

POSTANOWIENIE
z dnia 12 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Construcción S.A., Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., 08007 Barcelona, C/Balmes 36** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Morski w Słupsku, 76-200 Słupsk, al. Sienkiewicza 18**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Construcción S.A., Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., 08007 Barcelona, C/Balmes 36** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Construcción S.A., Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., 08007 Barcelona, C/Balmes 36** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Construcción S.A., Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., 08007 Barcelona,**

C/Balmes 36 na rzecz **Urzędu Morskiego w Słupsku, 76-200 Słupsk, al. Sienkiewicza 18** kwotę **4 800 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące osiemset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu oraz parkingu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Urząd Morski w Słupsku, Al. Sienkiewicza 18, 76-200 Słupsk wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania inwestycyjnego: „Ochrona brzegów morskich na wschód od Portu Darłowo”.

W dniu 16.07.2011r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie do powyższego zamówienia publicznego pod numerem 2011/S 135 – 224296.

Odwołujący Konsorcjum firm: FCC Construcción S.A. z siedzibą w Barcelonie, c/Balmes 36, 08007, Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk w dniu 22 lutego 2012 r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania, tj. w dniu przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 2.03.2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22 lutego 2012r.;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego się.

Na wstępie odwołania wskazał, że wyrokiem z dnia 9 lutego 2012r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zwrócił również uwagę, że w trakcie postępowania odwoławczego Konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. przedłożyło dokumenty, które legły u podstaw uznania przez Zamawiającego tejże oferty za najkorzystniejszą w dniu 22 lutego 2012r.

Przypomniał także, że KIO nie zajmowało się oceną (to wynika – zdaniem Odwołującego - z protokołu rozprawy) nowych złożonych w trakcie rozprawy dokumentów uznając, że Odwołujący nie przedłożyli dowodów potwierdzających złożenie nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A.

Według oceny Odwołującego przedmiotem niniejszego odwołania są nowe okoliczności, nie będące podstawą rozstrzygnięcia w poprzednim odwołaniu, a w szczególności odwołanie dotyczy złożonego w trakcie rozprawy protokołu w poczet materiału dowodowego, odnośnie prac z wykazu w poz. 2 i 15 wstępny protokół odbioru prac, który jest nieważny.

Wyjaśnił, że w toku postępowania odwoławczego przed KIO nr sprawy KIO 179/12 Odwołujący nie byli w stanie przedstawić pełnego materiału dowodowego, bowiem materiały te pochodzą z Hiszpanii oraz wymagały przetłumaczenia na język polski (dostarczenie materiału dowodowego uzależnione było w tym zakresie od działania strony trzeciej).

Ponadto zauważył, że Zamawiający uwzględnił odwołanie Odwołującego się przyznając rację twierdzeniom zawartym w poprzednim odwołaniu w zakresie powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Budimex.

Jednocześnie podnosił, że w toku rozprawy Zamawiający nie zmienił zdania co do konieczności powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum, a tym samym przedłożone nowe dokumenty przez Konsorcjum Budimex należy uznać za nowe okoliczności w sprawie od których przysługują środki ochrony prawnej wykonawcom.

Stwierdził, iż konsorcjum firm Budimex S.A. - Ferrovial Agroman S.A. powinno zostać wykluczone z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, bowiem celowo wprowadziło Zamawiającego w błąd, a tym samym nie wykazało spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności zaznaczył, że Budimex-Ferrovial w pozycji 1 wykazu wykonanych robót budowlanych wyszczególnił prace zatytułowane jako „Nabrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbena”, którą opisał jako „Inwestycję polegającą na budowie

falochronu morskiego o długości 600 m, wykonanego w Porcie Bilbao”, wykonaną w okresie od 24 września 2007 r. do 31 marca 2010r.

W ocenie Odwołującego Budimex-Ferrovial złożył nieprawdziwe oświadczenie, bowiem prace, które były wykonywane w ramach kontraktu dotyczyły budowy nabrzeża, a nie falochronu.

Uważał, że w treści referencji Budimex-Ferrovial błędnie przetłumaczył słowo „muelle” jako „falochron”, podczas, gdy prawidłowe tłumaczenie to „nabrzeże”, a powoływany przez Budimex-Ferrovial podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą argument, iż słowo „muelle” ma wiele znaczeń i może dotyczyć zarówno falochronu jak i nabrzeża nie znajduje uzasadnienia w faktach.

Wskazał przy tym, iż z dokumentu zatytułowanego „Projekt nabrzeża AZ -3 przylegającego do falochronu Zierbena P833” wynika, iż celem projektu jest „określenie prac niezbędnych do budowy wyżej wspomnianego nabrzeża w ramach Projektu Przebudowy Portu w Bilbao w El Abra Exterior. Określenie geometrii i objętości bagrowania, geometrii i objętości potrzebnej zasypki oraz topologii nabrzeża, które będzie zbudowane, o konstrukcji skrzynkowej z betonu zbrojonego z górną częścią konstrukcji z chudego betonu i z betonu zbrojonego w obszarze posadowienia pachołków cumowniczych, jak również zdefiniowanie prac wykończeniowych w strefach poza przystanią”. Jako najważniejsze cechy projektu wskazano „budowę nabrzeża o długości całkowitej około 600 m składającej się z 19 skrzyń (...) pozyskanie około 233.500 m³ terenu esplanady nabrzeża za pomocą zasypki”.

Do odwołania załączył kopie Opisu Projektu Nabrzeża AZ-3 przylegającego do falochronu Zierbena, kopię Załącznika badania pomiarów falowania i wewnętrznych wstrząsów oraz kopię Budżetu inwestycji budowy nabrzeża AZ-3.

Twierdził, iż w dniu 21 lutego 2012r. otrzymał oficjalną informację od Zarządu Portu Bilbao, w której jednoznacznie potwierdzono, iż w ramach prac dotyczący nabrzeża AZ-3 spółka Ferrovial Agroman S.A. nie wykonywała żadnych prac dotyczących falochronu. W ramach tego zarzutu załączył do odwołania kopię maila pisma.

W zakresie zarzutu dotyczącego pozycji 2 wykazu przedstawionego przez konsorcjum firm Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A., gdzie została wyszczególniona robota budowlana o tytule: „Rozbudowa zewnętrznego doku wschód” jako „Inwestycja polegająca na budowie Falochronu Morskiego w Porcie w Barcelonie i pozycji 15 jako „Zadania polegającego na rozbudowie nabrzeża morskiego w Barcelonie z użyciem stalowej

ścianki szczelnej o długości w planie 1.974 mb, o długości brusa wynoszącej 17 m” twierdził, że pomiędzy treścią złożonych referencji, a pozycjami 2 i 15 wykazu robót budowlanych istnieją oczywiste sprzeczności.

Odwołujący stanął na stanowisku, że z treści referencji wynika, że dotyczą one jedynie prac wykonanych do dnia wystawienia referencji. Wyjaśnił, że prace te polegały na wykonaniu pogłębienia celem późniejszego zastąpienia pogłębienia falochronami, a zatem prace, których dotyczyły referencje nie polegały na budowie falochronu.

Poza tym uważał, że Konsorcjum firm Budimex S.A. - Ferrovial Agroman S.A. nie jest w stanie przedłożyć referencji należytego wykonania robót wyszczególnionych w poz. 2 i 15, ponieważ pomiędzy Zarządem Portu w Barcelonie, a wykonawcami toczy się spór sądowy w związku z brakiem wykonania robót w sposób należyty i zgodnie z kontraktem.

Poinformował, że w czerwcu 2010r. w sprawie tej zostało także złożone doniesienie do prokuratury w Barcelonie, a sprawę rozpoznaje Sąd Śledczy nr 5 w Barcelonie.

Natomiast w dniu 28 grudnia 2010r. wykonawcy złożyli odwołanie wobec rozstrzygnięcia sądu, a sprawa jest nadal w toku.

Przypomniał, że w trakcie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą spółka Budimex S.A. przedłożyła protokoły odbioru prac rzekomo potwierdzające, iż cały zakres robót został wykonany i odebrany przez Port w Barcelonie.

Zdaniem Odwołującego twierdzenia te są sprzeczne z treścią złożonych dokumentów, z tego powodu, że dokumenty te stanowią protokół z odbioru wstępnego, który jest nieważny oraz protokoły zatwierdzające roboty dodatkowe.

Nadto wskazał, że w dokumentach tych brak jest informacji, aby roboty podstawowe zostały wykonane oraz odebrane bez żadnych zastrzeżeń przez Port w Barcelonie.

Do odwołania załączył wydruk z Dziennika Urzędowego z dnia 13 sierpnia 2011r., z którego wynika w ocenie Odwołującego, iż protokół, którym posłużył się wykonawca Budimex-Ferrovial jest nieważny.

Zaznaczył, że Zarząd Portu w Barcelonie anulował wspomniany odbiór, co zostało potwierdzone w Dzienniku Ustaw z 13 sierpnia 2011r., a obecnie prowadzone jest

postępowanie cywilne i karne przeciwko osobom, które podpisały protokoły, którymi posłużył się wykonawca Budimex-Ferrovial.

Ostatecznie Odwołujący zakwestionował także poz.12 wykazu konsorcjum firm Budimex S.A.-Ferrovial Agroman S.A. z wyszczególnioną robotą budowlaną o tytule „Rozbudowa i poprawa nabrzeży Cos Nou w Porcie Mahoń” wraz z podaną informacją, iż prace te obejmowały swoim zakresem roboty kafarowe z użyciem pali.

Odwołujący stwierdził, że z treści referencji wynika, iż w ramach inwestycji wykonane zostało nowe nabrzeże złożone z rzędów pali betonowych zbrojonych in situ, lecz z technologicznego punktu widzenia tego rodzaju konstrukcje wykonuje się za pomocą wibromłota, a nie kafara.

Ponadto zauważył, że referencje zawierają informacje o posadowieniu moło na kesonach, co wyklucza możliwość zastosowania pali.

Reasumując stwierdził, że pomiędzy wykazem wykonanych robót budowlanych, a treścią referencji złożonych przez konsorcjum firm Budimex S.A.-Ferrovial Agroman S.A. istnieją istotne sprzeczności.

Według Odwołującego z dokumentów przez niego przedłożonych w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż w ramach robót budowlanych opisanych w poz. 1 wykazu spółka Ferrovial Agroman S.A. nie wykonywała żadnych prac - przebudowy ani modernizacji - istniejącego już falochronu, a okoliczność ta bezsprzecznie wynika z opisu projektu rozbudowy nabrzeża AZ-3 oraz opisu budżetu. W budżecie nie przewidziano żadnych prac związanych z falochronem.

Natomiast zwrócił uwagę, że referencje dotyczące prac z wykazu w poz. 2 i 15 odnoszą się do prac w trakcie realizacji, zatem nie mogą one stanowić potwierdzenia wykonania tych robót w sposób należyty i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Wskazał, iż to na wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia spoczywa ciężar wykazania, iż wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a Konsorcjum firm Budimex S.A. - Ferrovial Agroman S.A. nie sprostało tym wymaganiom i wprowadziło Zamawiającego w błąd składając nierzetelne tłumaczenia dokumentów oraz składając nieprawdziwe i nierzetelne oświadczenia oraz dokumenty, które nie mają mocy prawnej.

Na koniec zastrzegł sobie prawo do przedłożenia dalszych dowodów w tej sprawie na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, bowiem w momencie składania odwołania Odwołujący w dalszym ciągu zbiera dodatkowe dowody na potwierdzenie słuszności stawianych zarzutów.

W dniu 8.03.2012r. wykonawca Konsorcjum firm Budimex S.A. - Ferroviał Agroman S.A., zwany dalej Przystępującym, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołania na zasadzie art. 189 ust.2 pkt. 4 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.).

W piśmie z dnia 8.03.2012r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania na tej samej podstawie prawnej jak Przystępujący.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika Izba doszła do przekonania, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba wzięła pod uwagę fakt, iż Odwołujący, występujący poprzednio jako ten sam Odwołujący, w dniu 27.01.2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 179/12, w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na czynności Zamawiającego polegające na tym, że:

1. dokonał w dniu 17 stycznia 2012 r. wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych art. 7 ust. 3, tj. dokonał wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez Wykonawcę, firmę Budimex S. A oraz Ferroviał Agroman S. A, podlegającego wykluczeniu.

2. nie wykluczył z postępowania Wykonawcy, firmy Budimex S. A oraz Ferroviał Agroman S. A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4), który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w zakresie posiadania przez Wykonawcę wiedzy i doświadczenia, opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punkcie 8.1.2.

3. nie wykluczył z postępowania Wykonawcy, firmy Budimex S. A. oraz Ferroviał Agroman S. A., który świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd, wykazując na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia roboty budowlane, wyszczególnione w pozycji 2 i 15 wykazu wykonanych robót, jako roboty zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo

ukończone, posiadając jednocześnie pełną wiedzę na temat sporu toczącego się przed sądem w zakresie wykonania tych robót oraz braku możliwości uzyskania pozytywnych referencji w tym zakresie.

Przy tak wskazanych czynnościach wraz ze wskazaniem okoliczności tych naruszeń przez Zamawiającego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie między innymi przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.art. 7 ust.3 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt.3) i 4) ustawy Pzp.

W swoim odwołaniu powołał się na okoliczność załączenia do oferty przez Wykonawcę wykazu wykonanych robót obejmujących 15 pozycji.

W zakresie pozycji 1 wykazu wskazał, że Wykonawca wyszczególnił robotę budowlaną o tytule „Nabrzeże AZ-3 Przylegające Do Doku Zierbana”, którą opisał jako „Inwestycję polegającą na budowie falochronu morskiego o długości 600 m, wykonanego w Porcie Bilbao”, wykonywaną w okresie od 24.09.2007 r. do 31.03.2010 r.

Zdaniem Odwołującego z treści załączonych referencji jasno wynikało, iż zakres prac wykonywanych w ramach powyżej wskazanej inwestycji polegał na budowie nabrzeża o długości 600 m, złożonego ze skrzyń betonowych. Według niego Wykonawca błędnie przetłumaczył na język polski treść oryginalnych referencji wystawionych w języku hiszpańskim, podając znaczenie słowa „mulle” jako „falochron”, podczas gdy, podobnie jak w samym tytule wykonanych prac, słowo to oznacza „nabrzeże”. Zarzucił, że Wykonawca wprowadził w ten sposób w błąd Zamawiającego, który w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia, określonym w punkcie 8.1.2.1 SIWZ, wskazał obowiązek wykazania przez Wykonawcę minimum jednej budowy lub przebudowy falochronu morskiego, a nie innych budowli, w tym nabrzeża.

W części dotyczącej pozycji 2 i 15 wykazu zwrócił uwagę, że Wykonawca wyszczególnił robotę budowlaną o tytule: „Rozbudowa Zewnętrzny Doku Wschód”, którą opisał w pozycji 2 jako „Inwestycję polegającą na budowie Falochronu Morskiego w Porcie w Barcelonie, natomiast w pozycji 15 jako „Zadanie polegające na rozbudowie nabrzeża morskiego w Porcie w Barcelonie z użyciem stalowej ścianki szczelnej o długości w planie 1.974 mb, o długości brusa wynoszącej 17m.

Według Odwołującego treść załączonych referencji wykazywała, iż w chwili ich wystawienia prace były w fazie wykonawczej, natomiast wykonanie robót zgodnie ze specyfikacją kontraktową i oczekiwaniami wystawcy referencji, potwierdzone zostało

wyłącznie dla robót prowadzonych do momentu ich wystawienia. Zauważył, iż jak wynika z zapisu zawartego w jednym z akapitów referencji, „Roboty, o których mowa w niniejszym zaświadczeniu, polegały na wykonaniu pogłębienia w terenie innym niż skała, formowaniu rowów w celu późniejszego zastąpienia materiału z pogłębienia falochronami”.

Zdaniem Odwołującego z uwagi na brak zgodności treści opisu zawartego w wykazie wykonanych robót poz. 2 i 15 z treścią załączonych referencji, nie istnieje możliwość jednoznacznego przypisania załączonych referencji do wskazanych pozycji wykazu.

Stwierdził, że Wykonawca nie wykazał zatem, iż zakres robót wyszczególniony przez niego w pozycjach 2 i 15, został wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony, a załączenie referencji wskazujących tytuł inwestycji identyczny z tytułem prac wykazanych w pozycjach 2 i 15 wykazu, stanowi próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd, stwarzając nieprawdziwą sugestię, iż wymienione prace zostały wykonane należycie.

Odwołujący, jako jeden z członków Konsorcjum, które było wykonawcą wskazanej inwestycji, potwierdził, iż uzyskanie referencji potwierdzających należyte wykonanie robót wyszczególnionych przez Wykonawcę w wykazie, w pozycjach 2 i 15 nie jest możliwe, gdyż stanowi ono przedmiot sporu w toczącej się aktualnie sprawie sądowej.

Odnosnie pozycji 12 wykazu podniósł, że Wykonawca wyszczególnił robotę budowlaną o tytule: „Rozbudowa I Poprawa Nabrzeży Cos Nou W Porcie Mahoń” wskazując, iż inwestycja obejmowała zakresem roboty katarowe z użyciem pali, wykonywane w jednym z największych i najgłębszych portów na świecie.

Argumentował, że w treści referencji zostało napisane, iż wykonane prace polegały na rozbudowie linii cumowniczej nabrzeża w kierunku morza poprzez wykonanie płyty betonowej opartej na belkach i palach, a w ramach inwestycji wykonane zostało nowe nabrzeże złożone z rzędów pali betonowych zbrojonych in situ, co oznacza, iż ten rodzaj pali, wylewanych na miejscu, nie może stanowić potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie robót katarowych związanych z użyciem pali wbijanych.

W dniu 9.02.2012r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 179/12 rozstrzygając merytorycznie powyższe zarzuty oparte na powołanych wyżej w odwołaniu okolicznościach.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących niespełnienia przez Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A. warunków dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz przedłożenia w tym zakresie nieprawdziwych informacji trzyosobowy Skład Orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący nie dowiódł prawdziwości tych zarzutów.

Izba zgodziła się z argumentacją przywołaną przez Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A., że w postępowaniu przed Izbą ma zastosowanie zasada ciężaru dowodu wyrażona w art. 6 Kodeksu cywilnego i powtórzona w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym w niniejszej sytuacji – według oceny Składu Orzekającego Izby - to na przedstawiającym zarzuty Odwołującym, jako podmiocie, który wskazując na dany fakt (niespełnienie warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji) wywodzi z tego faktu skutki prawne (obowiązek wykluczenia Przystępującego i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych zaniechanie Zamawiającego), spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, czyli konieczność przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a konsekwencją poniesienia realizacji tego obowiązku jest niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W niniejszym przypadku Izba oczekiwała, jako dowodów przedstawienia choćby informacji (oświadczeń) od inwestorów wymienionych w wykazie robót, dokumentacji technicznej lub tym podobnych. Co prawda kwestionowane roboty wykonywane były w Hiszpanii, jednak w skład konsorcjum Odwołującego wchodził podmiot mający siedzibę w Hiszpanii, dodatkowo działający w branży, której roboty dotyczą, więc trudno uznać, że zdobycie tych informacji było niemożliwe.

Co do tłumaczenia słowa „muelle” Izba stwierdziła, iż nawet jeśli we wskazanym zdaniu zostało ono dokonane niepoprawnie, nie oznacza to, że w ramach wykazywanych robót „budowy nabrzeża morskiego”, nie wykonano budowy lub przebudowy falochronu morskiego, jak oświadczył Przystępujący w wykazie wykonanych robót – i oświadczenie to powtórzył podczas rozprawy – w każdym razie, jak już stwierdzono powyżej, Odwołujący nie wykazał faktu przeciwnego.

Co do poz. 2 i 15 wykazu Izba uznała, że rzeczywiście, można tu zrozumieć istnienie wątpliwości Odwołującego, lecz również w tym wypadku nie przedstawił on żadnych dowodów. Izba wskazała, że Przystępujący oświadczył, że zaistniały z inwestorem spór dotyczył nie wykonania robót niezgodnie ze sztuką budowlaną lub ich nieprawidłowego

ukończenia, lecz rozliczeń finansowych – co zresztą wydaje się potwierdzać przedstawiona przez Odwołującego notatka prasowa z 13 lipca 2010 r. (nawet niezależnie od faktu, że jest to informacja zaczerpnięta z Internetu), z której wynika, że pomiędzy wartością kwot uprzednio rozliczonych i wartością robót faktycznie wykonanych powstała różnica 40,7 milionów euro, której zwrotu będzie domagał się inwestor (przy tym brak danych, czym ta różnica jest spowodowana).

Skład Orzekający Izby uznał biorąc pod uwagę, że Zamawiający wymagał wykazania tylko jednych robót budowlanych odnoszących się do falochronu morskiego, nawet, jeśli z treści kwestionowanych przez Odwołującego referencji nie wynika wykonanie robót wskazanych w wykazie albo nie zostały one prawidłowo wykonane lub w ogóle ukończone, ze względu na to, że nie podważono skutecznie pozostałych robót podanych dla wykazania tych części warunków udziału w postępowaniu, co powodowałoby brak wystarczającej liczby wymaganych przez Zamawiającego robót, nie ma obecnie podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów lub że – nawet, jeśli w tym zakresie przedstawiono by nieprawdziwe informacje – że mają one wpływ na wynik postępowania (uznanie warunku udziału w postępowaniu za spełniony).

Izba zauważyła, że podobnie w stosunku do poz. 15, gdyż nie wykazano nieprawidłowości pozostałych robót, którymi Przystępujący wykazywał spełnianie warunku w tym zakresie.

Skład Orzekający Izby również rozstrzygnął, że co do prac wykazanych dla potwierdzenia spełnienia warunku odnoszącego się do robót kafarowych, to także w tym wypadku Odwołujący jednoznacznie kierował się tylko swoimi przypuszczeniami wynikającymi z praktyki wykonywania danego rodzaju robót budowlanych. Zdaniem Izby z procesowego punktu widzenia nie stanowi to jednak podstawy do uznania zarzutu za słuszny, choć również tutaj Izba zwraca uwagę, że skoro Zamawiający wymagał wykonania robót kafarowych w zakresie wykonawstwa morskich budowli hydrotechnicznych z użyciem pali, o długości (...) przy minimum 200 sztuk pali w jednym zadaniu, to za spełnienie warunku może uznać tylko roboty, które odpowiadają brzmieniu tego warunku, interpretowanego zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego.

Zdaniem Izby Odwołujący w rozpoznawanym odwołaniu powołał się wyłącznie na te same okoliczności, co przedstawione w odwołaniu z dnia 27.01.2012r., które były przedmiotem powołanego wyżej rozstrzygnięcia zawartego w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 9.02.2012r.o sygn. akt KIO 179/12.

Zgodnie z art. 189 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Izba reprezentuje zapatrywanie, iż zgłaszanie przez Odwołującego nowych dowodów w trakcie przedmiotowego postępowania odwoławczego dla wykazania wcześniej zgłaszanych zarzutów z powołaniem się na te same okoliczności, które były podnoszone w innym odwołaniu, nie może być traktowane, jako powoływanie się na inne, nowe okoliczności faktyczno - prawne związane z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i nie może uzasadniać otwarcia drogi do rozpoznania odwołania po raz kolejny.

Izba oceniając przesłankę z art.189 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp, uznała, że ten sam Odwołujący w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wniósł odwołanie przytaczając te same zarzuty z art. 7 oraz art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp ze wskazaniem tych samych okoliczności dotyczących pozycji wykazu robót nr 1, 2, 12 i 15 z oferty Przystępującego, które zostały już rozstrzygnięte wyrokiem KIO z dnia 9.02.2012r.

W takim przypadku – w ocenie Izby - na gruncie obowiązującej ustawy Pzp wcześniej wydany wyrok KIO korzysta z powagi rzeczy osądzonej.

Jednocześnie Izba zauważa, że ustawa Pzp nie zna instytucji wznowienia postępowania odwoławczego odpowiadającej tej opisanej w art.399 i nast. kodeksu postępowania cywilnego.

Nadto Izba uznała, że Zamawiający wykonał wyrok z dnia 9.02.2012r. zgodnie z jego treścią, a wobec tego zachodzi również przesłanka z art.189 ust.2 pkt. 5 ustawy Pzp.

Wymaga również podkreślenia, że Izba nie ma prawa podważać ustaleń faktyczno-prawnych i wynikających z takich ustaleń rozstrzygnięć wydanych przez inny Skład Orzekający Izby we wcześniejszej sprawie, taką kompetencję posiadają jedynie Sądy Okręgowe z mocy przepisu art.198a i 198b ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO /

Uzasadnienie

.....
.....
.....
.....
.....

Przewodniczący: