

Sygn. akt: KIO 1521/11

## WYROK

z dnia 28 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2011 r. przez wykonawcę **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, 53-139 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186,**

przy udziale wykonawcy **Ekocentrum-Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o., 54-434 Wrocław, ul. Budziszyńska 35/1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **EGIS Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, 53-139 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji inżyniera na Kontrakcie na Roboty Budowlane: Część 2a (zadanie IIA) Budowa mostu przez rzekę Odrę wraz z estakadami dojazdowymi na odcinku od km 18+174 do 19+960 w ciągu Autostradowej Obwodnicy Wrocławia A-8 oraz na Kontraktach na roboty dodatkowe i zamienne, które zostały zawarte, jako roboty niezbędne do prawidłowego wykonania przedsięwzięć podstawowych.

Pismem z dnia 7 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej także Ekocentrum].

Wobec takiej czynności w dniu 18 lipca 2011 r. odwołanie złożył wykonawca EGIS Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia EKOCENTRUM z postępowania pomimo złożenia przez tego wykonawcę informacji nieprawdziwej mogącej mieć wpływ na wynik postępowania;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy p.z.p., poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów („wymiany” kluczowego personelu wskazanego w ofercie) i złożenia wyjaśnień przez EKOCENTRUM w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje;
- 3) wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez umożliwienie wykonawcy podlegającemu wykluczeniu uzupełnienie oferty i w konsekwencji wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej.

W oparciu o przedstawione zarzuty odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania EKOCENTRUM;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania oferty, a następnie wybór, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż EKOCENTRUM na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych wskazała Marka W. a na stanowisko inspektora ds. rozliczeń Dariusza K. Ekocentrum jednocześnie złożyło w swojej ofercie oświadczenie, iż osoby te pozostają w jego dyspozycji na podstawie umowy cywilno - prawnej.

Wobec powyższego odwołujący stwierdzał, iż z oświadczenia złożonego mu przez Marka W. w dniu 27 czerwca 2011 r. wynika, iż nie zawierał on żadnej umowy z EKOCENTRUM, która pozwoliłaby temu wykonawcy na posługiwanie się jego osobą w niniejszym postępowaniu, jak również nie prowadził on z wykonawcą żadnych rozmów dotyczących zatrudnienia na przedmiotowym kontrakcie. W konsekwencji w ocenie odwołującego nie istniały podstawy do złożenia przez EKOCENTRUM oświadczenia, iż osoba ta pozostaje w jego dyspozycji a co za tym idzie oświadczenie to zawiera nieprawdziwe informacje, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Podobnie odwołujący wskazywał, iż Dariusz K. wskazany przez Ekocentrum na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń, na żadnym spośród czterech kontraktów wskazanych w formularzu 3.4 oferty, nie pełnił tej funkcji, w szczególności zaś nieprawdziwa jest informacja podana przez Ekocentrum w odniesieniu do kontraktu nr 2 „Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A-4” odcinek: Nogowczyce - Kleszczów oraz Kleszczów - Sośnica”, bowiem na kontrakcie tym Dariusz K. pełnił funkcję asystenta ds. inżynierskich, nie zaś jak wskazano w ofercie funkcję Asystent Inżynier/Specjalista ds rozliczeń. Dodatkowo odwołujący podnosił, iż wyjaśnienia Ekocentrum, iż przy osobie Dariusza K. przy kontrakcie nr 2 omyłkowo wpisał on funkcję specjalisty ds. rozliczeń nie mogą być brane pod uwagę. Wskazywał, iż w niniejszej sprawie trudno jednak przyjąć, iż Wykonawca przy dochowaniu należytej staranności nie mógł wiedzieć, jaką rzeczywiście funkcję zajmował na powyżej wskazanym kontrakcie Dariusz K., skoro funkcja pełniona przez niego na przedmiotowym kontrakcie była już wcześniej przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazywał również, że na skutek „wymiany” przez Ekocentrum osób wskazanych w ofercie, jako osoby mające doświadczenie i wiedzę wymagane zapisami SIWZ, wykonawca ten ostatecznie potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Skoro jednak Ekocentrum złożyło nieprawdziwe informacje w swojej ofercie to nie było uprawnione do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p., nawet, jeśli zamawiający pewność, co do nieprawdziwości tych informacji powziął dopiero w wyniku złożenia wyjaśnień przez Ekocentrum. Ponadto odwołujący podnosił, iż złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji Inżyniera na Kontrakcie na Roboty Budowlane: Część 2a (zadanie IIA) Budowa mostu przez rzekę Odrę wraz z

estakadami dojazdowymi na odcinku od km 18+174 do 19+960 w ciągu Autostradowej Obwodnicy Wrocławia A-8 oraz na Kontraktach na roboty dodatkowe i zamienne, które zostały zawarte, jako roboty niezbędne do prawidłowego wykonania przedsięwzięć podstawowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 95-156108.

Zgodnie z pkt 7.2.3b) SIWZ wykonawcy musieli wskazać w swojej ofercie osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. W odniesieniu do Inspektora nadzoru robót mostowych oraz Inspektora ds. rozliczeń wymagania te były następujące:

1) Inspektor nadzoru robót mostowych:

- a) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń w rozumieniu ustawy Prawo budowlane lub inne odpowiadające uprawnieniom, o których mowa powyżej, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;
- b) posiada minimum 10 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi lub nadzorowaniu kontraktów budowlanych polegających na budowie lub przebudowie obiektów mostowych;
- c) kierował robotami budowlanymi lub nadzorował, co najmniej 2 kontrakty obejmujące budowę lub przebudowę obiektów mostowych o wartości netto robót budowlanych realizowanych w ramach każdego z kontraktów co najmniej 10 000 000 zł;
- d) posiada minimum 3 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru;
- e) pełnił funkcję inspektora nadzoru, na co najmniej 1 kontrakcie obejmującym budowę lub przebudowę obiektu mostowego/obiektów mostowych, który zostały pomyślnie zakończony i rozliczony a wartości netto robót budowlanych realizowanych w ramach kontraktu wynosiła co najmniej 10 000 000 zł.

2) Inspektor ds. rozliczeń:

- a) wykształcenie budowlane lub ekonomiczne;
- b) co najmniej 8 letnie doświadczenie w wykonywaniu obmiarów lub wycenie robót budowlanych lub przygotowaniu i rozpatrywaniu roszczeń lub rozliczaniu robót;
- c) pełnienie funkcji samodzielnego Inspektora ds. rozliczeń, na co najmniej 1 kontrakcie obejmującym wykonanie robót drogowych lub mostowych, który został pomyślnie zakończony i rozliczony a wartości netto robót budowlanych wynosiła co najmniej 40 000 000 zł.

Zgodnie z pkt 8.1.3. SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 7.2 SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresem wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu na kwotę 575.640,00 zł brutto;
- 2) ECM Group Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.258.290,00 zł brutto;
- 3) EGIS Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 883.407,22 zł brutto.

Przystępujący – Ekocentrum wraz z ofertą złożyło wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia przewidując do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót mostowych Marka W. a do pełnienia funkcji Inspektora ds. rozliczeń Dariusza K. Jako podstawę dysponowania tych osób Ekocentrum wskazało umowę cywilno-prawną.

Ponadto Izba ustaliła, iż pismem z dnia 28 czerwca 2011 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. zwrócił się do wykonawcy Ekocentrum o wyjaśnienie „(...) czy pan Dariusz K. posiada co najmniej 8 letnie doświadczenie w wykonywaniu obmiarów lub wycenie robót budowlanych lub przygotowaniu i rozpatrywaniu roszczeń lub rozliczaniu robót oraz czy pełnił funkcję samodzielnego Inspektora ds. rozliczeń na jednym z kontraktów wskazanych w załączniku do formularza 3.4 (strona 31 oferty) – w wierszu 1,2 lub 4. (...) czy Ekocentrum Sp. z o. o. ma zawartą z Panem Markiem W. umowę cywilno-prawną tj. czy dysponuje ww. osobą do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót mostowych na zadaniu 2a.”. Dodatkowo pismem z dnia 29 czerwca br. Zamawiający zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie jaki okres z doświadczenia podanego przez wykonawcę w załączniku do formularza 3.4 (strona 28 oferty) dla Pana Dariusza K. na kontrakcie Nr S3670: Budowa Autostrady A-4; Odcinek D Nogowczyce-Kleszczewo stanowi doświadczenie w wykonywaniu obmiarów lub wycenie robót budowlanych lub przygotowaniu i rozpatrywaniu roszczeń lub rozliczaniu robót. Odpowiadając przystępujący w piśmie z dnia 29 czerwca 2011 r. wskazał, iż :

- 1) Pan Dariusz K. posiada 8 letnie doświadczenie w rozliczaniu robót oraz pełnił funkcję samodzielnego Inspektora ds. rozliczeń na kontrakcie Budowa Autostrady A-2 km: 158+300 do km: 171+600 – Poznań By-Pass. Wartość tego kontraktu to ok. 500 mln zł. Dodatkowo wyjaśnił, iż na kontrakcie Nr S3670: Budowa Autostrady A-4; Odcinek D Nogowczyce-Kleszczewo Pan Dariusz K. pełnił funkcję Asystenta Inżyniera Kontraktu natomiast funkcja Specjalisty ds. rozliczeń została wpisana omyłkowo.

- 2) W związku z niedostępnością Pana Marka W. przedstawił osobę Pana Wojciecha K., który spełnia wymagania SIWZ na stanowisko inspektora robót mostowych.

W załączeniu przystępujący przekazał uzupełnione załączniki do formularza 3.4. dotyczące Dariusza K. oraz Wojciecha K.

Ponadto w dniu 1 lipca 2011 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Ekocentrum o wyjaśnienie czy zgodnie z oświadczeniem złożonym w wykazie Ekocentrum Sp. z o. o. dysponowało osobą Pana Marka W. na stanowisko Inspektora nadzoru robót mostowych, na dzień złożenia oferty tj. na dzień 24.06.2011 r. a podstawą dysponowania była zgodnie z wykazem umowa cywilnoprawna. W odpowiedzi przystępujący oświadczył, iż na dzień składania ofert dysponował osobą Pana Marka W. na zasadzie umowy ustnej cywilno-prawnej na stanowisko Inspektora nadzoru robót mostowych. Wyjaśniał dodatkowo, iż wobec przekazania przez Pana Marka W. wszystkich danych wymaganych do wykazu osób nie miał podstawy przypuszczać, że rozwiąże on umowę i wycofa się ze współpracy.

Pismem z dnia 7 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Ekocentrum.

Czynność ta leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 18 lipca 2011 r. swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego w dniu 21 lipca 2011 r. zgłosił wykonawca Ekocentrum. Izba stwierdziła, iż wykonawca ten wypełnił przesłanki określone w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. i stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego, treść wyjaśnień udzielonych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.**

#### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż

odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego uznając, iż Ekocentrum nie złożyło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia żadnych nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Należy wskazać iż to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu w zakresie złożenia przez Ekocentrum nieprawdziwych informacji. Za niewystarczające należało uznać załączone przez odwołującego do odwołania oświadczenie Pana Marka W. z dnia 14 lipca 2011 r. Choć Izba nie kwestionuje prawdziwości samego oświadczenia, tego że zostało złożone przez Pana Marka W., to nie można jednak oprzeć na nim twierdzenia, że Ekocentrum nie dysponowało tą osobą najpóźniej na dzień składania ofert. Sam odwołujący nie kwestionował możliwości zawarcia ustnej umowy cywilnoprawnej, na którą powoływał się przystępujący. Izba wzięła pod uwagę złożone na rozprawie oświadczenia Pana Pawła S., jak też Pana Ireneusza W.. Oświadczenia te potwierdzają, iż doszło do zawarcia pomiędzy Markiem W. a przystępującym Ekocentrum reprezentowanym przez Pawła S. ustnej umowy o współpracę, z ustaleniem jej istotnych elementów, w tym wynagrodzenia, które wykonawca musiał uwzględnić w swojej ofercie. Powyższe potwierdza, iż na dzień składania ofert przystępujący dysponował osobą Pana Marka W. co też nie zostało w żaden sposób przez odwołującego podważone. Wobec takiego stanu rzeczy nie sposób uznać również, iż przystępujący złożył w tym przedmiocie nieprawdziwe informacje.

W ocenie Izby potwierdzenia nie znalazł również zarzut złożenia nieprawdziwych informacji odnośnie osoby Pana Dariusza K. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż skoro załącznik do formularza 3.4. w zakresie doświadczenia Dariusza K. zawierał jedynie cztery pozycje, to dopisanie, iż na kontrakcie nr S3670 - Budowa Autostrady A-4, odcinek D, pełnił on również funkcję Specjalisty ds. rozliczeń jest złożeniem nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby, przystępujący skutecznie wyjaśnił, iż było to jedynie omyłka. Zdaniem Izby ilość wymienionych pozycji w ramach wykazywanego doświadczenia nie może stanowić o tym czy coś jest bądź nie nieprawdziwą informacją. Izba wzięła również pod uwagę oświadczenie złożone przez Dariusza K., w którym oświadczył, że na kontrakcie Budowa Autostrady A-4 odcinek D pełnił funkcję Asystenta Inżyniera Kontraktu w ramach której zajmował się m.in. wyceną robót prowadzoną dla potrzeb Inżyniera Kontraktu. Odwołujący w żaden sposób nie obalił prawdziwości powyższych twierdzeń odnośnie osoby Dariusza K.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy p.z.p., Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Należy wskazać, iż zamawiający nie wzywał przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, które miałyby potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wobec nie podejmowania przez



zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu żadnych działań, które mogłyby wynikać z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. nie sposób przypisać mu naruszenia tego normatywu. Na marginesie Izba wskazuje, iż samodzielne uzupełnianie przez wykonawców dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy p.z.p. nie poprzedzone wezwaniem zamawiającego o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. nie może rodzić żadnych skutków i jest nieskuteczne. Za uprawnione w ocenie Izby należało uznać wzywanie przez zamawiającego przystępującego, do złożenia wyjaśnień odnośnie oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dopiero po wyjaśnieniu wszystkich wątpliwości, w tym także prawdziwości złożonych oświadczeń czy też dokumentów zamawiający jest w stanie podjąć decyzję o wykluczeniu bądź nie danego wykonawcy i w konsekwencji zgodnie z prawem dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Powyższe jednoznacznie przesądza, iż działaniom zamawiającego nie można przypisać naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby odwołujący nie wykazał i nie udowodnił zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....