

**Sygn. akt: KIO 785/13**

**WYROK**

**z dnia 17 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę SAFEGE S.A., Parc de l Ile 15/27 rue du Port, 92000 Nanterre w postępowaniu prowadzonym przez Związek Gmin Dorzecza Wisłoki, ul. M. Konopnickiej 82, 38-200 Jasło,

przy udziale wykonawcy Info Solutions A. S..... C. C..... sp. j., ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddała odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża SAFEGE S.A., Parc de l Ile 15/27 rue du Port, 92000 Nanterre i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SAFEGE S.A., Parc de l Ile 15/27 rue du Port, 92000 Nanterre tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Związek Gmin Dorzecza Wisłoki, ul. Konopnickiej 82 38-200 Jasło wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Inżynier Kontraktu dla Projektu: „Instalacja systemów energii odnawialnej na budynkach użyteczności publicznej oraz domach prywatnych na terenie gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki” Nr KIK/66 w ramach Szwajcarsko- Polskiego Programu Współpracy”.

W dniu 26.03.2013 r., Odwołujący: SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15 - 27 rue du Port 92000 Nanterre z siedzibą we Francji otrzymał od Zamawiającego faksem informację o wyniku oceny ofert w postępowaniu i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Info Solution A. Siekański, C. Czop s.j., zwanego dalej Info Solution lub Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący wniósł w dniu 5 kwietnia 2013r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności Zamawiającego dokonane w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz zaniechania obejmujące:

- 1) badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenę ofert, a w ich wyniku wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Info Solution,
- 2) zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Info Solution,
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Info Solution.

Powyższymi czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Info Solution z powodu złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
- 2) z ostrożności procesowej również art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie, że wykonawca Info Solution potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a przez to zaniechanie wykluczenia w/w wykonawcy z postępowania,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Info Solution, jako oferty wykonawcy wykluczonego z przedmiotowego postępowania,
- 4) a w ich wyniku naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów

wskazanych w uzasadnieniu.

Zarzucając Zamawiającemu wskazane uchybienia Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie wykluczenia z postępowania Info Solution w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy,
4. nakazanie wykluczenia z postępowania Info Solution w związku z brakiem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty,
5. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę na fakt, iż Zamawiający w pkt. 5.2 SIWZ określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Warunek będzie uznany za spełniony poprzez wykazanie wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw i usług, w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy, w tym okresie: (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniane będą ich łączne kwalifikacje i doświadczenie)

- pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Projektu lub Inwestora Zastępczego w zakresie przygotowania (w tym projektowania), realizacji i rozliczenia co najmniej jednego zadania polegającego na budowie instalacji solarnych o powierzchni kolektorów słonecznych min. 1000 m<sup>2</sup> w tym 800 m<sup>2</sup> na budynkach

oraz

- pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Projektu lub Inwestora Zastępczego w zakresie przygotowania, realizacji i rozliczenia co najmniej jednego zadania polegającego na budowie instalacji solarnych o wartości co najmniej 4 000 000 PLN brutto. Warunek zostanie uznany za spełniony także wtedy, jeżeli jedno zadanie spełnia ww. warunki. Przez usługę wykonaną należy rozumieć usługę w całości wykonaną, odebraną i rozliczoną.

Zauważył, że na potwierdzenie spełniania w/w wymogu wykonawca Info Solution wskazał usługę Inżyniera Projektu „Instalacja systemów energii odnawialnej na budynkach użyteczności publicznej oraz domach prywatnych w Gminie Charsznica”, która została zakończona 02.2013 r.

Według informacji Odwołującego uzyskanych od Urzędu Marszałkowskiego

Województwa Małopolskiego - jednostki wdrażającej programy unijne, Projekt „Instalacja systemów energii odnawialnej na budynkach użyteczności publicznej oraz domach prywatnych w Gminie Charsznica” na dzień 12.03.2013 r. nie został zakończony oraz nie został rozliczony, co za tym idzie sama usługa Inżyniera Kontraktu nad tym Projektem, również nie mogła być na ten dzień zakończona, bowiem to Inżynier Projektu jest zobligowany do dokonania końcowego rozliczenia projektu (załącznik nr 6).

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, iż Info Solution w swojej ofercie złożyło informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, co stanowi przesłankę do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego wpływ ten przejawia się w tym, że Zamawiający dając wiarę informacjom zawartym w ofercie wykonawcy, nie wykluczył go z postępowania.

Argumentował, że składając nieprawdziwe informacje Info Solution potwierdziło warunki udziału w postępowaniu, co niewątpliwie miało wpływ na jego wynik.

Z ostrożności podniósł również zarzut, że przedmiotowe doświadczenie wskazane w ofercie tego wykonawcy nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

Wyjaśnił również, że dokonał szczegółowej weryfikacji oferty Przystępującego, w wyniku której powziął wątpliwości co do możliwości dysponowania przez Info Solution osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia, spełniającymi wymogi określone przez Zamawiającego, w zakresie osoby na stanowisko specjalisty ds. Instalacyjnych Pana J..... P..... oraz osoby na stanowisko Lidera zespołu M..... Ł.....

Zwrócił uwagę, że wykonawca Info Solution wskazał w swojej ofercie w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w/w osoby, podając jako podstawę do dysponowania tymi osobami umowę zlecenia.

Podniósł, że weryfikując ofertę wykonawcy zwrócił się z pytaniem do w/w osób, czy faktycznie współpracują z wykonawcą i zamierzają uczestniczyć w realizacji zamówienia, na co obaj Panowie zaprzeczyli twierdząc, że nie udostępniali im swojej osoby do oferty, a w szczególności do przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego wykonawca Info Solution faktycznie nie dysponował tymi

osobami na dzień składania ofert, bowiem nie wyrazili oni zgody na wskazanie ich jako osoby zdolne do wykonania zamówienia w oferty.

Skoro nie wyrazili na to zgody fakt, iż wykonawca mimo to wskazał te osoby w swojej ofercie - w ocenie Odwołującego - stanowi ewidentne złożenie nieprawdziwych informacji, dzięki którym jego oferta miała spełniać wymogi Zamawiającego, a co za tym idzie takie działanie wykonawcy ma bezpośredni wpływ na wynik przedmiotowego zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego w załączył kopie oświadczeń (załącznik nr 4 i 5 do odwołania).

W dniu 11 kwietnia 2013r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Info Solution A. S....., C. C..... s.j. wnosząc o oddalenie odwołania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 marca 2013r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz załączonymi do niego dokumentami (protokół odbioru końcowego robót z dnia 12 lutego 2013r., umowa z Gminą Charsznica z dnia 24 lutego 2011r.), jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika kopii dokumentów oraz wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz czy spełniał on warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Izby złożone przez Przystępującego dokumenty takich informacji nie zawierały i w pełni potwierdzały spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący składając żądany przez Zamawiającego wykaz wykonanych usług – załącznik nr 3 do SIWZ(strona 56 i 57 oferty) zgodnie z rozdziałem 6.1 l.p. 2 SIWZ oraz referencję z dnia 13 lutego 2013r.(strona 58 oferty) w całości oparł się na swojej wiedzy w zakresie wykonania przedmiotu umowy wynikającej z realizacji przedmiotu zamówienia oraz oparł się na oświadczeniu Zamawiającego Gminy Charsznica (powyższa referencja).

Według Izby informacje zawarte w wykazie załączonym do oferty mają swoje podstawy w referencji z dnia 13 lutego 2013r., gdzie poświadczono, że usługę wykonano w sposób należyty, zgodnie z umową. Nadto zaznaczono, że usługa została zakończona przed terminem określonym w umowie.

Dodatkowo wystawca referencji podkreślił, że dotychczasowa współpraca daje mu podstawy do twierdzenia, że Przystępujący doskonale poradzi sobie z podobnymi zadaniami.

Nadto wymaga wyraźnego wskazania, że oba podmioty umowy świadczonych usług wymienionej w wykazie, zarówno Przystępujący, jak i Wójt Gminy Charsznica zgodnie oświadczyły w pkt.3 protokołu odbioru końcowego robót z dnia 12 lutego 2013r., iż wymienione roboty zostały wykonane w okresie od dnia 26.05.2011r. do dnia 8.02.2013r., zaś w pkt.5 potwierdzono, że jakość robót jest dobra.

Poza tym Izba ustaliła, że Przystępujący zawarł przedmiotową umowę z Gminą Charsznica w dniu 24 lutego 2011r.

Powyższe ustalenia Izby wskazują w całej rozciągłości, że podana w wykazie wykonanych usług(strona 56 oferty) cezurą czasową – początek 02.2011 i zakończenie 02.2013 odpowiada przytoczonym wyżej terminom.

Z powyższych względów Izba nie mogła uznać, że informacje złożone w powyższym zakresie są nieprawdziwe, skoro załączone do akt sprawy dokumenty (umowa z Gminą Charsznica z dnia 24 lutego 2011r. i protokół odbioru końcowego robót z dnia 12 lutego 2013r.) w sposób dostateczny potwierdzają czas realizacji usługi wymienionej w wykazie wykonanych usług.

W kontekście powyższych dowodów Izba nie mogła uznać za przekonywające przedłożonych przez Odwołującego plików dziesięciu kopii dokumentów, jako dowodów obalających – w jego ocenie - treść przedłożonej referencji, protokołu odbioru końcowego robót z dnia 12 lutego 2013 r. i umowy z Gminą Charsznica z dnia 24 lutego 2011r.

Według Izby przedłożona przez Odwołującego korespondencja potwierdza jedynie zdarzenia w niej opisane, jednak nie przesądza o tym, że złożone informacje były nieprawdziwe.

Odnosząc się do dowodu oznaczonego jako nr 1, to należy stwierdzić, że z treści pisma Dyrektora Departamentu Funduszy Europejskich Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego z dnia 12 marca 2013r. wynika brak realizacji i rozliczenia Projektu, jednak informacja ta dotyczyła sytuacji prawnej, związania umownego pomiędzy beneficjentem, to jest Gminą Charsznica, a podmiotem finansującym - Urzędem Marszałkowskim Województwa Małopolskiego, nie dotyczyła ona jednak sytuacji pomiędzy stronami umowy, która została wymieniona w wykazie załączonym do oferty.

Z pisma z dnia 10 kwietnia 2013r.(dowód nr 2) wynika jednoznacznie, że Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w dacie złożenia zapytania nie posiadał wiedzy od beneficjenta odnośnie wykonania przedmiotu zamówienia pomiędzy stronami umowy.

Z powyższej kopii dokumentu należy wnosić, że ich wystawca nie miał pełnej wiedzy o realizacji przedmiotu zamówienia, a jego wiadomości mogły być kształtowane jedynie na podstawie informacji beneficjenta.

Przedłożony dowód nr 3 ( pismo z dnia 4 kwietnia 2013r. Wójta Gminy Charsznica) potwierdza wykonanie przedmiotowego zadania wymienionego w wykazie i uznanie go, jako zakończonego i odebranego protokołem odbioru w dniu 12.02.2013r. i zapłaconego, przy czym płatność za wykonany przedmiot zamówienia – zdaniem Izby – nie ma żadnego wpływu na ocenę należytego wykonania zamówienia w zakresie obowiązków Przystępującego.

Podobną informację o zakończeniu zamówienia (projekt wykonawczy, realizacja, rozliczenie) na dzień 12.02.2013r. zawiera pismo Wójta Gminy Charsznica z dnia 5 kwietnia 2013r.(dowód nr 4), a pismo z dnia 9.04.2013r. Wójta Gminy Charsznica (dowód nr 5) może co najwyżej wskazywać na dwie różne sytuacje rozliczenia – pomiędzy stronami umowy i pomiędzy beneficjentem i władzą finansującą.



Pismo z dnia 16 kwietnia 2013r. Wójta Gminy Charsznica(dowód nr 6) potwierdza w istocie wyżej wykazywane okoliczności i jego treść nie zmienia oceny Izby w zakresie uznania braku złożenia informacji nieprawdziwych.

Jeżeli chodzi o dowody od nr 7 do nr 9, to stanowią one dokumentację z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego Izba potraktowała je jako dowody powołane jedynie dla zwłoki i również nieprzydatne, z powodu wykazania już istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności za pomocą innych dowodów.

Jeżeli chodzi o dowód nr 10 (pismo z dnia 14 grudnia 2012r.), to należy stwierdzić, że dotyczy on zdarzeń przeszłych i nie ma związku z potwierdzeniem wykonania usługi w późniejszym terminie.

W ocenie Izby Odwołujący przedkładając wszystkie powyższe dowody nie wykazał, iż Przystępujący w swoim wykazie i w referencji złożył nieprawdziwe informacje oraz nie udowodnił on istnienia okoliczności niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wymaga wskazania, że zgodnie z § 1 ust.1. pkt 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r.) w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przepis ten mówi o złożeniu dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zobowiązania, a nie dokumentu o jego rozliczeniu.

W swoim SIWZ Zamawiający w rozdziale 5.2 l.p.1 zd. ostatnie SIWZ nie zawarł definicji pojęcia rozliczenia, co może prowadzić do pewnych trudności interpretacyjnych.

Zdaniem Izby z tego powodu jednak wykonawcy nie mogą ponosić ujemnych konsekwencji, skoro brak było w tym zakresie odpowiedniego opisu.

Należy przy tym podkreślić, że Zamawiający może żądać od wykonawców jedynie dokumentów niezbędnych do potwierdzenia wiedzy i doświadczenia, takich które potwierdzają należyte wykonanie usługi, a nie jej rozliczenie pieniężne, która to czynność nie odnosi się do sfery zobowiązań wykonawców.

Izba również doszła do przekonania, że okoliczność przekazania na środki trwałe robót budowlanych czy dokumentacji aplikacyjnej, promocji i inżyniera projektu, wystawienia faktury w późniejszym terminie nie przesądza o nienależytym wykonaniu zobowiązania w zadeklarowanym terminie, a w konsekwencji czy dany wykonawca posiada dostateczne doświadczenie w wykonaniu usługi podobnej.

Według Izby Odwołujący nie uczestnicząc w wykonaniu przedmiotu zamówienia oraz nie dysponując dokumentacją z realizacji zamówienia nie był w stanie udowodnić braku należytego wykonania przedmiotu zamówienia w terminie wpisanym przez Przystępującego w wykazie.

W ocenie Izby kształtowanie stosunku prawnego może być dokonywane jedynie przez strony umowy cywilnoprawnej mocą ich oświadczeń woli, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej.

Z oświadczeń tych wynika w sposób jednoznaczny, że Przystępujący wykonał zadeklarowaną usługę w terminie wskazanym w wykazie i sposób należyty.

Na marginesie należy zauważyć, że idąc dalej tokiem rozumowania Odwołującego należałoby przyjąć, że inne czynności wynikłe na tle realizacji umowy, jak zapewnienie serwisu gwarancyjnego czy usługi infolinii, dokonywane już po zakończeniu zamówienia, nie dają Przystępującemu prawa do wykazania się doświadczeniem i wiedzą w omawianym zakresie.

Takie wnioskowanie w ocenie Izby pozostawałoby w jawnej kolizji z zasadą proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do

przedmiotu zamówienia(art.22 ust.1 pkt 2 w związku z ust.4 ustawy Pzp) oraz zasadą równości i konkurencyjności wyrażoną w art.7 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu drugiego wobec wycofania go na rozprawie Izba uznała jego rozpoznanie za bezprzedmiotowe.

Zgodnie z art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....**