

Sygn. akt KIO/UZP 992/08

WYROK

z dnia 1 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jarosława Węgrzyna, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Węgrzyn i Syn. Zakład Remontowo Budowlany”, 10-126 Olsztyn, ul. Grunwaldzka 28** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego – **Gminę Gietrzwałd, 11-036 Gietrzwałd, Gietrzwałd 24** protestu z dnia 28 sierpnia 2008 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Gietrzwałd, 11-036 Gietrzwałd, Gietrzwałd 24 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 uiszczzonego przez Jarosława Węgrzyna, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Węgrzyn i Syn. Zakład Remontowo Budowlany”, 10-126 Olsztyn, ul. Grunwaldzka 28,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Gietrzwałd, 11-036 Gietrzwałd, Gietrzwałd 24** na rzecz **Jarosława Węgrzyna, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Węgrzyn i Syn. Zakład Remontowo Budowlany”, 10-126 Olsztyn, ul. Grunwaldzka 28** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa procesowego,

- 3) 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 **Jarosława Węgrzyna, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Węgrzyn i Syn. Zakład Remontowo Budowlany”, 10-126 Olsztyn, ul. Grunwaldzka 28.**

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

W dniu 27.06.2008r., Gmina Gietrzwałd, (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa budynku szkoły podstawowej w Sząbruku” i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 1 829 789,51 euro.

W dniu 22.08.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „EKOBUD” Sp. z o.o., 14-100 Ostróda, ul. Przemysłowa 8. Z postępowania został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, m.in. Jarosław Węgrzyn, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Węgrzyn i Syn. Zakład Remontowo Budowlany”, 10-126 Olsztyn, ul. Grunwaldzka 28, ponieważ do oferty nie załączył uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w pełnym wymaganym przez Zamawiającego zakresie.

W dniu 28.08.2008r. Jarosław Węgrzyn (dalej: Odwołujący) wniósł protest.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 05.09.2008r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego.

Odwołujący w dniu 10.09.2008r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania (kopia odwołania z prezentatą Zamawiającego w aktach).

Odwołujący, wnosząc o uchylenie decyzji o wykluczeniu Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu podjęcia wobec Odwołującego czynności określonych w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz powtórna ocenę ofert, zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 1 pkt. 10 oraz art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, iż po pierwsze, nie zaistniały przesłanki wykluczenia wskazane przez Zamawiającego, bowiem Jarosław R. posiada uprawnienia w zakresie żądanym przez Zamawiającego, jako że jego uprawnienia zostały wydane w 1993r., a odczytywać ich zakres należy w oparciu o przepis, na podstawie których zostały wydane; po drugie – jeżeli Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu osobami posiadającymi stosowne uprawnienia - powinien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający oddalając protest stwierdził, że z przedłożonych dokumentów (uprawnień J. R.) jednoznacznie wynikało, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dlatego zaistniały przesłanki jego wykluczenia, a równocześnie nie było podstaw do wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie zaistniały przesłanki wskazane w tymże przepisie.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym ofertą Odwołującego oraz stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali m.in. osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (pkt 8 ppkt 2 lit. B SIWZ)

Odwołujący do oferty załączył uprawnienia Jarosława R. z dn. 15.12.1993r., w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji sanitarnych i sieci ciepłych, gazowych uzbrojenia terenu, przy czym na stronie drugiej uprawnień sprecyzowano zakres w odniesieniu do instalacji następujących: „instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, ciepłych oraz sieci ciepłych i gazowych uzbrojenia terenu o w powszechnie znanych rozwiązaniach technicznych”.

Do akt załączono opinię wydaną przez Warmińsko-Mazurską Okręgową Izbę Inżynierów budownictwa z dn. 03.09.2008r., wskazującą, że opisane wyżej uprawnienia J. R. nie obejmują w pełnym zakresie uprawnień wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyżej opisane dokumenty, Izba stwierdziła, że zakres uprawnień Jarosława R. nie odpowiada w pełni opisanym w SIWZ oczekiwaniom Zamawiającego (odnośnie instalacji wentylacyjnych), zatem Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Izba oparła swoje stanowisko o własną interpretację (operacyjną) treści uprawnień z dn. 15.12.1993r. w odniesieniu do przepisów obowiązujących w dniu wydania uprawnień J. R. Opinia Izby Inżynierów nie może być uznana za wykładnię prawa, a jedynie za pewną wskazówkę stosowania prawa przez samorząd zawodowy inżynierów.

Niewątpliwie, uprawnienia wydane na podstawie przepisów uprzednio obowiązujących, zachowują swoją ważność w zakresie, w którym zostały wydane, również po zmianie przepisów. Zamawiający nie kwestionował ciągłości posiadanych uprawnień Jarosława R., a jedynie fakt, iż nie wskazano w nich zakresu „instalacji wentylacyjnych”. Zamawiający wyraźnie wskazał w SIWZ zakres uprawnień kierownika robót w specjalności instalacyjnej – miał on obejmować również instalacje wentylacyjne.

Na pierwszej stronie uprawnień Jarosława R. wskazano, że osoba ta ma przygotowanie zawodowe w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie „instalacji sanitarnych i sieci ciepłych, gazowych uzbrojenia terenu”. Zgodnie z treścią par. 13 ust. 1 pkt 4 lit. b Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dn. 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U nr 8 poz. 46 z późn. zm.), na podstawie którego dokument ów został wydany, „instalacje sanitarne” obejmują instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe, ciepłe i klimatyzacyjno-wentylacyjne. Jednak na drugiej stronie dokumentu potwierdzającego uprawnienia, sprecyzowano zakresy wskazane na stronie pierwszej, a w pkt. 1 tamże sprecyzowano rodzaje instalacji, w odniesieniu do których J. R. posiada uprawnienia – zakres zawężono do „instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, ciepłych oraz sieci ciepłych i gazowych uzbrojenia terenu o w powszechnie znanych rozwiązaniach technicznych”- zatem pominięto instalacje

klimatyzacyjno-wentylacyjne. Szczegółowy zakres uprawnień ze str. 2 dokumentu, a nie ogólny ze str. 1 należy uznać za decydujący o rzeczowym zakresie uprawnień budowlanych. Wobec pominięcia w uszczegółowionym zakresie „instalacji sanitarnych” instalacji wentylacyjnych, nie można uznać, że na podstawie dokumentu z dn. 15.12.1993 r. wydanego na podstawie przepisów z 1975 r. J. R. posiadał uprawnienia w zakresie instalacji wentylacyjnych, nie posiada ich w konsekwencji również po zmianie tychże przepisów. Wobec powyższego na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą nie można było uznać, że Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu osobami posiadającymi odpowiednie uprawnienia.

W ocenie Izby, w związku z brakiem udokumentowania w ofercie jednego z warunków udziału w postępowaniu, w myśl art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający nie dokonał tej czynności, lecz wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający prezentuje stanowisko, iż nie zaistniała sytuacja opisana w dyspozycji art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Wykonawca złożył dokument (przepis mówi o niezłożeniu dokumentu), dokument ten jest prawidłowy pod względem formalnym - jest to decyzja właściwego organu, potwierdzająca posiadanie uprawnień (przepis mówi od dokumencie zawierającym błąd), lecz w niepełnym, w stosunku do oczekiwań Zamawiającego, zakresie – czyli dokument ten nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w SIWZ.

Zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem w tej kwestii, podzielanym w niniejszej sprawie przez skład orzekający Izby, Zamawiający winien był wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów.

W ocenie Izby dla stwierdzenia zaistnienia przesłanek zastosowania trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie ma znaczenia, jakiego rodzaju błąd – czy formalny, czy merytoryczny - zawiera złożony przez Wykonawcę dokument, mający potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli przedłożono dokument nie potwierdzający spełniania warunków lub potwierdzający ten fakt w niepełnym zakresie – w takiej sytuacji zachodzą przesłanki do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Gdyby zaakceptować pogląd przeciwny, w lepszej sytuacji byłby wykonawca, który nie złożył żadnego dokumentu, niż ten, który złożył dokument, lecz nie potwierdzający spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pełnym zakresie.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego zarzut Odwołującego w tym zakresie został uwzględniony.

Izba również uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych (na taką podstawę prawną powołał się Zamawiający wykluczając Odwołującego), ponieważ w takich okolicznościach – tzn. przed wezwaniem do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie było podstaw do uznania, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3.

Skład orzekający wskazuje również, że Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego wskazał niewłaściwą podstawę prawną, a mianowicie art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych – czyli uznał, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3. Tymczasem, w związku z nieprzedstawieniem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, właściwą przesłanką wykluczenia jest art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Reasumując, Zamawiający nie miał podstaw, aby wykluczyć wykonawcę z powodu niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, jednak – miałby podstawy – gdyby wykonawca nie uzupełnił dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych – do wykluczenia wykonawcy, ponieważ nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jednak Izba orzeka wyłącznie w zakresie zarzutów objętych protestem, podtrzymanych później w odwołaniu.

Nie potwierdził się podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych. Co prawda, Odwołujący nie uzasadnił tego zarzutu, lecz należy domyślać się, że jego podstawę upatrywał w nierównym traktowaniu wykonawców. Skład orzekający Izby stwierdza, iż nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo zbliżonych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania, Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

Zamawiający na rozprawie podniósł, że na naruszenie art. 7 Prawa zamówień publicznych mógłby się narazić w wypadku, gdyby dopuścił uzupełnienie dokumentów poprzez złożenie uprawnień nowej osoby, nie ujętej w pierwotnym wykazie załączonym do oferty Odwołującego, bowiem stanowiłoby to zmianę treści oferty Odwołującego.

Przedstawienie uprawnień dla osoby, nie ujętej w wykazie załączonym do oferty, nie jest zmianą treści oferty, bowiem uprawnienia te nie są treścią oferty, której definicję zawiera art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, lecz dokumentem potwierdzającym warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca, załączając do oferty wykaz określonych osób, nie deklaruje (co do zasady), że te właśnie osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, lecz wykazuje, że spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Istotne jest dysponowanie osobą posiadającą

określone uprawnienia, a nie dysponowanie konkretną osobą. Skoro na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dopuszcza się uzupełnienie dokumentów, jeżeli ich wcześniej nie złożono albo zawierają błąd – nie można odmówić wykonawcy prawa do naprawienia tego błędu, czyli w tym wypadku przedłożenia, w wyniku wezwania, uprawnień dla nowej osoby, jeżeli uprawnienia wcześniej załączone nie spełniały wymogów SIWZ. Należy przyjąć, że celem art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych jest umożliwienie takiego uzupełnienia dokumentów, które będą podstawą decyzji o niewykluczeniu wykonawcy z postępowania. Podsumowując, w ocenie składu orzekającego Izby, nie ma przeszkód aby wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przedłożył dokumenty dotyczące osoby, nie ujętej w pierwotnym wykazie osób.

Wobec powyższych okoliczności, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....