

WYROK/POSTANOWENIE*
z dnia 21 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TEBODIN – SAP - PROJEKT Sp. z o.o., 02 - 677 Warszawa, ul. Taśmowa 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Utylizacji Odpadów Spółka z o.o. w Elblągu , 82 - 300 Elbląg, ul. Szańcowa 1** protestu z dnia 26 listopada 2009 roku.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża TEBODIN-SAP-PROJEKT Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TEBODIN – SAP - PROJEKT Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7,**

2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **TEBODIN – SAP - PROJEKT Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7** na rzecz **Zakład Utylizacji Odpadów Spółka z o.o. w Elblągu, 82 - 300 Elbląg, ul. Szańcowa 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TEBODIN – SAP - PROJEKT Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7**

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Inżyniera Kontraktu dla przedsięwzięcia Racjonalizacja gospodarki odpadami komunalnymi i rekultywacja składowiska odpadów w Elblągu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 lipca 2009 roku pod nr 2009/S 144-211376.

Odwołujący - TEBODIN SAP - Projekt Sp. z o.o., wskazując na naruszenie art. 7 ust. 3, art. 24. ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wniósł protest a następnie odwołanie, w którym podtrzymał zarzut dotyczący czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu wykluczenia oferty Konsorcjum: AECOM Sp. z o.o. oraz AECOM Limited oraz ECM Group Polska Sp. z o.o. (zwane dalej Aecom Sp. z o.o.), mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z wymogami SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że osoba wskazana przez Aecom Sp. z o.o. do pełnienia funkcji Specjalisty kluczowego numer 1 - Kierownika Zespołu, Inżyniera Rezydenta – pan Włodzimierz G., nie spełnia wymagań określonych w pkt 9.1.2 b siwz w zakresie wymaganego doświadczenia w „kierowaniu jako Kierownik Projektu lub Kierownik Budowy

przy minimum 1 zakończonej inwestycji z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 PLN (netto bez podatku od towarów i usług), realizowanych wg FIDIC lub innych procedur równoważnych".

Kontrakt na realizację projektu „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Łodzi” zawarty dnia 23 czerwca 2003 podpisany został przez Dyrektora i Przedstawiciela Inżyniera Kontraktu Pana Nicholasa B., który w trakcie realizacji projektu miał prawo do tytułowania siebie

2

Dyrektorem Projektu. Odwołujący wskazał także, iż w dniu 15 lutego 2007 zawarta została umowa pomiędzy Miastem Łódź a konsorcjum firm FaberMaunsell Ltd, Tebodin B.V. i Tebodin SAP-Projekt sp. z o.o. na dodatkowy nadzór nad robotami objętymi projektem: „Gospodarka odpadami komunalnymi w Łodzi” na okres od 1 stycznia 2007 do 31 grudnia 2008. Na dowód załączył kopię umów z dnia 23 czerwca 2003 oraz 15 lutego. Odwołujący wskazał, że stanowisko Dyrektora Projektu jest wewnętrzną funkcją organizacyjną w podmiocie (np firmie), związaną z reprezentowaniem wykonawcy wobec zamawiającego i nie oznacza wykonywania jakichkolwiek obowiązków, a tym samym nie potwierdza doświadczenia z zakresu pełnienia funkcji Kierownika Projektu. Kierownikiem Projektu w Łodzi w omawianym zakresie przez cały okres realizacji wskazanego przedsięwzięcia był Pan Andrzej S. Ponadto Dyrektorem Projektu był Pan N. B., a więc informacja podana w ofercie jest całkowicie nieprawdziwa, bowiem Pan Włodzimierz G. nie pełnił w referencyjnym projekcie ani funkcji Dyrektora Projektu ani funkcji Kierownika Projektu. Złożony przez Aecom w toku wyjaśnień dokument o nazwie Delegacja/Upoważnienie z dnia 1.09.2008, w którym pan Jerzy T. - tytułując siebie Przedstawicielem Inżyniera oddelegowuje Pana Włodzimierza G. do pełnienia funkcji Kierownika Projektu jest obarczony wadą prawną polegającą na tym, że Pan Jerzy T. nie dysponując odpowiednim upoważnieniem ze strony firmy brytyjskiej FaberMaunsell Ltd do jej reprezentowania, a tym samym nie będąc przedstawicielem Inżyniera Kontraktu (konsorcjum), nie miał prawa do powoływania kogokolwiek do pełnienia funkcji Kierownika Projektu.

Odnosnie inwestycji pod nazwą „Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych w Radomiu”, odwołujący wskazał, że wg. jego wiedzy do dnia dzisiejszego nie została ona w pełni zakończona i do tej pory nie wystawiono dokumentu Świadectwo Wykonania, który zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC oznacza wywiązanie się wykonawcy ze wszystkich zobowiązań wynikających z umowy, w tym związanych z usunięciem wad stwierdzonych w tzw. Okresie Zgłaszania Wad, stanowiącym faktycznie okres gwarancji. Zdaniem odwołującego tylko Świadectwo Wykonania jest uważane za akceptację robót jako właściwie wykonanych, a więc może być uznawane za zakończenie inwestycji. Na dowód niezakończenia inwestycji odwołujący złożył ogłoszenie o przetargu z dnia 12.12.2008 na kontynuację pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy dokończeniu realizacji projektu „Gospodarka odpadami komunalnymi w Radomiu” oraz ogłoszenie z dn. 23.12.2008 o rozstrzygnięciu powyższego przetargu i wyborze BPGWiŚ „Biprowod - Warszawa” na Inżyniera Kontraktu na okres do dnia 4.10.2010r. Zatem w ocenie odwołującego nie został spełniony wymóg dotyczący doświadczenia w kierowaniu jako Kierownik Projektu lub Kierownik Budowy przy minimum 1 zakończonej inwestycji z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi.

3

Przystępujący Aecom Sp. z o.o., w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że twierdzenia odwołującego są bezzasadne i oparte jedynie na przypuszczeniach. Konsorcjum „Aecom” załączyło do przystąpienia dokument delegacji/upoważnienia z dnia 01.08.2008 r. potwierdzający, że Pan Włodzimierz G., wskazany w wykazie spełnia wymagania siwz. Zdaniem Konsorcjum „Aecom” bezpodstawnym są twierdzenia Protestującego, że funkcja Dyrektora Projektu, jaką pełnił Pan Włodzimierz G. w projekcie „Gospodarka odpadami komunalnymi w Łodzi” nie potwierdza jego doświadczenia z zakresu pełnienia funkcji Kierownika Projektu. Włodzimierz G. został oficjalnie nominowany do pełnienia funkcji Dyrektora Projektu, jako osoba nadzorująca funkcję Inżyniera Kontraktu na tym projekcie. Powyższe upoważnienie zdaniem Konsorcjum „Aecom” w zupełności to potwierdza. Ponadto Konsorcjum „Aecom” wskazało, że nie jest prawdziwe twierdzenie odwołującego, że

druga z usług, przy której miał uczestniczyć Włodzimierz G. tj. Kierownik Projektu ISPA „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Radomiu” nie została zakończona. Konsorcjum „Aecom” załączyło dokumenty w postaci decyzji pozwolenia na użytkowanie Zakładowi Utylizacji Odpadów Komunalnych w Radomiu.

Zamawiający protest oddalił w części dotyczącej zarzutów zgłoszonych pod adresem oferty Aecom Sp. z o.o., w pozostałym zakresie – w odniesieniu do zarzutów zgłoszonych pod adresem konsorcjum Grontmij – protest uwzględnił, o czym poinformował odwołującego w dniu 7.12.2009. W uzasadnieniu odnośnie oferty Aecom Sp. z o.o. wskazał, że nie można uznać twierdzeń odwołującego, że pełnienie funkcji Dyrektora Projektu jaką pełnił Pan Włodzimierz G. przy realizacji projektu „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Łodzi”, nie może zostać uznana za spełnienie warunku, gdyż stanowisko „dyrektora projektu” jest „wewnętrzną funkcją organizacyjną w podmiocie (np. firmie) związaną z reprezentowaniem Wykonawcy wobec Zamawiającego”. Zgodnie z obowiązującymi przepisami kodeksu spółek handlowych organami wewnętrznymi spółki sp. z o.o. jest Zarząd, Zgromadzenie Wspólników oraz ewentualnie Rada Nadzorcza, zatem funkcja Dyrektora Projektu nie jest więc wewnętrzną funkcją w firmie. Dyrektor Projektu odpowiada za całość Projektu, w tym ponosi odpowiedzialność za realizację projektu. Z przedłożonego przez Aecom Sp. z o.o. Upoważnienia/Delegacji z dnia 01.09.2008 r. jednoznacznie wynika, że Pan Włodzimierz G. jako przedstawiciel Inżyniera (konsorcjum) pełnił funkcję Kierownika Projektu i był upoważniony do podejmowania decyzji za Inżyniera w ramach realizowanego projektu, co w pełni znajduje odzwierciedlenie w pełnionej przez niego funkcji w projekcie zrealizowanym w Łodzi. Zdaniem zamawiającego, odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu mogącego potwierdzić jego twierdzenia.

4

Odnośnie drugiego zarzutu zamawiający wskazał, że wobec bezzasadności pierwszego zarzutów i spełnienia warunku opisanego w pkt. 9.1.2.b przez pana Włodzimierza G., bezprzedmiotowym jest jego rozpatrywanie, bowiem rzekoma nieprawdziwa informacja co do drugiej inwestycji nie ma wpływu na wynik postępowania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty konsorcjum Aecom Sp. z o.o. oraz dowód złożonych na rozprawie a także biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W części I siwz- Instrukcja dla Wykonawców, w pkt. 9.1.2 b, pkt 4 tabeli wymagania (kwalifikacje, doświadczenie) specjalistów zamawiający wskazał, że osoba wyznaczona na stanowisko Specjalisty kluczowego numer 1 - Kierownika Zespołu, Inżyniera Rezydenta winna posiadać m.in.:

„doświadczenie w kierowaniu, jako Kierownik Projektu lub Kierownik Budowy przy minimum 1 zakończonej inwestycji z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 PLN (netto bez podatku od towarów i usług), realizowanych wg FIDIC lub innych procedur równoważnych ”.

W załączniku nr 3 - „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia” – wykonawca AECOM Sp. z o.o., wskazał osobę Pana Włodzimierza Gurzkowskiego, jako Specjalistę kluczowego nr 1 Kierownika Zespołu - Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta. Jak potwierdzenie posiadanego doświadczenia w kierowaniu jako Kierownik Projektu dla inwestycji z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi o wartości min. 20 000 PLN realizowanej wg FIDIC wskazano w odniesieniu do tej osoby dwie realizacje :

1. Dyrektor Projektu pn. Inżynier Kontraktu dla Projektu „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Łodzi” ok. 16 mln EUR.
2. Kierownik Projektu pn. Inżynier Kontraktu dla Projektu ISPA „Gospodarka odpadami komunalnymi w Radomiu”, ok. 16 mln EUR

5

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący jako podmiot ubiegający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w sprawie następujące dowody:

1. umowa z dnia 23 czerwca 2003 roku pomiędzy gminą Łódź a konsorcjum firm FaberMaunsell Ltd Tebodin B.V. oraz Tebodin Poland Sp. z o.o.
2. umowa z dnia 15 lutego 2007 pomiędzy Miastem Łódź a konsorcjum Firm FaberMaunsell Ltd Tebodin B.V. oraz Tebodin SAP-Projekt Sp. z o.o.
3. upoważnienie/ delegacja z dnia 1 września 2008 roku udzielone przez Pana Jerzego T. dla pana Włodzimierza G.
4. pozwolenie na użytkowanie z dnia nr 141/07 z dnia 24 grudnia 2007.

Izba podkreśla, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, wyrażonym w art. 6 kc oraz art. 188 ust. 1 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Bez wątpienia w rozpatrywanym sporze ciężar udowodnienia spoczywa w całości na odwołującym, który twierdzi, że w ofercie konsorcjum Aecom Sp. z o.o. podano nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby, twierdzenia odwołującego jakoby Pan G. nie pełnił funkcji kierownika projektu w trakcie realizacji inwestycji „Gospodarka odpadami komunalnymi w Łodzi” są gołosłowne i nie zostały poparte żadnym wiarygodnym dowodem. Przedstawione jako dowód w sprawie przez odwołującego: umowa z dnia 23 czerwca 2003 roku oraz z dnia 15 lutego 2007 roku (nr 342 - 1/7/07), potwierdzają jedynie fakt zawarcia takich kontraktów pomiędzy Gminą Łódź a konsorcjum FaberMaunsell Ltd, Tebodin B.V. oraz Tebodin Poland Sp. z o.o. reprezentowanym przez Nicholasa B., - Dyrektora FaberMaunsell LTd (umowa z dnia 23 czerwca 2003 roku) oraz pomiędzy Miastem Łódź a konsorcjum FaberMaunsell LTd, Tebodin B.V. oraz Tebodin SAP - Projekt Sp. z o.o., którą w imieniu konsorcjum podpisał Edward P. – Dyrektor FaberMaunsell Ltd. Umowy te nie wskazują osoby, która pełniła funkcję kierownika projektu, nie wykluczają także możliwości powierzenia tej funkcji panu Włodzimierzowi G.

6

Umowa z dnia 15 lutego 2007 roku obejmowała usługi Inżyniera Kontraktu w zakresie robót dodatkowych w ramach projektu Funduszu Spójności „Gospodarka odpadami komunalnymi w Łodzi” i została zawarta na okres 1 styczeń 2007 do 31 grudzień 2008 roku. Przedłożony przez konsorcjum Aecom Sp. z o.o. do przystąpienia do protestu dokument upoważnienie/ delegacja z dnia 1 września 2008 roku, w którym pan Jerzy T. – General Manager jako przedstawiciel Inżyniera (konsorcjum) oddelegowuje „pana Dyrektora Działu Środowisko Włodzimierza Gorzkowskiego do pełnienia funkcji Kierownika Projektu w imieniu Konsorcjum dla projektu „Gospodarka odpadami komunalnymi w Łodzi” potwierdza, że Pan Włodzimierz G. pełnił funkcję kierownika projektu co najmniej od daty udzielenia mu przedmiotowego upoważnienia. Z analizy wyżej wskazanych umów oraz upoważnienia/delegacji z dnia 1 września 2008 roku wynika, że oddelegowanie Pana Włodzimierza G. do pełnienia funkcji Kierownika Projektu miało nastąpić w trakcie realizacji kontraktu na usługi dodatkowe z dnia 15 lutego 2007 roku. Twierdzenia odwołującego, jakoby pan Jerzy T. nie posiadał upoważnienia od konsorcjum do desygnowania pana Włodzimierza G. na to stanowisko pozostały gołosłowne, a wiedzę tą odwołujący opiera jedynie na własnym przekonaniu i doświadczeniu. Zatem odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który podważyłby prawidłowość i możliwość ewentualnego oddelegowania przez pana Jerzego T. osoby na stanowisko kierownika projektu. Twierdzenie odwołującego, że funkcję kierownika projektu w ostatniej jego fazie pełnił Andrzej S. nie zostały nawet uprawdopodobnione.

Zdaniem Izby, wobec braku przedstawienia dowodów przez odwołującego, które mogłyby skutecznie podważyć twierdzenia i oświadczenia złożone w ofercie przez konsorcjum Aecom

Sp. z o.o. - brak podstaw do przyjęcia, że pan Włodzimierz G. nie pełnił funkcji kierownika projektu w ramach realizacji inwestycji „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Łodzi”.

Odnosnie projektu „Gospodarka odpadami komunalnymi w Radomiu” odwołujący wskazywał, że inwestycja ta wg. jego wiedzy do dnia dzisiejszego nie została w pełni zakończona, bowiem nie wydano jeszcze świadectwa wykonania, a jedynie takie potwierdza zakończenie inwestycji. Bezsprzeczne jest, że zamawiający w siwz nie określił co rozumie pod pojęciem „inwestycja zakończona”. Twierdzenie odwołującego, że za inwestycje zakończoną można uznać jedynie inwestycje co do której wystawiono świadectwo wykonania nie znajduje oparcia zarówno w postanowieniach siwz jak również przepisach prawa, gdzie za wystarczający dokument potwierdzający zakończenie robót uznaje się protokół odbioru. Zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC datą odbioru inwestycji jest wystawienie wykonawcy Świadectwa Przejęcia, natomiast wydanie Świadectwa Wykonania oznacza, że wykonawca wywiązał się ze wszystkich zobowiązań wynikających z umowy, w tym związanych

7

z usunięciem wad stwierdzonych w tzw. Okresie Zgłaszania Wad, stanowiącym faktycznie okres gwarancji.

Potwierdzeniem okoliczności zakończenia robót i oddania ich do użytku jest złożona wraz z przystąpieniem do protestu decyzja pozwolenia na użytkowanie nr 141/07 z dnia 24 grudnia 2007 roku, która została wydana w związku z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych złożonym dnia 13 grudnia 2007 roku.

Sam odwołujący w trakcie rozprawy potwierdził, że przedmiotowa inwestycja została oddana do użytku w roku 2007 roku, ale jego zdaniem wówczas kierownikiem projektu była inna osoba niż pan G. Jednak twierdzenie odwołującego, że kierownikiem projektu była inna osoba pozostało bez dowodu.

Załączone przez odwołującego ogłoszenia o przetargu z dnia 12.12.2008 na Inżyniera Kontraktu i pomoc techniczną podczas realizacji projektu, gdzie wskazano termin wykonania zamówienia od dnia podpisania do dnia 4.10.2010 roku oraz ogłoszenie z dnia 23.12.2008 roku o rozstrzygnięciu przetargu i wyborze Biura Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej Biprowod – Warszawa Sp. z o.o. na Inżyniera Kontraktu, dotyczą innego postępowania o zamówienie publiczne i prac związanych z kontynuacją robót na obiekcie, który został oddany do użytku w 2007 roku, co potwierdza złożona decyzja pozwolenia na użytkowanie.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji w oparciu o art. 191 ust.1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie 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).

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

9