

Sygn. akt: KIO/UZP 814/08

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Skanska S.A., Warszawa, ul. Gen. Józefa Zajączka 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186** protestu z dnia 15 lipca 2008 r.

przy udziale **Berger Bau Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Szczecińska 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**

- 2. Kosztami postępowania obciąża Skanska S.A., Warszawa, ul. Gen. Józefa Zajączka 9**
i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Skanska S.A., Warszawa, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Skanska S.A., Warszawa, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na wzmocnienie drogi krajowej nr 94 na odcinku Mazurowice – Wrocław – etap I Środa Śląska – Wrocław od km 64+129,00 do km 81+639,89.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2008 r. za numerem 2008/S 81-109821.

W dniu 10 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o.

Z powyższą decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Skanska S.A., który wniósł w dniu 15 lipca 2008 r. protest wskazując na dokonane przez Zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp.

Protestujący zwrócił uwagę na fakt złożenia przez wykonawcę Berger Bau Polska Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w Załączniku do Formularza 3.2 dotyczących pełnienia przez pana Dariusza R. funkcji kierownika robót przy przebudowie ul. Lotniczej we Wrocławiu. Na dowód powyższego Protestujący wskazał na dziennik budowy oraz pismo Berger Bau Polska Sp. z o.o. z dnia 4 lipca 2008 r. Fakt, iż pan Dariusz R. nie pełnił funkcji kierownika robót na ww. inwestycji powoduje, iż Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie może wykazać się posiadaniem w dyspozycji kierownika robót gazowniczych i wodno – kanalizacyjnych o wymaganym 3-letnim doświadczeniu w każdej z tych branż. Protestujący wskazał, iż na skutek złożenia nieprawdziwego oświadczenia oferta Berger Bau Polska Sp. z o.o. była oceniana i została wybrana jako najkorzystniejsza, podczas gdy w przypadku nieuwzględnienia stażu pracy pana R. na budowie przy ul. Lotniczej we Wrocławiu wykonawca ten zostałby wykluczony z postępowania.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający po otrzymaniu w dniu 4 lipca 2008 r. od wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. informacji o podaniu nieprawdziwych informacji powinien był wykluczyć ww. wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że nieprawdziwa informacja pochodziła od podwykonawcy, ponieważ to Berger Bau Polska Sp. z o.o. złożyła ofertę i odpowiada za prawdziwość podanych informacji.

Protestujący podniósł ponadto, że wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na

niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego tj. dysponowania kierownikiem robót gazowniczych i wodno – kanalizacyjnych o 3-letnim stażu pracy w obu branżach. Łączny staż pracy pana R. podany w Załączniku do Formularza 3.2 to 70 miesięcy, podczas gdy wymagany przez Zamawiającego 3-letni staż w branży wodno – kanalizacyjnej i 3-letni staż w branży gazowniczej to w sumie 72 miesiące. Co więcej, w wyniku informacji otrzymanej od Berger Bau Polska Sp. z o.o. staż ten powinien zostać pomniejszony o staż pracy na budowie przy ul. Lotniczej we Wrocławiu tj. o 11 miesięcy, w wyniku czego łączne doświadczenie pana R. w branży wodno – kanalizacyjnej i gazowniczej wyniesie 59 miesięcy.

W ocenie Protestującego, ww. brak nie może zostać usunięty w drodze uzupełnienia dokonanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co uczynił na wezwanie Zamawiającego wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. Zdaniem Protestującego, ww. regulacja prawna ma zastosowanie jedynie w przypadku nie złożenia przez wykonawcę dokumentu lub popełnienia w złożonym dokumencie błędu formalnego.

Protestujący wskazał również, że nieuprawnione było działanie wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. polegające na podaniu w uzupełnionym Załączniku do Formularza 3.2 informacji, iż pan R. jest kierownikiem przebudowy wodociągu i gazociągu we Wrocławiu Kowale Ogrody etap V i VI od marca 2008 r. Powyższej modyfikacji nie można uznać za wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż jak wskazano powyżej, merytoryczna zmiana dokumentu jest niedopuszczalna, a staż na budowie Kowale Ogrody nie jest wystarczający do osiągnięcia łącznie z innymi okresami 3 lat kierowania robotami gazowniczymi i wodno – kanalizacyjnymi przez pana R. Staż ten nie może być również zaliczony z tego względu, że w tym czasie (od sierpnia 2007 r.) pan R. uczestniczy w realizacji przebudowy ul. Lotniczej we Wrocławiu, wobec czego nie pełni on faktycznie funkcji kierownika budowy na budowie Kowale Ogrody. Ponadto staż na budowie Kowale Ogrody obejmuje zarówno roboty wodno – kanalizacyjne jak i gazownicze, podczas gdy Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że staż dla kierowania robotami gazowymi musi pochodzić z innych lat niż kierowania robotami wodno – kanalizacyjnymi.

Za nieuprawnioną zmianę treści Załącznika do Formularza 3.2 Protestujący uznał także wpisanie w pozycji (2) Budowa gazociągu w ul. Fabrycznej we Wrocławiu stażu kierownika robót od marca 2007 r. do chwili obecnej, podczas gdy w pierwotnej treści Załącznika wykonawca podał czas trwania od marca do lipca 2007 r.

Podobnie, z podanych powyżej powodów nie może, zdaniem Protestującego, zostać uwzględniona dokonana w ww. Załączniku zmiana polegająca na wskazaniu pana Stanisława B. jako Kierownika robót gazowniczych.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający dopuszczając złożenie przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. nowego Załącznika i wybierając ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z ostrożności Protestujący podniósł również zarzut nie wykazania się posiadaniem przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. wymaganego przez Zamawiającego w pkt 7.2.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia doświadczenia w wykonaniu 2 zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi klasy min. G o długości co najmniej 10 km i wartości 40 mln zł. Zdaniem Protestującego, Zamawiający oczekiwał, aby każda z wykonanych dróg spełniała powyższe wymogi.

Protestujący wniósł o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po uprzednim wykluczeniu wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. z postępowania lub po odrzuceniu oferty tego wykonawcy.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił w dniu 18 lipca 2008 r. wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o.

Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu w dniu 24 lipca 2008 r. (pismem z dnia 23 lipca 2008 r.) przez jego oddalenie.

Rozstrzygając protest Zamawiający stwierdził, że wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. był uprawniony, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia Załącznika do Formularza 3.2 o zmodyfikowanej treści. Za chybiony uznał Zamawiający zarzut, iż również ww. zmieniony Załącznik nie potwierdza posiadania przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. wymaganego potencjału kadrowego. Zdaniem Zamawiającego, wykazane doświadczenie pana Dariusza R. jest w pełni wystarczające do uznania, iż spełnia on wymagania stawiane kierownikowi robót wodno – kanalizacyjnych. Na stanowisko kierownika robót gazowniczych ww. wykonawca wskazał pana Stanisława B.

W ocenie Zamawiającego, Berger Bau Polska Sp. z o.o. spełnia również warunek doświadczenia. Jak stwierdził Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, zgodnie z warunkiem postawionym w pkt 7.2.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli do wykazania się posiadaniem doświadczenia w zrealizowaniu w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej dwóch zadań

polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi klasy G, o łącznej długości co najmniej 10,0 km i za kwotę brutto min. 40 mln zł. Wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. spełnił warunek przez wykazanie, że zrealizował dwa zadania o łącznej długości drogi 10,365 km i wartości 114 500 593,38 zł.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się wykonawca Skanska S.A., który wniósł w dniu 29 lipca 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście i wnosząc o wykluczenie z postępowania wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. lub odrzucenie oferty tego wykonawcy oraz o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2008 r. wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący, jako wykonawca, którego oferta otrzymała drugą z kolei ilość punktów podczas dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert, posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej.

Podstawowym zarzutem podniesionym przez Odwołującego jest złożenie przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. w ofercie nieprawdziwych informacji. Przedmiotem zarzutu jest informacja o pełnieniu przez pana Dariusza R. funkcji kierownika robót inwestycji „Przebudowa drogi krajowej nr 94 (ul. Lotnicza) we Wrocławiu”. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska Odwołującego. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp powodem wykluczenia wykonawcy z postępowania może być podanie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania. Chodzi przy tym o rzeczywisty, a nie jedynie potencjalny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowym stanie faktycznym o podaniu przez wykonawcę nieprawdziwej informacji Zamawiający dowiedział się w dniu 4 lipca 2008 r. od samego wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o., który w swym piśmie oświadczył, iż przedmiotowa informacja została umieszczona w ofercie

omyłkowo, na skutek błędnej informacji otrzymanej przez wykonawcę od podwykonawcy. Wykonawca oświadczył, iż w dniu składania ofert nie miał świadomości nieprawdziwości ww. danych, a jego celem nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Jednocześnie Berger Bau Polska Sp. z o.o. przekazała Zamawiającemu oprócz danych, do których uzupełnienia została wezwana przez Zamawiającego w dniu 2 lipca 2008 r., również zmienioną, prawidłową informację na temat kwalifikacji pana Dariusza R. Postępowania wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie sposób uznać za umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd i chęć uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż w uzupełnieniu ww. wykonawca przekazał dokumenty potwierdzające spełnienie warunku dotyczącego potencjału kadrowego, a także okoliczność, iż to na podstawie uzupełnionych dokumentów oferta Berger Bau Polska Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. *Ratio legis* ww. przepisu wskazuje na możliwość uzupełnienia dokumentów przez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści. Intencją ustawodawcy było niewątpliwie wyeliminowanie sytuacji, w której poszczególni wykonawcy zostaliby wykluczeni z postępowania z powodu uchybień, które mogą być naprawione. Z treści ww. przepisu jednoznacznie wynika, iż uzupełnieniu podlegają oświadczenia i dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie złożone i takie, które zawierają jakiegokolwiek błędy, bez wskazania czy chodzi w tym miejscu o błędy natury formalnej czy merytoryczne błędy w zawartości dokumentu. Co więcej, mogą one potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień wyznaczony przez zamawiającego. W związku z powyższym uznać należy, iż złożenie dokumentu wskazujące na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie przesłanek art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niewątpliwie bowiem wykonawca w takiej sytuacji nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przeciwna interpretacja powyższego uregulowania prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, bowiem wykonawca niespełniający warunków, który złożył stosowny dokument byłby wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast wykonawca, który nie złożył wymaganego dokumentu, byłby wezwany do jego uzupełnienia. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż Zamawiający miał prawo wezwać Berger Bau Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego kwalifikacji Kierownika robót gazowniczych. Jednocześnie za uprawnione należy uznać działanie wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. polegające na przekazaniu Zamawiającemu prawidłowych informacji na temat kwalifikacji pana Dariusza

R. (w tym wskazanie pełnionych funkcji, czasu trwania poszczególnych prac) oraz wskazaniu pana Stanisława B. na stanowisko Kierownika robót gazowniczych, czym wykonawca ten potwierdził spełnianie warunku dotyczącego potencjału kadrowego. Tym samym bezpodstawne i nie poparte dowodami jest twierdzenie Odwołującego, iż zmiana danych dotyczących stażu pracy pana R. przy budowie gazociągu w ul. Fabrycznej we Wrocławiu prowadzi do wniosku, że jedna z informacji dotyczących ww. okoliczności (informacja zawarta w ofercie lub informacja przekazana w uzupełnionym Załączniku do Formularza 3.2) jest nieprawdziwa.

W ocenie Izby również zarzut dotyczący nie wykazania przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. stosownego doświadczenia nie zasługuje na uwzględnienie. W pkt 7.2.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców zrealizowaniem w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej 2 zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi klasy min. G, o długości co najmniej 10,0 km i za kwotę brutto min. 40 mln zł. Ponieważ Zamawiający nie sprecyzował, że długość dróg, jak i wartości prac należy odnieść do każdego z zadań osobno, wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 15 maja 2008 r. nie wprowadziły modyfikacji zapisu Specyfikacji, a miały na celu jedynie rozwianie wątpliwości konkretnego wykonawcy. Podkreślić należy, iż zarówno Odwołujący, jak i inni wykonawcy nie oprotowali udzielonych wyjaśnień, co potwierdza, że brzmienie warunku nie budziło wątpliwości. Tym samym należy uznać, że wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. spełnia postawiony warunek doświadczenia.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Mając powyższe na uwadze, 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 oraz na podstawie 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).

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....