

Sygn. akt KIO/KD 33/18

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 30 sierpnia 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń **zamawiającego Urząd Morski w Gdyni z 31.07.2018 r.** wniesionych do Informacji o wyniku kontroli doraźnej z **16.07.2018 r.** (znak **KND/13/18/DKZP**) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **zamawiającego Urząd Morski w Gdyni** zawartych w piśmie z **31.07.2018 r.** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: »Opracowanie projektu budowlanego wraz z projektem wykonawczym na Przebudowę nadbrzeży przy Polskim Haku w Gdańsku wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego«

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Emil Kawa

Ernest Klauziński

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego nie zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd Morski w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę »Opracowanie projektu budowlanego wraz z projektem wykonawczym na Przebudowę nadbrzeży przy Polskim Haku w Gdańsku wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego«. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 6.04.2016 r. pod nrem 35385-2016. Zamawiający był obowiązany prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – dalej w skrócie „Pzp”. W związku z tym treść przywoływanego często w postępowaniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmiała: »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania«.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonał od 5.03.2018 r. do 16.07.2018 r. kontroli doraźnej na podstawie cyt. »art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [...]« [1 akapit str. 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 16.07.2018 r.]. W wyniku kontroli kontrolujący stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez nieuprawnione wykluczenie z udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Wodnych i Melioracyjnych (dalej jako wykonawca S) cyt. »z uwagi na złożenie rzekomo nieprawdziwych informacji w *Informacji z 25 maja 2016 r.* wniesionej do zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty złożonej przez ww. wykonawcę [SliTWiM przyp. Izby]«.

Prezes UZP powiadomił o tym zamawiającego 16.07.2018 r. w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak KND/13/18/DKZP).

W odpowiedzi na to pismo 3.08.2018 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli (pismo z 31.07.2018 r.). Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 14.08.2018 r. nie uwzględnił tych zastrzeżeń oraz przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą w trybie art. 167 ust. 2 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego nie są zasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że stan faktyczny został prawidłowo ustalony przez kontrolującego, co ogólnie nie budziło również wątpliwości zamawiającego, dlatego Izba może przytoczyć opis

stanu faktycznego za kontrolującym. Jedyne zamawiający podkreślił, że cyt. »[...] z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, iż osoba wskazana przez jakiegokolwiek wykonawcę na potwierdzenie spełnienia cytowanego warunku udziału w postępowaniu miała pełnić funkcję projektanta». Miała być to osoba posiadająca „doświadczenie w projektowaniu”, co przy żadnej możliwej do przyjęcia interpretacji nie pozwala na utożsamianie tego rodzaju doświadczeń».

W rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym wykonawca Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej wykonawca T) na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał dysponowanie m.in. pana M. K. Wykonawca S w trybie art. 181 ust. 1 Pzp w informacji z 25.05.2016 r. zanegował doświadczenie pana M. K., który w wykazywanych okresach pracował na rzecz wykonawcy S. Jednak z referencji wystawionych 31.08.2015 r. przez tego samego wykonawcę S wynika, że pan M. K. cyt. »brał czynny udział w opracowaniu« wielu wykazanych projektów zajmując stanowiska cyt. »Asystenta Projektanta, Projektanta, Koordynatora projektu«.

15.06.2016 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu z postępowania wykonawcy S oraz odrzuceniu jego oferty cyt. »na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy PZP oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy PZP«.

Izba ponadto przyjmuje jak swoje stanowisko Prezesa UZP z 14.08.2018 r. przedstawione w odpowiedzi na zastrzeżenia.

Zamawiający uznał informacje o niespełnianiu przez wykonawcę T podane przez wykonawcę S za nieprawdziwe w oparciu o treść referencji wystawionych przez wykonawcę S z 31.08.2015 r., a złożonych przez wykonawcę T jako załącznik do pisma z 8.06.2016 r. W piśmie wykonawca T wskazał, że Pan M. K. brał udział w wymienionych zadaniach projektowych wymienionych w informacji z 25.05.2016 r. Zgodnie z treścią referencji Pan M. K. pracował na rzecz wykonawcy S w okresie od października 2007 r. do grudnia 2008 r. oraz od listopada 2009 r. do 31 sierpnia 2015 r. W tym okresie zajmował stanowiska: asystenta projektanta, projektanta, koordynatora projektu. W okresach tej współpracy z wykonawcą S, Pan M. K. brał czynny udział w opracowywaniu 38 dokumentacji. Projekty wymienione w tych referencjach są takie same, jak wskazane przez wykonawcę T. W referencjach nie zostały przypisane funkcje do konkretnego projektu.

Kontrolujący stwierdził, że na podstawie ww. dokumentów nie można określić jaką funkcję pełnił Pan M. K. w projektach wskazanych w Wykazie osób. Tym samym treść ww. referencji nie jest sprzeczna z treścią informacji złożonej przez wykonawcę S w piśmie z 25.05.2016 r., a więc nie stanowi to pismo wystarczającego potwierdzenia, że informacje złożone przez wykonawcę S były nieprawdziwe.

Ponadto Prezes UZP w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 16.07.2018 r. stwierdził, że z Informacji z 20.06.2016 r. złożonej do zamawiającego przez wykonawcę S wynika, że wykonawca S w Informacji z 25.05.2016 r. nie kwestionował faktu, że Pan M. K. brał czynny udział w opracowaniu dokumentacji projektowych, ale »czynny udział w opracowaniu« wymienionych dokumentacji projektowych nie oznaczał projektowania zwłaszcza, że z treści referencji z 31.08.2015 r. wynikało, że Pan M. K. w okresie współpracy zajmował stanowiska: asystenta projektanta, projektanta, koordynatora projektu bez przypisania konkretnej funkcji do poszczególnych projektów, a więc wykonawca S kwestionował udział Pana M. K. w projektowaniu, odróżniając doświadczenie w projektowaniu – rozumiane jako projektowanie od doświadczenia przy projektowaniu – rozumianego jako asystowanie lub koordynacja projektowania.

Prezes UZP wskazał, że błędem jest utożsamianie nieprawdziwych informacji, o których była mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z błędną interpretacją czy kwalifikacją faktów ujawnionych zamawiającemu, o czym również traktował wyrok KIO z 10 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1083/15. Wykonawca S kwestionował w Informacji z 25.05.2016 r. utożsamianie brania udziału w czynnościach projektowych przez Pana M. K. z doświadczeniem w projektowaniu, co stanowiło wypełnienie warunku w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia ustanowionego przez zamawiającego w cz. 9 ust. 1 pkt 3 SIWZ.

Wykonawca S w toku postępowania zamówieniowego konsekwentnie twierdził, że Pan M. K. współpracował z wykonawcą S, ale nie w charakterze projektanta.

W piśmie z 13.05.2016 r. wykonawca S wskazał, że Pan M. K. współpracował z Zespołem Rzeczoznawców wykonawcy S, ale nie był projektantem projektów wymienionych w ofercie wykonawcy T.

W Informacji z 25.05.2016 r. wykonawca S wskazał, że nie można zaliczyć do wymaganego przez zamawiającego doświadczenia wskazanych kandydatów z okresów, w których wedle oświadczenia wykonawcy T wskazani w pkt 1 i 2 Panowie M. K. i Ł. Z. brali udział w pracach projektowych nie pełniąc jednocześnie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie – projektanta. Sano branie udziału w pracach projektowych nie stanowi projektowania, co w ocenie wykonawcy S wyklucza możliwość zaliczenia takiego doświadczenia na poczet doświadczenia w przedmiocie projektowania, a stanowi to wymaganie zamawiającego i wymaganie to należy interpretować ściśle. Ponadto wykonawca S wskazał, że w uzupełnieniu oferty z 6.05.2016 r. wykonawca T złożył nieprawdziwą informację, jakoby Pan M. K. brał udział w kilku pracach projektowych i wykonawca S wskazał osoby wykonujące te opracowania oraz załączył strony tytułowe jednego z projektów i kopie decyzji administracyjnych we właściwym zakresie.

Z referencji z 31.08.2015 r. wynika, że Pan M. K. w okresie współpracy z wykonawcą S zajmował stanowiska: asystenta projektanta, projektanta, koordynatora projektu – bez przypisania konkretnej funkcji do poszczególnych projektów, a rola Pan M. K. została w referencjach scharakteryzowana: brał czynny udział w opracowaniu dokumentacji.

Ponadto w Informacji z 20.06.2016 r. wykonawca S stwierdził, że postanowienie SIWZ o udziale w pracach projektowych oznacza projektowanie, a Pan M. K. nie projektował wskazanych opracowań. Dalej wykonawca S stwierdził, że swoje twierdzenia oparł dowodami i były one wysnute w odpowiednim kontekście, to jest w związku z określonym przez zamawiającego w SIWZ sposobem dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bo zamawiający wymagał wykazania odpowiedniego doświadczenia w projektowaniu, a nie przy projektowaniu. Następnie wykonawca S wskazał, że z przedmiotowych referencji wynika jedynie, że Pan M. K. „brał czynny udział w opracowywaniu” przedmiotowej dokumentacji projektowej, a określenie to nie może być rozumiane jako projektowanie.

Z powyższych ustaleń kontrolujący wywiódł, że wykonawca S dążył do wykazania, że wykonawca T nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak wykazania dysponowania dwiema osobami posiadającymi cechy wymagane w SIWZ. Ponadto wykonawca S zmierzał do udowodnienia tego przez powołanie się na fakt, że Pan M. K. we wskazanych projektach nie pełnił funkcji projektanta. To w konsekwencji prowadziło wykonawcę S do uznania, że wykonawca T w ofercie i uzupełnieniach z 6.05.2016 r. zawarł informacje nieprawdziwe w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Twierdzenia te wykonawca S oparł na założeniu, że doświadczenie w projektowaniu nie jest równoznaczne z doświadczeniem przy projektowaniu. Kontrolujący wskazał, że wykonawca S w swoich pism nadaje zwrotowi »udział w pracach projektowych« odmienne znaczenia, w piśmie z 25.05.2016 r. wykonawca S traktuje jako czynności, które nie są projektowaniem w znaczeniu ścisłym, a jednocześnie używa na nie określenie „projektowanie”.

Na podstawie argumentacji wykonawcy S Prezes UZP stwierdził, że wykonawca S dążył do rozróżnienia projektowania w znaczeniu ścisłym od udziału w opracowywaniu dokumentacji projektowej i wykonawca S zarzucił wykonawcy T nieuprawnioną próbę wykazania, że Pan M. K. projektował w sensie ścisłym dokumentację, w której opracowywaniu jedynie brał udział – zgodnie z wiedzą wykonawcy S. Dlatego nie można pominąć, że wykonawca T w treści oferty zawarł informację, że Pan M. K. pełnił we wskazanych projektach funkcję projektanta. Podczas, gdy w uzupełnieniu oferty z 6.05.2016 r. funkcję przypisaną Panu M. K. wykonawca T zmodyfikował na: »projektant/udział w pracach projektowych/asystent projektanta«.

Zamawiający w zastrzeżeniach stwierdził, że z SIWZ nie wynika, że osoba wskazana przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku miała pełnić funkcję projektanta należy wskazać, że naruszenie wskazane przez kontrolującego nie polegało na stwierdzeniu

niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w kwestionowanym zakresie, lecz na stwierdzeniu podania nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 ust. 3 Pzp. Podstawą twierdzenia wykonawcy S o podaniu przez wykonawcę T nieprawdziwych informacji było rozumienie warunku udziału w postępowaniu. Może to być okolicznością do podniesienia na obronę wykonawcy S przy formułowaniu twierdzeń dotyczących podania nieprawdziwych informacji. Dlatego kontrolujący słusznie uznał, że obiektywne brzmienie warunku udziału w postępowaniu pozostaje bez znaczenia dla stwierdzenia podania przez wykonawcę T nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Najistotniejsze znaczenie – co podkreślił kontrolujący – miał fakt pełnienia przez Pana M. K. w określonych projektach funkcji projektanta i wykazania przez wykonawcę T spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Izby kontrolujący słusznie stwierdził, że niezależnie od prawdy materialnej oraz faktycznej intencji zamawiającego co do rozumienia kwestionowanego warunku w odniesieniu do zwrotu »w projektowaniu« aktualnie pozostaje stwierdzenie, że wykonawca S zwrot ten zinterpretował w ten sposób, że jako doświadczenie zawodowe w projektowaniu rozumiał jedynie doświadczenie uzyskane jako dysponujący uprawnieniami projektanta. Na tej interpretacji oraz na kategorycznym rozróżnieniu doświadczenia w projektowaniu od doświadczenia przy projektowaniu wykonawca S zbudował argumentację prowadzącą go do uznania, że wykonawca T przedstawił w ofercie oraz w jej uzupełnieniu z 6.05.2016 r. nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podanie nieprawdziwych informacji stanowi samodzielną, niezależną od braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Oceny tego, czy doszło do złożenia nieprawdziwych informacji nie należy utożsamiać z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu ani też nie należy jej odnosić do rozumienia warunków udziału w postępowaniu ustalonych przez zamawiającego w SIWZ. O ile oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający dokonuje w sposób kategoryczny w oparciu o treść złożonych przez wykonawców dokumentów, tak już ocena tego, czy informacje złożone przez wykonawcę stanowi informacje nieprawdziwe w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający nie może dokonywać w oderwaniu od zbadania zamiaru, z jakim działał wykonawca. Nieprawdziwe informacje, o jakich mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp to informacje w sposób obiektywny niezgodne z rzeczywistością, takie, które nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, lecz przeciwnie – ustalony prawidłowo stan faktyczny im przeczy, wskazując na odmienną sytuację, bądź prowadząc do odmiennych ustaleń. Istotnym jest, że na gruncie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wyeliminowanie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że

złożone przez wykonawcę informacje nie są prawdziwe oraz wykazania, że wykonawca podając nieprawdziwe informacje działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Kontrolujący na potwierdzenie swojego stanowiska wskazał na wiele orzeczeń sądów okręgowych, z zwłaszcza na wyrok SO w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r., sygn. akt: II Ca 1285/12 oraz na wykładnię prounijną art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast przywołane przez zamawiającego w treści zastrzeżeń orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej odnosiły się do oceny wpływu świadomości podmiotu składającego określone oświadczenia na stwierdzenie zaistnienia przesłanki do wykluczenia z udziału w postępowaniu uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Niezależnie od dokonanych w toku kontroli ustaleń opartych na twierdzeniu, że zamawiający nie wykazał, aby kwestionowane informacje złożone przez wykonawcę S były nieprawdziwe, kontrolujący wskazał, że za sytuację mieszczącą się w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp należy uznać sytuację zawnionego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania określonych informacji dla uzyskania zamówienia publicznego.

W toku kontroli ustalono, że mając na uwadze treść pism wykonawcy S z 13.05.2016 r., 25.05.2016 r., 20.06.2016 r., jak również treść wykazu osób załączonego do oferty wykonawcy T, treść uzupełnienia oferty z 6.05.2016 r. i treść referencji wystawionych przez wykonawcę S z 31.08.2015 r. kontrolujący zasadnie stwierdził, że zamawiający nie ustalił prawdy materialnej w zakresie faktycznego udziału Pana M. K. w opracowywaniu kwestionowanej dokumentacji projektowej, a tym samym nie miał podstaw do wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy S wskutek podania nieprawdziwych informacji. Wprost przeciwnie – treść tych pism wskazuje wykonawca S swoje przekonanie co do złożenia przez wykonawcę T nieprawdziwych informacji opart na przedstawionej interpretacji ustalonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do realizacji zamówienia oraz rozróżnieniu doświadczenia w projektowaniu od doświadczenia przy projektowaniu, co było przez wykonawcę S konsekwentnie podnoszone i wyjaśniane zarówno w piśmie z 13.05.2016 r., jak również w piśmie z 25.05.2016 r. i ostatecznie rozstrzygnięte w piśmie z 20.06.2016 r.

Po analizie stanowisk kontrolującego i zamawiającego Izba nie może wyrazić innego poglądu niż przychylenia się do racji wyrażonych przez kontrolującego, czyli Izba musi powtórzyć za kontrolującym, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez nieuprawnione wykluczenie z udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy S z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji w Informacji z 25.05.2016 r. wniesionej do zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 Pzp oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę S.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię jak w sentencji.

Przewodniczący

Członkowie

.....