

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 sierpnia 2011 r.

**Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy -
Odwoławczy**

w następującym składzie:

Przewodniczący- Sędzia:	SO Aniela Pakosiewicz
Sędzia:	SO Janusz Beim (spr.)
Sędzia:	SO Robert Jurga

Protokolant:

protokolant Rafał Bielski

po rozpoznaniu w dniu 25 sierpnia 2011 r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum w składzie: Podhalańskie Drogi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Targu i Poldim Spółka Akcyjna w Tarnowie

przy uczestnictwie zamawiającego Skarbu - Państwa Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Krakowie oraz przystępujących do postępowania odwoławczego Konsorcjum w składzie: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD Spółka Akcyjna we Wrocławiu, Pol-Dróg Oleśnica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy i Pol-Dróg Piła Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pile oraz Konsorcjum w składzie: Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Kobierzycach i GRAWIL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi skarżącego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO/751/11

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego Konsorcjum w składzie: Podhalańskie Drogi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Targu i Poldim

Spółka Akcyjna w Tarnowie na rzecz zamawiającego Skarbu - Państwa Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Krakowie koszty postępowania skargowego w kwocie 1.800,00 zł (jeden tysiąc osiemset złotych);

III. zasądza od skarżącego Konsorcjum w składzie: Podhalańskie Drogi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Targu i Poldim Spółka Akcyjna w Tarnowie na rzecz zamawiającego Konsorcjum w składzie: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD Spółka Akcyjna we Wrocławiu, Pol-Dróg Oleśnica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy i Pol-Dróg Piła Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pile koszty postępowania skargowego w kwocie 1.800,00 zł (jeden tysiąc osiemset złotych).

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 28.04.2011 r. Krakowska Izba Odwoławcza (dalej KIO) oddaliła odwołanie wniesione do Prezesa KIO przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Podhalańskie Drogi Sp. z o.o. w Nowym Targu i Poldim SA w Tarnowie od czynności wyboru najkorzystniejszych oferty w części IV zamówienia i zaniechania wykluczenia z postępowania w tej części Konsorcjum „Eurovia” oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD SA we Wrocławiu, POL-DRÓG Oleśnica SA w Oleśnicy i POL - DRÓG Piła Sp. z o.o. w Pile (zwane dalej Konsorcjum „Zaberd”). Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest przez Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Oddział w Krakowie. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego swoje przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „Eurovia Polska” S.A. w Kobierzycach i „Grawil” Sp. z o.o. we Włocławku oraz Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „ZABERD” S.A. we Wrocławiu, „POL-DRÓG Oleśnica” S.A. w Oleśnicy i „POL-DRÓG Piła” Sp. z o.o. w Pile (dalej zwana Konsorcjum „Zaberd”).

Zamawiający w dn. 31.03.2011 r. poinformował o wynikach postępowania i uznaniu za najkorzystniejszą w części IV zamówienia ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. „Eurovia Polska” SA w Kobierzycach i „Grawil” Sp. z o.o. we Włocławku (zwanych dalej Konsorcjum „Eurovia”).

Odwołujący się zarzucili w odwołaniu zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia obu Konsorcjów „Zaberd” i Konsorcjum „Eurovia” pomimo;

- złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przez co został naruszony art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- niewykonanie przez Konsorcjum „Eurovia” spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.4 część 4 Rejon Kraków pkt 3 lit b specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) przez co naruszony został art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W szczególności zastrzeżenia odwołującego dotyczyły osoby Andrzeja Zagoly jako osoby wskazanej przez Konsorcjum „Eurovia” do organizowania i kierowania robotami i posiadanego w tym zakresie odpowiedniego doświadczenia. Strona odwołująca się szczegółowo przedstawiła swoje zarzuty i w czym upatruje nieprawdziwości udzielonych informacji.

W ocenie odwołującego się podobnie postąpiło Konsorcjum „Zaberd” które również podało nieprawdziwe informacje dotyczące kwalifikacji i doświadczeniem Bogusława Dudziaka jako wskazanego na koordynatora zimowego i letniego utrzymania dróg.

KIO uzasadniając swoje rozstrzygnięcie wskazała na swoje ustalenia poczynione w toku postępowania, a w szczególności dotyczące; treści warunków podanych przez zamawiającego w siwz odnoszących się do przedmiotu zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem tzw. „potencjału kadrowego”, treści ofert złożonych przez Konsorcjum „Zaberd” i Konsorcjum „Eurovia”.

Izba uwzględniła i omówiła pozostałe dowody złożone w sprawie, a to w szczególności pisma przedłożone w toku postępowania do GDDKiA Oddział Katowice (wraz z odpowiedziami) umowę zawartą z dn. 30.10.2007 r. nr 28/Z-1/2007 pomiędzy GDDKiA Oddział w Katowicach a Konsorcjum „Silesiana” B.C. Sp. z o.o. i „Petrobud” Sp. z o.o., pismo skierowane do GDDKiA Oddział Wrocław wraz z odpowiedzią, pisma skierowane do GDDKiA Oddział w Poznaniu wraz z odpowiedzią, umowę z dn. 11.07.2007 r. zawartą przez GDDKiA Oddział w Poznaniu a Konsorcjum Imex - Bis Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo robót Inżynieryjno - Drogowych S.A.

W swoich rozważaniach prawnych KIO stwierdziła, że Odwołujący ma legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej o której mowa w art. 179 ust 1 Pzp. Wskazała Izba na regulacje art. 7 ust 1 PZ, 22 ust 1 i 4 Pzp.

W ocenie Izby zasadniczą sprawą dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania była kwestia interpretacji treści warunków udziału w postępowaniu podanych siwz. W szczególności w ocenie Izby warunki s.i.w.z. podane w pkt 6.2.4 część 4 Rejon Kraków pkt 3 lit a i b - Potencjał Kadrowy - wymagają jedynie doświadczenia osób w organizowaniu, kierowaniu lub nadzorowaniu zimowego i letniego utrzymania dróg bez określenia w jakim zakresie i w jaki sposób usługi te miały być wykonywane (dokładnie określono w tym przedmiocie jedynie klasę dróg, na których doświadczenie miało być nabyte oraz ich długość) bez dookreślenia, na czym wyżej wymienione czynności miały dokładnie polegać oraz wskazania, iż winny być wykonywane w ramach funkcji nazwanych i uwidoczniionych w umowach zawartych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Izba w szczególności podkreśliła, że starannego i niebudzącego wątpliwości udowodnienia wymaga zarzut podania nieprawdziwych informacji, który stanowi bezwzględną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Zwróciła przy tym uwagę, że wynik postępowania o którym mowa w art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp musi być rozpatrywany oddzielnie dla każdej z części zamówienia.

W ocenie Izby Konsorcjum „Eurovia” zgodnie z wymogami s.i.w.z. wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu przedstawionego w pkt 6.2.4 Część - 4 Rejon Kraków pkt 2 siwz, o czym w szczególności świadczy treść listu referencyjnego zawartego w ofercie tego konsorcjum a wystawiony przez GDDKiA Oddział Katowice oraz treść umowy z dn. 30.10.2007 r. Wskazała Izba, że Konsorcjum „Eurovia” wskazała ostatecznie A. Zagolę jako osobę przewidzianą do wykonywania zadań i wykazania warunku udziału w postępowaniu w ramach cz. 4 zamówienia (podkreśliła Izba, że zamawiający nie określił w którym momencie i w jaki sposób wykonawca składający jednocześnie ofertę na kilka części zamówienia ma

wskazać, do której części jest przyporządkowana dana osoba potwierdzająca spełnienie warunku udziału w postępowaniu). Dlatego też Izba uznała, że bezcelowe było rozpatrywanie zarzutów kierowanych pod adresem Artura Kawy, bowiem i tak nie miałyby to wpływu na wynik postępowania. Nadto Izba stwierdziła, że Odwołujący się wskazał jedynie, że A. Zagola nie był osobą, która wykonywała funkcje nazwane w umowach oraz, że prace przy utrzymaniu dróg którymi kierował były wykonawca w ramach umów, gdzie rodzaj i częstotliwość zadań wskazywał zamawiający. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że A. Zagola nie wykonywał realnie zadań kierowniczych związanych z tymi usługami po stronie wykonawcy. Zwróciła

Izba uwagę, że opisany warunek udziału w postępowaniu wcale nie wymagał, iż ma to być organizowanie, kierowanie lub nadzorowanie robót w zakresie

dokładnie takim jak przewidywał zamawiający w ramach swojego przedmiotu

i

zamówienia oraz nie wskazywał, że mają to być zadania nazwane i zdefiniowane w ramach umów, których usługi dotyczyły. Sam brak wyszczególnienia w umowie funkcji kierującego robotami nie oznacza jeszcze, że robotami nikt nie kieruje oraz, że zadań tych nie wykonywał w rzeczywistości A. Zagola.

Dlatego też w ocenie Izby nie udowodniono w toku postępowania, że Konsorcjum „Eurovia” podało nieprawdziwe informacje na temat doświadczenia A. Zagoly. Również w przypadku Konsorcjum „Zaberd”, w ocenie Izby zebrany w sprawie materiał dowodowy nie dawał podstaw do stwierdzenia, iż to Konsorcjum podało nieprawdziwe informacje, a w szczególności, że B. Dudziak, wskazany jako koordynator utrzymania dróg, w szczególności nie kierował takimi pracami na terenie Oddziału Poznań GDDKiA w sezonach 2007/2008 i 2010/2011.

W reasumpcji swoich rozważań Izba stwierdziła, że zarówno Konsorcjum „Eurovia” jak i Konsorcjum „Zaberd” nie podało w toku postępowania o udzielenie zamówienia fałszywych informacji mogących mieć wpływ na wynik tego postępowania, zatem nie było podstaw do zastosowania art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 Pzp.

Na powyższe orzeczenie Izby skarga została wniesiona przez Konsorcjum w składzie „Podhalańskie Drogi” Sp. z o.o. w Nowym Targu i Poldim SA w Tamowie (zwane dalej Konsorcjum „Podhalańskie Drogi”).

Przeciwnikami skargi są: Zamawiający, Konsorcjum „Zaberd”, Konsorcjum „Eurovia”.

Skarżący zarzucił w skardze;

- 1) błędną ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i wysnucie z tego materiału błędnych wniosków, a to w szczególności wniosku o nieudowodnienie faktu złożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji mających znaczenie dla rozstrzygnięcia, nieuwzględnienie zarzutu nie wykazania przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) błędną wykładnię postanowień SIWZ poprzez przyjęcie, że do spełnienia warunku określonego w pkt 6.2.4 pkt 3 lit. b SIWZ wystarczającym było udowodnienie doświadczenia osób w organizowaniu, kierowaniu lub nadzorowanie zimowego czy letniego utrzymania dróg odpowiedniej klasy i długości bez znaczenia dla zakresu i sposobu w jaki usługi te były wykonywane;

3) naruszenie art. 192 Pzp w zw. z art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 tej ustawy poprzez oddalenie odwołania pomimo istnienia podstaw do jego uwzględnienia.

Skarżący wskazując na powyższe zarzuty wniósł o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp zgodnie z treścią art. 192 ust 3 pkt 3 w zw. z art. 198 ust 2 zd 3 ustawy.

W obszernym uzasadnieniu swojej skargi Skarżący w pełni podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Strona skarżąca upatruje wadliwej interpretacji postanowień SIWZ w dokonany przez Izbę w tym, że pominięto w ogóle kwestię odpowiednich kwalifikacji jaką winna posiadać osoba wskazana na koordynatora prac, czy na inną funkcję. W szczególności strona skarżąca wskazała na treść odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na zapytanie dotyczące kwalifikacji osób wyznaczonych do określonych zadań w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Skarżącego do spełniania warunku udziału w postępowaniu nie wystarczy wykazanie, iż personel wykonawcy posiada jakiekolwiek doświadczenie związane z wykonywaniem zadań zimowego lub letniego utrzymania dróg. To doświadczenie winno być w ocenie Skarżącego „odpowiednie” do pełnienia określonych funkcji. Strona skarżąca podkreśliła jak istotne są np. zadania koordynatora robót. W jej ocenie w rzeczywistości A. Zagół nie posiadał takich, odpowiednich kwalifikacji. Zarzuciła strona skarżąca, że nie było dopuszczalnym „żonglowanie” kwalifikacjami danej osoby w zależności od aktualnego interesu wykonawcy, a to w kontekście wskazania w toku postępowania na A. Zagół (zamiast na A. Kawę) jako osobę wyznaczoną do wykonywania określonych funkcji w celu realizacji przedmiotu umowy. Skarżący wskazał na treść odpowiedzi pisemnych otrzymanych na jego zapytanie od Oddziałów GDDKiA w Katowicach, Wrocławiu i Poznaniu, a pisma te w ocenie Skarżącego zostały przez Izbę w istocie pominięte.

Skarżący zarzucił, że skutkiem nieprawidłowej oceny materiału dowodowego przez KIO było nieprzyjęcie iż zachodziły podstawy do wykluczenia Konsorcjum „Eurovia” i Konsorcjum „Zaberd” z postępowania o udzielenie zamówienia.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający wniósł o oddalenie skargi i zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania. Również Konsorcjum „Zaberd” i Konsorcjum „Eurovia” wniosły o oddalenie skargi i zasądzenia na ich rzecz kosztów procesu.

Po rozpoznaniu skargi Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Skarga jest niezasadniona.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem KIO prezentowanym w uzasadnieniu, że kluczowe znaczenie na treść warunków zamówienia określone w S.I.W.Z. Istota zarzutów odwołującego się, a następnie Skarżącego sprowadza się do stanowiska, że wbrew wymaganiom S.I.W.Z. Konsorcjum „Eurovia” i Konsorcjum „Zaberd” podały w toku postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego nieprawidłowe informacje mające wpływ na wynik postępowania a dotyczące tzw. potencjału kadrowego.

Jak wynika z treści pkt. 6.2.4 część 4 - Rejon Kraków ppkt. 3 S.I.W.Z. zamawiający postawił dopuszczalny warunek, aby wykonawca dysponował osobami legitymującymi się, doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do pełnienia funkcji koordynatora zimowego i letniego utrzymania dróg.

W obu przypadkach zgodnie z wymogami S.I.W.Z. miała być to osoba która ma doświadczenie w ;

- organizowaniu
- kierowaniu
- lub nadzorowaniu

zimowego (letniego) utrzymania dróg o określonej długości, określonej klasy przez określony czas (3 sezony).

W żadnym z postanowień S.I.W.Z. nie wymagano, aby wskazana przez wykonawcę osoba widniała we wcześniej zawartych i zrealizowanych umowach jako konkretna osoba sprawująca funkcje kierownicze, nadzorcze lub organizujące w ramach realizacji przedmiotu umowy. Słusznie zatem przyjęła KIO, iż sam fakt, że osoby wskazane przez Konsorcja „Eurovia” i „Zaberd” nie były we wcześniejszych umowach osobami pełniącymi określone funkcje kierownicze lub nadzorcze nie dyskwalifikował takiego wskazania w ofertach złożonych przez wskazane Konsorcja. Nadto należy dodać, że warunki SIWZ nie określają (nie stopniają) owego doświadczenia jakie winny mieć osoby którym ostatecznie zostanie powierzona funkcja koordynatora. Można zgodzić się ze stanowiskiem skarżącego, że to doświadczenie winno być odpowiednie w tym znaczeniu, że winno gwarantować sprawną realizację przedmiotu umowy.

Nie można jednak zgodzić się z takim twierdzeniem skarżącego iż jej subiektywna ocena co do braku wystarczającego doświadczenia osób wskazanych przez Konsorcja „Eurovia” i „Zaberd” (strona skarżąca używa sformułowania Jakiegokolwiek doświadczenie”) jest tożsame z podaniem przez ubiegającego się o udzielenie zamówienia nieprawidłowej informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Niewątpliwie ze zgromadzone materiału dowodowego w sprawie wynika, że zarówno osoba wskazana przez Konsorcjum „Eurovia” (p. A. Zagola) jak, i osoba wskazana przez Konsorcjum „Zaberd” (p. B. Dudziak) to osoby, które uczestniczyły w realizowaniu przedmiotu umów jakie były objęte zamówieniem.

Rację ma KIO stwierdzając, że postawienie zarzutu podania przez uczestnika procedury przetargowej nieprawdziwych informacji (i to skutkującej ewentualnie konieczność wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania) wymaga precyzyjnego i bezdyskusyjnego wykazania, że ta informacja faktycznie była nieprawdziwa. Strona skarżąca niewątpliwie zaoferowała taki materiał dowodowy który w żadnej mierze nie pozwalał na stwierdzenie, iż istotnie wskazane wcześniej Konsorcja podały informację nieprawdziwą. Lektura pism (odpowiedzi Oddziałów GDDKiA na zapytania strony skarżącej co do kwalifikacji osób wskazanych w ofertach Konsorcjum „Eurovia” i „Zaberd”) może wywoływać wątpliwości, czy istotnie osoby te posiadają odpowiednio wysokie doświadczenie (charakterystyczne tutaj jest niekonsekwentne początkowo stanowiska samego Zamawiającego), ale takie wątpliwości nie są w żadnej mierze równoznaczne ze stwierdzeniem podania przez ubiegającego się o zamówienie informacji nieprawdziwych w rozumieniu art. 24 Pzp. Ponownie należy wrócić tutaj do konstatacji KIO, zawartej w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Warunki SIWZ są tak sformułowane, że nie sposób przyjąć aby osoby wskazane przez oba

Konsorcja (w ramach tzw. potencjału kadrowego) nie spełniły wymogów zamówienia.

Warunki zamieszczone w SIWZ nie precyzują wymogów:

- określonego stopnia doświadczenia
- określonego sposobu wykonania czynności
- określonego zakresu czynności
- pełnienia określonych funkcji (czy to kierowniczych czy też np. nadzorczych).

Treść pkt. 6.2.4 Część - 4 Rejon Kraków ppkt 3 SIWZ i odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego Skarżącemu pozwala na przyjęcie, że to doświadczenie osób wskazanych z uwagi na powierzone im funkcje koordynatora robót winno być wystarczające do pełnienia takiej roli, ale to nie oznacza, że Konsorcjum „Eurovia” i „Zaberd” podały informacje nieprawdziwe.

Dlatego też orzeczenie KIO jest prawidłowe, zarzuty podniesione w skardze nie mogą prowadzić do stwierdzenia, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też skargę oddalono i orzeczono jak w pkt I wyroku (art. 385 w zw. z art. 198a ust 2 Pzp). O kosztach orzeczono stosownie do zasady wynikającej z art. 98 kpc w zw. z art. 198a ust 2 Pzp.