

Sygn. akt: KIO 155/13

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 6 lutego 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2013 r. przez **wykonawcę TECHBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, ul. Kępska 6** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Świętochłowice, ul. Katowicka 54**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcy TECHBUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, ul. Kępska 6** 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych rewitalizacji kąpieliska miejskiego w technologii stawu naturalnego na bazie nieużytkowego basenu na terenie OSiR „Skalka” przy Alei Parkowej 15 w Świętochłowicach, budowy budynku użytkowego wielofunkcyjnego i zagospodarowania terenu całego kąpieliska w formule zaprojektuj i wybuduj wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad ich realizacją zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Świętochłowice reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Świętochłowice w Świętochłowicach, ul. Katowicka 54 zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 listopada 2012r. za numerem 2012-468762.

W dniu 21 stycznia 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o jego unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu oraz o wykluczeniu z postępowania jedyne go wykonawcy Techbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, ul. Kępska 6 – dalej odwołującego i o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, 24 ust. 4, 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z uwagi na to, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający wskazał na treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a także na to, że w postępowaniu wpłynęła jedna oferta. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostały sformułowane w sposób celowy i adekwatny do przedmiotu zamówienia, na poziomie niezbędnym, koniecznym do należytego wykonania zamówienia realizowanego w formule zaprojektuj i wybuduj. Na etapie ogłoszenia o zamówieniu oraz publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący nie wniósł w trybie art. 181 ust. 1 ustawy informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego lub zaniechaniu podjęcia przez niego czynności. Zamawiający w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisał m.in. wymaganie, że wykonawca musi wykazać, iż dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia:

1.3.5. projektantem posiadającym uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń posiadającym minimum pięcioletnie (5) doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4,000 m³,

1.3.6. projektantem posiadającym uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń posiadającym minimum pięcioletnie (5) doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³, Aby potwierdzić spełnianie tego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawca zobowiązany był do przedłożenia następujących dokumentów :

1. wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami,
2. oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,
3. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący przedłożył oświadczenie, że może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie i spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przedłożył także wykaz osób wraz z oświadczeniem, że osoby wskazane w wykazie posiadają wymagane uprawnienia. W wykazie wskazał, że Pan P..... S..... (poz. 5 wykazu) jest projektantem posiadającym uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń posiadającym 6 letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³ zdobyte podczas realizacji dwóch projektów rozbudowy szkół w m. Nowa Biała i Pyzówka o sale gimnastyczne wraz z zapleczem, kubatura obu obiektów powyżej 4.000 m³. W następnej pozycji 6 wykazu wskazał osobę Pana W..... B..... jako projektanta posiadającego uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń posiadającym 26 letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4,000 m³ zdobyte podczas realizacji dwóch projektów rozbudowy szkół w m. Nowa Biała i Pyzówka o sale gimnastyczne wraz z zapleczem, kubatura obu obiektów powyżej 4.000 m³ . Zamawiający dokonując sprawdzenia złożonych przez odwołującego dokumentów powziął wątpliwości co do treści złożonego wykazu w części dotyczącej wymaganego doświadczenia tych projektantów.

Zamawiający w dniu 10.01.2013 działając w trybie art. 25, art 26 ust. 4, art. 44 ustawy pismem znak ZPU.271.46.18.2012 wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonego wykazu osób. Odwołujący w dniu 17.01.2013 złożył pisemne wyjaśnienia w

zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu i złożonych na tą okoliczność dokumentów. W piśmie odwołujący przyznał, że wskazane w wykazie osób w poz. 5 oraz 6 projekty nie zostały jeszcze zrealizowane i potwierdzają jedynie spełnianie warunku doświadczenia w zakresie projektowania, natomiast nic potwierdzają drogiego tycznego warunku udziału w postępowaniu tj. doświadczenia w zakresie nadzoru autorskiego. Dalej odwołujący oznajmił, że w tej sytuacji w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu załącza oświadczenia wskazanych projektantów oraz poprawiony wykaz osób, w którym są wykazane realizacje obiektów zaprojektowane i nadzorowane przez projektantów. Składając przedmiotowe wyjaśnienia odwołujący zupełnie pominął, że podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, i nie zważając na powyższe przedłożył poprawiony dokument w postaci wykazu osób. A przecież jak sam przyznał informacje zawarte w jego ofercie dotyczące doświadczenia dwóch projektantów są nieprawdziwe, gdyż przedstawiają zupełnie inny stan niż w rzeczywistości (vide definicja nieprawdziwej informacji według jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrok z dnia 14.04. 2011 sygn. akt KIO 706/11).

Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nic stanowi błędu w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy (vide: przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z 14.4.2011 r, sygn. akt KIO 706/11).

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania nic podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego polegającego na wzywaniu do uzupełnienia dokumentów niezłożonych lub wadliwie złożonych, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji, informacją prawdziwą powołał na to orzecznictwo Izby - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.04.2011 sygn. akt KIO/801/11 z, dnia 6.06.2011 sygn. akt KIO/1078/11 z dnia 29.10.2012 sygn. akt KIO/2262/12, a także wyrok Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 19.07.2012 sygn. akt IV Ca 683/12)

Wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, wtedy, gdy informacje nieprawdziwe miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a więc dotyczą warunków zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych zamówienia. Z akt przedmiotowego postępowania jednoznacznie wynika, iż podane przez odwołującego informacje mają rzeczywisty wpływ na wynik postępowania.

W dniu 25 stycznia 2013r. odwołujący wniósł odwołanie na czynności podjęte przez zamawiającego polegające na:

1. wykluczeniu z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 3 ustawy w związku z art. 24 ust.4 i art. 89 ust.1 pkt. 5 ustawy,
2. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy
3. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1,

Odwołujący zarzucił, że zamawiający takim działaniem naruszył przepisy ustawy, a w szczególności;

1. art. 7 ust. 1 a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego pomimo nie zaistnienia faktu złożenia nieprawdziwych informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia,
3. art.93 ust. 1 pkt. 1 ustawy poprzez unieważnienie postępowania pomimo złożenia oferty odwołującego nie podlegającego wykluczeniu a złożona oferta nie podlega odrzuceniu,
4. art. 91 ust. 1 ustawy poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo posiadania oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący nie zgodził się z czynnością wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący potwierdził, że kwestionowane przez zamawiającego projekty nie zostały jeszcze zrealizowane pod względem wykonawstwa budowlanego i tym samym nie mogły świadczyć o nabyciu doświadczenia przez Panów S..... i B..... w zakresie nadzoru na robotami, gdyż do momentu składania ofert realizacja tych projektów jeszcze się nie rozpoczęła. Wskazał, że wezwanie do wyjaśnień zawierało pytanie - „Czy wskazane w Wykazie osób w poz. 5 i 6 projekty zostały zrealizowane, tzn. zastały zakończone roboty budowlane wykonywane na podstawie wskazanych projektów, skoro Wykonawca oświadcza, że wymienione w wykazie osoby posiadają doświadczenie w zakresie projektowania i nadzorze nad realizacją robót ? ” Pytanie to, w ocenie odwołującego, składało się z dwóch części, które nie powodują wzajemnej zależności w zakresie spełnienia przedmiotowego warunku. Odwołujący wskazał, że na tak zadane pytanie udzielił wyjaśnienia, że nie zostały wykonane roboty budowlane na podstawie wymienionych projektów, co jednak nie może powodować twierdzenia, że osoby te nie posiadają doświadczenia w zakresie projektowania i nadzoru nad realizacją robót. Odwołujący wskazał, że wymieniając w wykazie osób w poz. 5 i 6 Panów S..... i B..... miał pełną wiedzę, iż Panowie spełniają przedmiotowy warunek, co do posiadania minimum pięcioletniego doświadczenia zawodowego w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 2 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 4.000 m³. Na dowód tego zgodnie z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów z dnia 10.01.2013 r. na podstawie art. 26 ust.3 ustawy przedłożył zamawiającemu nowy wykaz osób dokumentujący spełnienie przez Panów S..... i B..... wymaganego warunku wraz z oświadczeniami tych Panów potwierdzające posiadanie przez nich doświadczenia w zakresie projektowania i nadzoru nad realizacją robót. Odwołujący stwierdził, że zapisy w poz. 5 i 6 dotyczące stwierdzenia - „6 lat, 26 lat doświadczenia w projektowania i nadzorze nad realizacją robót: budynków

rozbudowy szkół w m. Nowa Biąka i Pyzówka o sale gimnastyczne wraz z zapleczem, kubatura obu obiektów 4.000 m³" pomimo nie zrealizowania robót budowlanych wskazanych projektów nie można rozpatrywać w kontekście przedstawienia nieprawdziwych informacji lecz jako niedopełnienie (niedoprecyzowanie) informacji dotyczącej wskazania wykonanych projektów wraz z ich realizacją budowlaną. Odwołujący przyznał, że stwierdzenie „6 lat, 26 lat doświadczenia w projektowaniu i nadzorze nad realizacją robót (...)” w zestawieniu z wymienionymi projektami może sugerować, że Panowie S..... i B..... nabyli doświadczenie w zakresie nadzoru nad robotami wskazanymi w wykazie osób projektów, jednakże odwołujący uważa, że jego wyjaśnienie z dnia 16.01.2013 r. wraz z przedłożonym wykazem osób i oświadczeniami tych Panów tę sugestię wyjaśnia. Przedłożone bowiem dokumenty jednoznacznie wskazują, że Panowie S....., B..... od samego początku tj. od dnia składania ofert spełniają przedmiotowe warunki, co tym samym nie potwierdza tezy zamawiającego o złożonych przez odwołującego nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia. Odwołujący powołał wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 19.07.2012 r. Sygn. akt. IV Ca 683/12 podnosząc, że przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, że jego działanie w wynikające z zapisów w poz. 5 i 6 wykazu osób nie było działaniem celowym, zamierzonym, podjętym z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Na dowód tego wskazał, że w dniu składania ofert w wykazie osób wymieniliśmy osoby, (S....., B.....), które spełniają warunek doświadczenia w projektowaniu i nadzorze. Na potwierdzenie tego faktu, odwołujący zgodnie z prawdą złożył oświadczenie potwierdzające posiadanie osób zdolnych do wykonanie zamówienia. Dlatego też uważa, że nie sposób uznać jego postępowania jako zmierzającego do umyślnego, świadomego i celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd i chęci uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych. Podniósł, że powołany przez zamawiającego wyrok z dnia 14.04.2011 sygn. akt KIO 706/11, który dotyczy innego stanu faktyczno - prawnego w stosunku do przedmiotowej sytuacji. Wskazał, że skoro nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy to tym samym jego oferta nie podlega odrzuceniu, co czyni, iż zamawiający posiada ważną ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Ten stan faktyczny powoduje, że nie zaistniała przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy, co tym samym powoduje, że niniejsze postępowanie nie podlega unieważnieniu. Podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego w/w przepisów ustawy może być pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta jest najkorzystniejszą, jedyną ofertą a tym samym na podstawie art. 179 ust. 1 jego interes

prawny może doznać uszczerbku. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu 25 stycznia 2013r.

W dniu 5 lutego 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty postawione w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Jednocześnie zobowiązał się do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania oferty odwołującego. Podniósł, że skoro w postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta to nie zachodziły przesłanki przekazania kopii odwołania. W uzasadnieniu stwierdził, że pomiędzy stronami sporne jest złożenie nieprawdziwych informacji przez odwołującego. Wskazał, że odwołujący podkreślił nie celowe wprowadzenia zamawiającego w błąd, oraz to, że od samego początku wskazane osoby spełniały wymagania zamawiającego, co potwierdza złożony przez odwołującego nowy wykaz, w którym wskazano te same osoby oraz zdobyte przez nie doświadczenie w projektowaniu i nadzorze na realizacją robót innych niż wskazane w pierwotnym wykazie na obiektach o kubaturze nie mniejszej niż 4 000m³, co zaprzecza ustaleniom dokonany przez zamawiającego. Odpowiedź została podpisana przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 lutego 2013r. nr 34/2013 udzielonego przez Prezydenta Miasta Świętochłowice.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania i nie nastąpiło skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego, zaszły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w

prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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