wyciąg z siwz”), w której (co potwierdzają przedłożone na rozprawie przez odwołującego: umowa podwykonawcza nr 0300/B11132/1738/10 z dnia 19 lutego 2010 r. zawarta pomiędzy Skanska S.A. a MWM obejmująca zakresem przedmiotowym m.in. ESOK – par. 1 pkt 1 umowy, załącznik nr 12 do umowy nr 0300/B11132/1738/10 stanowiący umowę cesji pomiędzy Skanska S.A. i MWM; aneks nr 2 do powołanej umowy podwykonawczej dotyczący przeniesienia wierzytelności, jak również aneks do umowy podwykonawczej z dnia 21 czerwca 2011 r. przedłożony przez MWM) MWM był podwykonawcą realizującym ESOK na zlecenie Skanska S.A.

Porównanie wyciągu z siwz (zgodnie ze spisem treści znajdującym się na stronie tytułowej wyciągu z siwz na stronach od 9 do 17 znajduje się opis techniczny instalacji ESOK) z wyciągiem z oferty Skanska S.A. (k. 175) prowadzi do wniosku, iż w przedstawiony na rozprawie przez odwołującego wyciągu z oferty Skanska S.A. (k. 175) nie został wskazany pełen zakres przedmiotowy składający się na system ESOK w tym postępowaniu. Przykładowo podać należy, iż w pozycji 24 wyciągu z oferty Skanska S.A. podano jedno stanowisko komputerowe, natomiast w pkt. B wyciągu z siwz podane są trzy stanowiska komputerowe (k. 17 wyciągu z siwz), w pozycji 26 wyciągu z oferty Skanska S.A. podano jedną drukarkę fiskalną i szuflady kasowe, podczas gdy w pkt. E wyciągu z siwz wskazane są trzy drukarki fiskalne i szuflady kasowe (k. 17 siwz wyciągu z siwz). Również z aneksu do umowy podwykonawczej z dnia 21 czerwca 2011 r. przedłożonej na rozprawie przez MWM wynika (par. 1 ust. 1), iż zakres umowy pomiędzy Skanska S.A. a MWM został zmodyfikowany m.in. poprzez jego rozszerzenie o dostawę oprogramowania ESOK. Oprogramowanie to nie jest ujęte w wyciągu z oferty Skanska S.A. (k. 175).

Powołane niezgodności nie pozwalają na stwierdzenie, iż w pozycji 17.2 protokołu odbioru z dnia 8 sierpnia 2011 r., w której podano wartość ESOK wynoszącą 130 370,20 PLN, został ujęty i wyceniony pełen zakres prac obejmujący ESOK określony w wyciągu z siwz i wykonany przez MWM na rzecz Skanska S.A.

Uwzględnivszy powyższe Izba przychyliła się do stanowiska wykonawcy MWM, który podnosił, iż powoływana przez odwołującego wartość systemu ESOK wskazana w protokole odbioru z dnia 8 sierpnia 2011 r. określa wartość tego systemu jaką przyjęła Skanska S.A. w realizacji z zamawiającym – Miastem Gliwice. Protokół ten jednak nie stanowi dowodu na wysokość ceny ustalonej za cały ESOK wykonany przez MWM jako podwykonawcę dla Skanska S.A. Przystępujący potwierdził, iż wartość ta wynosi 409 945, 47 PLN zgodnie z oświadczeniem zawartym w wykazie.

Dowodem mającym przemawiać za bezzasadnością zarzutów odwołania powołanym na rozprawie przez MWM był kosztorys powykonawczy sporządzony (wg wyjaśnień MWM) w dniu 22 lipca 2011 r. (na stronie tytułowej omyłkowo podano datę 22 lipca 2010 r., realizacja zamówienia – jak wynika z wykazu - zakończona została 15 lipca 2011 r.). Izba uznała przedstawiony kosztorys powykonawczy za stanowisko MWM w sprawie prezentujące zakres wykonanego dla Skanska S.A. zamówienia oraz jego wartość (wynagrodzenie określono ryczałtowo – zgodnie z par. 1 pkt 1 umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy Skanska S.A. a MWM cena za realizację zamówienia obejmującego m.in. ESOK została ustalona na 1 100 000 PLN). Przedmiotowy kosztorys, wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia (okoliczność niesporna), nie był przedstawiany Skanska S.A. do akceptacji. Traktując powołany dokument jako stanowisko MWM w sprawie należy uznać, iż wykonawca MWM podtrzymał twierdzenie, iż wartość wykonanych dla Skanska S.A. ESOK wynosiła 409 945, 47 PLN i obejmowała – jak wynika z tegoż kosztorysu - dostawę i montaż urządzeń oraz okablowanie strukturalne. Okablowanie to, na gruncie siwz sporządzonego przez Miasto Gliwice na budowę krytej pływalni, może być potraktowane jako element ESOK (bez okablowania ESOK funkcjonować nie może). Z wyciągu z siwz (k. 16) wynika bowiem, iż „schemat okablowania systemu elektronicznej obsługi klienta przedstawiony został na rysunku 2/TT”. Na powołanym rysunku zostały wskazane trzy komputery oraz przedstawiono sposób rozmieszczenia okablowania. Odwołujący na rozprawie potwierdził, iż okablowanie jest niezbędne do funkcjonowania m.in. ESOK. Zatem z postanowieniami wyciągu z siwz w zakresie dotyczącym okablowania koresponduje przedstawiony przez MWM kosztorys powykonawczy ESOK, w którym w opisie wykonanych prac wskazano odrębnie dostawę i montaż urządzeń o wartości 371 186,42 PLN oraz instalację okablowania strukturalnego o wartości 38 759,05 PLN. W sumie podano wartość 409 945, 47 PLN.

Podania w spornym zakresie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę MWM nie dowodzą także:

- przedstawione przez odwołującego zapytania skierowane pismami z dnia 28 sierpnia 2011 r. oraz 29 sierpnia 2011 r. do Skanska S.A. zawierające w szczególności pytanie o zgodność z prawdą oświadczenia wykonawcy MWM zawartego w wykazie w zakresie wartości zrealizowanego przez MWM na rzecz Skanska S.A. zamówienia obejmującego dostawę, instalację i uruchomienie ESOK dla krytej pływalni w Gliwicach Sośnicy. Odwołujący nie otrzymał odpowiedzi Skanska S.A.;

- e-mail wysłany dnia 1 września 2011 r. przez Miasto Gliwice do odwołującego, w którym m.in. poinformowano odwołującego, iż miasto Gliwice nie posiada oferty MWM dla Skanska S.A. w zakresie ESOK. Do maila dołączone zostały m.in. faktury oraz protokoły odbioru, aneks nr 2 do umowy cesji, strona 175 oferty Skanska S.A. Stwierdzone także zostało, iż w dniu 29 sierpnia 2011 r. przedstawiciel odwołującego zapoznał się z ofertą Skanska S.A., protokołem odbioru końcowego, umową cesji oraz umową pomiędzy Miastem Gliwice a Skanska S.A. Przytoczony mail nie potwierdza żadnej okoliczności mogącej świadczyć o złożeniu przez MWM nieprawdziwych informacji w wykazie.

Zważywszy powyższe zdaniem Izby odwołujący nie udowodnił, iż wartość ESOK wykonanego przez MWM na rzecz Skanska S.A. wskazany w wykazie nie odpowiada prawdzie. Zatem zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Za nietrafny należało uznać także zarzut uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp zobowiązującemu zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca MWM w wykazie złożył oświadczenie o wykonaniu zamówienia odpowiadającego przedmiotowo oraz wartościowo opisanemu w siwz w pkt. 8.1.A.2a) siwz warunkowi oraz stosowne referencje. Na rozprawie potwierdził treść wykazu przedstawiając kosztorys powykonawczy, wyjaśniający szczegółowy zakres wykonanych prac oraz ich wartość. Tym samym wykazał zgodnie z ustawą (wykaz oraz referencje), iż spełnia opisany przez zamawiającego w pkt. 8.1.A.2a) siwz warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia. Odwołujący w toku postępowania dowodowego nie wykazał, iż MWM nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Izba podkreśla, iż nie przychyliła się do wniosku MWM oraz zamawiającego o oddalenie wszystkich wniosków dowodowych przedłożonych przez odwołującego na rozprawie, bowiem wbrew stanowisku prezentowanemu przez zamawiającego i MWM w postępowaniu przed Izbą wnioski dowodowe mogą być zgłaszane do zamknięcia rozprawy

(art. 190 ust. 1 Pzp). Izba jednocześnie uważa, iż przedstawienie w odwołaniu pełnej argumentacji oraz wszystkich dowodów służy usprawnieniu postępowania odwoławczego oraz umożliwia nawet - w sytuacji gdy przed otwarciem posiedzenia zamawiający uwzględni odwołanie całości – znaczne uproszczenie postępowania odwoławczego. Zatem zarówno w interesie odwołującego, jak i zamawiającego czy przystępującego jest powoływanie dowodów w fazie poprzedzającej rozpoznanie odwołania na rozprawie. Niemniej jednak uwzględnivszy treść przepisu art. 190 ust. 1 Pzp trzeba podkreślić, iż odwołujący był uprawniony do zgłoszenia wniosków dowodowych dopiero na rozprawie.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Brak jest podstawy prawnej, ażeby na gruncie rozpoznawanej sprawy zasądzić na rzecz MWM od odwołującego zwrot kosztów poniesionych przez MWM z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

