

Sygn. akt: KIO/UZP657/10

WYROK
z dnia 5 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska- Romek

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A., 00-382 Warszawa, ul. Solec 103** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Sierakowice, 83-340 Sierakowice, ul. Lęborska 30** protestu z dnia 23 marca 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności z dnia 2 kwietnia 2010 roku polegającej na wyborze oferty Elwoz Sp. z o.o., nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A., 00-382 Warszawa, ul. Solec 103.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Sierakowice, 83-340 Sierakowice, ul. Lęborska 30** na rzecz **Polskich Pracowni Konserwacji Zabytków S.A., 00-382 Warszawa, ul. Solec 103** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego.

- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polskich Pracowni Konserwacji Zabytków S.A., 00-382 Warszawa, ul. Solec 103.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Sierakowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przeniesienie i rozbudowa zabytkowego kościoła pw. Św. Marcina w Sierakowicach. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 stycznia 2010 roku pod poz. 24928.

Odwołujący – Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A. złożył w dniu 7 kwietnia 2010 roku odwołanie od uwzględnienia protestu z dnia 23 marca 2010 roku (data pisma) wniesionego przez Elwoz Sp. z o.o. Skutkiem uwzględnienia zarzutu protestu, zamawiający w dniu 2 kwietnia poinformował odwołującego o wyborze oferty Elwoz Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający podzielił stanowisko protestującego Elwoz Sp. z o.o. , że brak ustosunkowania się przez odwołującego do pisma z dnia 8.03.2009 roku wzywającego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp załącznika nr 12 do siwz – wykaz osób i podmiotów, które będą realizowały zamówienie, stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że w sposób omyłkowy potraktował wyjaśnienia złożone w dniu 9 marca 2010 roku jako wyjaśnienia dotyczące uzupełnień i wyjaśnień.

Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności na błędne pouczenie zawarte przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu z dnia 2 kwietnia 2010 roku w przedmiocie nie przysługiwania odwołania od rozstrzygnięcia protestu oraz błędne pouczenie o przysługiwaniu protestu na ponowną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wybór oferty.

Podniósł także, że zamawiający uwzględniając protest Elwoz Sp. z o.o. uwzględnił wnioski dotyczące wykluczenia odwołującego, ponownego badania wykonawców i ofert oraz wyboru oferty Elwoz Sp. z o.o., nie odnosząc się do wniosku o unieważnienie czynności wyboru oferty odwołującego. Wobec tego, w ocenie odwołującego czynność zamawiającego z dnia 16 marca 2010 roku polegająca na wyborze oferty odwołującego jest nadal ważna i pozostaje skuteczna.

Odnosząc się do podstaw wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał, że zamawiający żądał wskazania osoby posiadającej uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Złożone w ofercie dokumenty dotyczące pana Andrzeja Zbigniewa S. – wykaz osób i podmiotów oraz decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 24.10.1986 roku, potwierdzają, że osoba ta posiada ważne uprawnienia budowlane, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów odpowiadające wymaganiom określonym w rozdz. XI pkt B2 ppkt B siwz (strona 13). W dacie uzyskania uprawnień budowlanych przez pana Andrzeja S. (24.10.1986 rok) obowiązujące przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nie przewidywały podziału na ograniczone i nieograniczone. Są to jedyne możliwe wówczas uprawnienia i odpowiadają one aktualnie wydawanym uprawnieniom do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Odwołujący wskazał, że ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym, który powziął wątpliwości co do zakresu posiadanych uprawnień, a zatem to zamawiający winien wystąpić do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa w celu uzyskania opinii na temat obowiązującego zakresu uprawnień.

Odwołujący wyjaśnił również, że w dniu 7 kwietnia 2010 roku uzyskał opinię Pomorskiej Okręgowej Izby Budownictwa, którą załączył do odwołania, w której potwierdzono ważność uprawnień budowlanych wydanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów i potwierdzono, że odpowiadają one aktualnie wydawanym uprawnieniom do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń.

Odnosząc się do kwestii pism zamawiającego z dnia 8 marca 2010 roku dotyczących wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wezwania do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący wyjaśnił, że odpowiedź z dnia 9 marca 2010 roku udzielona przez odwołującego, w której wyjaśnił, że „w tamtych latach

uprawnienia nie posiadały w treści zapisu „bez ograniczeń” dotyczy obu pism zamawiającego. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie miał podstaw do żądania uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, gdyż oferta odwołującego zawierała wszystkie dokumenty i oświadczenia niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności polegającej na rozstrzygnięciu protestu ELWOZ Sp. z o.o. poprzez uznanie tego protestu za uzasadniony;
2. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty ELWOZ Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
3. unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego.
4. unieważnienie czynności polegającej na wezwaniu PPKZ S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących powodu nieuzupełnienia dokumentów, jako dokonane bez podstawy prawnej oraz niewykonalne dla Odwołującego, który nie uzupełnił dokumentów na żądanie Zamawiającego, bo komplet dokumentów wymaganych przepisami PZP i SIWZ złożył wraz ze swoją ofertą, a zatem nie miał czego uzupełniać.

Ponadto wniósł o:

1. dopuszczenie dowodów powołanych w treści odwołania,
2. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3.600,00 zł netto (4.392,00 zł brutto);
3. ewentualnie przeprowadzenie rozprawy także pod nieobecność Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności: specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XI B pkt 2 B specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) zamawiający żądał wskazania kierownika osób elektrycznych posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz posiadającego min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót. Potwierdzeniem spełnienia tego wymogu było złożenie wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia - zgodnie z załącznikiem nr 12 i załączenie uprawnień, aktualnych zaświadczeń o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego (rozdział XI B pkt 2 siwz).

Odwołujący w celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego wymogu załączył do oferty wypełniony wykaz osób i podmiotów, gdzie wskazał jako kierownika robót elektrycznych – pana Andrzeja Zbigniewa S. i załączył do oferty decyzję z dnia 24.10.1986 roku nr 2636/GD/86 o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych.

Na kierownika budowy odwołujący wskazał w wykazie osób i podmiotów Pana Adama K. i załączył jego decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych z budownictwie z dnia 22.03.1988 roku nr BŁ/47/88,

W toku postępowania zamawiający wystosował do odwołującego dwa pisma z dnia 8 marca 2010 roku: wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz wezwanie do uzupełnień oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W pierwszym z pism zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności wynikającej z treści załącznika nr 12 do siwz z treścią złożonych do oferty uprawnień, wskazując, że „ w załączniku nr 12 do siwz znajduje się informacja, że Pan Adam K. posiada uprawnienie do kierowania budowlami i robotami bez ograniczeń. Nie potwierdza tego kopia dołączonego do oferty uprawnienia budowlanego”. W drugim piśmie z dnia 8 marca 2010 roku zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wskazując że zgodnie z postanowieniami siwz oferent winien dysponować kierownikiem robót posiadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Zamawiający wskazał w treści, że w ofercie brak jednoznacznej informacji na temat uprawnień kierownika robót.

W odpowiedzi odwołujący przedłożył zamawiającemu pismo z dnia 9 marca 2010 roku, w którym wskazał, że uprawnienia budowlane Pana Andrzeja K. zostały wystawione przez Urząd Wojewódzki w Białymstoku w roku 1988. W tamtych latach uprawnienia nie posiadały w treści zapisu „bez ograniczeń”.

Biorąc pod uwagę ustalony wyżej stan faktyczny sprawy, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący jako podmiot, który został wykluczony z udziału w postępowaniu posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania. Uwzględnienie zarzutów odwołania daje mu bowiem szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Okoliczność, że uprawnienia z dnia 24.10 1986 roku Pana Andrzeja S. do kierowania budową i robotami w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych odpowiadają wymogom określonym w rozdziale XI B pkt 2 B siwz nie budzi wątpliwości. Zamawiający potwierdził w trakcie rozprawy, że mając na uwadze aktualne wyjaśnienia odwołującego oraz opinię Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 6 kwietnia 2010 roku, uprawnienie z dnia 21 października 1986 roku pana Andrzeja S. wydane w oparciu o poprzednio obowiązujące przepisy prawa spełnia wymagania określone w siwz. Okręgowa Komisja Kwalifikacyjna Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa potwierdziła, że nadane panu Andrzejowi S. uprawnienia na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie upoważniają do kierowania budową i projektowania w zakresie wskazanym w treści decyzji i są uprawnieniami bez ograniczeń w całej specjalności i obejmują również sieci elektroenergetyczne.

Zdaniem Izby, udzielona przez odwołującego odpowiedź z dnia 9 marca 2010 roku była odpowiedzią na wezwanie do udzielenia wyjaśnień, co wynika choćby z samej jej treści, gdzie odwołujący wskazał wprost cyt. „ w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień”. Z treści udzielonej odpowiedzi wynika również, że dotyczy ona uprawnień pana Andrzeja K., wskazanego na kierownika robót budowlanych a nie odnosi się do uprawnień pana Andrzeja S., co do którego zamawiający skierował wezwanie o uzupełnienia dokumentów. Zatem stanowisko odwołującego, że udzieloną w dniu 9 marca 2010 roku odpowiedź należy traktować jako wyjaśnienie odnoszące się do obu pism zamawiającego z dnia 8 marca nie zasługuje na uznanie.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że wobec bezspornej między stronami okoliczności, że złożone wraz z ofertą uprawnienia pana Andrzeja S. spełniają wymagania określone w siwz, czynność wezwania odwołującego z dnia 8 marca 2010 roku do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie była bezprzedmiotowa. Skoro zamawiający w oparciu o dokumenty złożone wraz z ofertą był w stanie stwierdzić, że osoba wskazana na

stanowisko kierownika robót elektrycznych legitymuje się stosownymi, wymaganymi przez zamawiającego uprawnieniami, to nie zaistniała w przedmiotowej sprawie dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obligująca zamawiającego do wezwania do uzupełnienia dokumentów we wskazanym w wezwaniu zakresie. W konsekwencji brak odpowiedzi na czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów oferty, która nie znajduje oparcia w przepisach ustawy i jest czynnością zbędną nie może wywoływać negatywnych skutków prawnych po stronie odwołującego w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu czy utraty wadium.

W ocenie Izby, pouczenie o braku prawa do wniesienia odwołania wskazane w rozstrzygnięciu protestu jest prawidłowe, gdyż adresatem tego rozstrzygnięcia był protestujący Elwoz Sp. z o.o., któremu zgodnie z art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp nie przysługuje odwołanie na czynność odrzucenia oferty innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać za błędne pouczenie zamieszczone w rozstrzygnięciu protestu oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 2 kwietnia 2010 roku o przysługujących środkach ochrony prawnej, to należy stwierdzić, że nie stanowiło ono naruszenia interesów odwołującego, który skutecznie skorzystał z prawa do wniesienia odwołania.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że wobec braku unieważnienia czynności wyboru oferty odwołującego z dnia 16 marca 2010 roku czynność ta pozostaje w mocy. Czynność wyboru oferty odwołującego jako czynność nieprawomocna stała się nieważna w momencie uwzględnienia zarzutów protestu wniesionego przez Elwoz Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności z dnia 2 kwietnia 2010 roku wyboru oferty Elwoz Sp. z o.o., unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i nakazała dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600 zł na podstawie złożonej do akt sprawy faktury.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....