

WYROK
z dnia 15 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2012 r. przez wykonawcę MGGP Spółki Akcyjnej w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie

przy udziale wykonawcy Pectore - Eco Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje przez Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Krakowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia MGGP Spółki Akcyjnej w Tarnowie oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez MGGP Spółkę Akcyjną w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Krakowie na rzecz MGGP Spółki Akcyjnej w Tarnowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi pod nazwą: „Opracowanie warunków korzystania z wód zlewni Górnej Soły w zakresie wód powierzchniowych i podziemnych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 10304-2012, 12 stycznia 2012.

30 stycznia 2011 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wynikach postępowania.

2 lutego 2012 r. MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie wniósł odwołanie zachowując obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez bezpodstawne jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 4 Pzp przez uznanie za odrzuconą ofertę złożoną przez odwołującego;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez wybór oferty złożonej przez Pectore-Eco Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, iż to oferta złożona przez odwołującego, winna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 Pzp,
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez przez uznanie, że jedynie wykonawca Pectore-Eco Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu z postępowania;
5. z ostrożności art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że odwołującego dysponuje osobami o doświadczeniu i kwalifikacjach wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej również „specyfikacją” oraz zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów odnoszących się do doświadczenia i kwalifikacji personelu wskazanego przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności: polegającej na wyborze oferty Pektore-Eco Sp. z o.o, jako najkorzystniejszej, wykluczeniu odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą, powtórzenie badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i prowadzenia postępowania w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z ostrożności odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia procedury uzupełniania dokumentów i wyjaśniającej odnośnie oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że w pkt IV. Ust. 1.3. lit a) w odniesieniu do osoby kandydata na stanowisko „kierownika projektu” zamawiający nie przedstawił żadnych dodatkowych wymagań i nie sprecyzował również jak należy rozumieć pojęcie „kierowanie”, czy „projekt” pozostawiając tym samym wykonawcom możliwość wykazywania wymaganego doświadczenia nawet przez udział takiej osoby w realizacji projektów nisko budżetowych, o minimalnym znaczeniu i stopniu trudności. Podniósł, że przedstawił na to stanowisko Pana dr Jacka B. W rubryce „Doświadczenie, wykaz realizowanych prac/publikacji” sześć znaczących opracowań, w realizacji których uczestniczył ów kandydat, wśród których wątpliwości zamawiającego wzbudziły dwa przedsięwzięcia:

- Metodyczne podstawy narodowego planu zintegrowanego rozwoju gospodarki wodnej w Polsce, oraz
- Projekt Narodowej Strategii Gospodarowania Wodami 2030 z uwzględnieniem etapu 2015. Odwołujący wskazał, że chociaż przedsięwzięciami tymi, jako całością, kierowały formalnie inne osoby, to co nie zmienia to faktu, że Pan dr Jacek B pełnił w ramach każdego z opracowań kierowniczą rolę, gdyż kierował zagadnieniami związanymi z opracowaniem powiązań planowania przestrzennego oraz planowania w gospodarce wodnej i był za te sfery opracowań odpowiedzialny.

Pectore – Eco Sp. z o.o. w Gliwicach z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu powołał również inne, niż wskazane w informacji o wynikach postępowania, podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Czynność wykluczenia odwołującego z postępowania pozbawia go ekspektatywy uzyskania zamówienia, przez co jego interes doznaje uszczerbku oraz następuje zagrożenie wystąpienia szkody.

Odwołanie okazało się zasadne, mimo iż podniesione zarzuty nie znalazły potwierdzenia w odniesieniu do wszystkich powoływanych podstaw faktycznych.

Kwestiami spornymi między stronami są interpretacja warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby kierownika projektu oraz ocena, czy kwalifikacje Pana Jacka B odpowiadają opisanym wymaganiom.

W zakresie interpretacji treści specyfikacji Izba przychyliła się do poglądu odwołującego. W rozdziale IV. pkt 1.3. lit a specyfikacji zamawiający ustalił wymagania dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika zespołu, w ten sposób, że kierownik projektu to specjalista w dziedzinie gospodarki wodnej lub hydrologii, posiadający wykształcenie wyższe z zakresu hydrologii lub gospodarki wodnej oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w zakresie realizacji prac naukowo-badawczych lub studialnych związanych z gospodarką wodną, a także doświadczenie w kierowaniu projektami podczas realizacji przynajmniej 5 prac objętych problematyką zarządzania zasobami wodnymi (dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia – kopia w aktach sprawy).

Wbrew twierdzeniom zamawiającego postanowienie specyfikacja nie zawęży wymagań do formalnego stanowiska „kierownika projektu”. Nie charakteryzuje również pojęcia „projekt”.

Izba ocenia, że sformułowanie „doświadczenie w kierowaniu projektami” odnosi się do rzeczywistych kompetencji osoby, a nie jedynie formalnego przypisania do określonej funkcji. Wbrew twierdzeniom zamawiającego litera warunku pozwalała zatem na pewną dowolność interpretacyjną.

Fakt niewniesienia odwołania wobec postanowień specyfikacji oraz brak pytań ze strony odwołującego nie potwierdza interpretacji zamawiającego. Zadawanie pytań do specyfikacji jest wyłącznie uprawnieniem, nie zaś obligatoryjnym działaniem wykonawców. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on zobowiązany jest do wyrażania swoich oczekiwań w sposób odpowiadający prawu i jednoznaczny. Zaniechanie wniesienia odwołania lub uzyskania wyjaśnień postanowień specyfikacji nie sanują popełnionych w tym zakresie uchybień zamawiającego, w sytuacji gdy literalne brzmienie specyfikacji jest niezgodne z intencją, która kierował się zamawiający.

Nie mają wpływu na ocenę Izby powoływane przez zamawiającego: dotychczasowe postępowanie się warunkiem o tej treści oraz rozumienie użytego sformułowania przez odwołującego zgodnie z interpretacją przyjętą przez zamawiającego. Odwołujący zaprzeczył tym twierdzeniom, a zamawiający głoszonej tezy nie poparł dowodem, mimo, że to na nim w okolicznościach sporu spoczywa ciężar dowodu (art. 190 ust. 1 Pzp)

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna interpretowana według swojej treści i dotychczasowa praktyka lub intencje zamawiającego nie mogą mieć przesądzającego wpływu na wykładnię jej postanowień.

Izba uznała, że dla wykazania spełniania warunku opisanego w pkt IV 1.3. specyfikacji wystarczające jest posiadania doświadczenia w wykonywaniu czynności charakterystycznych dla kierownika w odniesieniu do niezależnej części projektu, zadania w dziedzinie zarządzania zasobami wodnymi, nawet jeśli stanowi ona element pewnej całości stanowiącej projekt. Adekwatnie do przedmiotu zamówienia kompetencje kierownicze odnoszą się w szczególności do zarządzania zespołem i koordynacji prac jego członków. Z projektów opisujących doświadczenie Pana Jacka B przedmiotem sporu jest rola jaką odgrywał on w projektach:

1. „Metodyczne podstawy Narodowego Planu Zintegrowanego Rozwoju Gospodarki Wodnej w Polsce”;
2. „Projekt Narodowej Strategii Gospodarowania Wodami 2030 - z uwzględnieniem etapu 2015”.

Odwołujący opisał rolę Pana Jacka B w obu projektach przez użycie słowa „kierownik” (dowód: wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w kopii oferty odwołującego w aktach sprawy).

Niesporne jest, że stanowiska kierowników projektu zajmowały inne osoby – odpowiednio prof. dr hab. inż. Elżbieta N oraz prof. dr inż. hab Janusz K. Przyznał to odwołujący w piśmie z 26 stycznia 2012r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego z 25 stycznia 2012r. (dowody: wymienione pisma – kopie w aktach sprawy).

Zamawiający dowiódł też przed Izbą, że w odniesieniu do projektu „Projekt Narodowej Strategii Gospodarowania Wodami 2030 - z uwzględnieniem etapu 2015” nie można mówić o wykonywaniu przez Pana Jacka B czynności kierowniczych. Z treści załączonej do odwołania umowy zawartej 5 czerwca 2008 r. z realizującą projekt PROEKO CDM Sp. z o.o. w Warszawie wynika, że Pan Jacek B miał przygotowywać wyłącznie określone części rozdziałów „Projektu Narodowej Strategii Gospodarowania Wodami 2030 - z uwzględnieniem etapu 2015”(§ 2 ust.1). Umowa nie może dopuszczać powierzenia wykonania przedmiotu umowy osobie trzeciej. Nie przewiduje jakiegokolwiek kierowania projektem, czy wyodrębnionym jego działem lub realizującym je zespołem, przewiduje natomiast udział ekspercki (§ 2 ust. 2) (dowód: umowa w aktach sprawy przy odwołaniu). Z treści umowy wynika zatem stan rzeczy zgodny ze złożoną przez zamawiającego na rozprawie fragmentem publikacji - listą autorów projektu (w aktach sprawy).

Izba nie uwzględniła jako dowodu złożonej przez zamawiającego umowy z 1 lipca 2008r. zawartej między Panią Małgorzatą Owsiany – pracownikiem zamawiającego, a realizującą projekt PROEKO CDM Sp. z o. o. w Warszawie. Nie odnosi się ona do okoliczności faktycznych sporu dotyczących innej osoby.

Izba uznała, że odwołujący w odniesieniu do „Projektu Narodowej Strategii Gospodarowania Wodami 2030 - z uwzględnieniem etapu 2015” złożył nieprawdziwe informacje. Dowody na

twierdzenie przeciwne popierające prezentowaną interpretację roli Pana Jacka Boneneberga nie zostały przez odwołującego złożone do zamknięcia rozprawy.

Powyższe jest jednak niewystarczające do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten wymaga bowiem łącznego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu tych informacji na wynik postępowania. Nie ziszcila się druga z wymaganych przesłanek.

Na podstawie oświadczenia prof. Elżbiety N z 1 lutego 2012 r. złożonej przez odwołującego (w aktach sprawy przy odwołaniu) Izba uznała, że doświadczenie Pana Jacka B w projekcie „Metodyczne podstawy Narodowego Planu Zintegrowanego Rozwoju Gospodarki Wodnej w Polsce” odpowiada wymaganiom zamawiającego. Stwierdzono w niej, że Panu Jackowi B zostało powierzone kierowanie i koordynacja prac zespołowych (10 zespołów krajowych) w zakresie „Diagnozy stanu zarządzania gospodarką wodną” w ramach zadań nr 2 i 3.

Podnoszony przez zamawiającego różnice w zakresie przedmiotowym wskazywanym przez odwołującego oraz w opinii prof. Elżbiety N (co do zadań 12 i 13 oraz częściowa w ramach zadań nr 2 i 3) przekracza podstawę wykluczenia, którą była rola Pana Boneneberga w danym projekcie, i nie ma znaczenia dla oceny roli Pana Jacka B w projekcie.

Izba nie uwzględniła w charakterze dowodu pisma odwołującego z 8 lipca 2010 r. odnoszącego się do projektu „Warunki zarządzania obszarem dorzecza i ochroną różnorodności biologicznej dla zapewnienia zrównoważonego rozwoju obszarów cennych przyrodniczo na przykładzie zlewni Czarnej Orawy stanowiącej część transgranicznego dorzecza Dunaju”. Przede wszystkim nie została wskazane wymaganie zamawiającego stawiane kierownikowi projektu w specyfikacji w tym postępowaniu. Analiza treści pisma oraz lektura załączonego wykazu wskazuje nadto, w ocenie Izby, że istotne tu było autorstwo publikacji która została przygotowana pod kierunkiem prof. Elżbiety N ma, nie zaś „doświadczenie w kierowaniu”.

Doświadczenie nabyte przez Pana B przy projekcie „Metodyczne podstawy Narodowego Planu Zintegrowanego Rozwoju Gospodarki Wodnej w Polsce” odpowiada wymaganiu rozdziału IV. Pkt 1.3. lit.a) specyfikacji i wespół z innymi ujętymi w wykazie projektami, które nie były kwestionowane przez zamawiającego, umożliwia wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu - doświadczenia w kierowaniu projektami podczas realizacji przynajmniej 5 prac objętych problematyką zarządzania zasobami wodnymi. W konsekwencji uznanie za nieprawdziwe informacji dotyczących szóstego projektu pozostaje bez znaczenia, nie ma wpływu na wynik postępowania.

Podnoszone w treści przystąpienia zarzuty do innych projektów opisujących doświadczenie Pana Jacka B nie były rozpoznawane przez Izbę. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznaje wyłącznie zarzuty zawarte w odwołaniu. Zarzuty odwołania dotyczyły projektów „Metodyczne podstawy Narodowego Planu Zintegrowanego Rozwoju Gospodarki Wodnej w

Polsce” i „Projekt Narodowej Strategii Gospodarowania Wodami 2030 - z uwzględnieniem etapu 2015” wskazanych w informacji o wynikach postępowania. Badanie opisu doświadczenia Pana Jacka B w niniejszym postępowaniu odwoławczym w odniesieniu do innych prac było niedopuszczalne.

Zarzuty dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp znalazł potwierdzenie. Odwołujący nie podlega wykluczeniu, zatem złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Skoro odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie ma podstaw do nakazywania zamawiającemu zastosowania trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba nie orzekła w odniesieniu do pozostałych zarzutów. Stosownie do art. 180 ust. 2 Pzp Izba mogła rozpoznać wyłącznie zarzuty odnoszące się do czynności wymienionych w tym przepisie.

Naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania. Odwołujący zaoferował najniższą cenę, co wypełnia przesłankę uwzględnienia odwołania wskazaną w art. 192 ust. 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, w kwocie 3.600 zł, na podstawie rachunku oraz biletów przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....