

WYROK

z dnia 20 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o., ul. Szarych Szeregów 2, 43-502 Czechowice-Dziedzice,**

przy udziale wykonawcy **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** 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., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** na rzecz **Przedsiębiorstwa Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o., ul. Szarych Szeregów 2, 43-502 Czechowice-Dziedzice** kwotę **3 775 zł 40 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt pięć złotych, czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Inżynierii Miejskiej sp. z o.o. z siedzibą w Czechowicach – Dziedzice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w przetargu nieograniczonym pn. Kontrakt VII c - Pomoc Techniczna dla Jednostki Realizującej Projekt: „Regulacja gospodarki wodno- ściekowej w Gminie Czechowice-Dziedzice” ze środków Unii Europejskiej.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2012/S 165-273989.

Zamawiający w punkcie III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 8.3. Instrukcji dla Wykonawców postawił następujący wymóg odnośnie wiedzy i doświadczenia, jakim powinni legitymować się wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu: O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, których wiedza i doświadczenie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia. W szczególności o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykazali się zrealizowaniem, co najmniej dwóch usług, których przedmiotem była Pomoc Techniczna polegająca na wspomaganie inwestora w realizacji projektów w zakresie gospodarki wodno-ściekowej, z których każda spełnia następujące warunki: - wartość usługi nie mniejsza niż 150 000 PLN netto, - budowa sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 50 km oraz budowa lub rozbudowa oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 50 000 RLM/dobę, (wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie), obejmujące łącznie pomoc w zakresie:

- technicznym - obejmującym opiniowanie dokumentacji technicznej oraz bieżące doradztwo w zakresie technicznym,

- ekonomiczno-finansowym obejmującym doradztwo w zakresie m. in. kwalifikowania kosztów, pomocy w rozliczaniu pod względem księgowo-finansowym projektu oraz przy weryfikacji dokumentów związanych z finansową realizacją projektu,

- prawnym obejmującym m.in. wydawanie na wniosek Zamawiającego opinii prawnych, w sprawach z zakresu m.in. Prawa budowlanego, Prawa zamówień publicznych, cywilnoprawnych z zakresu prawa rzeczowego, zobowiązań i prawa spadkowego, przy realizacji inwestycji infrastrukturalnych.

Wykonawca Tractebel na potwierdzenie spełnienia ww. warunku przedstawił w swojej ofercie wykaz sześciu usług:

1. Pomoc Techniczna dla Jednostki Realizującej Projekt „Sanitacja rzeki Czarnej Staszowskiej - wykonanie kanalizacji sanitarnej dla gmin: Połaniec, Staszów i Rytwiany” realizowana na zlecenie PGKiM w Staszowie;

2. Inżynier Kontraktu w ramach projektu „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Tarnowie” realizowana na zlecenie Tarnowskich Wodociągów Sp. z o.o. w Tarnowie;

3. Pomoc Techniczna oraz Inżynier Kontraktu dla Projektu „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Chorzowie - Świętochłowicach”;

4. Pomoc Techniczna w zakresie przygotowania i realizacji przedsięwzięcia pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w gminie Dąbrowa Górnicza - etap I” realizowane na zlecenie Gminy Dąbrowa Górnicza;

5. Inżynier Kontraktu w projekcie „Gospodarka wodna w Chrzanowie” realizowana na zlecenie Rejonowego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Chrzanowie;

6. Wsparcie techniczne zarządzania projektem i przygotowania dokumentacji dla umów w ramach priorytetu II w odniesieniu do projektu „Rozbudowa i ulepszenie infrastruktury wodno-ściekowej w okręgu Neam” w Rumunii realizowana na zlecenie Compania Judeteana APA SERV S.A. w Rumunii.

Pismem z dnia 12 października 2012r. Zamawiający wezwał wykonawcę: Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Katowicach, zwanej dalej: „Tractebel” do uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w pkt. 8.3 SIWZ cz. I IDW w zakresie poz.1 - 5.

Odpowiadając na powyższe wezwanie Tractebel pismem z dnia 18 października 2012r. uzupełnił brakujące informacje dotyczące wykazu w odniesieniu do poz.1 – 2.

W zakresie oczyszczalni ścieków w Chorzowie – Świętochłowicach oświadczył on, że usługa nie obejmowała budowy sieci kanalizacji sanitarnej o długości nie mniejszej niż 50 km, a w przypadku oczyszczalni ścieków w Dąbrowie Górniczej i Chrzanowie stwierdził, że usługi te nie obejmowały budowy oczyszczalni ścieków nie mniejszej niż 50 000 RLM.

Odwołujący: Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w dniu 29 października 2012 r. powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Tractebel.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 8

listopada 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 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, art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, art. 89 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o:

1. Unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji tej czynności: nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Tractebel i odrzucenie złożonej przez niego oferty, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu,
3. Nakazanie ponownego badania i oceny ofert,
4. Nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,
5. Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Według Odwołującego Zamawiający poddał ocenie usługi wskazane w pozycjach 1, 2 oraz 6 Wykazu.

W swoim odwołaniu Odwołujący podniósł, że Wykonawca Tractabel nie spełnia wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu, ponieważ tylko jedna z ocenianych usług odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Jako nie objętą zarzutem odwołania Odwołujący wskazał usługę: Pomocy Technicznej dla Jednostki Realizującej Projekt „Sanitacja rzeki Czarnej Staszowskiej - wykonanie kanalizacji sanitarnej dla gmin: Połaniec, Staszów i Rytwiany” realizowaną na zlecenie PGKiM w Staszowie.

Pozostałe usługi realizowane na zlecenie Tarnowskich Wodociągów oraz Compania Judeteana APA SERV S.A. w Rumunii – zdaniem Odwołującego - nie potwierdzają, iż Wykonawca Tractabel posiada wymagane doświadczenie.

W pierwszej kolejności zauważył, że Usługa Inżyniera Kontraktu w ramach projektu „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Tarnowie” realizowana na zlecenie Tarnowskich Wodociągów Sp. z o.o. w Tarnowie nie zakończyła się w okresie ostatnich 3 lat

przed upływem terminu składania ofert, a wcześniej tj. w kwietniu 2009 r., a wobec tego nie potwierdza ona spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 04.07.2005r. opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 135 pod pozycją 31941 umowa z Inżynierem zawarta została na okres 40 miesięcy.

Zarzucił, że zawarte w Wykazie usług dat realizacji usługi Inżyniera Kontraktu od 12/2005 do 03/2012 nie są zgodne z prawdą.

Wskazał, że Wykonawca Tractebel po zakończeniu usługi Inżyniera Kontraktu mógł w ramach dodatkowych usług świadczyć jeszcze inne prace dla Zamawiającego, które nie są jednak usługami objętymi pierwotną umową na usługi Inżyniera, na którą to powołuje się Wykonawca w celu potwierdzenia posiadanego doświadczenia.

Dodatkowo podkreślił, iż nie można uznać za wystarczające na potwierdzenie ww. warunku świadczenia usług obejmujących opracowanie Raportu Końcowego Projektu oraz obsługę Okresu Zgłaszania Wad, gdyż usługi te nie obejmowały łącznie pomocy w zakresie: - technicznym - obejmującym opiniowanie dokumentacji technicznej oraz bieżące doradztwo w zakresie technicznym, - ekonomiczno-finansowym - obejmującym doradztwo w zakresie m. in. kwalifikowania kosztów, pomocy w rozliczaniu pod względem księgowo-finansowym projektu oraz przy weryfikacji dokumentów związanych z finansową realizacją projektu, - prawnym - obejmującym m.in. wydawanie na wniosek Zamawiającego opinii prawnych, w sprawach z zakresu m.in. Prawa budowlanego, Prawa zamówień publicznych, cywilno-prawnych z zakresu prawa rzeczowego, zobowiązań i prawa spadkowego, przy realizacji inwestycji infrastrukturalnych.

Podniósł, że większość wymaganej pomocy udzielana jest Zamawiającemu w trakcie realizacji inwestycji, a nie po jej odbiorze, np. opiniowanie dokumentacji technicznej, wydawanie opinii prawnych z zakresu Prawa zamówień publicznych, a zatem usługa Inżyniera Kontraktu w ramach projektu „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Tarnowie” realizowana na zlecenie Tarnowskich Wodociągów sp. z o.o., jako usługa zakończona wcześniej niż przed 3 laty od dnia składania ofert, nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż w Wykazie usług została podana informacja nieprawdziwa mogąca mieć wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie usługi Wsparcie techniczne zarządzania projektem i przygotowania

dokumentacji dla umów w ramach priorytetu II w odniesieniu do projektu „Rozbudowa i ulepszenie infrastruktury wodno-ściekowej w okręgu Neam” w Rumunii - która to usługa była realizowana przez podmiot użyzający Wykonawcy Tractebel potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - Odwołujący podniósł, iż nie może ona zostać uznana za usługę spełniającą wymagania Zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że umowa w zakresie ww. projektu miała przewidywać modernizację czterech oczyszczalni ścieków, a w wykazie usług Tractebel wskazał, że główne usługi świadczone na podstawie umowy obejmowały oczyszczalnie ścieków o wydajności 70 000 RLM (oczyszczalnie w liczbie mnogiej - przypis Odwołującego) co wskazuje – według Odwołującego, iż Wykonawca Tractebel nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w pełnieniu usług Pomocy Technicznej polegającej na wspomaganiu inwestora w realizacji projektów w zakresie gospodarki wodno-ściekowej dla budowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 50 000 RLM/dobę.

Dalej wywodził, że wykonawca Tractebel nie wskazał na wydajność poszczególnych oczyszczalni, natomiast przedstawił sumaryczną wartość wydajności czterech oczyszczalni ścieków, czym nie dowiódł – w ocenie Odwołującego - posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż ze złożonego w wykazie usług oświadczenia Wykonawcy Tractebel wynika, iż powyższa usługa była realizowana w okresie od roku 2008 do roku 2012, a z załączonej do oferty referencji wystawionej przez Zamawiającego - Compania Judeteana APA SERV S.A. - wynika, iż umowy na realizację usług zostały podpisane dopiero 23.12.2011 r. oraz 04.01.2012 r.

Z powyższego wnosił, że dokument przedstawiony na potwierdzenie należytego wykonania usługi nie odpowiada usłudze wskazanej przez Wykonawcę w wykazie usług.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, iż przedstawione w ofercie wykonawcy Tractebel oświadczenie podmiotu użyzającego wiedzę i doświadczenie - SC Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Rumunii nie czyni zadość wymogom art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż nie jest oświadczeniem podmiotu użyzającego, a jedynie oświadczeniem Wykonawcy deklarującego chęć skorzystania z potencjału firmy SC Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Rumunii.

Zdaniem Odwołującego oświadczenie to nie potwierdza realnego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, a więc wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, iż

będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Ostatecznie podniósł, że Zamawiający dokonując wyboru oferty Wykonawcy Tractebel jako najkorzystniejszej dokonał naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, jak i zasady legalności udzielania zamówień publicznych.

Pismem z dnia 12 listopada 2012r. Tractebel Engineering S.A. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 15 listopada 2012r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W piśmie tym oświadczył, że usługa pod nazwą Wsparcie techniczne zarządzania projektem i przygotowania dokumentacji dla umów w ramach priorytetu II w odniesieniu do projektu „Rozbudowa i ulepszenie infrastruktury wodno – ściekowej w okręgu Neam” w Rumunii nie została przez Zamawiającego uznana, jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 12.10.2012r., odpowiedzi Odwołującego na to wezwanie z dnia 18.10.2012r., powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.09.2012r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15.11.2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika pism i 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 ust.1 i ust.3, art.24 ust.2 pkt. 3 i 4, art. 89 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w

zakresie doświadczenia i wiedzy oraz czy podał nieprawdziwe mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Sporna pomiędzy stronami była jedynie treść oświadczenia Przystępującego ze strony 8 jego oferty w części dotyczącej zakresu usługi wskazanej w tym oświadczeniu i daty jej wykonania – data rozpoczęcia grudzień 2005r. i data zakończenia 2012r.

Stosownie do przepisu art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że informacje podane przez Przystępującego w spornym zakresie, mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania są nieprawdziwe.

Odwołujący nie wykazał także, że Przystępujący nie spełnia warunku III.2.3) ogłoszenia w części dotyczącej doświadczenia i wiedzy.

Przede wszystkim załączony do oferty list referencyjny z dnia 2 października 2012r. przez Tarnowskie Wodociągi sp. z o.o. poświadcza, iż usługa Inżyniera Kontraktu w ramach Projektu nr 2003/PL/16/P/PE/045 – Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Tarnowie współfinansowanego z Funduszu Spójności rozpoczęła się 20 grudnia 2005r. i trwała, jako usługa bezpośredniego nadzoru do 31 grudnia 2008r., nadal trwając z racji opracowywania Raportu Końcowego Projektu oraz jako obsługa Okresu Zgłaszania Wad aż do 16 marca 2012r., który to termin odpowiada temu terminowi końcowemu podanemu w wykazie.

Nadto należy stwierdzić, że z dokumentu tego wynika bezspornie, iż zakres przedmiotowy usługi w całości pokrywał się z tym żądanym w ogłoszeniu, do co najmniej 31 grudnia 2008r.

Izba ustaliła również, że przedmiotowa umowa z dnia 14 listopada 2005r. o świadczenie usług Inżyniera Kontraktu w ramach Projektu nr 2003/PL/16/P/PE/045 – Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Tarnowie obowiązywała nieprzerwanie, do co najmniej 30 marca 2012r., co potwierdza Świadcstwo Wykonania, jako dokument potwierdzający przyjęcie Robót.

Należy wskazać, że wystawione świadectwo dotyczy projektu i kontraktu zadeklarowanego przez Przystępującego w poz.2 wykazu, co potwierdza jego więź prawną z kontraktem podstawowym z 2005r.

Jednocześnie należy podnieść, że w dniu 30 marca 2010r. zostało zawarte porozumienie dodatkowe o warunkach zakończenia kontraktu do umowy nr 2003/PL/16/P/PE/045-05 z dnia 14 listopada 2005r.w Tarnowie z przyczyn podanych w preambule tego porozumienia, co potwierdza realizację umowy.

Nie przekonało Izby pismo z dnia 13 listopada 2012r.Tarnowskich Wodociągów sp. z o.o. z którego wynika, że przedmiotowa umowa została zawarta w dniu 14 listopada 2005r. i trwała do 31 grudnia 2008r. i została rozliczona w terminie do 30 kwietnia 2010r., po zawarciu przedmiotowego porozumienia, bowiem treść powołanego wyżej porozumienia dowodzi kontynuację umowy.

W ocenie Izby zarówno sporna referencja, jak pismo z dnia 13 listopada 2012r.Tarnowskich Wodociągów sp. z o.o. w żaden sposób nie przesądzają, że w okresie wskazanym przez Przystępującego w wykazie pod poz. 2 żądane przez Zamawiającego prace na potwierdzenie posiadanego doświadczenia i wiedzy nie zostały wykonane.

Przypuszczenie Odwołującego, że w okresie od 2009r. w ramach powyższego porozumienia nie były wykonywane czynności wsparcia w zakresie ekonomiczno-finansowym oraz w zakresie pomocy prawnej nie stanowią – zdaniem Izby – dostatecznej podstawy do stwierdzenia, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

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 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: