

Sygn. akt KIO 2481/17

WYROK
z dnia 12 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. we Wrocławiu, Tractebel Engineering S.A. w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawcy MGGP S.A. w Tarnowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez MGGP S.A. w Tarnowie z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zakresie dysponowania osobą Projektanta Konstruktora oraz osobą Koordynatora Zespołu ds. oceny oddziaływania na środowisko, pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niepotwierdzone;

2. kosztami postępowania obciąża MGGP S.A. w Tarnowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. we Wrocławiu, Tractebel Engineering S.A. w Katowicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od MGGP S.A. w Tarnowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Biuro

Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. we Wrocławiu, Tractebel Engineering S.A. w Katowicach kwotę 18.599 zł 96 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
2.3. zasądza od MGGP S.A. w Tarnowie na rzecz Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej gazociągu DN 1000 Goleniów-Lwówek wraz z infrastrukturą. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 155-3226642. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. we Wrocławiu, Tractebel Engineering S.A. w Katowicach wnieśli odwołanie 24 listopada 2017 r. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie/i art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MGGP S.A. w Tarnowie pomimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnośnie osoby wskazanej na stanowisko Projektanta Konstruktora, tj. Pana K. H. (Rozdz. IX ust. 4 lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia dalej jako „SIWZ”, względnie/i przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd zamawiającego odnośnie spełnienia przez MGGP ww. warunku udziału w postępowaniu, mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu i

bezprawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MGGP, pomimo faktu, że została ona złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MGGP, pomimo faktu, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do osoby wskazanej na stanowisko Projektanta Konstruktora - tj. Pana K. H. (Rozdz. IX ust. 4 lit. c) SIWZ) i osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora zespołu ds. oceny oddziaływania na środowisko (Rozdz. IX ust. 4 lit. g) SIWZ), co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu i bezprawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MGGP, pomimo faktu, że została ona złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty MGGP jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wykluczenie z postępowania wykonawcy MGGP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie/i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

MGGP S.A. w Tarnowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

W czasie posiedzenia z udziałem stron przystępujący złożył sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty okazały się zasadne.

Zamawiający ustalił w Rozdziale IX ust. 4 lit. c SIWZ, że wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do potencjału osobowego powinni wykazać się dysponowaniem osobą wyznaczoną na stanowisko projektanta konstruktora. Wymagał, by osoba wskazana na to stanowisko posiadała:

- a) uprawnienia bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej oraz wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego;
- b) doświadczenie zawodowe, w tym w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Projektanta Konstruktora (lub projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej, w tym projektu budowlanego i projektu wykonawczego, obiektu sieci gazowej (wyłącznie gazociąg, stacja gazowa, tłocznia gazu lub magazyn gazu), dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę.

Przystępujący w JEDZ wskazał do pełnienia tej funkcji Pana K. H. i podał, że posiada on uprawnienia budowlano-projektowe bez ograniczeń nr 89/67. W wykazie osób złożonym w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przystępujący oświadczył, że Pan K. H. posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej i jest członkiem MORIA RP (nr członkowski: MP-0217). Oświadczył również, że Pan K. H. posiada doświadczenie zawodowe, w tym w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Projektanta Konstruktora i Projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej przy realizacji zamówienia „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 500 relacji Sandomierz-Ostrowiec Świętokrzyski” przy opracowaniu dokumentacji projektowej.

Pismem z 25 października 2017 r. zamawiający skierował do przystępującego wezwanie do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów dotyczące czterech osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia. W odniesieniu do Pana K. H. zamawiający wskazał, że dysponuje informacjami, dotyczącymi powołanego projektu realizowanego na rzecz spółki PGS, z których wynika, że Pan H. nie należał do zespołu projektującego ten gazociąg. Zamawiający wezwał przystępującego do wykazania, że Pan H. brał udział w projektowaniu ww. gazociągu. W przypadku, gdy Pan Kazimierz H. nie uczestniczył w pracach projektowych przy opracowaniu dokumentacji projektowej w tym projekcie budowlanego i wykonawczego budowy gazociągu wysokiego ciśnienia DN 500 relacji Sandomierz-Ostrowiec Świętokrzyski zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu osób przez wskazanie innego zamówienia, potwierdzającego, że Pan H. posiada odpowiednie doświadczenie. Alternatywnie zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu poprzez wskazanie nowej osoby, potwierdzającej spełnianie opisanych warunków.

W odpowiedzi przystępujący w piśmie z 31 października 2017 r. potwierdził, że Pan K. H. był członkiem zespołu projektującego gazociąg dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. i załączył trzy decyzje zatwierdzające projekt budowlany i udzielające pozwoleń na budowę, w których jako jeden z autorów był wskazany Pan K. H. .

Istotą sporu jest ustalenie, czy w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający prawidłowo uznał, że Pan K. H. posiada wymagane uprawnienia i doświadczenie. W obu przypadkach należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

W odniesieniu do kwestii uprawnień budowlanych Izba zważyła, że zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania.

Z przywołanego przepisu nie wynika zatem możliwość rozszerzającej interpretacji zakresu uprawnień budowlanych nadanych przez poprzednio obowiązujące przepisy, lecz konieczność oparcia się na treści dokumentu. Wyniki

postępowania dowodowego doprowadziły Izbę do przekonania, że Pan H. nie posiada uprawnień do projektowania bez ograniczeń w zakresie w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wymaganych przez zamawiającego w Rozdziale IX ust. 4 lit. c) SIWZ. Z decyzji Starosty Ostrowieckiego Nr 187/2016 zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę na budowę stacji redukcyjno-pomiarowej w ramach zadania inwestycyjnego „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 500 relacji Sandomierz-Ostrowiec Świętokrzyski” złożonej przez przystępującego przy piśmie z 31 października 2017 r. wynika bowiem *expressis verbis*, że Pan K. H. posiada uprawnienia do sporządzania projektów budowlanych architektonicznych, jednak jego uprawnienia do sporządzania projektów budowlanych konstrukcyjnych są ograniczone, gdyż nie dotyczą projektów budowlanych o skomplikowanej konstrukcji.

W zakresie doświadczenia Pana K. H. Izba uznała, że nie zostało wykazane jego uczestnictwo przy sporządzaniu projektu budowlanego i wykonawczego budowy gazociągu wysokiego ciśnienia DN relacji Sandomierz-Ostrowiec Świętokrzyski w roli Projektanta Konstruktora lub Projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. Z powołanej decyzji Starosty Ostrowieckiego z 7 lipca 2017 r. Nr 187/2016 wynika wprawdzie, że Pan H. był współautorem projektu, jednak w skład zespołu projektowego wchodził również Pan J. M., posiadający uprawnienia budowlane do sporządzania projektów budowlanych konstrukcyjnych wszelkich obiektów budowlanych. Natomiast z decyzji nr 182/15 wydanej przez Starostę Sandomierskiego 22 maja 2015 r. wynika jedynie to, że Pan H. był autorem projektu w branży architektonicznej, a nie w branży konstrukcyjno-budowlanej.

Z omówionych ustaleń i ocen nie wynika jednak konieczność wykluczenia MGGP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W ocenie składu orzekającego wykluczenie na podstawie powołanych przepisów może nastąpić tylko w sytuacjach, gdy niezgodność oświadczeń wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy jest jednoznaczna a wymagania zamawiającego są jasne i nie podlegają rozbieżnym interpretacjom. W okolicznościach sporu, o ile można uznać, że wymagania SIWZ w zakresie uprawnień budowlanych i doświadczenia kandydata na stanowisko projektanta konstruktora były jasne, o tyle rzeczywiste ich spełnianie przez wykonawców – co Izbie jest znane z urzędu, jako że zarzuty w tym zakresie są podnoszone w postępowaniach odwoławczych oraz w kontroli wykonywanej przez

Prezesa UZP - może budzić wątpliwości i podlegać rozbieżnym ocenom z uwagi na liczne zmiany stanu prawnego dotyczącego zakresu uprawnień budowlanych nadanych pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów albo uzyskanych w innych krajach. Ta niepewność prawna w odniesieniu do zakresu uprawnień budowlanych powoduje również sytuacje, że zdarza się, iż samodzielne funkcje techniczne w budownictwie bywają sprawowane z przekroczeniem zakresu uprawnień nadanych pod rządami poprzednio obowiązujących aktów prawnych, co nie ma wpływu na zatwierdzenie projektów lub uzyskanie pozwolenia na budowę. Ten element ocenności potwierdzają również oświadczenia zawarte w dokumentach złożonych przez odwołującego i przystępującego do akt sprawy, również w odniesieniu do kwestii wpisu na listę prowadzoną przez Izby Inżynierów Budownictwa, co wyłącza w okolicznościach sprawy możliwość wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie prowadzi jednak do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, lecz do nakazania zamawiającemu wykonania czynności wezwania do uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Wynika to z oceny, że zamawiający wadliwie skorzystał z dyspozycji tego przepisu w toku postępowania.

Prawidłowe wykonanie zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp polega bowiem na uzupełnieniu wad i błędów zaistniałych w oświadczeniu wykonawcy jasno wskazanych przez zamawiającego. Wówczas brak adekwatnej reakcji wykonawcy prowadzi do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Tymczasem oceniając doświadczenie Pana H. zamawiający zastosował „piętrową” konstrukcję:

1. wezwał przystępującego do wskazania, czy Pan H. brał udział przy projektowaniu budowy gazociągu wysokiego ciśnienia DN relacji Sandomierz-Ostrowiec Świętokrzyski z pominięciem funkcji wymaganej w opisie warunku udziału w postępowaniu;
2. alternatywnie wezwał do wskazania innego doświadczenia Pana H. z podaniem rodzaju tego doświadczenia;
3. jako kolejną alternatywę sformułował wezwanie do uzupełnienia wykazu przez wskazanie innej osoby.

W tej sytuacji przystępujący miał podstawy do uznania, że uczynienie zadość treści wezwania w pierwszej części jest wystarczające i nie dokonywał uzupełnień wskazanych w pkt 2 i 3. Skoro obligatoryjna czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie została wykonana prawidłowo zamawiający, powinien ją ponowić.

W Rozdziale IX ust. 4 lit. g SIWZ zamawiający wymagał, aby osoba wskazana na stanowisko Koordynatora zespołu ds. oceny oddziaływania na środowisko posiadała:

- a) Wykształcenie wyższe w zakresie ochrony środowiska;
- b) doświadczenie zawodowe, w tym w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył doświadczenie polegające na opracowaniu lub współpracowaniu raportów o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, na podstawie których uzyskano decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach dla co najmniej jednej inwestycji liniowej przebiegającej (co najmniej częściowo) przez obszary Natura 2000.

Przystępujący w JEDZ wskazał do pełnienia tej funkcji Pana A. J. . Zamawiający ocenił, że osoba ta nie posiada wymaganego wykształcenia i pismem z 25 października 2017 r. zażądał uzupełnienia wykazu osób przez wskazanie nowej osoby do pełnienia funkcji Koordynatora zespołu ds. oceny oddziaływania na środowisko posiadającej wymagane doświadczenie i wykształcenie.

W odpowiedzi udzielonej pismem z 31 października 2017 r. przystępujący wskazał Pana J. J. Ł., którego doświadczenie i wykształcenie nie są kwestionowane przez odwołującego. Istotą zarzutu jest to, że przystępujący wymagane informacje podał w piśmie, nie w wykazie osób, w związku z tym zamawiający nie uzyskał wszystkich informacji podawanych w wykazie – informacji o podstawie dysponowania osobą, która będzie brać udział w realizacji zamówienia.

Również wezwanie w odniesieniu do osoby Koordynatora Zespołu ds. oceny oddziaływania na środowisko nie zostało wykonane przez zamawiającego prawidłowo. Przystępujący został wezwany do uzupełnienia wykazu jednak z ograniczeniem do informacji dotyczących wykształcenia i doświadczenia, co uprawnia twierdzenie, że zamawiający ograniczył zakres żądanych informacji lub co najmniej dopuścił się braku jednoznaczności wezwania. Skutkiem wezwania zaistniał stan rzeczy, który nie odpowiada prawu, gdyż nie została wskazana

podstawa dysponowania nowym kandydatem na stanowisko Koordynatora Zespołu ds. oceny oddziaływania na środowisko, ani tym bardziej, że przystępujący spełniał warunki udziału w postępowaniu w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Skoro w odpowiedzi przystępujący podał wymagane informacje, brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania. Pojęcie „uzupełnienie wykazu” nie poddaje się jednoznacznej wykładni. Można je zrozumieć jako złożenie nowego wykazu albo jako podanie danych, które zamieszcza się w wykazie.

Brak precyzji zamawiającego nie może obciążać wykonawcy. Zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasada przejrzystości, sprzeciwiają się temu, aby sytuacje w których żądanie zamawiającego nie jest wyrażone jasno, rodziły negatywne skutki dla ubiegania się o zamówienie.

W tej sytuacji zasadne było nakazanie zamawiającemu ponowienie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do przystępującego. Prawidłową odpowiedzią przystępującego powinno być złożenie wykazu osób zawierającego wszystkie wymagane informacje w stosunku do Pana J. J. Ł. oraz wskazującego nową osobę na stanowisko Projektanta Konstruktora.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.599,96 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: