

WYROK
z dnia 21 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18.12.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stanisława Jędrzejczaka zamieszkałego w Łodzi przy ul. Armii Krajowej 54 m 43 prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak, 91-312 Łódź, ul. Urzędnicza 36 i Construcciones Nepama S.L., Solsonet 61, Castellar del Valles (Barcelona – Hiszpania)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademię Muzyczną im. Grażyny i Kiejstuta Bacewiczów w Łodzi, 90-716 Łódź, ul. Gdańska 32** protestu z dnia 21 października 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

2. Kosztami postępowania obciążyć Akademię Muzyczną im. Grażyny i Kiejstuta Bacewiczów w Łodzi, 90-716 Łódź, ul. Gdańska 32 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero

1

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Stanisława Jędrzejczaka zamieszkałego w Łodzi przy ul. Armii Krajowej 54 m 43 prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak, 91-312 Łódź, ul. Urzędnicza 36 i Construcciones Nepama S.L., Solsonet 61, Castellar del Valles (Barcelona – Hiszpania);**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Akademię Muzyczną im. Grażyny i Kiejstuta Bacewiczów w Łodzi, 90-716 Łódź, ul. Gdańska 32** na rzecz **Stanisława Jędrzejczaka zamieszkałego w Łodzi przy ul. Armii Krajowej 54 m 43 prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak, 91-312 Łódź, ul. Urzędnicza 36 i Construcciones Nepama S.L., Solsonet 61, Castellar del Valles (Barcelona – Hiszpania)** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Stanisława Jędrzejczaka zamieszkałego w Łodzi przy ul. Armii Krajowej 54 m 43 prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak, 91-312 Łódź, ul. Urzędnicza 36 i Construcciones Nepama S.L., Solsonet 61, Castellar del Valles (Barcelona – Hiszpania);**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę sali koncertowej dla celów dydaktycznych Akademii Muzycznej w Łodzi (numer sprawy PN/4/09), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2009 roku, 2009/S 143-209475.

W dniu 19 października 2009 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. oraz o wykluczeniu z postępowania odwołującego – konsorcjum firm: Stanisław Jędrzejczak Remo-Bud Łódź, i Construcciones Nepama S.L. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Zamawiający uznał, iż odwołujący podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego

2

postępowania, dotyczące doświadczenia osoby wskazanej w wykazie na stanowisko koordynatora projektu, tj. o pełnieniu funkcji koordynatora projektu podczas budowy szpitala Centrum Kliniczno Dydaktyczne Uniwersytetu Medycznego Łodzi. Na wezwanie zamawiającego o wyjaśnienie na rzecz jakiego wykonawcy robót budowlanych osoba ta pełniła funkcję kierownika projektu lub koordynatora jako przedstawiciel wykonawcy, odwołujący wskazał na firmę Budopol, która zatrudniała Pana Zbigniewa P. w okresie 1981-1987r. i który w imieniu wykonawcy koordynował budowę budynku psychiatrii i medycyny jądrowej – realizowanego w ramach budowy Centrum Kliniczno Dydaktycznego UM w Łodzi. Jednocześnie, odwołujący z ostrożności zastrzegł, iż dysponuje również innymi osobami spełniającymi warunki określone przez zamawiającego, wyrażając gotowość uzupełnienia wykazu.

Na skutek czynności wykluczenia z postępowania, odwołujący wniósł w dniu 21 października 2009 r. protest do zamawiającego, w którym podniósł zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp, wnosząc o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania oraz dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. W proteście odwołujący podkreślał, iż działał w dobrej wierze wskazując na osobę Pana Zbigniewa P., opierając się oświadczeniu tej osoby co do posiadanego doświadczenia. Wykonawca przyznał, iż niefortunna treść oświadczenia wskazująca na doświadczenie z okresu kiedy osoba ta reprezentowała interesy inwestora, mogła budzić wątpliwości dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Treść wyjaśnień, w których odwołujący wskazał na pełnione funkcje „kierownika wielkiej budowy” z ramienia firmy Budopol, uzupełniała informacje dotyczące doświadczenia zawodowego Pana P.. Wskazane okoliczności, w ocenie odwołującego nie mogą prowadzić do wniosku, iż złożone informacje były nieprawdziwe, ponieważ wskazana osoba spełnia warunki ustalone przez zamawiającego dla kierownika projektu/koordynatora. Odwołujący wskazał, iż w przypadku uznania treści wyjaśnień za niewystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku, zamawiający winien wezwać go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Zamawiający w piśmie oddalającym protest z dnia 27 października 2009 r., nie zgodził się w argumentacją odwołującego wskazującą na brak możliwości uznania nieprawdziwych informacji w sytuacji, kiedy wykonawcy nie można przypisać winy. Dla oceny podstawy wykluczenia wykonawcy, istotne dla zamawiającego jest okoliczność, iż informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości. Zamawiający wskazała również na rozbieżność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy złożonym w ofercie, a treścią oświadczenia Zbigniewa P., która ma potwierdzać, iż dokonano jego modyfikacji w taki

3

sposób, aby potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaprzeczył, jakoby Pan Zbigniew P. pełnił funkcji koordynatora na budowie centrum CKD.

Wobec treści rozstrzygnięcia protestu, w dniu 3 listopada 2009 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego), w którym podtrzymał zarzuty i żądania przedstawione w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji

postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

W szczególności, w ocenie składu orzekającego rozpoznającego odwołanie, zamawiający w sposób nieuzasadniony uznał, iż odwołujący w swojej ofercie podał nieprawdziwe informacje skutkujące wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Przywołany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W niniejszej sprawie, w ocenie KIO, taka sytuacja nie zachodzi.

Informacje nieprawdziwe, na które powołał się zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu z postępowania odwołującego, dotyczą doświadczenia osoby wskazanej w wykazie osób na stanowisko przedstawiciela wykonawcy (Kierownika Projektu/Kontraktu). Bezspornym pomiędzy stronami był zapis warunku, dotyczący osoby na stanowisko przedstawiciela wykonawcy, która miała posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w branży budowlanej w tym doświadczenie w zarządzaniu co najmniej jednym kontraktem na robotę budowlaną opisaną w pkt V.1.2.lit a siwz jako przedstawiciel wykonawcy pełniący funkcję kierownika kontraktu lub koordynatora, jako osoba reprezentująca wykonawcę w kontaktach z zamawiającym (punkt V.1.2.d tiret pierwszy siwz).

Odwołujący na Kierownika Projektu/Kontraktu w wykazie osób (strona 67 oferty) wskazał Pana Zbigniewa P. podając informacje o stażu zawodowym w wymiarze 28 lat. Natomiast na stronie 72 oferty złożył oświadczenie, w którym potwierdził, iż „Zbigniew P. pełni funkcje koordynatora projektu podczas budowy Szpitala Centrum Kliniczno Dydaktyczne Uniwersytetu Medycznego w Łodzi. Wartość kontraktu to 112,000 mln zł., zaś kubatura zabudowania wynosi 128,000 m³”.

Treść korespondencji pomiędzy stronami, w szczególności wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 2 października 2009r. wskazuje, iż zamawiający posługując się własną wiedzą na temat doświadczenia osoby wskazanej w ofercie, zakwestionował prawdziwość informacji o

4

wykonywaniu funkcji koordynatora na budowie Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, po stronie wykonawcy. Zamawiający zwracał się pismem z dnia 13 października 2009r. do Rektora Uniwersytetu Medycznego w Łodzi o udzielenie informacji, czy Pan Zbigniew P., który według wiedzy zamawiającego jest etatowym pracownikiem UM, pełni funkcję koordynatora projektu podczas budowy Szpitala Centrum Kliniczno-Dydaktycznego UM w Łodzi. W odpowiedzi z dnia 13 października 2009r. uzyskał informację, iż osoba ta nie pełni i nie pełniła funkcji koordynatora projektu budowy Szpitala CKD. Na tej podstawie, zamawiający uznał, iż wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie, w którym wskazywał na pełnienie funkcji koordynatora projektu CKD.

Na podstawie dokumentów złożonych przez odwołującego do akt sprawy, dotyczących zatrudnienia Pana Zbigniewa P. w firmie Budopol w okresie od 1980 r. do 1988 r., Izba uznała, iż oświadczenie odwołującego ze strony 72 oferty nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko przedstawiciela wykonawcy. W szczególności Izba uznała, iż oświadczenie złożone przez wykonawcę w ofercie (str. 72) nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a tym samym nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Materiał dowodowy w sprawie potwierdził, iż Pan Zbigniew P. posiada wymagane przez zamawiającego doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika kontraktu lub koordynatora z ramienia wykonawcy kontraktu zdobyte podczas budowy Szpitala Centrum Kliniczno-Dydaktycznego UM w Łodzi. Na tą okoliczność, odwołujący przedstawił między innymi świadectwo pracy Pana P., który to dowód Izba uznała za wiarygodny i wystarczający dla potwierdzenia pełnienia funkcji kierownika „wielkiej budowy” z ramienia wykonawcy, tj. Przedsiębiorstwa Budowy Obiektów Użyteczności Publicznej „BUDOPOL-ŁÓDŹ”. Określenie „wielka budowa” używane było we wcześniejszym etapie inwestycji obejmującej budowę Szpitala CKD UM w Łodzi, która to inwestycja jest prowadzona od kilkadziesiąt lat, obecnie przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi. Okoliczność tą Izba ustaliła na podstawie zeznań świadków – osób uczestniczących we wcześniejszym etapie realizacji projektu budowy Szpitala CKD.

Odwolujący już w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu w dniu 7 października 2009 r., wskazywał na doświadczenie Pana P. zdobyte w trakcie zatrudnienia w Budopolu, jako koordynator reprezentujący wykonawcę przy budowie budynku psychiatrii i medycyny jądrowej, zrealizowanego w ramach budowy Centrum Kliniczno-Dydaktycznego UM w Łodzi. Treść tych wyjaśnień została pominięta przez zamawiającego, który podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania opierał się wyłącznie na informacji uzyskanej od Rektora UM w Łodzi. Izba wskazuje, iż zamawiający nie mógł pominąć treści wyjaśnień wykonawcy, które miały na celu wyjaśnienie wcześniej złożonego oświadczenia, w którym użyto zwrotu „pełni funkcje”, co mogło wskazywać na obecnie realizowaną z udziałem Pana

5

P. budowę CKD. Jak sam zamawiający zauważył, treść oświadczenia nie pozwala na stwierdzenie z ramienia której ze stron procesu inwestycyjnego na obiekcie CKD Pan P. miałby występować, jak również nie definiowała tych stron. Ponadto, odpowiedź Rektora UM w Łodzi udzielona została na pytanie zamawiającego o obecny udział Pana Zbigniewa P. w projekcie CKD i nie zaprzecza ona wyjaśnieniom wykonawcy, odnoszącym się do okresu, w którym inwestycja CKD była realizowana przez Budopol-Łódź. Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby uznał, iż oświadczenie wykonawcy ze strony 72 oferty, powinno być interpretowane zgodnie z wyjaśnieniami odwołującego, jako potwierdzające doświadczenie zdobyte przez Pana P. przy projekcie budowy Szpitala Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, jako osoby pełniącej funkcję koordynatora kontraktu, reprezentującej wykonawcę w kontaktach z zamawiającym.

Nawet przyjmując odmienne stanowisko, co do oceny treści oświadczenia wykonawcy i uznając, iż podał on nieprawdziwą informację o doświadczeniu Pana P. jako pełniącego obecnie funkcje koordynatora projektu, czemu Izba stanowczo zaprzecz, to informacja ta nie miałaby wpływu na wynik postępowania, gdyż Pan Zbigniew P. spełnia warunek udziału w postępowaniu, co zostało powyżej wykazane. Złożenie oświadczenia o treści nadanej mu przez wykonawcę w ofercie, w żaden sposób nie może kształtować rzeczywistego doświadczenia zawodowego. Ewentualna niezgodność ze stanem rzeczywistym mogłaby być oceniona wyłącznie w kategorii błędu wykonawcy składającego oświadczenie. Skoro Pan P. posiada wymagane doświadczenie, jako osoba pełniąca funkcję koordynatora/kierownika kontraktu, to za nieracjonalne należałoby uznać celowe podawanie zamawiającemu informacji nieprawdziwych. Zdaniem Izby, wskazany przepis artykułu 24 ust 2 pkt 2 ustawy pzp, znajdowałby zastosowanie jedynie w sytuacji umyślnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, mającego wpływ na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie postępowania przetargowego. A zatem, nie stanowiłoby podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania nieświadome wprowadzenie w błąd (podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy we Wrocławiu z wyroku z dnia 30 października 2008 r., sygn. Akt X Ga 296/08). Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie zachodziła podstawa z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie oceniała, czy inwestycja CKD (wcześniej określana jako „wielka budowa”) odpowiada warunkowi opisanemu w siwz, gdyż nie było to podstawą decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania i nie było objęte treścią zarzutów we wnoszonych środkach ochrony prawnej.

Uwzględniając odwołanie, Izba nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

6

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami odwołującego stanowiącymi koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonego na rozprawie rachunku, ograniczając ich

wysokość do kwoty określonej w przepisach rozporządzenia), Izba obciążyła
zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

7

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

8