

Sygn. akt KIO/UZP 934/09

WYROK
z dnia 30 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Luiza Łamejko
Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio
Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **OPA-ROW Sp. z o. o., 44-270 Rybnik, ul. Rymera 40C** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** protestu z dnia **17 czerwca 2009 r.**

przy udziale **MWM ELEKTRO Sp. z o. o., 32-540 Trzebinia, ul. Słowackiego 49** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża OPA-ROW Sp. z o. o., 44-270 Rybnik, ul. Rymera 40C i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **OPA-ROW Sp. z o. o., 44-270 Rybnik, ul. Rymera 40C,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **OPA-ROW Sp. z o. o., 44-270 Rybnik, ul. Rymera 40C** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S. A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OPA-ROW Sp. z o. o., 44-270 Rybnik, ul. Rymera 40C.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, tj. Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie projektów technicznych, dostawę, montaż i uruchomienie maszyny wyciągowej wraz z urządzeniem sygnalizacji skipowego, górniczego wyciągu szybowego szybu 2.1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2009 r. pod numerem 2009/S 63-091018.

W dniu 10 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MWM Elektro Sp. z o.o.

W dniu 17 czerwca 2009 r. protest wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej wniósł wykonawca OPA-ROW Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty MWM Elektra Sp. z o.o. jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie tj. zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie dysponuje odpowiednim potencjałem kadrowym,

- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie tj. zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który podał nieprawdziwe dane mające wpływ na wynik postępowania,

- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż pan Tomasz S. wskazany przez MWM Elektro Sp. z o.o. jako osoba, która zgodnie z oświadczeniem wykonawcy legitymuje się kwalifikacjami wymaganymi przepisami prawa do kierowania, kontrolowania i nadzorowania robót stanowiących przedmiot zamówienia oraz posiada uprawnienia osoby wyższego dozoru mechanicznego w rzeczywistości takich uprawnień nie posiada. Zdaniem Odwołującego, ze złożonych wraz z ofertą MWM Elektro Sp. z o.o. dokumentów wynika, iż osoba ta legitymuje się kwalifikacjami do zatrudnienia na stanowisku kierownika działu energomechanicznego oraz uprawnieniami do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci elektrycznych na stanowisku dozoru. Jak wskazał Odwołujący, kwalifikacje, jakimi powinna legitymować się osoba wyższego dozoru mechanicznego określone są rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 11 czerwca 2002 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych, mierniczego górniczego i geologa górniczego oraz wykazu stanowisk w ruchu zakładu górniczego, które wymagają szczególnych kwalifikacji (Dz. U. z 2002 r. nr 84, poz. 755 z późn. zm.). Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na treść § 14 pkt 1 ww. rozporządzenia.

Odwołujący zauważył, iż w ofercie MWM Elektro Sp. z o.o. brak jest odpowiedniego świadectwa kwalifikacyjnego uprawniającego Pana Tomasza S. do zajmowania stanowiska osoby wyższego dozoru mechanicznego, wobec czego, należy domniemywać, zdaniem Odwołującego, iż osoba ta nie posiada wymaganych prawem uprawnień do zajmowania wskazanego powyżej stanowiska. Dokumenty znajdujące się w ofercie wskazują, w ocenie Odwołującego, iż pan S. posiada tylko uprawnienia do zajmowania stanowiska osoby wyższego dozoru elektrycznego, a nie mechanicznego. Zdaniem Odwołującego, świadectwo kwalifikacyjne pana Tomasza S. uprawniające do zajmowania stanowiska kierownika działu energomechanicznego nie jest równoznaczne z posiadaniem przez tę osobę uprawnień do zajmowania stanowiska osoby wyższego dozoru mechanicznego, bowiem zgodnie z treścią § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia, nie wprowadzono rozróżnienia na kierownika działu mechanicznego i kierownika działu elektrycznego łącząc te specjalności w jeden dział energomechaniczny.

Odwołujący wniósł o:

- powtórzenie przez Zamawiającego czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

- odrzucenie oferty MWM Elektro sp. z o.o. jako oferty, której treść nie odpowiada postanowieniom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- wykluczenie MWM Elektro Sp. z o.o. jako wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 19 czerwca 2009 r. wykonawca MWM Elektro Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 26 czerwca 2009 r. przez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia stwierdził, iż kwalifikacje kierownika działu energomechanicznego konstytuują uprawnienia do pełnienia funkcji nadrzędnej w ruchu zakładu górniczego. Osoba, która uzyskała kwalifikacje kierownika działu energomechanicznego jest upoważniona do kierowania i nadzorowania prac działu energomechanicznego, zarówno w zakresie energetycznym, jak i mechanicznym. Wskazał, iż zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych, mierniczego górniczego i geologa górniczego oraz wykazu stanowisk w ruchu zakładu górniczego, które wymagają szczególnych kwalifikacji, kwalifikacje wymagane od kierowników działów ruchu określa się w podziemnych zakładach górniczych m.in. dla działu energomechanicznego. Po uzyskaniu kwalifikacji kierownika działu energomechanicznego osoba taka jest upoważniona do kierowania pracami działu energomechanicznego, czyli zarówno w zakresie energetycznym, jak i mechanicznym.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 3 lipca 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie tj. zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który podał nieprawdziwe dane mające wpływ na wynik przeprowadzonego postępowania,
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podtrzymał argumentację przytoczoną w proteście.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty MWM Elektro Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy MWM Elektro Sp. z o.o. jako wykonawcy, który podał nieprawdziwe dane mające wpływ na wynik postępowania,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił pismem z dnia 9 lipca 2009 r. wykonawca MWM Elektro Sp. z o.o.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami oraz złożone w postępowaniu oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem zarzuty podnoszone w treści protestu i odwołania dotyczą oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, a oferta Odwołującego jest drugą w rankingu oceny ofert. Co za tym idzie, w sytuacji uwzględnienia zarzutów Odwołujący miałby szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego.

Przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie jest stwierdzenie czy pan Tomasz S. wskazany przez Przystępującego w ofercie jako osoba posiadająca uprawnienia do pełnienia nadzoru jako osoba wyższego dozoru mechanicznego w istocie takie uprawnienia posiada. Wymogiem postawionym przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w spornym zakresie było wykazanie przez wykonawców dysponowania osobami posiadającymi wymagane przepisami szczególne kwalifikacje, przewidzianymi do kierowania, nadzorowania i kontroli nad robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia, w liczbie minimum 1 osoby dozoru wyższego w specjalności mechanicznej (Rozdział V pkt 1 ppkt 5b Specyfikacji). Na potwierdzenie ww. wymagania wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz osób wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych niezbędnych do

wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z poświadczonymi za zgodność z oryginałem kserokopiami stosownych uprawnień (Rozdział VI pkt 1 ppkt 11 Specyfikacji). Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz osób, do którego dołączył świadectwo wydane przez Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Rybniku z dnia 16 stycznia 1995 r. potwierdzające, iż pan Tomasz S. posiada kwalifikacje do zatrudnienia na stanowisko kierownika działu energomechanicznego w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny oraz świadectwo kwalifikacyjne Nr D/386/659/07 uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru ważne do 10 maja 2012 r. Odwołujący wywodził, iż w ofercie MWM Elektro Sp. z o.o. brak jest odpowiedniego świadectwa kwalifikacyjnego uprawniającego pana S. do zajmowania stanowiska osoby wyższego dozoru mechanicznego, z czego wnioskował, iż Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Izba uznała zarzut stawiany przez Odwołującego za bezzasadny. Potwierdzeniem prawidłowości stanowiska Zamawiającego jest, w ocenie Izby, korespondencja prowadzona w tym zakresie pomiędzy Zamawiającym a Okręgowym Urzędem Górniczym w Lublinie. Wskazać należy, iż dniu 22 czerwca 2009 r. Zamawiający zwrócił się do ww. Urzędu z prośbą o ustalenie kwalifikacji osoby wskazanej do nadzorowania prac opisując jednocześnie zakres prac oraz kwalifikacje, których wymagał. Co więcej, Zamawiający wskazał w ww. piśmie również, iż osoba legitymująca się świadectwem stwierdzającym posiadanie kwalifikacji do zatrudnienia na stanowisku kierownika działu energomechanicznego posiada wykształcenie techniczne elektryczne. W odpowiedzi na ww. prośbę Okręgowy Urząd Górniczy w Lublinie w piśmie z dnia 22 czerwca 2009 r. skierowanym do Zamawiającego jednoznacznie stwierdził, iż dana osoba po uzyskaniu kwalifikacji kierownika działu energomechanicznego jest upoważniona do kierowania i nadzorowania prac działu energomechanicznego, zatem zarówno w zakresie energetycznym, jak i mechanicznym. Powyższe, w ocenie Izby stanowi dowód na potwierdzenie spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego w spornym zakresie.

Ponadto Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie również ze względu na fakt, iż zarzuty, które podniósł Odwołujący nie dotyczyły nie wykazania przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. m.in. naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jedynie złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Izba nie stwierdziła faktu oświadczenia nieprawdy przez Przystępującego. Przystępujący nie złożył wraz z ofertą fałszywych dokumentów, nie próbował wywieść z treści dokumentów innych wniosków niż z nich wprost wypływające. Fakt, iż wskazał osobę posiadającą dane kwalifikacje na stanowisko, na które, w ocenie

Odwołującego, niezbędne jest posiadanie innych uprawnień może prowadzić co najwyżej do wniosku, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo, Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r., w którym stwierdzono, iż „informacje nieprawdziwe (...) są to informacje przedstawiające odmienny stan rzeczy od stanu prawdziwego, które są złożone ze świadomością ich nieprawdziwości. Zdaniem Izby cechuje je umyślność i cel, jakim jest świadome wprowadzenie w błąd adresata informacji, którym jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający. W kategoriach prawa cywilnego, mającego w postępowaniu na mocy art. 14 ustawy Pzp zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu lub niedbalstwa.” (sygn. akt KIO/UZP 278/09). W ocenie Izby, umyślności podania nieprawdziwych informacji, o której mowa powyżej, nie można przypisać Przystępującemu.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....