

Sygn. akt: KIO 1145/13

POSTANOWIENIE
z dnia 28 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 27 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2013 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o. o., 56-916 Bogatynia, ul. Młodych Energetyków 3**, w postępowaniu prowadzonym przez **URBIS Sp. z o. o., 60-200 Gniezno, ul. Chrobrego 24/25**,

przy udziale wykonawcy **Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o. o., 56-916 Bogatynia, ul. Młodych Energetyków 3** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o. o., 56-916 Bogatynia, ul. Młodych Energetyków 3** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Zamawiający Urbis Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Projekt i Budowa Zakładu Zagospodarowania odpadów w msc. Lulkowo”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 września 2012 r., pod numerem 2012/S 169 279855.

W dniu 6 maja 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie.

Wobec takiego działania zamawiającego w dniu 16 maja 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o. o. z siedzibą w Bogatyni zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako ustawa „Pzp”]:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp - poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Control Process S. A., podczas, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Control Process S.A., podczas, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wnosil o:

- 1) unieważnienie decyzji zamawiającego z dnia 6 maja 2013 roku o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Control Process S.A.,
- 2) wykluczenie wykonawcy Control Process S.A. z udziału w przedmiotowym postępowaniu i uznaniu złożonej przez tą spółkę oferty za odrzuconą,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem skutków czynności wnioskowanych w pkt 1 i 2 i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 4) przeprowadzenie dowodu z akt przedmiotowego postępowania pod nazwą: „Projekt i Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w msc. Lulkowo”,
- 5) przeprowadzenie dowodów powołanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący wskazywał, iż wykonawca Control Process S.A. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W ocenie odwołującego wykonawca ten nie wykazał, aby osoba wskazana w poz, 14 wykazu osób, posiadała doświadczenie przy zakończonym odbiorem końcowym nadzorowaniu przynajmniej jednej

linii technologicznej do sortowania odpadów komunalnych o przepustowości min. 30.000 Mg/rok na jedną zmianę, która była wyposażona w układ co najmniej 3 separatorów optopneumatycznych o porównywalnej lub wyższej wydajności i działający w uwarunkowaniach porównywalnych do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosił, że z informacji uzyskanych od spółki Remondis Sp. z o.o. oraz przedsiębiorstwa dostarczającego linię technologiczną, jak również od samego Pana L..... M..... (wskazanego w poz. 14 wykazu osób) wynika, iż w skład instalacji technologicznej wybudowanej w Dąbrowie Górniczej wchodziły wyłącznie 2 separatory optyczne. Instalacja do sortowania odpadów spółki Remondis Sp. z o.o. Oddział Sosnowiec nie ma i nigdy nie miała zainstalowanych trzech separatorów optycznych. Odwołujący wskazywał również, iż wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez specjalistę nr 8 szczególnego doświadczenia zawodowego tj. doświadczenia w projektowaniu w charakterze projektanta sieci i/lub instalacji średniego i niskiego napięcia i/lub urządzeń elektrycznych i/lub elektroenergetycznych dla, co najmniej jednej inwestycji z sektora gospodarki odpadami lub gospodarki wodno-ściekowej o sumarycznej mocy zainstalowanych urządzeń nie mniejszej niż 1MW. Odwołujący podniósł, iż z dokumentacji wykonawczej sporządzonej przez Pana R..... S..... (wskazanego na powyższe stanowisko), dla Spółki Hydrobudowa inwestycji polegającej na budowie Zakładu Zagospodarowania Odpadów dla potrzeb Celowego Związku Gmin „Proekob” wynika, iż suma mocy zainstalowanych urządzeń pozostaje mniejsza niż 1MW. W ocenie odwołującego podstawą uznania powyższego nie może być oświadczenie Pani H..... K.....-S..... i przedstawionych przez nią fragmentów dokumentacji projektowej. Dalej odwołujący podnosił, iż wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez specjalistę nr 6 doświadczenia w projektowaniu na stanowisku samodzielnym w charakterze technologa sortowni co najmniej jednej Instalacji do sortowania odpadów nadzorowaniu przynajmniej jednej linii technologicznej do sortowania odpadów komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 30.000 Mg/rok na jedną zmianę, który był wyposażona w układ, co najmniej 3 separatorów optopneumatycznych. Z informacji uzyskanych bezpośrednio od inwestorów wynika, iż wskazane na poparcie doświadczenia inwestycje 4 projekty (pierwsze 4 pozycje wykazu Inwestycji dla specjalisty nr 6) nie zawierały układu co najmniej 3 separatorów optopneumatycznych. Odwołujący stwierdził, iż wybrany wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia zawodowego osób wskazanych w pkt 6, 8 i 14 wykazu osób, mające wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. W ocenie odwołującego brak wykazania, że Pani H..... K..... – S....., Pan L..... M..... oraz Pan R..... S..... posiadają wymagane doświadczenie skutkuje uznaniem, że wybrany wykonawca nie spełnia

warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i podlega wykluczeniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Urbis Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Projekt i Budowa Zakładu Zagospodarowania odpadów w msc. Lulkowo”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 września 2012 r., pod numerem 2012/S 169 279855.

Izba ustaliła, iż w zakresie potencjału kadrowego zamawiający m.in. wymagał wykazania się dysponowaniem:

- 1) osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Technologa dla sortowni posiadającą:
 - a) wykształcenie wyższe techniczne;
 - b) co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe w ochronie środowiska i/lub zagospodarowywaniu odpadów w tym co najmniej 5 letnie doświadczenie przy projektowaniu budowy linii technologicznych do sortowania odpadów komunalnych;
 - c) doświadczenie w projektowaniu na stanowisku samodzielnym w charakterze technologa sortowni co najmniej jednej instalacji do sortowania odpadów komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 30 000 Mg/rok na jedną zmianę, który był wyposażony w układ co najmniej 3 separatorów optopneumatycznych.
- 2) osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadającą:
 - a) wykształcenie wyższe techniczne,
 - b) uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub równoważne uprawnienia wydane zgodnie z wcześniej obowiązującym prawem, w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia,
 - c) co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu, w tym, co najmniej 4-letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) w pełni samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na Projektanta,
 - d) doświadczenie w projektowaniu w charakterze projektanta sieci i/lub instalacji średniego i niskiego napięcia i/lub urządzeń elektrycznych i/lub elektroenergetycznych dla co najmniej jednej inwestycji z sektora gospodarki

odpadami lub gospodarki wodno ściekowej o sumarycznej mocy zainstalowanych urządzeń nie mniejszej niż 1 MW

- 3) osobą przewidziana do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozruchów technologicznych dla sortowni posiadającą:
 - a) wykształcenie wyższe inżynierskie,
 - b) co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe, w tym co najmniej 3-letnie doświadczenie przy nadzorowaniu uruchamiania linii technologicznych do sortowania odpadów komunalnych,
 - c) doświadczenie przy nadzorowaniu uruchamiania minimum dwóch linii technologicznych do sortowania odpadów komunalnych o przepustowości min. 30 000 Mg/rok na jedną zmianę zakończonych odbiorem końcowym, w tym przynajmniej jednej, która była wyposażona w układ co najmniej 3 separatorów optopneumatycznych o porównywalnej bądź wyższej wydajności i działający w uwarunkowaniach porównywalnych do przedmiotu zamówienia,

W dniu 20 lutego 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie.

Wobec powyższej czynności wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o. o. z siedzibą w Bogatyni, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w dniu 1 marca 2013 r., złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Control Process, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Control Process, podczas gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 3) naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp przez nieuprawnione i nieuzasadnione utajnienie części dokumentacji przetargowej.

W uzasadnieniu wskazywał, że z treści oferty złożonej przez wykonawcę Control Process wynika, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegających na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W ocenie odwołującego wykonawca ten m.in. nie wykazał, aby wskazane osoby spełniały wymagania przewidziane w specyfikacji dla poszczególnych specjalistów w zakresie posiadanego doświadczenia.

Wyrokiem z dnia 21 marca 2013 r., (sygn. akt KIO 463/13), Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wskazując, iż zarzuty wskazane w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Jednakże pismem z dnia 22 kwietnia 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców, iż unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Control Process S.A. oraz, że dokona ponownego badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 6 maja 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty ponownie wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 17 maja 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Control Process z siedzibą w Krakowie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Niewątpliwie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 marca 2013 r., (sygn. akt KIO 463/13) oddaliła odwołanie wykonawcy EGBUD Sp. z o. o., który kwestionował ocenę zamawiającego w zakresie spełniania przez Control Process S.A. warunku udziału w postępowaniu, co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia o wymaganym przez zamawiającego doświadczeniu. Składając ponownie odwołanie w dniu 16 maja 2013 r., odwołujący EGBUD Sp. z o. o. ponownie powołał się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z dnia 21 marca 2013 r., gdyż Izba rozstrzygała w zakresie spełniania przez wykonawcę Control Process S.A. warunków udziału w postępowaniu co do doświadczenia wskazanych osób i zgodności z wymogami zamawiającego.

Za nowe okoliczności nie sposób uznać próby podważenia spełniania tego samego warunku udziału w postępowaniu za pomocą nowo pozyskanych dowodów. Skoro przedmiotem pierwszego odwołania było kwestionowanie doświadczenia poszczególnych osób wskazanych dla spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym to trudno uznać, że zaszły nowe okoliczności skoro odwołujący nadal kwestionuje doświadczenie osób wskazanych w wykazie złożonym przez wykonawcę Control Process

S.A. w ofercie. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z nowymi okolicznościami a wyłącznie z powoływaniem się przez odwołującego na nowe dowody, które miałyby uzasadniać tą samą okoliczność będącą już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, to jest, że wybrany wykonawca nie dysponuje osobami o wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem i tym samym nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, iż odwołujący nie może dwukrotnie, a taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie ma miejsce, wnieść odwołania z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne, gdyż rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej. Za postanowieniem Izby z dnia 13 lutego 2013 r. (sygn. akt. KIO 250/13) należy wskazać, iż „(...) w tym samym postępowaniu o zamówienie publiczne te same okoliczności faktyczne i prawne mogą być tylko raz przedmiotem odwołania wniesionego przez ten sam podmiot. Odmienna regulacja prowadziła by bowiem do naruszenia art. 366 k.p.c.”.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowej sprawie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba nie przychyliła się do wniosków zamawiającego i przystępującego, którzy wskazywali, iż przedmiotowe odwołanie winno być odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który w niniejszej sprawie ma zastosowanie, odwołanie winno być wniesione w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Niewątpliwie podstawą wniesienia przedmiotowego odwołania była czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 6 maja 2013 r., zatem wniesienie odwołania do Krajowej Izby odwoławczej w dniu 16 maja 2013 r., należało uznać za prawidłowe, z zachowaniem ustawowego terminu. Izba wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie, przy uwzględnieniu aktualnego stanu prawnego, termin na wniesienie odwołania należało liczyć od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę odwołania, co miało bezspornie miejsce w dniu 6 maja 2013 r. Tym samym nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba wskazuje również, iż nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Wyrokiem z dnia 21 marca 2013 r., (sygn. akt KIO 463/13) Izba oddaliła odwołanie. Tym samym nie można zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że niniejsze odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią w/w wyroku, skoro Izba żadnych czynności zamawiającemu nie nakazywała.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stanowiącego, że strony postępowania ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku oraz treść § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący