

**WYROK**

**z dnia 27 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) P..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „P&M” P..... P..... (pełnomocnik wykonawców), (2) J..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JOMAKO J..... K....., adres dla pełnomocnika: Niebylec 196, 38-114 Niebylec w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej nr 1, ul. Czackiego 2, 35-051 Rzeszów**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) P..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „P&M” P..... P..... (pełnomocnik wykonawców), (2) J..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JOMAKO J..... K....., adres dla pełnomocnika: Niebylec 196, 38-114 Niebylec i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) P..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „P&M” P..... P..... (pełnomocnik wykonawców), (2) J..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JOMAKO J..... K....., adres dla pełnomocnika: Niebylec 196, 38-114 Niebylec** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) P..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU**

**„P&M” P..... P..... (pełnomocnik wykonawców), (2) J..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JOMAKO J..... K....., adres dla pełnomocnika: Niebylec 196, 38-114 Niebylec na rzecz Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej nr 1, ul. Czackiego 2, 35-051 Rzeszów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej Nr 1 w Rzeszowie (zwany dalej Zamawiającym) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) na: „Termomodernizację budynków Szpitala Miejskiego w ramach projektu pn. „Poprawa stanu i efektywności infrastruktury energetycznej, poprzez termomodernizację budynków Szpitala Miejskiego w Rzeszowie”.

W dniu 12 czerwca 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) P..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „P&M” P..... P..... (pełnomocnik wykonawców), (2) J..... ..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JOMAKO J..... K..... (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, art. 24 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności niezgodnej z przepisami prawa tj. wykluczenie Odwołującego z postępowania, art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych tj. „Wykazu robót budowlanych”, art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co jest konsekwencją zastosowania art. 24 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, art. 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności informacyjnej w zakresie wykonawców, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, art. 92 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności informacyjnej w zakresie terminu, po upływie którego umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz powtórzenie badania i oceny ofert i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu odnośnie podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, natomiast uznał za uzasadnione zarzuty odnoszące się do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 4 Prawa zamówień publicznych. Wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli część podniesionych przez niego zarzutów znalazłaby potwierdzenie, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Na powyższą ocenę w ocenie Izby nie może mieć wpływu, że – po udzieleniu w trybie art. 183 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy – Zamawiający zawarł już umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione, chociaż niektóre z podniesionych zarzutów się potwierdziły.

W pierwszej kolejności Izba określiła granice rozpatrywanych merytorycznie zarzutów. I tak, po pierwsze, Izba nie rozstrzygała co do zarzutów naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zostały wniesione w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych, a w postępowaniach tego rodzaju krąg możliwych do podniesienia zarzutów ogranicza katalog czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że Zamawiający dostrzegł swoje uchybienie i powtórzył czynność w zakresie wskazanych wyżej naruszeń. Izba uwzględniła odwołanie wówczas, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych) – powyżej wskazane naruszenia takiego wpływu nie miały, zresztą w związku z tak opisanymi naruszeniami Odwołujący nie wnioskował o dokonanie żadnych nowych czynności.

Po drugie, Odwołujący podnosił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych zauważając, że skoro Zamawiający wykluczył go z postępowania, to powinien również odrzucić jego ofertę – w podnoszeniu tak opisanego zarzutu Odwołujący nie ma interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ani nie może ponieść żadnej szkody. Ponadto jest to uchybienie formalne, bez wpływu na wynik

postępowania i sytuację Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji merytorycznemu rozpatrzeniu podlegały zarzuty naruszenia art. 24 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych (oraz art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych), w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania. W tym zakresie, na podstawie dokumentacji postępowania (kopia w aktach sprawy, oryginał okazał Zamawiający na rozprawie), Izba ustaliła, co następuje:

1. W celu wykazania spełnienia warunku (posiadania wiedzy i doświadczenia) Zamawiający wymagał wykazania wykonania (1) ocieplenia ścian min. jednego budynku o kubaturze min. 15 000 m<sup>3</sup>; oraz (2) jednego zamówienia polegającego na modernizacji centralnego ogrzewania tj. na wymianie grzejników c.o. oraz instalacji c.o. o wartości min. 1 000 000,00 zł (brutto).

Na potwierdzenie spełnienia warunku należało złożyć wykaz robót i dowody, z których wynikałoby, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty (tj. referencje).

2. Odwołujący załączył do oferty wykaz robót i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie. W wykazie, pod dwiema pozycjami, wpisano tą samą robotę – wykonaną na rzecz Gminy Lubaczów pn. „Rozbudowa i modernizacja Zespołu Szkolno Przedszkolnego w Lisich Jamach wraz z budową Sali sportowej”. W obu pozycjach podano tą samą wartość 3 020 196.05 zł i kubaturę 15 112 m<sup>3</sup>.

3. Zamawiający w dniu 22 maja 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W terminie Odwołujący złożył odpowiedź, w której po pierwsze wskazywał, że w zadaniu pn. „Rozbudowa i modernizacja Zespołu Szkolno Przedszkolnego w Lisich Jamach wraz z budową Sali sportowej” została wykonana termomodernizacja ścian budynku o kubaturze 15 112 m<sup>3</sup> i załączył zdjęcie „przedstawiające przedmiotowy budynek”, po drugie wskazał, „dokument referencji nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu” i przywoływał w tym zakresie odpowiednie orzecznictwo. Załączył także nowy wykaz, w którym, oprócz pozycji identycznych jak w wykazie załączonym do oferty, wskazano prace wykonane dla GDDKiA o/Rzeszów o wartości 3 827 233,52 zł pn. „Dobudowa i nadbudowa istniejącego budynku Laboratorium Drogowego przy ul. Rejtana 8a w Rzeszowie”, w tym wykonanie wymiany grzejników c.o. i instalacji c.o. o wartości 1 024 500,00 zł.

4. Zamawiający zwrócił się do obu inwestorów (Gminy Lubaczów i GDDKiA o/Rzeszów) w celu potwierdzenia zakresu wykonanych robót – Gmina Lubaczów odpowiedziała, że w przedmiotowym zadaniu nie określono kubatury budynków, a modernizacja instalacji sanitarnych wyniosła 355 508,18 zł (załączono ofertę wykonawcy),

natomiast GDDKiA o/Rzeszów wskazała, że prace wykonane na ich rzecz obejmowały instalacje sanitarne i c.o. o wartości 273 000 brutto.

5. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie twierdził, że referencje służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania prac, a zakres robot wynika z oświadczenia wykonawcy (wykazu robót), którego – jak wynikało z wypowiedzi Odwołującego – Zamawiający nie ma prawa weryfikować. Co do wartości robót wskazanych przez siebie w wykazie, podnosił, że tylko wykonawca wie, ile kosztuje wykonana robota. Podtrzymywał stanowisko, że złożył oświadczenie zgodne z prawdą i „na tym etapie zbędne jest przedstawianie kosztorysów czy faktur, ponieważ mają znaczenie drugorzędne”.

Przywoływał orzecznictwo KIO, z którego wynika, że referencje potwierdzają należyte wykonanie prac, a nie ich zakres.

Wskazywał, że, zapoznając się z opisem warunków w postępowania, stwierdził, że warunki spełnia, a do kwoty wynagrodzenia ryczałtowego dołożył duże sumy, za które inwestorzy nie uiszcili płatności, ponieważ nie były objęte umowami.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny i stanowisko prezentowane przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że nie można uwzględnić zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (Zamawiający bowiem prawidłowo wykluczył wykonawcę z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i prawidłowo zaniechał wzywania do złożenia wyjaśnień). Natomiast Izba stwierdziła, że można mieć wątpliwości co do prawidłowości wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, z powodu podania nieprawdziwych informacji, co jednak nie ma wpływu na rozstrzygnięcie (bądź wynik postępowania czy sytuację Odwołującego w postępowaniu) – ponieważ Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo jako przesłankę wykluczenia wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Z tego powodu odwołanie zostało oddalone.

Odwołujący miał rację, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu ocenia się na podstawie oświadczenia wykonawcy, zawartego w wykazie wykonanych prac. Nie miał jednak racji twierdząc, że Zamawiający nie ma prawa weryfikować tego oświadczenia. Jeżeli Zamawiający uzna, że oświadczenie wykonawcy odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest niejasne, budzi wątpliwości, nie potwierdza jednoznacznie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, brakuje w nim wskazania niektórych elementów – ma prawo je weryfikować, i to w dwojaki sposób – na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231) lub art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykorzystał oba te sposoby. Nie

miął obowiązku, skoro zarówno odpowiedzi inwestorów, jak i pismo wykonawcy (brak uzupełnienia dokumentów) nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oczekiwać dalszych wyjaśnień od wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ wcześniej uzyskane informacje nie budziły wątpliwości, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, na podstawie wykazu załączonego do oferty przez Odwołującego Zamawiający miał prawo powziąć wątpliwości co do zakresu wykonanych przez Odwołującego robót (w wykazie wskazano jedną pracę, na potwierdzenie obu warunków, więc nie wyróżniono elementów istotnych dla ustalenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu – tj. zakresu i wartości każdego z dwóch rodzajów robót wymaganych przez Zamawiającego). Powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości nie oznacza podważania przez Zamawiającego prawdziwości złożonych oświadczeń. Jeżeli Zamawiający wezwie wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków – wykonawca powinien takie dokumenty uzupełnić. Z odpowiedzi Odwołującego na wezwanie, oraz później – z odwołania i stanowiska prezentowanego na rozprawie - wynikało, że treść wezwania była dla niego jasna: Odwołujący jedynie kwestionował zasadność wezwania, a na dowód kubatury budynku przedstawił zdjęcie obiektu. Oczywiście jest, że ze zdjęcia nie można ustalić, jaką budynek ma kubaturę i czy odpowiada tym samym postawionemu warunkowi udziału w postępowaniu. Tym samym Odwołujący nie wykazał, że posiada doświadczenie w ociepleniu ścian min. jednego budynku o kubaturze min. 15 000 m<sup>3</sup>. Skoro nie wykazał powyższego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dalsze wzywanie go do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych jest zbędne. Odwołujący nie może się skutecznie powoływać na odpowiedź inwestora, z której wynika, że „kubatury budynków nie określono w dokumentacji technicznej”; wszakże w wykazie załączonym do oferty podał kubaturę 15 112 m<sup>3</sup>, jest to konkretna wielkość i musiała być obliczona przez niego na innej podstawie, niż załączone do udzielonej odpowiedzi zdjęcie. Powyższe okoliczności uprawniały Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Co do wartości wykonanych prac, ostatecznie w toku postępowania odwoławczego nie ustalono ich wartości. Nie było to konieczne, bowiem, jak wynika z wcześniejszych wywodów, ustalono ponad wszelką wątpliwość, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, zatem bezcelowe było dalsze badanie, czy Odwołujący podlega wykluczeniu również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tj. z powodu podania nieprawdziwych informacji. Nie można było ustalić wartości wykonanych robót, ponieważ Odwołujący sam wskazywał, że nie potrafi

przedstawić w tym zakresie żadnych dowodów, twierdząc, że wartość robót jest znana tylko jemu, a rozliczenia prowadzonych inwestycji były skomplikowane, przy czym kwoty wynikające z zawartych umów czy złożonych przez niego ofert są zaniżone, ponieważ w trakcie robót Odwołujący poniósł koszty znacznie wyższe, niż początkowo zakładał.

Nie można nie zauważyć, że wartość modernizacji c.o. w kwocie 355 508,18 zł wynikająca z oferty Odwołującego złożonej na rzecz Gminy Lubaczów jest radykalnie mniejsza od kwoty 1 000 000,00 zł (wymaganej przez Zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu). Jeżeli Odwołujący podaje, że w rzeczywistości była to znacznie większa kwota (tak samo oświadczał w związku z robotą wykonywaną na rzecz GDDKiA o/Rzeszów), to nie może poprzestawać na twierdzeniu – jeżeli wyraża wolę popierania podniesionych zarzutów - że „dołożył do kwoty wynagrodzenia ryczałtowego duże sumy”, a „obecnie nie ma możliwości wykazania wysokości dodatkowo poniesionych kosztów ze względu na złożoność finansowania tejże inwestycji” (jak oświadczył na rozprawie). Ciężar dowodu w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w takiej sytuacji ciąży na wykonawcy (zresztą, składanie dowodów na rozprawie w tym zakresie byłoby spóźnione; Odwołujący powinien wykazać spełnienie warunków najpóźniej w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego).

W takich okolicznościach dziwi podnoszenie w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych – skoro sam Odwołujący na rozprawie podaje, że nie jest w stanie w żaden sposób uprawdopodobnić spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to nie ma powodów, dla których Zamawiający miałby go wzywać do składania wyjaśnień.

Podsumowując, Odwołujący błędnie twierdził, że Zamawiający nie ma prawa zweryfikować jego oświadczenia co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu; wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie może opierać się jedynie na własnym subiektywnym przekonaniu odnośnie spełnienia warunków; spełnienie warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać z dokumentów, które wykonawca musi być gotowy przedstawić na wypadek żądania przez Zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący takich dokumentów nie złożył, co więcej, na rozprawie twierdził, że nie jest w stanie ich dostarczyć. W konsekwencji, skoro Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podlegał wykluczeniu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, a inne ewentualne naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych nie mają wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....