

WYROK
z dnia 7 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **spółkę akcyjną SAFEGE, Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja i Komplet Inwest sp. j. T..... G....., E..... P.....-N....., ul. 11-go Listopada 91K, 66-400 Gorzów Wielkopolski** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Szczecin, pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin**

przy udziale wykonawcy: **Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (60-164), ul. Ziębicka 35** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **spółkę akcyjną SAFEGE, Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja i Komplet Inwest sp. j. T..... G....., E..... P.....-N....., ul. 11-go Listopada 91K, 66-400 Gorzów Wielkopolski** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **spółkę akcyjną SAFEGE,**

Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja i Komplet Inwest sp. j. T..... G....., E..... P.....-N....., ul. 11-go Listopada 91K, 66-400 Gorzów Wielkopolski tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **spółkę akcyjną SAFEGE, Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja i Komplet Inwest sp. j. T..... G....., E..... P.....-N....., ul. 11-go Listopada 91K, 66-400 Gorzów Wielkopolski** na rzecz wykonawcy: **Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (60-164), ul. Ziębicka 35** kwotę **2 460 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą 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. 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 Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Pełnienie *funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania*

inwestycyjnego pn. Budowa „Szczecińskiego Szybkiego Tramwaju - Etap I” zostało wszczęte przez Gminę Miasto Szczecin, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 110-183121) w dniu 12 czerwca 2012 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: spółka akcyjna SAFEGE i Komplet Inwest sp. j. T..... G....., E..... P.....-N....., zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy: Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (zwanego dalej Przystępującym), pomimo faktu, iż wykonawca ten zawarł w złożonej przez siebie ofercie informacje nieprawdziwe, które miały wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez zaniechanie tej czynności naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, poprzez błędne ich zastosowanie i przyjęcie, że powołany wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym poprzez zaniechanie wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Konsekwencją tak opisanych naruszeń było również, zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy: Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania na podstawie dowodowego w sprawie, odwoławczego, zebranego materiału z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie znalazła powodów dla odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, o co wnioskował Przystępujący. Jak zostało to ustalone w toku postępowania odwoławczego, informację o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający przesłał Odwołującemu w dniu 13 listopada 2012 r. za pośrednictwem faksu, odwołanie zostało doręczone Prezesowi Izby w dniu 23 listopada 2012 r. Tym samym dochowany został dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, szczególnie wobec faktu, iż odwołanie to obejmowało swym zakresem zarzuty odnoszące się do faktu zaniechania czynności, do której Zamawiający był, zdaniem Odwołującego, zobowiązany na podstawie ustawy, a której, zgodnie z przesłaną mu w dniu 13 listopada 2012 r., mimo ciężącego na nim obowiązku nie podjął. W ocenie Izby, w obecnie obowiązującym stanie prawnym, w tym konkretnym przypadku, w kontekście rozpoznawanych zarzutów, nie są istotne okoliczności podnoszone przez Przystępującego, a zatem możliwość powzięcia przez Odwołującego wiadomości o treści oferty i dokumentów wraz z nimi złożonych przez Przystępującego. Istotnym jest, iż zgodnie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się wobec konkretnej czynności Zamawiającego, a rozpoznawane odwołanie zostało wniesione wobec czynności, o których dokonaniu Odwołujący został poinformowany pismem z dnia 13 listopada 2012 r. Mając na uwadze, iż to tę właśnie czynność (czy też bardziej precyzyjnie – zaniechanie czynności wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu) Odwołujący kwestionuje, Izba uznała, że zachowany został termin do wniesienia odwołania, a tym samym brak było podstaw do jego odrzucenia.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179

ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty przekazane przez Strony, jak i Przystępującego, w toku postępowania odwoławczego.

2

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający, w pkt V.2.3).3.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), skonkretyzował warunki odnoszące się do kwalifikacji i doświadczenia zawodowego stawiane osobie mającej pełnić funkcję inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych. Oczekiwał on, że osoba ta będzie posiadała wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz nie mniej niż 5-letnie doświadczenie zawodowe przy pełnieniu samodzielnych funkcji w budownictwie tj. kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym przed Izbą, a potwierdzonym zgodnie przez Odwołującego i Przystępującego, treść SIWZ w przywołanym tu zakresie nie uległa zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Przystępujący w złożonym wraz z ofertą wykazie osób na powołaną funkcję inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych wskazał B..... Z....., oświadczając jednocześnie, iż wskazana osoba legitymuje się pożądanym przez Zamawiającego doświadczeniem zawodowym. Miało ono zostać nabyte w okresie od marca 2005 r. do grudnia 2010 r. w trakcie realizacji projektu „Poprawa jakości wody w Szczecinie” (budowy mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków Pomorzany wraz z gospodarką osadową oraz rozbudowy o część biologiczną i modernizacji mechaniczno-chemicznej oczyszczalni ścieków Zdroje wraz z suszarnią osadów) oraz w okresie od marca 2004 r. do sierpnia 2005 r. w trakcie realizacji projektu budowy tłoczni gazu na rurociągu jamalskim.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający nie kierował do Przystępującego pytań odnoszących się do wykazu w zakresie opisującym wykształcenie i doświadczenie B..... Z..... .

Po zakończeniu badania i oceny ofert, pismem z dnia 13 listopada 2012 r., Zamawiający poinformował wykonawców o uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Pismem, doręczonym w dniu 26 listopada 2012 r., wykonawca: Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

3

W dniu 28 listopada 2012 r. Zamawiający za pomocą faksu, a dwa dni później również w formie pisemnej, doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W dniu 30 listopada 2012 r. Przystępujący wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił formułowanych przez siebie twierdzeń. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strona jest zobowiązana wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Uwzględniając tę regulację, a także przepis art. 6 k.c., który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, Izba uznała, iż to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. On bowiem jest stroną twierdzącą – to wniesione przez niego odwołanie zawiera zarzuty dające się sprowadzić do stwierdzenia: „Zamawiający naruszył przepisy ustawy pozbawiając mnie możliwości uzyskania zamówienia”. Aby Izba mogła uznać twierdzenia Odwołującego za zasadne, a zgłaszane przez niego żądania za zasługujące na uwzględnienie, koniecznym było, aby wykonawca wnoszący odwołanie przedstawił Izbie dowody niezbędne dla podjęcia takiego rozstrzygnięcia.

W rozpoznawanej sprawie, Odwołujący oparł swe twierdzenia na dwóch dokumentach: piśmie z dnia 16 listopada 2012 r. sporządzonym w imieniu Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Szczecinie (zwanego dalej ZWIK Szczecin) oraz piśmie z dnia 5 grudnia 2012 r. sporządzonym w imieniu TPF Sp. z o.o. w Warszawie. Zdaniem składu orzekającego treść powołanych pism, w świetle całego zebranego materiału dowodowego, nie jest wystarczająca dla przesądzenia, że Przystępujący zawarł w swojej ofercie i dokumentach wraz z nią złożonych informacje nieprawdziwe, które miałyby wpływ na wynik postępowania. W odniesieniu do pierwszego z powołanych dokumentów, podkreślenia wymaga fakt, iż zestawienie jego treści, z treścią pisma przedstawionego przez Przystępującego, a pochodzącego również od ZWIK Szczecin, pozwala stwierdzić, że wykazane zostało przed Izbą, że B..... Z..... pełnił w trakcie realizacji ujętych w wykazie osób prac funkcję inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych.

4

Ustalenia te potwierdza również treść pisma pochodzącego od TPF Sp. z o.o. – zawarto tam bowiem oświadczenie, iż pełnił on powołaną funkcję w „krótkich, *incydentalnych okresach zastępstw*”. Dlatego też, w ocenie Izby, nie zostało udowodnione przez Odwołującego zawarte w odwołaniu twierdzenie, iż powołana osoba nie pełniła wymaganej przez funkcji w przeciąg Zamawiającego ogóle. Przywołane powyżej dokumenty prawdziwości tej tezy.

Odrębną kwestią jest fakt, że Odwołujący nie wykazał również, iż łączny, rzeczywisty okres doświadczenia zawodowego nabyty przez B..... Z..... w toku realizacji prac wykazanych przez Przystępującego w wykazie osób nie był co najmniej równy określone w SIWZ okresowi pięciu lat. Istotnym jest, iż Odwołujący nie kwestionował doświadczenia nabytego przez powołaną osobę w okresie od marca 2004 do sierpnia 2005 r. przy realizacji projektu budowa tłoczni gazu na rurociągu jamalskim. Ostrze swych zarzutów skierował wobec prac wykonywanych w ramach projektu „Poprawa jakości wody w Szczecinie” w oczyszczalniach ścieków: Pomorzany i Zdroje. Jedynym dowodem przedstawionym przez Odwołującego, który miałyby przesądzać o zasadności jego twierdzeń, było przywoływane już pismo pochodzące od TPF Sp. z o.o. Zdaniem Izby, dowód ten nie mógł zostać uznany za wystarczający dla przesądzenia, iż Przystępujący przedstawił w swojej ofercie nieprawdziwe informacje. W pierwszej kolejności firma TPF Sp. z o.o. nie precyzuje w sposób konkretny w jakim okresie czasu B..... Z..... pełnił wymaganą w treści warunku funkcję – ogranicza się ona jedynie do sformułowania: „krótkie, *incydentalne okresy zastępstw*”, które ze swej natury jest nieostre i wieloznaczne – stąd też nie mogło być ono uznane za przesądzające o słuszności stawianych zarzutów. TPF Sp. z o.o. zastrzega jednocześnie, iż wg dostępnej jej wiedzy, B..... Z..... nigdy nie został zgłoszony na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych. Tezie tej zdaje się przeczyć, a co najmniej poddawać ją w wątpliwość, przedstawiony przez Przystępującego dokument z dnia 30 listopada 2012 r. W piśmie tym zawarta została informacja, iż w dniu 9 grudnia 2005 r. do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Szczecinie, iż wraz z zawiadomieniem o rozpoczęciu robót budowlanych w oczyszczalni Pomorzany wpłynęło również oświadczenie o podjęciu obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego przez B..... Z..... W piśmie tym znalazło się powołanie

na konkretny numer ewidencyjny potwierdzenia stwierdzenia przygotowania zawodowego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Odnosząc się do tegoż pisma Odwołujący w toku rozprawy przed Izłą stwierdził, iż „wątpliwości *budzi bowiem fakt nieprzedstawienia [przez Przystępującego] dokumentów odnoszących się do robót wykonanych w oczyszczalni ścieków Pomorzany, które zapewne również znajdują się w posiadaniu Przystępującego,*

5

co pozwala przypuszczać, iż również w tych dokumentach znajduje się potwierdzenie, iż pan Ziębiński nie pełnił funkcji inspektora nadzoru specjalności konstrukcyjno – budowlanej w okresie wskazanym w wykazie”. Jak to już zostało omówione wcześniej, to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania (udowodnienia) słuszności stawianych przez siebie zarzutów. Dlatego też nie może on jedynie poddawać w wątpliwość prawdziwości oświadczeń i treści dokumentów przedstawionych przez Przystępującego. Mając powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów pozwalających przesądzić o uwzględnieniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Do analogicznych wniosków doszedł skład orzekający w odniesieniu do pozostały zarzutów podniesionych w odwołaniu. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie wykazał, iż treść złożonego przez Przystępującego wykazu osób w części odnoszącej się do doświadczenia B..... Z..... nie wypełnia warunków opisanych w SIWZ, Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, a także art. 7 tejże ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Przystępujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła jego wniosek o obciążenie zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia Odwołującego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika poniesionymi przez Przystępującego.

Przewodniczący:

6

7