

Sygn. akt: KIO/UZP 906/08

WYROK

z dnia 12 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., ul. Fordońska 353, 85-766 Bydgoszcz, Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów Sp. z o.o. z siedzibą w Człuchowie, Zachodnie Centrum Konsultingowe „Euro Invest” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Urszuli 14, 65-147 Zielona Góra** protestu z dnia 13 sierpnia 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Komplet Inwest Spółka jawna, Tomasz Granops, Elżbieta Prażanowska-Nieboj, ul. Nadbrzeźna 17, 66-400 Gorzów Wlkp.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., ul. Fordońska 353, 85-766 Bydgoszcz, Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów Sp. z o.o. z siedzibą w Człuchowie, Zachodnie Centrum Konsultingowe „Euro Invest” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp. i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., ul. Fordońska 353, 85-766 Bydgoszcz, Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów Sp. z o.o. z siedzibą w Człuchowie, Zachodnie Centrum Konsultingowe „Euro Invest” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp.,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., ul. Fordońska 353, 85-766 Bydgoszcz, Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów Sp. z o.o. z siedzibą w Człuchowie, Zachodnie Centrum Konsultingowe „Euro Invest” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp.**

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji z siedzibą w Zielonej Górze, w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia przekraczającej 206.000 euro na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu-Inspektora Nadzoru przy realizacji inwestycji Budowa Centrum Rekreacyjno-Sportowego w Zielonej Górze”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 115-153674, odwołanie poprzedzone protestem, wniosło Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczczy (lider); Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów Sp. z o.o. z siedzibą w Człuchowie; Zachodnie Centrum

Konsultingowe „Euro Invest” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp., zwane dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie : art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, przez niewłaściwe dokonanie:

- 1) czynności badania i oceny ofert;
- 2) zaniechania czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania wykonawcy Komplet Inwest s.j. Tomasz Granops, Elżbieta Prażanowska-Nieboj z siedzibą w Gorzowie Wlkp., zwanego dalej „Komplet Inwest”, i uznania oferty złożonej przez wzmiankowanego wykonawcę za odrzuconą;
- 3) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący domaga się:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) dokonania czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania wykonawcy „Komplet Inwest” i uznania oferty złożonej przez wzmiankowanego wykonawcę za odrzuconą;
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 4) wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą sprecyzował swoje zarzuty w następujący sposób:

- 1) wykształcenie Piotra H. nie odpowiada postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia; Zamawiający w pkt 9.1.2 lit. a ppkt 6 wymagał aby inżynier elektronik posiadał jako kwalifikacje – wyższe wykształcenie techniczne-elektroniczne, a w wybranej ofercie Wykonawca załączył na str. 23 dyplom ukończenia studiów Politechniki Wrocławskiej na Wydziale Elektroniki przez Piotra H.; w dyplomie odbycia studiów z wynikiem bardzo dobrym wskazano kierunek – Automatyka i Robotyka oraz zakres specjalności – automatyka przemysłowa;
- 2) bezpośredni udział wykonawcy, który złożył wybraną ofertę w czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania przez opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego (PFU), który Zamawiający załączył do specyfikacji jako jej 4 tom;
- 3) brak spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamieszczenie w wykazie wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat, usługi polegającej na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu, pełnobrańzowego nadzoru inwestorskiego, przygotowanie dokumentacji przetargowej: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, specyfikacji

technicznej, na wybór wykonawcy robót budowlanych, koordynacja i zarządzanie robotami, rozliczenie kontraktu przez świadczenie powyższych usług w ramach rozbudowy zabytkowego obiektu Wojewódzkiej i Miejskiej Biblioteki Publicznej w Gorzowie Wlkp; istota zarzutu sprowadzała się do tego, iż w wykazie sporządzonym przez wykonawcę, jak i w potwierdzeniu wykonania tej usługi sporządzonym przez inwestora wskazano, iż kubatura budynku stanowi 50 442,00 m³. Zarzut Odwołującego sprowadzał się do wątpliwości czy kubatura budynku dotyczy tylko rozbudowywanej części budynku czy również istniejącego dotychczas budynku.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, w którym przedstawione zarzuty i argumentacja pokrywają się z treścią odwołania. Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości i w uzasadnieniu nie podzielił zarzutów i argumentacji zawartej w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku przeprowadzonej rozprawy, w szczególności na podstawie dowodów z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem jego oferta jest drugą ofertą w kolejności w rankingu ofert (na 4 złożone oferty) pod względem ceny. W razie uwzględnienia odwołania Odwołujący miałby ewentualną szansę uzyskania zamówienia.

Ustosunkowując się do trzech zarzutów Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nietrafnie podnosi Odwołujący zarzut braku właściwego wykształcenia Piotra H. Izba stwierdza, że formułując wymagania dotyczące wykształcenia w pkt 9.1.2. lit. a pkt 6 SIWZ Zamawiający nie zawęził swoich oczekiwań do ukończenia studiów o wymienionej w tym punkcie specjalizacji elektronika. Zamawiający wymagał natomiast posiadania formalnych kompetencji we wskazanej dziedzinie. Kompetencji takich nabyć można uzyskując wykształcenie wyższe, również na kierunkach innych niż elektronika. Nie sposób przyjąć, że Piotr H., który ukończył studia na wydziale elektroniki na kierunku automatyka i robotyka nie posiada kompetencji w dziedzinie elektroniki. Zgodnie z definicją automatyka jest dziedziną nauki (nauki techniczne) zajmującą się analizą i modelowaniem matematycznym obiektów i układów różnej natury (np. cieplnych, chemicznych, elektrycznych, mechanicznych, hydraulicznych, pneumatycznych). Stworzony model pozwala na zastosowanie teorii sterowania do stworzenia układu (zwanego regulatorem, sterownikiem, kontrolerem) sterującego danym obiektom, procesem lub układem tak, by ten zachowywał się w pożądanym sposób, a robotyka to: interdyscyplinarna dziedzina wiedzy

działająca na styku mechaniki, automatyki, elektroniki, sensoyryki, cybernetyki oraz informatyki. Źródło – Wikipedia.

Z definicji tych wynika, że obie te dziedziny odnoszą się do kompetencji z zakresu elektroniki.

Ponadto, nie zakwestionowane zostało posiadanie minimum 5-letniego doświadczenia m.in. cyt. „w zakresie projektowania i eksploatacji elektronicznych” wymaganych przez Zamawiającego w ww. punkcie specyfikacji.

Również Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym na rozprawie o nietrafności zastosowania przepisów prawnych z 2007 r. do stanu faktycznego z 1997 r. (rok ukończenia studiów przez Piotra H.).

Zdaniem Izby nie potwierdził się również drugi zarzut Odwołującego sprowadzający się do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż Odwołujący nie wykazał, wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, poprzez opracowanie PFU, wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, w taki sposób, iż jego udział w postępowaniu utrudniał uczciwą konkurencję. Po pierwsze, opracowany PFU dotyczył innego postępowania, którego przedmiotem były roboty budowlane w systemie „zaprojektuj i buduj” dla zadania pn. „Budowa Centrum Rekreacyjno-Sportowego w Zielonej Górze”, gdzie już została zawarta umowa. Izba uznała, że załączenie do obecnej specyfikacji PFU, w sposób jednakowo dostępny dla wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, miało charakter wyłącznie pomocniczy i nie miało wpływu na utrudnienie uczciwej konkurencji. PFU stanowił część specyfikacji poprzedniego postępowania i był dostępny od czasu prowadzenia tamtego postępowania. Odwołujący powołał się na opinię prawną zamieszczoną na stronie internetowej UZP, nie wykazał jednakże, że zachodziły przesłanki wymienione w tej opinii.

Nowelizacja art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, przez wprowadzenie negatywnej przesłanki, o której mówił Zamawiający, miała właśnie na celu ograniczenie eliminacji wykonawców z postępowań, z powodu ich udziału w przygotowaniu tychże postępowań. Do obowiązku Odwołującego należy wykazanie, że udział wykonawcy w postępowaniu, który uczestniczył w przygotowaniu tego postępowania, utrudnił uczciwą konkurencję. Odwołujący nie wykazał udziału wykonawcy w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, jak również nie wykazał utrudnienia konkurencji przez złożenie przez wykonawcę oferty. Odwołujący powołał się wyłącznie na najniższą cenę, jaką podał wykonawca w wybranej ofercie.

Chybiony jest również zarzut braku spełnienia warunku w postaci wymaganej przez Zamawiającego w pkt 9.1.2 lit. b specyfikacji, kubatury nadzorowanej budowy, nie mniejszej niż 50 000 m³.

Izba stwierdza, że istotnie zarówno sposób sformułowania wykazu przez przystępującego jak i treść załączonej referencji nie potwierdzają w sposób jednoznaczny czy kubatura w nich wskazana dotyczy zrealizowanej rozbudowy czy rozbudowywanego budynku. W ofercie przystępującego znajdują się jednak dokumenty, z których w sposób bezsporny wynika iż zrealizował on rozbudowę o kubaturze 50 442 m³ (str. 42 i 43 oferty).

Na twierdzenie przeciwne Odwołujący nie przedstawił dowodu mimo że był do tego zobowiązany na podstawie art. 188 ust. 1 Pzp i art. 6 Kc w związku z art. 14 Pzp.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że w pkt 9.1.2 lit. b Zamawiający użył pojęcia budowa w rozumieniu innym niż wynikającym z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane.

Z tych względów Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*