

Sygn. akt: KIO/UZP 456/08

KIO/UZP 457/08

WYROK

dnia 28 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2008r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.05.2008r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych w dniu 13 maja 2008r. przez:

A. Budimex Dromex SA, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Mostostal SA, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17, DOPRASTAV a.s., 826 56 Bratysława, Słowacja, ul. Drienova 27, Eurovia Polska SA, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych SA, 47-200 Kędzierzyn Koźle, ul. 24 kwietnia 4

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Drogową Trasę Średnicową S.A., 40-877 Katowice, ul. Mieszka I 10 - protestu złożonego w dn. 30.04.2008r. z dnia 29 kwietnia 2008r.,

przy udziale:

- A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Mostostal SA, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17, DOPRASTAV a.s., 826 56 Bratysława, Słowacja, ul. Drienova 27, Eurovia Polska SA, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych SA, 47-200 Kędzierzyn Koźle, ul. 24 kwietnia 4 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. Budimex Dromex SA, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

A. Sprawa sygn. akt KIO/UZP 456/08

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Budimex Dromex SA, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Budimex Dromex SA, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 37 968zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Budimex Dromex SA, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40.**

B. Sprawa sygn. akt KIO/UZP 457/08

1. uwzględnia odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Drogową Trasę Średnicową, 40-877 Katowice, ul. Mieszka I 10**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Mostostal SA, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17,**

DOPRASTAV a.s., 826 56 Bratislava, Słowacja, ul. Drienova 27, Eurovia Polska SA, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych SA, 47-200 Kędzierzyn Koźle, ul. 24 kwietnia 4,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 5 632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Drogową Trasę Średnicową, 40-877 Katowice, ul. Mieszka I 10** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Mostostal SA, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17, DOPRASTAV a.s., 826 56 Bratislava, Słowacja, ul. Drienova 27, Eurovia Polska SA, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych SA, 47-200 Kędzierzyn Koźle, ul. 24 kwietnia 4,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 37 968zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Mostostal SA, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17, DOPRASTAV a.s., 826 56 Bratislava, Słowacja, ul. Drienova 27, Eurovia Polska SA, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych SA, 47-200 Kędzierzyn Koźle, ul. 24 kwietnia 4.**

Uzasadnienie

W dniu 21.12.2007r., Drogowa Trasa Średnicowa S.A., 40-877 Katowice, ul. Mieszka I 10 (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa Trasy Średnicowej Zachód – Odcinek Z1 od km 11+100 do km 13+000 i Odcinek Z2 od km 13+ do 15+800 w Zabrze” i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

W dniu 23.04.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej: za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Mostostal SA, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17, DOPRASTAV a.s., 826 56 Bratysława, Słowacja, ul. Drienova 27, Eurovia Polska SA, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych SA, 47-200 Kędzierzyn Koźle, ul. 24 kwietnia 4 (zwani dalej: Konsorcjum); ofertę ocenioną jako drugą złożył Budimex Dromex SA, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 (zwany dalej: Budimex).

W dniu 30.04.2008r. Budimex – złożył protest, datowany 29 kwietnia 2008r., wskazując, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 1-2, i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), poprzez dokonanie następujących czynności:

- 1) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2, mimo iż nie wykazało ono dysponowania osobą, pełniącą 3 lata funkcję kierownika budowy (Pan Leszek P. nie pełnił funkcji kierownika budowy na kontraktach nr 2, 5, 6, 7 i 8, jak podano w załącznikach do oferty Konsorcjum, a zatem podane informacje są nieprawdziwe);
- 2) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, mimo iż Pan Marian O., w czasie składania oferty prokurent Polimex Mostostal SA jest członkiem rady nadzorczej WBP Zabrze sp. z o.o. której Polimex Mostostal SA jest blisko 95% jej udziałowcem, a spółka ta była wykonawcą projektu budowlanego i dokumentacji przetargowej, m.in. kosztorysów; takie działanie Zamawiającego narusza również przepis art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, mimo iż w ofercie Konsorcjum w poz. „Powierzchniowe zabezpieczenie betonu” kosztorysu ofertowego podano ilość 74,637 m² (zgodnie z wersją elektroniczną SIWZ), a nie 74,64 m² (zgodnie z wersją papierową SIWZ), podczas gdy Zamawiający wskazał, iż w przypadku rozbieżności pomiędzy wersją papierową a elektroniczną rozstrzygająca będzie treść specyfikacji papierowej.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 05.05.2008r. pismem z dnia 2 maja br. przystąpiło Konsorcjum, wskazując, że nie było podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania: Pan Leszek P. ma odpowiednie wymagane przez zamawiającego doświadczenie, fakt łączenia funkcji prokurenta i członka rady nadzorczej nie ograniczył konkurencji w niniejszym postępowaniu, a ponadto – brak podstaw do odrzucenia oferty, ponieważ jej treść jest zgodna z treścią SIWZ, jako że uwzględniła wersję papierową SIWZ zawierającą zmianę z dn. 12.03.2008r.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 08.05.2008r., poprzez jego częściowe uwzględnienie. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutów dotyczących doświadczenia Pana Leszka P. (Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające, w wyniku czego potwierdziło się twierdzenie Protestującego, iż Pan Leszek P. nie pełnił funkcji kierownika budowy na wskazanych w załączniku do oferty kontraktach), a w pozostałym zakresie protest oddalił.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego zostały złożone w dniu 13 maja br. dwa odwołania:

- A. odwołanie złożone przez Budimex, w którym podtrzymano zarzuty protestu dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych,
- B. odwołanie złożone przez Konsorcjum, w którym podtrzymano argumenty podniesione w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego dotyczące doświadczenia Pana Leszka P., a ponadto podniesiono, że informacje podano w załącznikach do oferty, kierując się znaczeniem określenia „stanowisko kierownika budowy” rozumianym zgodnie z przepisami prawa pracy, a Zamawiający przeprowadził postępowanie weryfikacyjne, badając czy Pan Paprocki pełnił funkcje kierownika budowy w rozumieniu prawa budowlanego.

Obaj Wykonawcy – zarówno Konsorcjum, jak i Budimex – skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (odpowiednio – do sprawy sygn. akt KIO/UZP 456/08 i KIO/UZP 457/08).

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący mają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ każdy z nich, w razie potwierdzenia się przedstawionej przez nich argumentacji, ma szansę uzyskać zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Sprawa sygn. akt KIO/UZP 456/08

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący – Budimex cofnął odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego odwołanie było rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że stanowisko Odwołującego odnośnie obowiązku wykluczenia przez Zamawiającego Konsorcjum z postępowania, ponieważ wykonywało ono bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, w związku z czym jego udział w postępowaniu utrudnił uczciwą konkurencję nie potwierdziło się, jako że za wątpliwe należy uznać, czy zaistniały przesłanki takiego wykluczenia.

Prawo zamówień publicznych ogranicza krąg podmiotów, które uczestniczyły w przygotowaniu zamówienia, wyłącznie do wykonawców – definicja wykonawcy została określona w art. 2 pkt 11 Prawa zamówień publicznych: w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, na obecnym etapie, jest to podmiot, który złożył ofertę. Zatem uczestnik postępowania podlegał wykluczeniu wówczas, jeżeli to on sam wykonywał takie czynności. Na gruncie Prawa zamówień publicznych nie ma podstaw, aby sankcję wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych stosować również wówczas, gdy określone czynności wykonywały podmioty powiązane czy to kapitałowo, czy to osobowo z wykonawcą. Nie ma również podstaw do stosowania analogicznie zasad prawa podatkowego, handlowego oraz przepisów o rachunkowości i traktowania całej grupy kapitałowej jako jednego podmiotu – przy ocenie wykonawcy, spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, bierze się pod uwagę jego własne doświadczenie, a nie doświadczenie uczestników grupy kapitałowej. Na taką interpretację wskazuje też użycie przez ustawodawcę określenia „bezpośrednio” – wskazuje ono na konieczność istnienia ścisłego związku pomiędzy wykonywaniem czynności przygotowawczych w postępowaniu, a samym wykonawcą. Zauważyć również należy, że nie ulega wątpliwości, iż Polimex Mostostal SA i WBP Sp. z o.o. to dwa odrębne podmioty prawa, każdy z nich mógłby złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, i w odniesieniu do każdego z nich byłyby osobno badane ewentualne przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

W podobnym stanie faktycznym (istnienie powiązań właścicielskich i osobowych) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie było podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych (sygn. akt: KIO/UZP 353/08).

Niezależnie od powyższego, nie wykazano, iż przygotowanie dokumentacji projektowej przez WPB Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze ograniczyło uczciwą konkurencję w postępowaniu. Sam fakt wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia może, lecz nie musi utrudniać konkurencji (tak również uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO/UZP 120/07). Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego na wywodzącym z tego faktu skutki prawne – czyli na Odwołującym, który okoliczności utrudnienia konkurencji nie udowodnił.

Wobec powyższych argumentów, nie stwierdzono naruszenia art. 7 ust. 1 i 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych, zatem odwołanie oddalono.

Sprawa sygn. KIO/UZP akt 457/08

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający uznał protest złożony przez Budimex Dromex SA w zakresie zarzutu dotyczącego podania nieprawdziwych informacji na temat doświadczenia zawodowego Pana Leszka P. mających wpływ na wynik postępowania w ofercie złożonej przez Konsorcjum (art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych) Odwołujący – Konsorcjum – wskazał, iż podane przez niego informacje nie są nieprawdziwe, oparte są bowiem na dokumentach – m.in. świadectwach pracy. Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego Budimex Dromex SA nie kwestionował tak rozumianego (tj. na gruncie prawa pracy) doświadczenia zawodowego, jednak twierdził, że nie było podstaw, aby pojęcia użyte w SIWZ dotyczące doświadczenia zawodowego interpretować na gruncie prawa pracy, lecz wyłącznie na gruncie prawa budowlanego, tym bardziej, że wskazywał na to i rozmiar inwestycji, i odesłanie w Prawie zamówień publicznych do prawa budowlanego, a nie prawa pracy (art. 2 pkt 8 Prawa zamówień publicznych).

Niewątpliwie Prawo zamówień publicznych odsyła do prawa budowlanego, lecz wyłącznie w zakresie definicji robót budowlanych. Przy ocenie, co wynika z treści SIWZ, nie tyle ma znaczenie rozmiar inwestycji, a brzmienie postanowień SIWZ. Po zapoznaniu się ze SIWZ, szczególnie z postanowieniami dotyczącymi doświadczenia (strona 12 SIWZ) stwierdzono, że Zamawiający posługiwał się pojęciami prawa pracy: „staż pracy”, „stanowisko”. Co więcej, jedno ze stanowisk nazwano „zastępca kierownika budowy” – a takiej funkcji prawo budowlane nie przewiduje. Sformułowanie „stanowisko kierownicze lub

samodzielne przy budowie” również nie wskazuje jednoznacznie na oczekiwania Zamawiającego odnośnie doświadczenia wyłącznie opartego na czynnościach dokonywanych w ramach samodzielnych funkcji w budownictwie. Oświadczenie Zamawiającego odnośnie takich właśnie oczekiwań (złożone na rozprawie) rozmija się jednak z literalnym brzmieniem SIWZ; utrwalone w orzecznictwie zostało stanowisko, iż wątpliwości dotyczące rozumienia treści SIWZ należy zawsze rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Wobec czego, nie ma podstaw, by stwierdzić iż Odwołujący – Konsorcjum Polimex podał nieprawdziwe informacje w tym zakresie.

Niezależnie od stwierdzenia możliwości interpretacji postanowień SIWZ zaproponowanej przez Odwołującego, zauważyć należy, że jeżeli potwierdzą się twierdzenia Odwołującego, iż może wykazać 3-letnie doświadczenie Pana Leszka P. rozumiane zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego (co nie było przedmiotem dowodzenia na rozprawie, ponieważ tej okoliczności nie dotyczyły zarzuty protestu), nie można utrzymać stanowiska, iż „nieprawdziwe” informacje podane w życiorysie Pana P. miały wpływ na wynik postępowania.

Ze względu na powyższe okoliczności, nie stwierdzono podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego odwołanie uwzględniono.

Na podstawie par. 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 456/08 i KIO/UZP 457/08 wydano wyrok łączny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego – Konsorcjum (sprawa sygn. akt KIO/UZP 457/08) w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....