

Sygn. akt KIO 2106/14

WYROK
z dnia 27 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2014 r. przez SKANSKA S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasta Gdańsk działającą przez Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku

przy udziale EUROVIA POLSKA S.A. w Bielanych Wrocławskich zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża SKANSKA S.A. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SKANSKA S.A. tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od SKANSKA S.A. na rzecz Gminy Miasta Gdańsk działającej przez Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku kwotę 224 zł 25 gr (słownie: dwieście dwadzieścia cztery złote zero dwadzieścia pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasta Gdańsk działająca przez Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa i przebudowa układu drogowego w rejonie węzła integracyjnego w Gdańsku Wrzeszczu wraz z trasą Słowackiego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 lipca 2014 r. pod numerem 2014/S 128-227882.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

30 września 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez EUROVIA POLSKA S.A. w Bielanach Wrocławskich, wobec czego 10 października 2014 r. SKANSKA S.A. wniosła odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Podniósł, że EUROVIA POLSKA S.A. podała w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz nie spełniła warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym podlega wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty EUROVIA POLSKA S.A. jako najkorzystniejszej, wykluczenie EUROVIA POLSKA S.A. z postępowania i uznania jej oferty za odrzuconą, dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem przywołanych okoliczności oraz wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż praca wykonana przez EUROVIA POLSKA S.A. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy nie spełniała wymagań zamawiającego, gdyż dotyczyła nawierzchni wykonanej z kostki kamiennej rzędowej, a nie z brukowca. Wywiódł, że informacje te są nieprawdziwe, a ich podanie przez EUROVIA POLSKA S.A. nie nastąpiło skutkiem błędu, czy niedbalstwa. Odwołujący podniósł, że wskazanie przez ten podmiot nowych prac w wykazie uzupełnionym w wyniku wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie może być wzięte pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

EUROVIA POLSKA S.A. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z 20 października 2014 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie. Wniósł o jego oddalenie i wyjaśnił, że uznał wykazanie przez przystępującego spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie zadania pn. „Remont i utrzymanie dróg na terenie miasta Gdańska z wyłączeniem nawierzchni bitumicznych – obszar Przymorze”.

Podczas rozprawy strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt III.1) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”), zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w ten sposób, że:

1. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał prace związane z budową lub przebudową dróg w terenie zabudowanym o łącznej wartości 4.000.000 zł brutto.

2. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy ~ w tym okresie) wykonał co najmniej jedno zadanie polegające na budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni kamiennej z brukowca o powierzchni nie mniejszej niż 500 m². W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia, co najmniej jeden z wykonawców musi spełnić warunek.

3. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej jedno zadanie polegające na budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni kamiennej z kostki kamiennej o powierzchni nie mniejszej niż 1000 m².

4. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej jedno zadanie polegające na budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni asfaltowej o powierzchni nie mniejszej niż 2.000 m².

Zamawiający wymagał, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia, co najmniej jeden z wykonawców musi spełnić warunek i zastrzegł, że spełnienie warunku nastąpi na podstawie wykazu robót (zał. nr 1 do SIWZ) oraz załączenie dowodów (np. referencji) dotyczących wykazanych robót, określających, czy roboty zostały

wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Ustalił, że wykonawca może wykazać jedno zamówienie spełniające wszystkie warunki w zakresie wartości, powierzchni i rodzaju nawierzchni.

W odpowiedzi przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz robót, w którym wskazał pracę polegającą na budowie/przebudowie drogi o nawierzchni kamiennej z brukowca o powierzchni nie mniejszej niż 500 m² - Rewitalizacja Starego Rynku wraz z przyległymi ulicami oraz ulicą Mostową wraz z ciągiem komunikacyjnym Mostu J Sulimy-Kamińskiego - przebudowa ulic w rejonie Starego Rynku w Bydgoszczy, realizowaną na zlecenie Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy. Poświadczenie z 12.06.2014 r. wskazuje jednak, że przystępujący wykonał nawierzchnię z kostki kamiennej rzędowej o wysokości 18 cm (z odzysku).

W toku badania i oceny ofert zamawiający pismem z 12 września 2014 r. zwrócił się do Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy z pytaniem, czy w ramach ww. zamówienia wykonano drogę o nawierzchni kamiennej z brukowca o powierzchni 1.053 m² zgodnie ze złożonym oświadczeniem wykonawcy. W odpowiedzi Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy w piśmie z 19 września 2014 r. wskazał, że przystępujący ułożył nawierzchnię z kostki kamiennej rzędowej o powierzchni 4.000 m².

Zamawiający pismem z 24 września 2014 r. wezwał przystępującego powołując art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów w zakresie lokalizacji i terminu wykonywania prac polegających na budowie drogi o nawierzchni kamiennej z brukowca, realizowanych na zlecenie Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy. Zamawiający oświadczył, że z treści szczegółowych referencji nie wynika wykonanie prac w wymaganym zakresie i żądał odpowiedzi w terminie do 26 września 2014 r.

W odpowiedzi na wezwanie przystępujący udzielił wyjaśnień pismem z 25 września 2014 r. Podał żądane informacje oraz przedstawił pogląd, że na potrzeby postępowania zamawiający zdefiniował brukowiec jako „kostkę kamienną z odzysku”, co wywiódł z odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego na pytania nr 57, 58 i 71. Wyraził pogląd, że brak definicji normatywnej pojęcia „brukowiec” nakazuje uwzględnienie rozumienia zaprezentowanego przez zamawiającego.

Przystępujący złożył również nowy wykaz robót wraz z dodatkowym protokołem odbioru dla inwestycji p.n. „Remont i utrzymanie dróg na terenie miasta Gdańska z wyłączeniem nawierzchni bitumicznych; Obszar V Przymorze” realizowanej dla zamawiającego.

Izba dokonała powołanych ustaleń na podstawie SIWZ oraz wymienionych pism (kopie w aktach sprawy).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania przystępujący wskazywał, że pełnomocnictwo Pani M. L.-K. ma charakter ogólny, a nie rodzajowy, co zgodnie z orzecznictwem czyni je niewystarczającym dla wniesienia odwołania. Podnosił również, że nie można zidentyfikować osoby, która podpisała odwołanie.

Izba zważyła, że pełnomocnictwo rodzajowe powinno określać typ, grupę na ogół powtarzalnych czynności, do których umocowany jest pełnomocnik oraz przedmiot tych czynności (wyrok SN z 4 listopada 1998 r., II CKN 866/97, OSN 1999, Nr 3, poz. 66). Pełnomocnictwo załączone do odwołania udzielone przez Prezesa Zarządu odwołującego ma charakter rodzajowy, wskazuje bowiem grupę czynności do których dokonania została umocowana Pani M. L.-K., tj. reprezentację w postępowaniach przed sądami powszechnymi, Sądem Najwyższym, sądami administracyjnymi, reprezentację przed organami administracji państwowej i samorządowej oraz organami administracyjnymi we wszystkich sprawach, w których spółka jest stroną, a także upoważnia do składania odwołań.

Wbrew twierdzeniom przystępującego nie jest to pełnomocnictwo ogólne, które upoważnia do prowadzenia spraw w granicach zwykłego zarządu (art. 98 zd. 1 k.c.).

Izba stwierdziła również, że nie ma żadnych wątpliwości, że odwołanie zostało podpisane przez ustanowionego pełnomocnika - Panią M. L.-K.. Podpis, na który składa się inicjał imienia oraz pierwszy człon nazwiska jest łatwy do identyfikacji *prima facie*.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, traci możliwość uzyskania zamówienia na korzyść przystępującego.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Wobec stanowiska zamawiającego, że pozytywną weryfikację zdolności odwołującego do wykonania zamówienia oparł na robocie pn. „Remont i utrzymanie dróg na terenie miasta Gdańska z wyłączeniem nawierzchni bitumicznych – obszar Przymorze” wskazanej w uzupełnionym wykazie, nie ma sporu co do tego, czy praca wykonana na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy spełnia wymagania zamawiającego. Strony są zgodne co do tego, że nie odpowiada ona opisanemu warunkowi udziału w postępowaniu. Wobec powyższego spór sprowadza się do dwóch kwestii. Pierwszą, mającą fundamentalne znaczenie dla rozstrzygnięcia, jest ocena, czy odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, twierdząc, że praca wykonana na rzecz Zarządu Dróg

Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy polegała na wykonaniu nawierzchni z brukowca,.

Izba zważyła, że odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Już literalne brzmienie przywołanego przepisu adresuje możliwość stwierdzenia podstaw wykluczenia do okoliczności konkretnego przypadku. Należy bowiem stwierdzić, czy oświadczenie wykonawcy zawiera informacje obiektywnie niezgodne z rzeczywistością oraz czy informacje te miały znaczenie dla wyniku postępowania. Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wynikająca ze spójnego w tym zakresie orzecznictwa Sądów Okręgowych nakazuje badanie winy wykonawcy, tzn. złożenie nieprawdziwych informacji musi wynikać z zawinionego działania wykonawcy skutkującego wprowadzeniem w błąd zamawiającego.

Istotą przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest zapewnienia należytego wykonania zamówienia w przyszłości oraz ochrona uczciwej konkurencji. Wykonawcy, którzy nie spełniają wymagań zamawiającego i są winni wprowadzeniu go w błąd, co do posiadania oczekiwanej zdolności podmiotowej lub przedmiotu oferty, są eliminowani z postępowania o udzielenie zamówienia z pominięciem trybu art. 26 ust. 3 pzp.

W okolicznościach sporu nie można mówić zawinionym przez przystępującego zamiarze wprowadzenia w błąd zamawiającego. Dla oceny braku winy po stronie odwołującego istotne jest, że praca wskazana w uzupełnionym wykazie pn. „Remont i utrzymanie dróg na terenie miasta Gdańska z wyłączeniem nawierzchni bitumicznych – obszar Przymorze” została wykonana na rzecz zamawiającego. Zamawiający posiadał zatem wiedzę, że informacje wskazane w wykazie złożonym wraz z ofertą nie mają na celu wywołanie błędnego wrażenia, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przy ocenie złożenia nieprawdziwych informacji uzasadniających ewentualne wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie można pomijać stanu wiedzy zamawiającego (*vide*: wyrok Sądu Okręgowy dla Warszawy-Pragi z 19 lipca 2014 r., IV Ca 683/12).

Odwołujący wykonał inne roboty budowlane, które mógłby powołać w wykazie złożonym wraz z ofertą, czego nie uczynił, gdyż uznał że umowa wykonana na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy odpowiada wymaganiom zamawiającego. Pogląd odwołującego był zdaniem Izby błędny, jednak błąd wynikający z nieprawidłowej interpretacji SIWZ nie może być podstawą do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. .

Należało zatem ocenić, czy zamawiający uprawniony był przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu uwzględnić wykaz złożony przez odwołującego przy piśmie z 25

września 2014 r. W tym celu Izba poddała analizie treść wezwania zamawiającego i skonstatowała, że mimo podania przez zamawiającego jako podstawy prawnej wyłącznie art. 26 ust. 4 Pzp stanowiącego o wezwaniu do złożenia wyjaśnień, to z treści pisma można wysnuć wniosek wynika, że obejmuje ono również wezwanie do uzupełniania dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Sama podstawa prawna nie stanowi o kwalifikacji oświadczenia zamawiającego, gdyż o tym decyduje treść oświadczenia. Pismo zamawiającego z 24 września 2014 r. dnia zawiera wyraźną ocenę, że umowa wykonana na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy nie spełnia wymagań ustalonych w SIWZ. Przystępujący miał zatem podstawy do uznania, że właściwą reakcją na wezwanie powinno być złożenie nowego wykazu. Izba uznała za nietrafny pogląd odwołującego, że przystępujący złożył nowy wykaz wyłącznie z własnej inicjatywy, zatem dokument ten nie może mieć znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe jest wystarczające do oddalenia odwołania. Odwołujący nie zakwestionował bowiem w odwołaniu zgodności z wymaganiami zamawiającego roboty pn. „Remont i utrzymanie dróg na terenie miasta Gdańska z wyłączeniem nawierzchni bitumicznych – obszar Przymorze” wskazanej w uzupełnionym wykazie, mimo że mógł i powinien był to uczynić. Fakt dokonania uzupełnienia tego wykazu był mu znany, wynika to jasno z lektury odwołania. W aktach sprawy znajduje się również pismo odwołującego z 30 września 2014 r., w którym zwraca się o udostępnienie mu protokołu wraz z załącznikami, wśród których wyraźnie wymienia wyjaśnienia, korespondencję i uzupełnienia dotyczące przystępującego.

Wywodzenie na rozprawie, że praca ta nie spełnia wymagania zamawiającego, nie może być wzięte pod rozwagę. Art. 192 ust. 7 Pzp pozwala na rozpoznanie wyłącznie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp 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 224,25 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a 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: