

Sygn. akt KIO/UZP 1004/09

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44 00-024 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-608 Warszawa** protestu z dnia 25 czerwca 2009 r.

przy udziale **SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Le, 92000 Nanterre, Francja, w imieniu którego działa Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa**, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 1 524 zł 67 gr (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-608 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 13 475 zł 33 gr (słownie: trzynaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa.**

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

I. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-608 Warszawa (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie na „Zarządzanie kontraktem w zakresie budowy obwodnicy Mszczonowa w ciągu drogi krajowej nr 50 od km 2 +920 do km9 +220, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót, Znak postępowania 46/2009”.

W dniu 17.06.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44 00-024 Warszawa (dalej: ZBM bądź Odwołujący), druga w rankingu cenowym była oferta złożona przez SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'LLe 92000 Nanterre, Francja (adres do korespondencji: Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa; dalej: Safege).

W dniu 25.06.2009 r. Safege złożył protest na wybór oferty najkorzystniejszej, i wniósł o wykluczenie ZBM z postępowania wskazując, iż ZBM podał w dokumentach załączonych do oferty nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania (były to informacje, które miały potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu).

Zamawiający zawiadomił ZBM o wniesieniu protestu w dniu 29.06.2009 r. i w dniu 1.07.2009 r. przystąpił on do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 7.07.2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest i uwzględnił zarzut dotyczący podania nieprawdziwych informacji przez ZBM.

W związku z takim rozstrzygnięciem protestu, Odwołujący w dniu 17.07.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, polegające na niezasadnym wykluczeniu Odwołującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji nie mających wpływu na wynik postępowania;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegające na braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mimo że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu;
- 3) art. 183 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, polegające na dokonaniu w dniu 9 lipca 2009 r. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania, mimo że protest na pierwotną ocenę ofert, dokonaną w dniu 17 czerwca 2009 r., oraz na zaniechanie wykluczenia Odwołującego nie został ostatecznie rozstrzygnięty, a zarzuty Odwołującego, zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego uwzględnione;

- 4) art. 183 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, polegające na braku uzasadnienia faktycznego i prawnego rozstrzygnięcia protestu z dnia 7 lipca 2009 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Safege.

II. Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 183 ust. 5 i 4 Prawa zamówień publicznych nie były poprzedzone protestem, nadto Odwołujący na posiedzeniu ograniczył zarzuty podniesione w postępowaniu odwoławczym KIO/UZP 1004/09 (wniósł o nierozpatrywanie zarzutów naruszenia art. 183 ust. 5 w postępowaniu odwoławczym KIO/UZP 1004/09), wobec czego skład orzekający odstąpił od ich merytorycznego rozpoznania.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego pozostałe zarzuty rozpoznano na rozprawie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu dotyczącego „bezpodstawności wykluczenia” Odwołującego z postępowania, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego protestu Safege, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1. Zamawiający w SIWZ, w pkt. 6.2.2.1 żądał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali, iż dysponują osobą, przewidzianą na stanowisko inżyniera kontraktu, która zrealizowała „minimum 2 zadania obejmujące nadzór nad budową drogi (...) o wartości robót netto co najmniej 50 mln PLN każde”.
2. Odwołujący do swojej oferty załączył wykaz zawierający opis doświadczenia jednego z inspektorów (Zdzisława B., przewidzianego na stanowisko inżyniera kontraktu), gdzie wskazano, że osoba ta pełniła nadzór nad dwoma robotami o wartości ponad 50 mln złotych (pozycja pierwsza i druga tabeli na stronie 61 oferty Odwołującego).
3. Na podstawie tak sporządzonego wykazu, Zamawiający uznał, że Odwołujący spełnia warunek co do potencjału kadrowego, i w dniu 17.06.2009 r. uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą.

W związku z zawiadomieniem o wyniku postępowania, wykonawca Safege złożył protest, wskazując, że w rzeczywistości wartość robót realizowanych zgodnie z kontraktem wskazanym w pozycji drugiej wykazu zawierającego doświadczenie Z. B. nie wynosiła, jak podał Odwołujący, 52 mln, lecz 38 mln złotych, na dowód czego do protestu dołączył pytanie skierowane do podmiotu zamawiającego i odpowiedź na to pytanie, z podaniem rzeczywistej

wartości robót (Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie zakwestionował tych dokumentów).

Odwołujący, w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Safege, a następnie we wniesionym odwołaniu i na rozprawie przed Izbą, wywodził, że po pierwsze, nie podał nieprawdziwych informacji, a jedynie niewłaściwie zinterpretował postanowienia SIWZ, opisujące warunek udziału w postępowaniu (wskazał, iż mógł sądzić, że „wartość netto”, to wartość szacunkowa zamówienia, a oszacowana wartość kontraktu z pozycji drugiej wykazu przekraczała wymaganą przez Zamawiającego kwotę). Po drugie, Odwołujący podniósł, że nie zostały wypełnione przesłanki zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych - nawet gdyby przyjąć, że informacje te były nieprawdziwe, to nie miały wpływu na wynik postępowania (Odwołujący, już po wniesieniu protestu, z własnej inicjatywy, wskazał innego inspektora, posiadającego doświadczenie wymagane przez Zamawiającego). Po trzecie, Odwołujący wskazał, że podanie nieprawdziwych informacji nie wynikało z winy umyślnej – w tym zakresie powołał się na prawo europejskie.

Skład orzekający nie podzielił w żadnej części poglądów prezentowanych przez Odwołującego.

Po pierwsze, w ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie miał żadnych podstaw, aby z opisu warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do potencjału kadrowego, wnosić, iż określenie „wartość netto” użyte przez Zamawiającego odpowiada pojęciu „oszacowanej wartości zamówienia”. Nie może bowiem ulegać wątpliwości, że zgodnie z brzmieniem SIWZ „wartość robót netto” to – zgodnie z powszechnym rozumieniem – wartość robót bez obciążeń podatkowych. W SIWZ nie zawarto żadnej sugestii, że możliwa jest inna, niż powszechna, narzucająca się interpretacja, a wywód Odwołującego, że równie dobrze można było sądzić, iż Zamawiający oczekiwał wykazania się robotami o określonej wartości szacunkowej, jest zupełnie nieprzekonujący. O powyższym świadczyć może również zakres pojęciowy wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej przez każdego zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Jest to – jak wynika z brzmienia przepisów art. 32 i następane Prawa zamówień publicznych – „wartość zamówienia” jako całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Tymczasem w opisie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający posługuje się określeniem: „wartość robót netto”, stąd też nie można w żaden sposób wywodzić, że w tym przypadku chodziło o wartość szacunkową zamówienia, a nie wartość faktycznie wykonanych robót. Wydaje się, że za pomocą swoich wywodów Odwołujący zmierzał do pokazania, że możliwe były co najmniej dwie interpretacje warunku opisanego przez Zamawiającego w SIWZ – gdyby rzeczywiście tak było, informacji podanych przez Odwołującego w wykazie nie można byłoby uznać za niezgodne z rzeczywistością, bowiem odpowiadałyby one jednej z możliwych interpretacji warunku

udziału w postępowaniu. Jednak Izba stwierdziła, że warunek został przez Zamawiającego opisany w sposób nie budzący żadnych wątpliwości – i, jak wynika z chociażby z pozostałych pozycji wykazu na stronie 61 oferty Odwołującego – wątpliwości tych nie miał również ZBM przy sporządzeniu oferty (w poszczególnych pozycjach podano „wartość robót”, a nie „szacowaną wartość zamówienia”).

Po drugie, informacje podane przez Odwołującego w wykazie załączonym do oferty niewątpliwie miały wpływ na wynik postępowania, skoro Zamawiający po zapoznaniu się z tymi informacjami, stwierdził, że ZBM spełnia warunek udziału w postępowaniu i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą. Następnie uzupełnienie dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu (Odwołujący w dn. 1.07.2009 r. złożył Zamawiającemu pismo zatytułowane „Wyjaśnienia”, do którego załączył opis doświadczenia innej osoby, uprzednio nie wskazanej w załącznikach do oferty, a która spełnia warunek udziału w postępowaniu co do doświadczenia w realizacji nadzoru nad dwoma robotami o określonej wartości) nie może spowodować uznania za nieistniejące wcześniej podanych nieprawdziwych informacji.

Nie ulega zatem wątpliwości, że informacje podane przez Odwołującego były nieprawdziwe (podano wartość robót ponad 50 mln, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, a w rzeczywistości wartość ta wynosiła 38 mln), i że informacje te miały wpływ na wynik postępowania – zatem ziszcza się przesłanka wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, i Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania. W takim przypadku nie można zastosować art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i wezwać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, bowiem podanie nieprawdziwych informacji nie można uznać za „błąd” podlegający uzupełnieniu - jest to bowiem samoistna przesłanka wykluczenia. W ocenie składu orzekającego, nie można uzależniać przyporządkowania do kategorii „nieprawdziwych informacji” bądź do kategorii „błędu” od okoliczności, czy podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością wynikało z winy umyślnej, czy z niedbalstwa wykonawcy, jeżeli nieprawdziwe są informacje co do wymaganego przez Zamawiającego parametru granicznego, przesądzającego o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu: waga tego rodzaju informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest tak duża, że nie można twierdzić, że nie zostały podane celowo.

Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo), dlatego nie ma znaczenia, że wykonawca nie miał zamiaru podawać nieprawdziwych informacji (a właściwie – należy przyjąć, że w każdym wypadku zamierzał podać informacje potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu); dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja,

mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne (np. nie potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu) bądź zawierały nieścisłości, Zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych. Jednak w danym przypadku żadnych wątpliwości być nie mogło: minimalnym, progowym wymogiem było doświadczenie w nadzorze nad robotami o wartości ponad 50 mln, co wskazał ZBM w wykazie, gdy tymczasem okazało się, że w rzeczywistości wartość tych robót wynosiła 38 mln złotych, czego zresztą Odwołujący nie kwestionuje, wskazując jednocześnie – z własnej inicjatywy – inną osobę na wskazane stanowisko, która spełniałaby sporny warunek doświadczenia. Taki sam pogląd wyraziła Izba w podobnym stanie faktycznym w sprawie KIO/UZP 666/09, KIO/UZP 667/09, KIO/UZP 668/09, KIO/UZP 669/09, KIO/UZP 679/09.

Skład orzekający nie podziela poglądu Odwołującego, że zgodnie z prawem europejskim, ZBM mógłby być dopiero wówczas wykluczony z postępowania, gdyby Zamawiający (bądź Przystępujący) wykazał, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje z winy umyślnej. Dyrektywa 2004/18/WE nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd” co w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z polskim Prawem zamówień publicznych (zresztą w tym zakresie nie zakwestionowanym przez audyt Komisji Europejskiej). Jak już wyżej stwierdzono, informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Reasumując, oddalono zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych. Uwzględniono koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1 200,00 zł (tysiąc dwieście złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Ponieważ zgodnie z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 7.08.2009 r. sprawy sygn. akt KIO/UZP 1004/09, KIO/UZP 1115/09 i KIO/UZP 1130/09 zostały połączone do łącznego rozpoznania, koszt poniesiony przez Urząd Zamówień Publicznych w łącznej wysokości 4 574 zł 00 gr rozdzielono stosunkowo do każdego z trzech postępowań odwoławczych; analogicznie postąpiono z kosztem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, który wnosząc o zasądzenie kosztów w trzech postępowaniach odwoławczych, złożył jedną fakturę opiewającą na kwotę 3 600 zł 00 gr.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie – Warszawa Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....