

Sygn. akt: KIO 1628/12

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2012 roku przez wykonawcę **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60 – 164 Poznań, ul. Ziębicka 35** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź, 90 – 926 Łódź, ul. Piotrkowska 104**

przy udziale wykonawcy **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02 – 574 Warszawa, ul. Łowicka 19** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy BUD-INVENT Sp. z o.o., 02 – 574 Warszawa, ul. Łowicka 19 z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych.**
2. Kosztami postępowania obciąża **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02 – 574 Warszawa, ul. Łowicka 19, i**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60 – 164 Poznań, ul. Ziębicka 35** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02 – 574 Warszawa, ul. Łowicka 19** na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60 – 164 Poznań, ul. Ziębicka 35** kwotę **19 087 zł 03 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemdziesiąt siedem złotych trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

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

I. Miasto Łódź (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera, polegającej na świadczeniu usług nadzoru, raportowania, kontroli i rozliczenia inwestycji pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie Stadionu Miejskiego oraz Hali Sportowej przy Al. Unii Lubelskiej 2 w Łodzi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE poz. 2012/S 74-122427 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 30 lipca 2012 r. Grontmij Polska Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca BUD-INVENT Sp. z o.o., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący), i następnie w dniu 14 sierpnia 2012 r. wniósł sprzeciw w trybie art. 18 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący w uzupełnieniu dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych podał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia zawodowego panów L..... K..... (odnośnie zakresu tego doświadczenia) i J... C..... (odnośnie wartości robót, podczas których nabył doświadczenie zawodowe), w związku z czym powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenie Przystępującego z postępowania.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie, mimo wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Prawa zamówień publicznych.

Izba w tym zakresie ustaliła, co następuje: w dniu 19 lipca 2012 r. Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą. Była to pierwsza czynność Zamawiającego w postępowaniu, której przedmiotem był wybór oferty Przystępującego. Wcześniej, w dniu 15 czerwca 2012 r. Zamawiający wykluczył Przystępującego z postępowania (wówczas za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę Odwołującego). Czynność Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012 r. była przedmiotem postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1304/12, zainicjowanego przez Przystępującego (Odwołującego w postępowaniu sygn. akt KIO 1304/12), a zakończonego uwzględnieniem odwołania – Izba wówczas stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki wykluczenia BUD-INVENT opisane w decyzji Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012 r. Odwołanie rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym odnosi się niewątpliwie do nowych faktycznych podstaw wykluczenia, nieobjętych wcześniejszym postępowaniem odwoławczym.

Argumentacja Przystępującego za odrzuceniem odwołania wskazywała na okoliczność, że Odwołujący powinien wnieść odwołanie od czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania w dniu 15 czerwca 2012 r. i wówczas kwestionować podstawy wykluczenia – przez zaniechanie wskazania podstaw podnoszonych obecnie w odwołaniu.

Izba stwierdziła jednak, że odwołanie wnosi się od skonkretyzowanej czynności Zamawiającego – jeżeli tą czynnością było wykluczenie Przystępującego z postępowania, nie można było oczekiwać, że Odwołującemu uda się skutecznie zakwestionować taką czynność w postępowaniu odwoławczym - przez domaganie się niejako uzupełnienia podstaw wykluczenia. Po pierwsze, trudno byłoby w takiej sytuacji dopatrzeć się interesu w uzyskaniu zamówienia w podnoszeniu zarzutów co do pominiętych podstaw wykluczenia, po drugie – takie odwołanie nie mogłoby być uwzględnione z uwagi na brzmienie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Bez wątpienia przesłanki faktyczne wykluczenia, opisywane w rozpatrywanym obecnie odwołaniu, nie były przedmiotem wcześniejszego postępowania odwoławczego. W konsekwencji Izba stwierdziła, że bieg terminu na kwestionowanie przez Odwołującego wyboru oferty najkorzystniejszej biegł dopiero od daty dokonania tej czynności. Również dopiero wówczas zaktualizowała się legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - w odniesieniu do zarzutów rozpatrywanych w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ jedna z przesłanek wykluczenia została słusznie podniesiona.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W toku postępowania o udzielenie zamówienia, Przystępujący był wzywany do uzupełnienia wykazu osób – w miejsce osób wskazanych uprzednio w ofercie wskazał panów L..... K..... i J..... C.....
2. Zdaniem Odwołującego, osoby te nie dysponowały doświadczeniem zawodowym wymaganym w SIWZ: pan L... K..... odnośnie zakresu doświadczenia projektowego i J.... C..... odnośnie wartości robót, podczas których nabył doświadczenie zawodowe. W toku rozprawy ujawniła się okoliczność, że kwota wartości zamówienia, co do której Odwołujący sądził, że jest mniejsza od kwoty wymaganej przez Zamawiającego jest wartością kontraktu netto (i Przystępujący, i Odwołujący złożyli do akt ten sam wyciąg z kontraktu – aneks, w którym wskazano kwotę kontraktową netto). Po doliczeniu podatku VAT kwota kontraktowa spełnia wymóg Zamawiającego co do wartości minimalnej obiektu, pozwalającej na wykazanie się doświadczeniem.
3. Odnośnie doświadczenia pana L..... K..... ustalono:
 - 1) Zamawiający wymagał, aby osoba na stanowisko inspektora ds. dokumentacji w branży telekomunikacyjnej wykazała się „min. 5 letnim doświadczeniem zawodowym w projektowaniu w swojej specjalności, w tym doświadczeniem przy sporządzaniu min. jednego projektu wielobranżowego, w zakresie swojej specjalności, którego przedmiotem była budowa obiektu sportowego o wartości robót min. 40 000 000,00 PLN (brutto) każda” (pkt. 9.1.4 IDW - Część I SIWZ – kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).
 - 2) Przystępujący na stanowisko inspektora ds. dokumentacji w branży telekomunikacyjnej, w uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych z dnia 31 maja 2012 r. wskazał pana L..... K..... Na rozprawie Przystępujący wskazywał, że osoba ta była kierownikiem robót w branży telekomunikacyjnej danego obiektu (zakres i wartość tego obiektu nie była przedmiotem sporu), a kierownik budowy nie miał odpowiednich uprawnień w tej branży, zatem tylko L..... K..... był uprawniony do sporządzenia dokumentacji powykonawczej.
 - 3) Nie było sporne, że pan L..... K..... nie występował w opisie żadnego z projektów (budowlanych, zamiennych, wykonawczych) jako autor projektu, opracowania, czy sprawdzający (Odwołujący potwierdził to dokumentami - na rozprawie złożył odpisy stron tytułowych projektów oraz oświadczenia inwestora). Zdaniem Przystępującego, ta okoliczność nie ma znaczenia, bowiem osoba wskazana przez niego faktycznie sporządziła dokumentację powykonawczą, co miało wynikać z jej oświadczenia (i z samego faktu, że pełniła funkcję kierownika robót), a niemożność udowodnienia tej okoliczności za pomocą innych dokumentów, niż oświadczenie zainteresowanego, wynika z upływu czasu. W ocenie Przystępującego, tak opisanе doświadczenie osoby

wskazanej na stanowisko inspektora ds. dokumentacji w branży telekomunikacyjnej spełnia wymogi SIWZ. Z kolei, zdaniem Odwołującego, aby wykazać się spełnieniem postawionego w SIWZ warunku, należało być projektantem (wymienionym jako autor opracowania projektowego).

Rozpatrując tak ustalony stan faktyczny, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co braku doświadczenia pana L..... K....., natomiast uznała, że pan J..... C..... wymagane doświadczenie posiadał (zastrzeżenia Odwołującego wynikały z mylnego przyjęcia wartości kwoty kontraktowej – mianowicie uznał on błędnie, że kwota netto to kwota brutto, a w takiej sytuacji nie przekraczała ona wymaganej w SIWZ kwoty 40 000 000,00 zł). Przy prawidłowym przyjęciu podanej wartości kwoty kontraktowej za wartość netto niewątpliwie kwota brutto kontraktu odpowiada wymogowi Zamawiającego. Zatem zarzut odnoszący się do Pana J... C..... nie potwierdził się – spełnia on wymóg Zamawiającego co do wartości robót, przy realizacji których nabył doświadczenie.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu dotyczącego doświadczenia Pana L.... K....., Izba stwierdziła, że nie można uznać, że z samego faktu, że dana osoba była kierownikiem robót w określonej branży wynika, że sporządziła ona po pierwsze dokumentację powykonawczą, po drugie – że ewentualnie sporządzającego dokumentację powykonawczą można uznać za sporządzającego projekt wielobranżowy w zakresie swojej specjalności.

Izba przeanalizowała opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, sformułowany następująco: należało wykazać się „min. 5 letnim doświadczeniem zawodowym w projektowaniu w swojej specjalności, w tym doświadczeniem przy sporządzaniu min. jednego projektu wielobranżowego, w zakresie swojej specjalności (...)” i stwierdziła, że aby wykazać się spełnieniem tego warunku, należało posiadać nabyte w odpowiednim czasie doświadczenie w projektowaniu, w tym – wykazać się udziałem, w ramach swojej specjalności, przy sporządzaniu jednego projektu wielobranżowego. Rzeczywiście pojęcie „przy sporządzaniu projektu” nie ma żadnej definicji normatywnej, jednak nie ulega wątpliwości, że w kontekście pozostałej części opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający oczekiwał doświadczenia w projektowaniu, w zakresie posiadanej specjalności, projektu wielobranżowego. Na projekt wielobranżowy składają się projekty poszczególnych branż – stąd Zamawiający w opisie warunku użył określenia „przy sporządzaniu min. jednego projektu wielobranżowego”, bowiem osoba dysponująca określonymi uprawnieniami branżowymi nie może zaprojektować samodzielnie całości projektu wielobranżowego. W ocenie Izby, Przystępujący mylnie wywodził, że wystarczyło na danym obiekcie pełnić funkcję kierownika robót, aby wykazać się spełnieniem

warunku udziału w postępowaniu. Nawet wykazanie, że pan L..... K..... pełnił funkcję kierownika robót, a tym samym musiał brać udział przy sporządzeniu dokumentacji powykonawczej (czego jednak w ocenie Izby Przystępujący nie udowodnił, bowiem samo oświadczenie osoby zainteresowanej, wobec sprzecznego w tym zakresie oświadczenia Inwestora, jest niewystarczające) według składu orzekającego nie potwierdza spełnienia wymaganego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu – bowiem sporządzenie dokumentacji powykonawczej nie mieści się w ocenie Izby w wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniu w projektowaniu.

Zgodnie z art. 17 Prawa budowlanego, uczestnikami procesu budowlanego są: 1) inwestor; 2) inspektor nadzoru inwestorskiego; 3) projektant; 4) kierownik budowy lub kierownik robót. Zatem w świetle Prawa budowlanego funkcja projektanta jest rozłączna od funkcji kierownika robót; należy więc wnosić, że Prawo budowlane nie utożsamia autora opracowań projektowych z autorem dokumentacji powykonawczej (kierownik budowy przygotowuje dokumentację powykonawczą obiektu budowlanego zgodnie z art. 22 pkt 8 Prawa budowlanego). Jeżeli więc Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w projektowaniu, oznaczało to doświadczenie w byciu projektantem w rozumieniu Prawa budowlanego, w zakresie sporządzenia projektu wielobranżowego w określonej specjalności. Twierdzenie Przystępującego, że skoro doświadczenie było wymagane „przy sporządzaniu projektu”, to wystarczający jest jakikolwiek udział przy sporządzeniu jakiegokolwiek opracowania, nawet przy sporządzeniu dokumentacji powykonawczej, w ocenie Izby jest zdecydowanie chybioną nadinterpretacją opisu sposobu spełnienia warunku udziału w tymże postępowaniu.

W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał się dysponowaniem osobą mającą doświadczenie wymagane w SIWZ, dlatego powinien być wykluczony z postępowania. Izba nie stwierdziła jednak podania nieprawdziwych informacji w tym zakresie – ostatecznie Przystępujący nie twierdził, że przy realizacji konkretnego zamówienia pan L..... K..... był projektantem, a jedynie twierdził, że jako kierownik budowy spełnia warunek udziału w postępowaniu. Błędne rozumienie opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu nie może być utożsamione z podaniem nieprawdziwych informacji.

Wobec potwierdzenia się zarzutu braku doświadczenia zawodowego pana L..... K....., stwierdzono naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....