

WYROK
z dnia 10.08.2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**
Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09.08.2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01.08.2017 r. przez wykonawcę **R. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P. H. U. B. R. S., (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Suwałki, (...)**.

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **P. H. U. B. R. S., (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00(siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miasto Suwałki, (...), dalej zwane „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją przebudowy drogi wojewódzkiej nr (...) na terenie Miasta S. - III etap. Część 2 Budowa odcinka od ul. (...) z mostem i tunelem pod torami”.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczących usług. Odwołanie zostało wniesione od czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 180 ust.2 pkt 3 Pzp).

W dniu 28 lipca 2017 roku Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania, a także o wykluczeniu wykonawcy P. H. U. B. R. S., (...), dalej zwanego „Odwołującym” z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty i zatrzymania wadium.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca ten wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art.24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw, z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo tego, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.
- 2) naruszenie art, 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.
- 3) naruszenie art. 46 ust. 1 pkt 4 a Pzp poprzez zatrzymanie wadium mimo udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności zatrzymania wadium.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że Zamawiający pismem dnia 07.07.2017 r. wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych SIWZ. Odwołujący dostarczył stosowne dokumenty w wyznaczonym terminie tj. do 14.07.2017 r. W dniu 19.07.2017 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów { wykaz osób} twierdząc, iż nie wyraził zgody na łączenie funkcji inspektora nadzoru robót drogowych i Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich. W odpowiedzi na to wezwanie Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 20 lipca 2017 roku poinformował Zamawiającego, iż w SIWZ

dotyczącym przedmiotowego postępowania nie znajduje się zapis, który zakazuje łączenia funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych i Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich.

Zwrócił uwagę także na kwestie, iż w większości postępowań dotyczących pełnienia usługi nadzoru inwestorskiego SIWZ zawiera jednoznaczne zapisy dotyczące łączenia funkcji inspektorów, które to dokładnie i przejrzysto określają.

Informacja o łączeniu funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych i Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych, którą zamieścił Zamawiający to powiadomienie powszechnie stosowane w SIWZ, wiążące się z tym, iż niektóre wcześniej wydane uprawnienia elektryczne zawierały samoistnie uprawnienia telekomunikacyjne.

Podkreślił także, iż zgodnie z linią orzecniczą KIO (wyrok KIO 897/15) Zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą, dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty".

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na wstępie wskazał, że Zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu miał na względzie ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku, do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.

Stawiając wymagania dotyczące potrzeby wykazania przez wykonawców dysponowaniem odpowiednim personelem fachowym wskazał, że dopuścił tylko łączenie funkcji Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych i Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych. Natomiast w pozostałym zakresie brak było możliwości łączenia wskazanych w SIWZ funkcji. Mimo tego Odwołujący wskazał tą samą osobę do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych i Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich. Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. W złożonym wykazie osób Wykonawca wskazał p. M. S. jako Inspektora nadzoru robót drogowych i Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich.

Ponieważ zapisy SIWZ dopuszczały tylko łączenie funkcji Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych i Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych, Odwołujący na mocy art. 26 ust. 3 został ponownie wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie jedną osobą w funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych oraz drugą osobą w funkcji Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich.

Odwołujący nie uzupełnił dokumentów, natomiast przesłał pismo, w którym poinformował Zamawiającego, że wezwanie jest bezzasadne, gdyż w SIWZ brak jest zapisu, który by nie dopuszczał łączenia funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych i Inspektora

nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich, jak i zapisu dopuszczającego tylko łączenie funkcji Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych i Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych powoduje, że Wykonawca może łączyć każdą z tych funkcji.

Zamawiający nie podzielił tego stanowiska. W treści SIWZ użyte zostały sformułowania, które w sposób wyraźny wskazują, że możliwość kumulowania funkcji jest ograniczona wyłącznie do przypadków wymienionych w SIWZ. Zamawiający wskazał bowiem, że „dopuszcza” łączenie funkcji tylko w opisany przez siebie sposób oznacza to, że w pozostałym zakresie kumulowanie funkcji nie jest „dopuszczone”. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych istotna jest przede wszystkim treść SIWZ, w związku z powyższym wykluczył Odwołującego z postępowania na mocy art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp. Nadto podkreślił, że Zamawiający celowo dopuścił łączenie tylko funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych i Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych. Natomiast nie dopuścił możliwości łączenia funkcji Inspektora robót drogowych i Inspektora drogowych obiektów inżynierskich ze względu na duży zakres robót i jego skomplikowanie zarówno w branży drogowej jak i drogowych obiektów inżynierskich. Ponadto Inspektor robót drogowych jest jednocześnie kierownikiem zespołu nadzoru i jest obciążony dużo szerszym zakresem obowiązków związanych z realizacją inwestycji. Dopuszczenie łączenia tych funkcji mogłoby znacząco wpłynąć na sprawności i terminowość realizowania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego zarówno przedmiot zamówienia jak i warunki udziału w postępowaniu zostały opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Ustawa dopuszcza zadawania pytań czy wnioskowanie o zmianę zapisów SIWZ, jeżeli dla Wykonawcy zapisy SIWZ nie były czytelne, należało skorzystać z uprawnień wynikających z art. 38 ust. 1. Nadto dodał, że Zamawiający w dniu 19.07.2017 r. wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów, nie wyjaśnięń. Wykonawca w dniu 20.07.2017r. przesłał pismo z dokonaną przez siebie i interpretacją postanowień SIWZ i informacją o bezzasadności jego wezwania, ale nie uzupełnił dokumentów, do czego został wezwany. Ponieważ Wykonawca do dnia wskazanego w wezwaniu nie uzupełnił dokumentów, dlatego też na mocy art. 46 ust. 1 pkt 4a wadium zostało zatrzymane.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaprezentowane stanowiska stron postępowania ustaliła, że Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek

interesu, o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp,. Odwołujący błędnie wskazał podstawę prawną wniesienia odwołania wskazując na przepis art. 180 ust.1 w sytuacji, kiedy zamówienie jest o wartości niższej niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczących usług.

Stan faktyczny podany przez Odwołującego był niekwestionowany przez Zamawiającego i tym samym został uznany przez izbę za niesporny i niewymagający uzupełnień.

Na wstępie wskazać należy, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określa ona wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Jest instrukcją dla wykonawcy i pozwala na poznanie oczekiwań Zamawiającego, co do warunków realizacji zamówienia.

Postawione w SIWZ warunki udziału w postępowaniu to cechy i właściwości wykonawcy wyrażające minimum wymagań, jakie zapewniają właściwe wykonanie zamówienia. To wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Postawione w SIWZ wymagania wobec wykonawców są oświadczeniami woli zamawiającego i jak każde oświadczenie woli podlega wykładni w sposób wskazany w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, a więc w taki sposób jak wymagają tego zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone.

Przechodząc do analizy treści postanowień SIWZ w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu podkreślić należy, iż Zamawiający w zakresie potrzeby wykazania dysponowania określonymi osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe postawił w rozdziale 10 ust. 1 pkt 3b wymóg, aby wykonawca wykazał między innymi osobę na funkcję Kierownika Zespołu Nadzoru – Inspektora nadzoru robót drogowych oraz osobę na stanowisko Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich. Dla obu z tych funkcji postawił osobne wymagania, które już w oparciu o postawione wymagania wskazywały na to, że winny to być dwie różne osoby. Dodać należy także, iż Zamawiający opisując wymagania wobec osób dopuścił tylko łączenie funkcji Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych i Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych.

Wobec powyższego, w dniu 19.07.2017 r. Odwołujący został wezwany zgodnie z art. 26 ust 3 do przedstawienia nowego wykazu osób potwierdzającego dysponowanie jedną osobą w funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych oraz drugą osobą w funkcji Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich. W dniu 20.07.2017 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo, w którym Odwołujący podał, że w SIWZ nie ma zapisu, który nie dopuszczał by łączenia ww. funkcji oraz nie ma zapisu, który dopuszczał tylko łączenie Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych i Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych.

Wobec powyższego Zamawiający uznał, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i wykluczył wykonawcę, co skutkowało także odrzuceniem oferty odwołującego. Ponadto Zamawiający uznał, że ze względu na fakt, iż w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a z przyczyn leżących po jego stronie, odwołujący nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej, dokonał zatrzymania wadium wpłaconego przez Odwołującego. W tym zakresie Izba wskazuje, że odwołanie jest wnoszone w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych, a tym samym kognicja Izby jest ograniczona tylko do zakresu czynności Zamawiającego wskazanych w przepisie art. 180 ust.2 Pzp, gdzie brak jest przyznania Izbie możliwości oceny prawidłowości zatrzymania wadium przez Zamawiającego.

W zakresie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania ww. osobami, Izba uznaje opisany przez Zamawiającego wymóg za tyle w jednoznaczny, iż nie powinien budzić wątpliwości profesjonalnego wykonawcy. Niewątpliwym jest, że brak jest w SIWZ wyraźnego zakazu łączenia, aby jedna i ta sama osoba pełniła funkcję Inspektora nadzoru robót drogowych z funkcją Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich. Jednakże podkreślić należy, że SIWZ nie jest dokumentem mającym zawierającym nakazy czy zakazy Zamawiającego, ale jest dokumentem wskazującym oczekiwania zamawiającego w zakresie spełniania warunków podmiotowych i przedmiotowych przez wykonawców. Treść postanowień SIWZ podlega wykładni językowej, a ta jednoznacznie, zdaniem Izby wskazuje, iż ww. funkcje inspektorów winny pełnić dwie osoby posiadające wymagane kwalifikacje. Wśród wykonawców niezasadnie utrzymywany jest pogląd, iż „wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SIWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu i winny być interpretowane na korzyść wykonawców.” Postępowanie o udzielenie zamówienia to postępowanie, w którym biorą udział profesjonaliści, do których obowiązuje tzw. podwyższona staranność. Na tą kwestię zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/2013, uznał, że tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ powinna bowiem ponieść strona, która ten SIWZ zredagowała, czyli Zamawiający. Sąd Najwyższy w związku z tym w sposób odmienny ocenił pogląd, że zadawanie pytań zwykle się uważać jedynie za uprawnienie wykonawcy. Z literalnego brzmienia przepisu art. 38 Pzp wynika bowiem, że wykonawca może skierować zapytanie o wyjaśnienie treści SIWZ, lecz wcale nie musi tego robić. SN wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z ww. wyrokiem SN art. 38 Pzp w związku z art. 354§ 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego

nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c., Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania poprawnej oferty.

Analiza treści postanowień SIWZ w przedmiotowym zakresie daje postawę do uznania, iż Zamawiający miał prawo do takiego opisanie warunku udziału wykonawców w postępowaniu, jego opis należy uznać za prawidłowy. Jeśli wykonawca miał wątpliwości w tym zakresie (nie mógł mieć pewności, iż jest tak jak twierdzi, gdyż z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika możliwość łączenia ww. funkcji u jednej osoby) to winien być wystąpić do Zamawiającego z pytaniem w tym zakresie. Miał także prawo do kwestionowania w oparciu o przepis art. 182 ust.2 pkt 2 tak postawione warunki udziału.

Odnosząc się do przywołanego w odwołaniu wyroku KIO o sygn. KIO 897/16 gdzie Izba wskazała na konieczność jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia wskazać należy, iż stan faktyczny tego postępowania jest inny niż wskazany w powyższym orzeczeniu, gdyż Odwołujący w tym postępowaniu został z postępowania wykluczony z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta została uznana- jako skutek wykluczenia, za odrzuconą.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznaje, że Zamawiający zasadnie wykluczył wykonawcę z postępowania.

Izba nie zasądziła zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego z powodu niezłożenia rachunku/faktury.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: