

Sygn. akt: KIO/UZP 1109/08

WYROK
z dnia 27 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firma Handlowa „ELA” H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o., ul. Towarowa 27; 38-200 Jasło** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Dukla, ul. Trakt Węgierski 11; 38-450 Dukla** protestu z dnia 23 września 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Firma Handlowa „ELA” H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o., ul. Towarowa 27; 38-200 Jasło** 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 uiszczanego przez **Firma Handlowa „ELA” H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o., ul. Towarowa 27; 38-200 Jasło**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx;
- 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 **Firma Handlowa „ELA” H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o., ul. Towarowa 27; 38-200 Jasło**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dukla prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę hali widowiskowo-sportowej oraz łącznika przy gimnazjum w Dukli – stan surowy otwarty”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 lipca 2008 roku pod pozycją 171249.

Pismem z dnia 18 września 2008 roku (przekazanym wykonawcom faksem w dniu 17 września 2008 roku) Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania zawiadamiając, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta Nr 7 złożona przez Wykonawcę Usługi Remontowo Budowlane DOMPER Waław Pernal, Cergowa 169; 38-450 Dukla.

Pismem z dnia 23 września 2008 roku (wniesionym do Zamawiającego faksem w tym samym dniu oraz listem poleconym w dniu 24 września 2008 roku) Wykonawca: Firma Handlowa „ELA” H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o., ul. Towarowa 27; 38-200 Jasło (zwana dalej Odwołującym) wniosła protest na:

- 1) zaniechanie przez Zamawiającego czynności oceny ofert pod kątem załączenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wynikających z ust. 8.1 pkt 2 i ust. 8.2 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który nie załączył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. firmy Usługi Remontowo Budowlane DOMPER Waław Pernal, a następnie zaniechania uznania ww. oferty za odrzuconą,
- 3) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie załączył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. firmy Usługi Remontowo Budowlane DOMPER Waław Pernal.

Zdaniem Odwołującego postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w związku z art. 12 ust. 1 pkt 2, art. 12 ust. 2 i art. 13 ust. 1 pkt 2 i art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane [Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118].

Odwołujący żądał:

- 1) wykluczenia Wykonawcy, który nie załączył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. firmy Usługi Remontowo Budowlane DOMPER Waław Pernal,
- 2) uznania oferty złożonej przez Wykonawcę jak w pkt 1 za odrzuconą,
- 3) dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając wskazał, iż oferta Wykonawcy U.R.B. DOMPER wraz z załącznikami nie zawiera dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań przez składającego ofertę. Zgodnie z postanowieniami ust. 8.1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia do oferty należało dołączyć oświadczenie o spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz, co istotne Zamawiający zastrzegł w ust. 8.2 pkt 4, że w przypadku, gdy oferta i załączniki zostaną podpisane przez upoważnionego przedstawiciela, jest on zobowiązany do przedłożenia dokumentu potwierdzającego uprawnienia składającego ofertę. Skoro treścią s.i.w.z. są roboty budowlane i pełnienie przez Wykonawcę funkcji kierownika budowy, to z zapisu tego wynika, że Wykonawca powinien przedłożyć stosowne dokumenty, uprawnienia budowlane kierownika budowy. Oferta wraz z załącznikami zostały podpisane przez upoważnionego przedstawiciela. Nie można tu mówić o uprawnieniach do podpisywania oferty, ponieważ wówczas Zamawiający z pewnością posłużyłby się określeniami: „*upoważnieniem*” bądź „*pełnomocnictwem*”, które dają umocowanie do działania w cudzym imieniu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiającemu chodziło o wymagane przepisami prawa uprawnienia do wykonania robót objętych zamówieniem i wymienionych w s.i.w.z. oraz załączonej do niej umowie, konieczne jest wykazanie się przez Wykonawcę „uprawnieniami” kierowania budową. Wynika to z treści załączonej do s.i.w.z. umowy dla zadania będącego przedmiotem postępowania. W umowie tej w § 4 ust. 3 zastrzeżono, iż z upoważnienia Wykonawcy roboty prowadził będzie Kierownik Budowy. W wybranej przez Zamawiającego ofercie wskazano Kierownika Budowy – Pana Zygmunta Rogalę. Odwołujący wskazuje, że Wykonawca U.R.B. DOMPER nie załączył do oferty wymaganych prawem budowlanym uprawnień kierownika budowy, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Naruszenie prawa przez Zamawiającego poprzez jego niezastosowanie spowodowało naruszenie interesu prawnego Odwołującego. W przypadku gdyby Zamawiający wykonał wynikające z ustawy czynności, wówczas zamówienie publiczne zostałoby udzielone Odwołującemu.

Pismem z dnia 25 września 2008 roku (przesłanym Wykonawcom w tym samym dniu) Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 24 września 2008 roku (przekazanym Odwołującemu w dniu 26 września 2008 roku) Zamawiający postanowił protest odrzucić.

Uzasadniając wskazał, iż Zamawiający otrzymał protest w dniu 23 września 2008 roku faksem, jednakże otrzymany faks jest nieczytelny, zatem Zamawiający nie mógł zapoznać się z jego treścią, tym bardziej nie mógł wypełnić postanowień art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 30 września 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnosząc o uwzględnienie żądań zgłoszonych w proteście oraz o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego dotyczącej odrzucenia protestu wniesionego w dniu 23 września 2008 roku, względnie o uchylenie tych czynności,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert pod kątem załączenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez uczestników składających oferty warunków udziału w postępowaniu wynikających z ust. 8.1 pkt 2 i ust. 8.2 pkt 4 s.i.w.z. oraz wymaganych wskazanymi w proteście przepisami Prawa budowlanego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy U.R.B. DOMPER, który nie załączył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, która to firma działająca przez pełnomocnika nie załączyła do oferty dokumentów potwierdzających posiadane uprawnienia, w tym w szczególności dokumenty potwierdzające uprawnienia do kierowania budową, a następnie uznania ww. oferty za odrzuconą,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, z pominięciem oferty odrzuconej.

Ponad zarzuty zawarte w proteście Odwołujący podniósł, iż pismo Zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie (odrzucenie protestu) nie spełnia wymogu takiego rozstrzygnięcia albowiem brak w nim wskazanych w art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadnienia oraz pouczenia o sposobie i terminie wniesienia odwołania. Zamawiający zaniechał także wynikającego z ww. przepisu obowiązku przekazania rozstrzygnięcia protestu innym wykonawcom, zawiadomił jedynie pozostałych wykonawców o złożeniu protestu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treścią ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

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.

Zamawiający w ust. 7 (str. 4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisał warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków. W ust. 7.1 w punktach od 1 do 6 wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy – pkt 2 *posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia*. W ust. 7.4 Zamawiający określił sposób dokonywania oceny spełnienia wymaganych warunków, wskazując, iż będzie się kierował regułą „spełnia albo nie spełnia”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, aby Zamawiający żądał na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w ust. 7.1 pkt 2 s.i.w.z. dokumentu, opisanego w § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. Nr 87, poz. 605], tj. wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, czy też pkt 6, tj. dokumentu stwierdzającego, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, gdyż dopiero brak takich dokumentów może stanowić przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, oczywiście z zastrzeżeniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że zgodnie z treścią ust. 8.2 pkt 4 s.i.w.z. Wykonawca DOMPER winien do oferty załączyć uprawnienia budowlane dla osoby wymienionej w projekcie umowy, tj. Pana Zygmunta R., który został wskazany jako kierownik budowy Wykonawcy. Wywodzi, że obowiązek taki wynika ze sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartego ww. pkt 4, tj. *Jeżeli oferta i załączniki zostaną podpisane przez upoważnionego przedstawiciela, jest on zobowiązany do przedłożenia dokumentu potwierdzającego uprawnienia składającego ofertę*.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko Odwołującego jest błędne.

Zamawiający w ust. 8.2 s.i.w.z. zawarł postanowienia dotyczące składanych dokumentów. W pkt 3 wskazał, iż *Oferta oraz wszystkie wymagane załączniki winny być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela, uprawnionego do reprezentowania zgodnie z przedstawionym aktem rejestracyjnym, wymogami ustawowymi oraz przepisami prawa.* Wyżej cytowana treść pkt 4, zdaniem Izby doprecyzowuje przypadek, gdy ofertę i załączniki do niej, podpisuje umocowany do tego rodzaju czynności pełnomocnik lub inna upoważniona osoba.

Ofertę złożoną przez Wykonawcę: Usługi Remontowo Budowlane DOMPER Waław Pernal, Cergowa 169; 38-450 Dukla podpisała Pani Alicja Pernal – Pełnomocnik działająca na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2008 roku, którego to pełnomocnictwa udzielił Pan Waław Pernal – Przedsiębiorca legitymujący się Zaświadczeniem o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej Nr SO-6411/12/04 z dnia 24.02.2004 r.

Tak więc, zdaniem Izby oferta złożona przez Wykonawcę DOMPER, jest ofertą ważną, złożoną prawidłowo. Zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się, gdyż z treści ust. 8.2 pkt 4 nie można wywieść, iż ofertę musi podpisać osoba posiadająca uprawnienia budowlane – kierownika budowy. Punkt 4 ma charakter instrukcyjno-porządkowy, bezpośrednio związany z pkt 3 ww. ustępu.

Wskazać również należy, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Skoro więc Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie żądał takich dokumentów i przy ocenie spełnienia tego warunku opierał się wyłącznie na oświadczeniu Wykonawcy, to nie można w konsekwencji braku takiego wymogu stawiać mu zarzut braku załączenia takiego dokumentu.

Sformułowanie „*uprawnienia*” użyte przez Zamawiającego w ust. 8.2 pkt 4 pozostaje w korelacji z treścią ust. 8.2 pkt 3, w którym to punkcie Zamawiający również posługuje się sformułowaniem „*uprawnionego do reprezentowania*”.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty Odwołującego dotyczące braku uzasadnienia oraz pouczenia o sposobie i terminie wniesienia odwołania oraz zaniechania obowiązku przekazania rozstrzygnięcia protestu innym wykonawcom z uwagi na treść przepisu art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 12 ust. 1 pkt 2, art. 12 ust. 2 i art. 13 ust. 1 pkt 2 i art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118).

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 przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*