

WYROK
z dnia 29 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2012 r. przez Grontmij Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Szczecin

przy udziale Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST Spółki Akcyjnej w Szczecinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Miasto Szczecin unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie z postępowania Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST Spółki Akcyjnej w Szczecinie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST Spółkę Akcyjną w Szczecinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Grontmij Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST w Szczecinie na rzecz Grontmij Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST Spółki Akcyjnej w Szczecinie na rzecz Gminy Miasto Szczecin kwotę 262 zł 00 gr (słownie: dwieście sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Budowa „Szczecińskiego Szybkiego Tramwaju - Etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 czerwca 2012 r., pod numerem 2011/S 110-183121. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

8 października 2012 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. w Szczecinie.

Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu wniósł 18 października 2012 r. odwołanie, z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu jego kopii.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i w konsekwencji tej czynności nakazanie wykluczenia z postępowania EKO-INWEST oraz odrzucenie złożonej przez niego oferty, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że EKO-INWEST nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w III.2.3 ppkt 5.1 ogłoszenia o zamówieniu i postanowieniu rozdziału V ppkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „specyfikacja”). Wskazał, że powołane w tym celu doświadczenie International Menagement Services Sp. z o.o nabyte w konsorcjum utworzonym z EKOCENTRUM Sp. z o.o w przy pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu dla zadania „Krakowski Szybki Tramwaj Miejski” nie odpowiada wymaganiam zamawiającego, gdyż usługa polegała jedynie na dokończeniu prac poprzedniego inżyniera kontraktu – realizowana była w okresie 6 miesięcy – od 1 lipca 2009 do 31 grudnia 2009 roku, a jej zakres obejmował wyłącznie prace wykończeniowe i rozliczenie kontraktu. Zasadnicze prace wykonała firma EGIS Rail, a w momencie przejęcia

nadzoru nad projektem, torowiska i inne obiekty infrastrukturalne były już oddane do eksploatacji. Wskazał, że zgodnie z modyfikacją specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówieniu z 19 lipca 2012r. uwzględnione powinny być wyłącznie zakończone roboty budowlane bez okresu zgłaszania wad i gwarancji.

Odwołujący zarzucił, że warunek dotyczący doświadczenia nie został wykazany przez EKO-INWEST również dlatego, że usługa inżyniera kontraktu dla przedsięwzięcia „Krakowski Szybki Tramwaj” realizowana była według warunków kontraktowych dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę - żółta książka („żółty FIDIC”), co nie odpowiada wymogowi postawionemu przez zamawiającego, który celowo żądał doświadczenia w realizacji kontraktów wg warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego („czerwony FIDIC”), czyli w takiej formule, w jakiej realizowane będzie zamówienie. Oceniał, że różnice w prowadzeniu i realizacji inwestycji na podstawie tych dwóch warunków kontraktowych są tak duże, że nie wolno uznać ich za tożsame lub równoważne.

Odwołujący podniósł, że EKO-INWEST nie wykazał spełnienia warunku opisanego w pkt III.2.3 ppkt 5.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 2.3 specyfikacji. Wskazany na stanowisko inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych Pan Przemysław Grabski nie posiada wymaganego 5 letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji w budownictwie, jako kierownik budowy, kierownik robót, lub inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych. Odwołujący wywiódł, że skoro Pan Grabski dysponuje uprawnieniami budowlanymi od 10 czerwca 2007r. musiałby sprawować ww. funkcje nieprzerwanie od momentu uzyskania uprawnień. Podniósł, że w myśl art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego do sprawowania samodzielnych funkcji w budownictwie niezbędny jest wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, zaś Pan Grabski wpis na listę Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa uzyskał dopiero w roku 2012. W związku z powyższym wykonawca EKO-INWEST podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

Odwołujący zarzucił również, że oświadczenie w zakresie Pana Przemysława Grabskiego zawarte w wykazie osób było działaniem umyślnym wykonawcy, mającym na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym uzyskania zamówienia. Działanie takie winno podlegać sankcji z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. w Szczecinie zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp z racji przekazania zamawiającemu kopii odwołania za pośrednictwem faksu, w sposób inny, niż dopuszczony przez zamawiającego. Przywołany przepis nakazuje odrzucenie odwołania, jeśli odwołujący nie przesłał kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Ten przepis stanowi z kolei, że odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, tak by mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 Pzp.

Odwołujący przesłał zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu na wniesienie odwołania i uzyskał potwierdzenie transmisji faksu. Spełnione zostały tym samym wymagania art. 180 ust. 5 Pzp.

Prawnie doniosłe dla stwierdzenia przesłanki zawartej w art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp jest zachowanie terminu przewidzianego ustawą na wniesienie odwołania. Natomiast przekazanie kopii odwołania w formie innej, niż przewidziana przez zamawiającego w specyfikacji, powodować może, co najwyżej, brak możliwości powołania się na domniemanie ustalone w art. 180 ust. 5 zdanie drugie Pzp. W takim przypadku w razie sporu, co do daty przekazania odwołania nastąpiłoby według zwykłego rozkładu ciężaru dowodu.

Izba nie podzieliła poglądu przystępującego, że żądanie wyłącznie wykluczenia z postępowania z pominięciem żądania wezwania do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów oraz brak wskazania w katalogu naruszonych przepisów ustawy art. 26 ust. 3 Pzp, dyskwalifikuje odwołanie.

Izba jest związana wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania (art. z art. 192 ust. 7 Pzp). W razie ustalenia, że przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, Izba stosownie do art. 192 ust. 3 Pzp jest zobowiązana nakazać zamawiającemu dokonanie czynności w postępowaniu, które doprowadzą procedurę do zgodności z przepisami ustawy, niezależnie od treści żądania zawartego w odwołaniu.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności po ofercie przystępującego i

ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Po wysłuchaniu stanowisk stron i przystępującego oraz po przeprowadzeniu postępowania dowodowego i ocenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W punkcie III.2.3 ppkt 5.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 2.2 lit. b) specyfikacji zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał wykazania, że wykonawca wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum 1 pracę polegającą na świadczeniu usług pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, tj. świadczenia usług związanych z zarządzaniem, koordynacją, kontrolą i nadzorem zadania inwestycyjnego, przedmiotem którego była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego o długości minimum 500 mb, zrealizowana wg warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów FIDIC lub równoważnego innego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego. (...) Zamawiający uwzględni tylko zadania zakończone. 19 lipca 2012 r. zamawiający zmienił ostatnie zdanie postanowienia przez nadanie mu brzmienia: „Zamawiający uwzględni tylko zadania zakończone tj. zakończone roboty budowlane bez okresu zgłaszania wad i gwarancji”.

Przystępujący na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wskazał usługę Inżyniera Kontraktu wg wymogów FIDIC dla przedsięwzięcia pod nazwą „Krakowski Szybki Tramwaj - obszar 1, 2, 3, 4, 5 i 6” realizowaną na zlecenie Agencji Rozwoju Miasta w Krakowie przez Konsorcjum firm International Management Services Sp. z o.o. i Ekocentrum Sp. z o.o. (firma International Management Services Sp. z o.o. użyczyła potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp), dalej jako: „Konsorcjum”.

Nie jest sporne, że pierwszym Inżynierem Kontraktu dla powyższego projektu była firma EGIS Rail, sprawująca nadzór nad budową od 23 grudnia 2006 do 28 lutego 2009 roku, a Konsorcjum kończyło zadania poprzedniego Inżyniera Kontraktu, w okresie 1 lipca 2009 – 31 grudnia 2009 r.

Przedmiot sporu stanowi ocena, czy zakres prac nadzorowanych przez Konsorcjum oraz podstawa świadczenia usługi („żółty FIDIC”) są wystarczające dla wykazania przez przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Celem uprawnienia zamawiającego do ustalania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do wykonywania zamówienia wyłącznie wykonawców odpowiednich – to znaczy takich, którzy posiadają potencjał pozwalający racjonalnie oczekiwać, że należycie wykonają umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zatem w przypadku, wątpliwości, co do wykazania warunków udziału w postępowaniu nie można poprzestawać ocenie formalnej, opartej – jak chciałby przystępujący – wyłącznie na wykładni literalnej, lecz sięgać należy do wykładni celowościowej, materializującej potencjał wykonawcy. Na posługiwanie się wykładnią celowościową wskazuje art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu powinny być proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia.

Izba uznała, że zakres prac wykonanych w czasie wykonywania usługi przez Konsorcjum nie odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Długość okresu świadczenia usługi inżyniera kontraktu nie była wymagana przez zamawiającego i nie ma znaczenia dla oceny, czy warunek udziału w postępowaniu został wykazany przez wykonawcę. Nie oznacza to jednak, że każdy z wykonawców, który wykonywał jakiegokolwiek czynności związane z zarządzaniem koordynacją, kontrolą oraz nadzorem zadania inwestycyjnego spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga wykazania nadzoru nad zadaniem, którego przedmiot obejmował roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego o długości min. 500 mb.

Tymczasem już z samego stanowiska zawartego w piśmie procesowym przystępującego wynika, że Konsorcjum nie sprawowało nadzoru na budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego. Z treści pisma wynika bowiem, że w trakcie świadczenia usługi wykonano roboty budowlane związane z wykończeniem w obrębie pętli tramwajowej przy ul. Kamiennej, w tym związane z przestawieniem elementów trakcji, wykonaniem muru oporowego, ścieżek rowerowych, poprawy spawów, które były wykonane w niewłaściwych warunkach atmosferycznych oraz usuwaniem pęknięć w ścianach oporowych i nawierzchni ścieżek rowerowych i dróg.

Dostrzeżenia wymaga, że pojęcie torowiska tramwajowego posiada definicję legalną zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 12 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 19, poz. 115), zgodnie z którym torowisko tramwajowe stanowi część ulicy między skrajnymi szynami wraz z zewnętrznymi pasami bezpieczeństwa o szerokości 0,5 m każdy.

Odniesienie twierdzeń przystępującego do tej definicji jasno wskazuje, że prace wykończeniowe i niezbędne poprawki nie są budową lub przebudową torowiska tramwajowego o wymaganej długości.

Izba wyraża pogląd, że możliwości uznania doświadczenia przystępującego za wystarczające sprzeciwia się również zmiana specyfikacji dokonana przez zamawiającego

19 lipca 2012r. Uznając za odpowiednie wyłącznie roboty zakończone – bez okresu zgłaszania wad i usterek, zamawiający z jednej strony uznał, że fakt nieupłynięcia tego okresu nie wywrze negatywnego wpływu na możliwość powołania usługi nadzoru nad taką inwestycją, z drugiej jednak wyraźnie wyłączył z okresu referencyjnego nadzór nad dokończeniem robót, które zostały odebrane i podlegają eksploatacji.

Potwierdzają to dowody złożone przez odwołującego. Z dokumentów dotyczących Konsorcjum, aktu umowy, specyfikacji oraz załącznika nr 1 do specyfikacji, wynika, że rolą inżyniera kontraktu było dokończenie czynności przewidzianych dla Inżyniera Kontraktu. Wskazano (załącznik nr 1 str. 2 i 3), że protokoły odbioru końcowego oraz przekazania obiektu zostały przekazane użytkownikowi. Spójne z powyższym jest świadectwo przejęcia robót dla całości robót kontraktowych. Zakres prac wykonanych przez EGIS Rail wynika z Biuletynu Małopolskiej Izby Inżynierów Budownictwa nr 1/2009 (31) s. 8 dowodu powołanego w odwołaniu.

Przystępujący podnosił, że świadectwo przejęcia nie dotyczy robót zaległych. Nie wskazał jednak, że roboty takie wykonywał oraz, że odpowiadały one wymaganiom zamawiającego, mimo że mógł i powinien to uczynić. Nielogiczne i sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego byłoby uznanie za wystarczające do nadzorowania budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego doświadczenia nabytego przez sprawowanie nadzoru nad pracami wykonanymi po oddaniu torowiska do użytkowania.

Izba nie podzieliła natomiast poglądu odwołującego, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż doświadczenie nabyte przy sprawowaniu funkcji nadzoru nad inwestycją, która realizowana była według warunków kontraktowych dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę.

Izba podzieliła argumentację przystępującego, że w praktyce szczegółowe warunki kontraktu dalece modyfikują wzorce ogólne, zatem porównanie samych modeli kontraktów nie może stanowić przekonującego argumentu. Po wtóre stanowisko odwołującego nie dało podstaw do przyjęcia, że powoływane różnice czynią doświadczenie nabyte na podstawie umowy według warunków kontraktowych dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę niewystarczające do prawidłowego wykonania umowy wg warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego.

Logiczny jest pogląd przeciwny - przyjęcie, że prawidłowo wykonany nadzór nad projektowaniem i wykonaniem robót budowlanych pozwala na przyjęcie, że dany wykonawca sprostą nadzorowi nad wykonaniem robót budowlanych. Argumentacja na twierdzenie przeciwne nie została przedstawiona.

Potwierdzenie znalazł zarzut dotyczący Pana Przemysława Grabskiego.

W pkt III.2.3 ppkt 5.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 2.3.8 specyfikacji zamawiający wymagał, aby osoba wskazana na stanowisko inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych posiadała wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, nie mniej niż 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji w budownictwie tj. kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych. Przystępujący wskazując Pana Przemysława Grabskiego, oświadczył, że posiada ponad 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji w budownictwie, jako kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych i dysponuje uprawnieniami budowlanymi od 10 czerwca 2007r.

Katalog funkcji referencyjnych został ustalony w treści warunku przez zamawiającego w sposób enumeratywny. Skrót „tj” powszechnie i jednolicie oznacza „to jest”. Treść warunku nie zawiera innych sformułowań dających podstawę do ewentualnego uznania, że zamawiający miał na myśli katalog przykładowy. Kierownik budowy, kierownik robót, lub inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych to samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, do których wykonywania, zgodnie z art. 12 ust. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 1994 Nr 89 poz. 414 ze zm.) niezbędny jest wpis do centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane oraz wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności. Zatem nawet przy dopuszczeniu możliwości wskazywania innych funkcji niewątpliwie obowiązek uzyskania wpisu winien być zachowany. Odwołujący za pomocą informacji pochodzących z ogólnodostępnego rejestru członków Okręgowych Izb Inżynierów Budownictwa znajdującego się na stronach internetowych Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa oraz odpowiedzi tej Izby z 26 października wykazał, że Pan Przemysław Grabski jest członkiem Zachodniopomorskiej Izby Inżynierów Budownictwa dopiero od roku 2012 i wcześniej nie był członkiem żadnej innej Izby.

Tym samym, w związku z przywołanym art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego, mimo posiadania uprawnień budowlanych od roku 2007 Pan Przemysław Grabski nie może posiadać 5-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji w budownictwie tj. kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych.

Odwołujący nie powyższemu nie zaprzeczył, wskazał że oparł się na informacjach przekazanych przez Pana Grabskiego.

Izba nie miała wątpliwości, że odwołujący nie wykazał dysponowaniem osobą na stanowisko inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych spełniającą wymagania zamawiającego.

Odwołujący w związku z osobą Pana Grabskiego podniósł również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, który stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który złożył informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania.

Obie przesłanki zawarte w przywołanym przepisie ziściły się. Informacje dotyczące doświadczenia Pana Grabskiego okazały się niezgodne z rzeczywistością i miały wpływ na wynik postępowania - umożliwiały przystępującemu wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinna następować z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności sprawy, gdyż w przeciwnym razie każdy przypadek niewykazania warunków udziału w postępowaniu byłby równoznaczny ze złożeniem nieprawdziwych informacji.

Izba podziela tę tezę i wskazuje, że w orzecznictwie ukształtował się pogląd, że nieprawdziwość informacji to niezgodność oświadczeń wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy stwierdzona *ad casum*. Niezgodność ta nie może budzić wątpliwości i ma wynikać z faktów, nie zaś z różnic w wykładni postanowień ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji.

Ileokroć wymaganie zamawiającego może być obiektywnie rozumiane na różne sposoby, nie można mówić o nieprawdziwości złożonych informacji, a jedynie o rozbieżnej interpretacji. W takiej sytuacji Izba nie potwierdza zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nawet jeśli nie podziela wykładni dokonanej przez wykonawcę. Stwierdza jedynie niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W okolicznościach sporu sytuacja taka nie ma miejsca. Wprawdzie zamawiający opisując wymagania stawiane osobom i wymagał „samodzielnych funkcji w budownictwie”, nie zaś „samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie”, jednak pominięcie słowa „samodzielne” nie zniekształca treści warunku. Oczekiwane przez zamawiającego doświadczenie dotyczy kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych - wyłącznie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Pojęcie „funkcje techniczne w budownictwie” nie posiada samodzielnego desygnatu w rzeczywistości, nie może być zatem mowy o dowolności interpretacyjnej.

Z życiorysu zawodowego Pana Grabskiego, złożonego wraz z oświadczeniem przez przystępującego, nie wynika też samodzielność wykonywanych funkcji, wskazane zostało stanowisko, zakres czynności i nazwy projektów.

Przystępujący wywodził, że wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp winna chronić element zaufania w jakim działa wykonawca w stosunku do osoby, która deklaruje mu swoje kwalifikacje i doświadczenie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba nie podziela tego poglądu i wskazuje, że celem normy art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest ochrona zamawiającego i interesu publicznego przed wykonawcami, którzy nie dają gwarancji należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawcy

tacy narażają interes publiczny na szwank, wynikający z możliwego nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez podmiot, który oświadczył, że posiada wymagany potencjał, w sytuacji, gdy stan rzeczy jest inny. Takie zachowanie godzi w uczciwą konkurencję między przedsiębiorcami.

Regulacje ustawy stanowią nie tylko tryb wydatkowania środków publicznych, ale również wywierają istotny wpływ na zachowania rynkowe. Surowość sankcji wykluczenia jest mechanizmem kształtującym uczciwą konkurencję, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie powinna sprzyjać zachowaniom wykonawców sprzecznym z zasadami uczciwej konkurencji.

Z poglądem tym współbrzmi powołany przez przystępującego art. 297 § 1 kodeksu karnego, w którym ustawodawca chroni uczciwość w obrocie gospodarczym penalizując nie tylko złożenie dokumentu poświadczającego nieprawdę, ale również uznając za wystarczające dla zastosowania sankcji karnej złożenie dokumentu nierzetelnego.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wiąże przesłanek wykluczenia z winą wykonawcy. Z kolei art. 45 ust. 2 lit. g 2004/18/WE Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 roku stanowi, że wykluczeniu podlega wykonawca, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, jednak bez dalszych doprecyzowań, które wskazywałyby na postać winy. Nie mówi bowiem ani o zamiarze, ani też o celowości działania wykonawcy.

W konsekwencji przyjęć należy, że zawinione przez wykonawcę złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania powoduje konieczność wykluczenia go z postępowania niezależnie od postaci winy. Natomiast dla podleganiu odpowiedzialności karnej z powodu poświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia niezbędne jest popełnienie czynu zabronionego z winy umyślnej i w warunkach zamiaru bezpośredniego.

Taki stan rzeczy odpowiada naturze postępowania o udzielenie zamówienia oraz naturze postępowania odwoławczego, cechujących się szybkością i formalizmem, w których nie ma miejsca na długotrwałe postępowanie dowodowe zmierzające do ustalenia postaci winy.

Izba ocenia, że podanie przez przystępującego nieprawdziwych informacji nastąpiło skutkiem braku należytej staranności, której należy oczekiwać przy przygotowaniu oferty. Do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się z mocy art. 14 Pzp przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z brzmieniem art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przepisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). Miara należytej staranności powinna być formułowana na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować i jest zaostrzona w stosunku do profesjonalistów. Art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W

istotę aktywności gospodarczej wpisany jest bowiem wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej, w tym znajomość przepisów prawa oraz wynikających z nich następstw. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia składa ofertę oraz wymagane oświadczenia i dokumenty w imieniu własnym i ponosi odpowiedzialność za ich treść, stąd przed ich złożeniem winien się upewnić, czy deklarowany w nich stan rzeczy jest zgodny z rzeczywistością. Przystępujący powinien i mógł to uczynić w łatwy sposób, stosowne wiadomości są publicznie dostępne.

Przywoływane orzeczenie Sądu Okręgowego dla Warszawy-Pragi w Warszawie z 19 lipca 2012r. (IV Ca 683/12) zapadło w szczególnych okolicznościach, gdzie sam zamawiający wiedział, że w oświadczeniu wykonawcy nastąpiła omyłka – przedmiotem sporu były bowiem usługi wykonywane na jego rzecz, a wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert.

Odwołujący wyraził przekonanie, że złożenie przez niego informacji dotyczących Pana Grabskiego nastąpiło skutkiem omyłki. Jak wskazano wyżej, treść warunku udziału w postępowaniu jest niewątpliwa, zwłaszcza dla profesjonalnego wykonawcy. Po wtóre przystępujący nie wykazał w postępowaniu odwoławczym, że dysponuje osobami, które mógłby wskazać w miejsce Pana Grabskiego. Złożył w tym zakresie jedynie oświadczenie.

Z uzasadnienia orzeczenia Sądu Okręgowego wynika też, że jeżeli zamawiający wiedział, że wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje na skutek popełnienia omyłki – nie miał podstaw prawnych do żądania od nich ewentualnego zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż dopuszczalne jest tylko uzupełnianie dokumentów niezłożonych lub dokumentów wadliwych, a nie dokumentów, które zawierają informację nieprawdziwą (*vide* też: informacja na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych). W konsekwencji zatem odwołujący i tak podlega wykluczeniu.

Złożenie nieprawdziwych informacji nawet jeśli nastąpiło skutkiem omyłki jest brakiem nieusuwalnym, podobnie jak błąd w obliczeniu ceny oferty, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania zmiana tego stanu rzeczy nie jest możliwa.

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp potwierdziły się.

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 oraz art. 186 ust. 6 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocników odwołującego i zamawiającego – odpowiednio koszty dojazdu na posiedzenie oraz wynagrodzenia z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: