

Sygn. akt KIO/UZP 990/08

WYROK
z dnia 2 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MONTIBUD Sp. j. Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, 59-220 Legnica, ul. Wrocławska 213a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Gaworzyce, 59-180 Gaworzyce, ul. Okrężna 85** protestu z dnia 29 sierpnia 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MONTIBUD Sp. j. Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, 59-220 Legnica, ul. Wrocławska 213a** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MONTIBUD Sp. j. Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, 59-220 Legnica, ul. Wrocławska 213a**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **342 zł 00 gr** (słownie: trzysta czterdzieści dwa złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MONTIBUD Sp. j. Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, 59-220 Legnica, ul. Wrocławska 213a** na rzecz **Gminy Gaworzyce, 59-180 Gaworzyce, ul. Okrężna 85** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione w związku z dojazdem na posiedzenie Izby;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego MONTIBUD Sp. j. Czesław Wójciak, Henryk Olszowy, Sylwester Łazarz, 59-220 Legnica, ul. Wrocławska 213a**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Gaworzyce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę kanalizacji sanitarnej z przyłączami do budynków we wsi Koźlice i wsi Kłobuczyn wraz z odprowadzeniem ścieków do oczyszczalni ścieków w Koźlicach”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lipca 2008 roku, pod pozycją 170861.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2008 roku (przekazanym Wykonawcom w tym samym dniu) Zamawiający zawiadomił Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą złożyło Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „Kazimierz Kałamajka” Sp. j., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie (zwane dalej Konsorcjum).

Pismem z dnia 29 sierpnia 2008 roku Wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MONTIBUD Sp.j. z siedzibą w Legnicy (zwany dalej Odwołujący) wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych - poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zaniechanie równego traktowania wykonawców;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z ustawą;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, które powinno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, z uwagi na nie złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wybór przez Zamawiającego oferty Konsorcjum, z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych spowodowało, iż Odwołujący doznał uszczerbku interesu prawnego w przedmiotowym postępowaniu, albowiem Odwołujący złożył ofertę w pełni zgodną ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jest to oferta ważna w rozumieniu prawa, a po uwzględnieniu zarzutów stanie się ofertą najkorzystniejszą i Odwołujący będzie miał realne szanse na uzyskanie zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu,
- 2) uchylenie decyzji Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2008 roku o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu wskazał, iż Pan Bogdan D. – wyznaczony przez Konsorcjum do pełnienia funkcji Kierownika budowy, nie posiada uprawnień budowlanych w zakresie instalacyjnym bez ograniczeń, a co więcej nie posiada uprawnień budowlanych do pełnienia funkcji kierownika budowy objętej przedmiotem zamówienia. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku [Dz. U. Nr 8, poz. 46] w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydanym na podstawie obowiązującej wówczas ustawy z dnia 24 października 1974 roku Prawo budowlane [Dz. U. Nr 38, poz. 229], do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej bez ograniczeń, wymagane są uprawnienia budowlane wydane na podstawie § 5.1, § 6.1 i § 7 oraz § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a, b i c, w tym:

- a) w zakresie sieci sanitarnych, obejmujące sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłe uzbrojenia terenu, których Pan Bogdan D. nie posiada,
- b) w zakresie instalacji sanitarnych, których Pan Bogdan D. nie posiada,
- c) w zakresie ochrony środowiska, które Pan Bogdan D. posiada.

W związku z powyższym Konsorcjum – zdaniem Odwołującego – nie spełniło wymaganych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału kadrowego, gdyż nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, treść złożonej oferty, w tym zakresie jest sprzeczna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – część III pkt 2.2 b oraz treść złożonej przez Konsorcjum oferty jest sprzeczna, w tym zakresie, z obowiązującymi w Polsce przepisami prawa, tj. z ustawą – Prawo budowlane.

Zamawiający pismem z dnia 5 września 2008 roku (przesłanym Wykonawcom w tym samym dniu) rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, iż korzystając z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wezwał, pismem z dnia 18 sierpnia 2008 roku Konsorcjum, do uzupełnienia „*Dokumentu potwierdzającego stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika budowy, tj. spełnienia warunku określonego w części III pkt 2.2 (b) s.i.w.z.: Osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy musi posiadać uprawnienia budowlane w zakresie instalacyjnym bez ograniczeń*”. Dnia 21 sierpnia 2008 roku Zamawiający otrzymał wyczerpujące wyjaśnienia oraz dokumenty, na podstawie, których nie miał powodu do odrzucenia oferty Konsorcjum.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 10 września 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, żądając uwzględnienia odwołania, unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, jednocześnie przekazując kopię odwołania Zamawiającemu.

Ponad zarzuty przedstawione w proteście Odwołujący dodatkowo podniósł naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych – poprzez bezpodstawne przyjęcie uzupełnienia oferty przez Konsorcjum o nowy formularz potencjału kadrowego, rozszerzony o kierownika robót sanitarnych Pana Sergiusza F. (załącznik Nr 3 do oferty), a przez to dopuszczenie do zmiany treści złożonej oferty,
- 2) art. 87 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych – poprzez zaniechanie powiadomienia wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty o dokonaniu w ofercie Konsorcjum poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny dotyczącej poz. 3.5 formularza ofertowego (załącznik Nr 5 do oferty),
- 3) art. 96 ust. 2 i 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych – poprzez nieudostępnienie Odwołującemu się kompletnej oferty Konsorcjum, w tym oświadczeń, wyjaśnień i innych dokumentów dotyczących treści złożonej przez Konsorcjum oferty, składanych w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2008 roku.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji przetargowej, po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie rozpoznawać zarzutów dotyczących naruszenia:

- 1) art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych – poprzez bezpodstawne przyjęcie uzupełnienia oferty przez Konsorcjum o nowy formularz potencjału kadrowego, rozszerzony o kierownika robót sanitarnych Pana Sergiusza Fahnera (załącznik Nr 3 do oferty), a przez to dopuszczenie do zmiany treści złożonej oferty,
- 2) art. 87 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych – poprzez zaniechanie powiadomienia wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty o dokonaniu w ofercie Konsorcjum poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny dotyczącej poz. 3.5 formularza ofertowego (załącznik Nr 5 do oferty),
- 3) art. 96 ust. 2 i 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych – poprzez nieudostępnienie Odwołującemu się kompletnej oferty Konsorcjum, w tym oświadczeń, wyjaśnień i innych dokumentów dotyczących treści złożonej przez Konsorcjum oferty, składanych w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2008 roku.

z uwagi na treść przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zd. 1, tj. „Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście”. Jako, że ww. zarzuty zostały podniesione dopiero na etapie postępowania odwoławczego Izba postanowiła jw.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów, tj. naruszenia:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z ustawą;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzuty te są bezzasadne.

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nie odrzucił oferty niezgodnej z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych, tj. niezgodnej z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 Pzp, z uwagi na fakt, iż Konsorcjum nie spełniło wymaganych przez Zamawiającego warunków udziału

w postępowaniu dotyczących potencjału kadrowego, gdyż nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę na fakt, iż nie spełnienie wymaganych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu skutkować musi wykluczeniem Wykonawcy, na podstawie przepisów art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak więc stawianie zarzutów Zamawiającemu, iż niezgodnie z przepisami ustawy Pzp nie odrzucił oferty Konsorcjum, która nie spełnia stawianych w s.i.w.z. warunków, uznać należy za chybione.

Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części III opisał warunki, jakie muszą spełnić wykonawcy oraz jakie mają dostarczyć dokumenty w celu potwierdzenia spełniania stawianych warunków. W ustępie 2 „*Warunki szczegółowe podmiotowe*” pkt 2 „*Potencjał kadrowy*” Zamawiający w literze b) wskazał, iż „*Osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy musi posiadać uprawnienia budowlane w zakresie robót instalacyjnych bez ograniczeń oraz aktualny wpis na listę Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa*”.

Na potwierdzenie spełnia ww. warunku Zamawiający żądał przedłożenia (ust. 4 pkt 2 lit. b) „*Wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności – na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 3 do s.i.w.z. wraz z dokumentami potwierdzającymi, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia i kwalifikacje*”.

Konsorcjum, do swojej oferty (strona 7) załączyło wykaz osób, które będą skierowane do realizacji przedmiotowego zamówienia. Jedną ze wskazanych osób był Pan Bogdan D., który miał być skierowany do pełnienia funkcji kierownika robót instalacyjnych. Na stronach 8 i 9 zostały dołączone do oferty 1) Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz 2) Zaświadczenie o członkostwie w Lubelskiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa.

Zamawiający, pismem z dnia 18 sierpnia 2008 roku wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy, tj. spełnienia warunku określonego w części III pkt 2.2 lit. b s.i.w.z.

Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 21 sierpnia 2008 roku uzupełniło wykaz osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia o osobę Pana Sergiusza F., który będzie pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych.

Tym samym Zamawiający stwierdził, iż Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący pismem z dnia 29 sierpnia 2008 roku zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o, cyt.: „... umożliwienie sprawdzenia w dniu dzisiejszym tj. 2008.08.29 części jawnych ofert wykonawców, którzy złożyli je na zadanie [...] zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r.”.

W tym stanie faktycznym, wobec treści wyżej cytowanej prośby, Odwołujący nie dysponował informacją o fakcie uzupełniania dokumentów przez Konsorcjum. Tak, więc błędne przekonanie o wadliwości złożonej przez Konsorcjum oferty wywołało działanie Odwołującego, jakim było wniesienie protestu. Jednakże nieświadomość Odwołującego, bądź też jego nieprofesjonalne zachowanie, nie może wywoływać negatywnych skutków prawnych wobec Zamawiającego. Odwołujący, po uzyskaniu informacji, w dniu 22 sierpnia 2008 roku, o wyniku postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej miał, zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych prawo do wglądu w załączniki do protokołu. Zgodnie z przepisem art. 96 ust. 2 ustawy Pzp *„Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu”*. Tak, więc nie było żadnych przeszkód do tego, aby Odwołujący zapoznał się z załącznikami do protokołu, którymi między innymi są: wezwanie do uzupełnienia dokumentów (pismo Zamawiającego), jak i pismo – wyjaśnienie uzupełnienie dokumentów (pismo Konsorcjum).

Tym samym, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uwzględniając koszty strony poniesione w związku z dojazdem na posiedzenie Izby w wysokości 342,00 zł, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223 poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*