

Sygn. akt KIO/UZP 1847/09

WYROK
z dnia 28 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1. Energopol-Południe S.A., 2. Shanghai Urban Construction (Group) Corporation, 3. A-Propol s.c.**, adres dla lidera konsorcjum: **ul. Jedności 2, 41-208 Sosonowiec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Świdnicki, ul. M. Skłodowskiej-Curie 7, 58-100 Świdnica** protestu z dnia 23 listopada 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: 1. Energopol-Południe S.A., 2. Shanghai Urban Construction (Group) Corporation, 3. A-Propol s.c., adres dla lidera konsorcjum: **ul. Jedności 2, 41-208 Sosonowiec** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: 1. Energopol-**

Południe S.A., 2. Shanghai Urban Construction (Group) Corporation, 3. A-Propol s.c., adres dla lidera konsorcjum: ul. Jedności 2, 41-208 Sosonowiec,

- ~~2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika,~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Energopol-Południe S.A., 2. Shanghai Urban Construction (Group) Corporation, 3. A-Propol s.c., adres dla lidera konsorcjum: ul. Jedności 2, 41-208 Sosonowiec.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „wykonanie robót budowlanych wraz z projektowaniem „Budowa drogi powiatowej nr 3396D na odcinku pomiędzy drogą krajową nr 5 a drogą wojewódzką nr 382 i ul. Stęczyńskiego w Świdnicy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2009 r. pod nr 2009/S 153-223238.

W dniu 25 listopada 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.): art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 51 ust. 1, 2, 4, przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie

art. 17 i przepisów ustawy o finansach publicznych w zakresie art. 44 ust. 3 pkt 1 i wnosząc o: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz powtórzenie czynności badania wniosku i oceny wniosku Odwołującego się. W opinii Odwołującego się brak podstaw do twierdzenia, iż nie spełnił on warunku nr 6 udziału w postępowaniu, dotyczącego kwalifikacji osoby wskazanej do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu.

Odwołujący się zwrócił uwagę, iż zarówno we wniosku, jak i w jego uzupełnieniu, wskazał osobę posiadającą odpowiednie kwalifikacje i oświadczył, że prowadzone przez tę osobę ogromne zadania budowlano-drogowe prowadzone na terenie Chińskiej Republiki Ludowej, były prowadzone w systemie nadzoru i kontroli równoważnym do procedury FIDIC. Wskazane zadania budowlane są kilkanaście/krotnie zakresowo i finansowo większe od zadania inwestycyjnego Zamawiającego.

Ponadto, gdyby nawet przyznać rację Zamawiającemu, to brak podstaw do wykluczenia Odwołującego się z postępowania, z uwagi na obowiązek wcześniejszego wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się zwrócił również uwagę, że skoro Zamawiający dokonał jego wykluczenia, jako ten, który z tej czynności czerpie skutek prawny, na zasadzie art. 6 kc winien udowodnić, że prowadzone w Chinach inwestycje nie są realizowane w równoważnym systemie kontroli i nadzoru względem FIDIC.

Odwołujący się nadmieniał również, że w dużo większym zadaniu zrealizowania robót budowlanych dla GDDKiA w Łodzi, wystąpił uczestnik jego Konsorcjum z identycznymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie spornego warunku, jak w niniejszym postępowaniu i został przez Zamawiającego przyjęty.

W dniu 1 grudnia 2009 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż pismem z dnia 2 października 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia złożonego wniosku między innymi o przedłożenie dokumentu potwierdzającego, że osoba zaproponowana na Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy posiada doświadczenie przy wykonaniu co najmniej jednej inwestycji drogowej (kontrakt zawarty w ramach jednej umowy) realizowanej według warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący się złożył dokumenty (pismo z dnia 15 października 2009 r.) uzupełniające i wyjaśniające, które jednak nie potwierdzają, że osoba zaproponowana na Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Wobec powyższego Zamawiający wykluczył Odwołującego się z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 8 grudnia 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty naruszenia wskazanych w proteście przepisów ustawy Pzp oraz zgłoszone żądania.

Odwołujący się podniósł, iż oddalając protest Zamawiający merytorycznie go nie uzasadnił oraz nie przedstawił dowodów na okoliczność braku porównywania doświadczenia procesu nadzoru budowy i rozliczenia w procedurach FIDIC i odpowiednich procedurach stosowanych w CHRL. Zamawiający nie wskazał również rodzaju dokumentu potwierdzającego spełnianie spornego warunku, którego Odwołujący się rzekomo nie przedstawił, a wymaganego w świetle postanowień SIWZ. Tymczasem Odwołujący się przedstawił żądane oświadczenie woli, które jest wystarczające.

Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie ustaliła, co następuje:

W sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, stanowiąc, iż wykonawca zobowiązany jest do dysponowania określonymi osobami do wykonania niniejszego zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wśród wymaganych osób wymieniono Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy – posiadającego wykształcenie wyższe, co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy (w rozumieniu warunków FIDIC lub równoważnych) przy inwestycjach drogowych, w tym co najmniej jednej inwestycji (kontrakt zawarty w ramach jednej umowy) realizowanej według warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych o wartości robót minimum 130.000.000,00 zł. Przedmiotowy warunek został również opisany w analogiczny sposób w zaproszeniu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 6.7).

Jak wynika z „Instrukcji złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” w celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani zostali do przedstawienia wykazu osób i podmiotów, 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 nich czynności (pkt 10.4.2, str. 13). Zaś, w zaproszeniu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający w pkt 7.7. w sposób wyraźny wskazał, iż wymaga przedstawienia wykazu kadry kierowniczej przewidzianej do realizacji projektu, dla każdej branży budowlanej, z udokumentowaniem posiadanych uprawnień budowlanych i przynależności do Izby Inżynierów Budownictwa (wg załącznika nr 4 do WOD).

W dołączonym do oferty załączniku nr 4 Odwołujący się wskazał na stanowisko Dyrektora Kontraktu p. Schen C, opisując jego doświadczenie w sposób następujący:

1. budowa drogi Shanghai Coamin Elevated (lata 2001-2002); wartość kontraktu: 44,47 mln USD;
2. budowa drogi ekspresowej Yohgiin (Shatou) (lata 2003-2005); nadzór i zarządzanie wszystkimi pracami konstrukcyjnymi, podbudowami dróg, kontrola wykonania nawierzchni; wartość kontraktu: 60,8 mln USD;
3. budowa drogi ekspresowej A-15 Puxi; nadzór i zarządzanie wszystkimi pracami konstrukcyjnymi, podbudowami dróg, kontrola wykonania nawierzchni; wartość kontraktu: 81,6 mln USD;

Pismem z dnia 2 października 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do dostarczenia dokumentu potwierdzającego, że proponowana osoba na Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy posiada doświadczenie przy realizacji co najmniej jednej inwestycji (kontrakt zawarty w ramach jednej umowy) realizowanej według warunków kontraktu FIDIC lub równoważnych.

Odwołujący się w odpowiedzi na wezwanie przedstawił deklarację z dnia 12 września 2009 r. złożoną przez p. Wang X Dyrektora Generalnego Wydziału Zagranicznego Shanghai Urban Konstruktion (group) Corporation, w której potwierdzono, iż wskazany we wniosku na stanowisko Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy p. Schen C pełnił funkcję Kierownika Projektu w ramach inwestycji wymienionych w załączniku nr 4 dołączonym do wniosku. Jednocześnie wyjaśniono, że funkcja Kierownika Projektu jest odpowiednikiem funkcji Dyrektora Kontraktu/Reprezentującego Wykonawcę.

Pismem z dnia 18 listopada 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując, iż powodem decyzji Zamawiającego jest okoliczność, iż złożone na wezwanie dokumenty nie potwierdzają, że osoba zaproponowana na Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy posiada doświadczenie przy wykonaniu co najmniej jednej inwestycji drogowej (kontrakt zawarty w ramach jednej umowy) realizowanej według warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych.

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Przepis art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do żądania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w udziału w postępowaniu, w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający realizując dyspozycję normy zawartej we wskazanych przepisach wskazał, iż w celu potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia wykonawcy zobowiązani są złożyć oświadczenie według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ. Odwołujący się przedmiotowy wymóg wypełnił. Jednakże, jak trafnie uznał Zamawiający, z

treści przedmiotowego załącznika nie wynikała okoliczność, iż osoba zaproponowana przez Odwołującego się do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy realizowała wskazane zamówienia na warunkach kontraktowych FIDIC lub równoważnych. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący się złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien był uznać, że Odwołujący się posiada wymagane doświadczenie. Należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający wyraźnie wskazał, że okoliczność legitymowania się odpowiednim doświadczeniem miała wynikać z treści wskazanego załącznika, co oznacza, iż to opis doświadczenia ze wskazaniem funkcji był podstawą do oceny spornego warunku. W związku z powyższym Zamawiający nie miał uprawnienia do badania tej okoliczności na innej podstawie niż ta, która wynikała z treści ogłoszenia i zaproszenia do składania wniosków. Za uprawnione zatem należy uznać działanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu Odwołującego się do uzupełnienia w tym zakresie wniosku Odwołującego się. Jednocześnie zauważyć należy, że treść wezwania nie podlega ocenie Izby ze względu na spóźniony charakter zarzutu. Wobec powyższego Izba nie dokonała rozstrzygnięcia w przedmiocie naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzupełnieniu Odwołujący się przedstawił oświadczenie (deklaracja z dnia 12 września 2009 r.), iż wskazana osoba pełniła funkcję Kierownika Projektu, która to funkcja jest odpowiednikiem funkcji Dyrektora Kontraktu/Reprezentującego Wykonawcę. Przedmiotowe oświadczenie nie zawiera wprost odniesienia do warunków kontraktowych realizowanych projektów. Odwołujący się w istocie nie odpowiedział więc na wezwanie Zamawiającego, odnosząc się jedynie do funkcji Dyrektora Kontraktu, w żadnym zaś razie nie określił warunków na jakich były realizowane kontrakty. Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego się, pojęcie „Dyrektora Kontraktu”, jak i „Reprezentującego Wykonawcę” nie jest znane FIDIC.

Odwołujący się zdaje się nie zauważać, iż sporny warunek udziału w postępowaniu został skonstruowany w taki sposób, iż warunki kontraktowe FIDIC odnoszone są zarówno do sposobu realizacji zamówienia, jak i do funkcji Dyrektora Kontraktu. Odwołujący się w odpowiedzi na wezwanie objął oświadczeniem jedynie status osoby wskazanej do pełnienia przedmiotowej funkcji, gdy tymczasem treść wezwania odnosiła się nie do funkcji a do warunków realizacji zamówienia przez wskazaną osobę. Tymczasem pełnienie funkcji Dyrektora Kontraktu w rozumieniu FIDIC lub warunków równoważnych nie przesądza o okoliczności, iż również inwestycja podlega rygorom kontraktowym FIDIC lub równoważnym. Można sobie bowiem wyobrazić taką konstrukcję kontraktu, w której warunki FIDIC lub równoważne odnoszą się do pewnych elementów (wybranych instytucji) kontraktu, co nie oznacza, że całe zamówienie jest realizowane na warunkach kontraktowych FIDIC lub równoważnych.

Jak trafnie zauważył Zamawiający, Odwołujący się dopiero na rozprawie złożył oświadczenie, które w istocie stanowi odpowiedź na wezwanie Zamawiającego. Jednakże na tym etapie postępowania czynność ta jest niedopuszczalna. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż brak uzupełnienia wymaganego oświadczenia lub dokumentu na wezwanie Zamawiającego skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zatem, na etapie rozprawy na konwalidowanie czynności w postaci zaniechania uzupełnienia oświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego nie ma miejsca. Przyjęcie takiej możliwości przeczyłoby również zasadzie równego traktowania wykonawców i w istocie prowadziłoby do obejścia przepisów prawa, umożliwiając wielokrotne uzupełnianie dokumentów lub oświadczeń, które w świetle art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa nie znajduje uzasadnienia.

W tym stanie faktycznym zarzuty naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 51 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....