

Sygn. akt: KIO 208/14

Sygn. akt: KIO 210/14

WYROK
z dnia 20 luty 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Bogdan Artymowicz
Barbara Bettman

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 luty 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 luty 2014 r. przez **wykonawców:**

J..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „IN-TECH” ul. Drawska 54; 78-300 Świdwin Sygn. akt KIO 208/14;

R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „PROBUD” ul. Kołobrzaska 8 c, 78-300 Świdwin Sygn. akt KIO 210/14;

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Powiat Świdwiński ul. Mieszka I 16; 78-300 Świdwin

przy udziale wykonawcy: R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „PROBUD” ul. Kołobrzaska 8 c, 78-300 Świdwin zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt KIO 208/14 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni obydwie odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie unieważnienia postępowania, unieważnienie wykluczenia z postępowania odwołujących i odrzucenia ich ofert, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. kosztami postępowania obciąży Powiat Świdwiński ul. Mieszka I 16; 78-300 Świdwin

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną J..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „IN-TECH” ul. Drawska 54; 78-300 Świdwin; R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „PROBUD” ul. Kołobrzaska 8 c, 78-300 Świdwin tytułem wpisów od odwołania i

2.2. zasądza od Powiat Świdwiński ul. Mieszka I 16; 78-300 Świdwin kwotę 23.600 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz J..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „IN-TECH” ul. Drawska 54; 78-300 Świdwin kwotę 10.000 **zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i na rzecz R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „PROBUD” ul. Kołobrzaska 8 c, 78-300 Świdwin kwotę 13.600 **zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 201 r. Nr 907 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 Koszalinie

Przewodniczący:

Członkowie

.....

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 5 lutego 2014r. przez:

J..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „IN-TECH” ul. Drawska 54, 78-300 Świdwin, któremu nadano Sygn. akt KIO 208/14

oraz

R..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „PROBUD” ul. Kołobrzaska 8c; 78-300 Świdwin, któremu nadano Sygn. akt KIO 210/14.

Postępowanie prowadzi zamawiający, którym jest Powiat Świdwiński ul. Mieszka 1 16, 78-300 Świdwin

Wartość zamówienia nie przekracza równowartości kwoty, o której mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 tj. 5.000.000 euro dla robót budowlanych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Powiat Świdwiński w trybie przetargu nieograniczonego na inwestycję „Budowa hali sportowej przy ZSR CKP im. Stefana Żeromskiego” z nadanym przez zamawiającego znakiem sprawy: ZP.272.4.2013.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 18.10.2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, na tablicy ogłoszeń w siedzibie zamawiającego oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Powiatu Świdwińskiego (www.bip.powietzswidwinski.pl), w którym zamawiający udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2014r. obydwa odwołania skierowano do łącznego rozpoznania.

Odwołanie o Sygn. akt KIO 208/14

Odwołujący J..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „IN-TECH” ul. Drawska 54, 78-300 Świdwin zwany dalej „J..... P.....” na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 907z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą pzp” wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w dniu 31 stycznia 2014 r. polegającej na wykluczeniu odwołującego się z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Czynnością tą, w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy pzp: 1) art. 24 ust 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu; 2) art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp poprzez niepodjęcie czynności poprawienia omyłki pisarskiej w zakresie daty wypełnienia załącznika nr 4 do SIWZ złożonego w dniu 24.01.2014 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp ewentualnie z naruszeniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp poprzez nieprzeprowadzenie wyjaśnień co do daty umiejscowionej na załączniku nr 4 uzupełnionym w dniu 24.01.2014 r.

Odwołujący złożył następujące wnioski: 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz wykonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego się, 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy pzp odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania, gdyż miał i ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Oferta odwołującego, w związku z odrzuceniem przez zamawiającego również oferty firmy PPHU „PROBUD” R..... P..... ze Świdwina, przy powtórzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej byłaby i jest ofertą jedyną i tym samym najkorzystniejszą złożoną w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego. W dniu 31.01.2014 r. Zamawiający słusznie odrzucił ofertę firmy PPHU „PROBUD” R..... P..... ze Świdwina, w tej sytuacji bezpodstawne odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego naraża go na szkodę, gdyż uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, co w przypadku braku odrzucenia by nastąpiło. W załączeniu przedstawiono oświadczenie zamawiającego z dnia 31.01.2014 r. o odrzuceniu oferty PPHU „PROBUD” R..... P..... W tej sytuacji istnieje związek

przyczynowo - skutkowy pomiędzy zarzucanym dokonaniem odrzuceniem oferty odwołującego się z naruszeniami przepisów ustawy a uszczerbkiem po stronie odwołującego się w postaci uniemożliwienia mu uzyskania zamówienia wskutek odrzucenia oferty.

Reasumując Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione w terminie, kopia odwołania została przekazana zamawiającemu, co potwierdza odpis odwołania z prezentatą Starostwa Powiatowego w Świdwinie - załączona do niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu podniesiono następującą argumentację formalną i prawną. Zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy dysponują osobami ze stosownymi uprawnieniami budowlanymi. W toku postępowania pismem z dnia 23. 01.2014 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał odwołującego do uzupełnień dokumentów poprzez złożenie prawidłowego załącznika nr 4 (Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia).

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w dniu 24 stycznia 2014 r. dokonał uzupełnienia załączonych do oferty dokumentów przedstawiając jednocześnie następujące dokumenty:- pismo z dnia 24.01.2014 r. zawierające oświadczenie Odwołującego się, iż osoby wymienione w załączniku nr 4 (Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia) tj.: W..... B..... - kierownik budowy, M..... O..... - kierownik robót branży sanitarnej i M..... C..... - kierownik robót branży elektrycznej są i były w dyspozycji odwołującego przed terminem składania ofert tj. przed dniem 14.11.2013 r. i na cały okres wykonywania zamówienia -zaświadczenie o zatrudnieniu z dnia 13.11.2013 r. dotyczące zatrudnienia w przedsiębiorstwie odwołującego się W..... B.....

-oświadczenie M..... O..... z dnia 8 listopada 2013 r. o zobowiązaniu do udostępnienia swojej osoby jako kierownika robót branży instalacyjnej na okres wykonywania umowy na wykonanie zadania „Budowy hali sportowej przy ZSR CKP im. Stefana Żeromskiego w Świdwinie" na okres wykonywania zamówienia

-oświadczenie M..... C..... z dnia 8 listopada 2013 r. o zobowiązaniu do udostępnienia swojej osoby jako kierownika robót branży elektrycznej na okres wykonywania umowy na wykonanie zadania „Budowy hali sportowej przy ZSR CKP im. Stefana Żeromskiego w Świdwinie" na okres wykonywania zamówienia.

-załącznik nr 4 wg wzoru z SIWZ - z omyłkowo wpisaną datą 14.11.2014 r.

Należy stwierdzić, iż ze złożonych przy uzupełnieniu oferty w dniu 24.01.2014 r. dokumentów tj.-pisma odwołującego z dnia 24.01.2014 r. zawierającego oświadczenie odwołującego się

,iż osoby wymienione w załączniku nr 4 (Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia) tj.: W..... B..... - kierownik budowy, Marcin Ołówka - kierownik robót branży sanitarnej i M..... C..... - kierownik robót branży elektrycznej były w dyspozycji odwołującego przed terminem składania ofert tj. przed dniem 14.11.2013 r. i są obecnie ;-oświadczenia M..... O..... z dnia 8 listopada 2013 r.-oświadczenia M..... C..... z dnia 8 listopada 2013 r. w sposób rzeczywisty wynika, iż odwołujący nie później niż w dniu składania ofert dysponował dla realizacji osobami spełniającymi wszystkie wymagania określone w pkt. F.4 SIWZ-u.

Jedynie sam załącznik nr 4 został błędnie opatrzony datą 14.11.2014r r., w tym zakresie jest to oczywista omyłka pisarska, gdyż powinien być on opatrzony datą jego wypełnienia tj. datą 24.01.2014 r.- w tym zakresie doszło do oczywistej omyłki pisarskiej, wskutek edytowania załącznika w programie komputerowym WORD , która winna być poddana procedurze z art. 87 ust 2 pkt 1 ustawy pzp bądź też powinno to podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust 4 ustawy pzp. Załącznik nr 4 został wypełniony w dniu 24.01.2014 r. na podstawie zaświadczenia o zatrudnieniu W..... B..... z dnia 13.11.2013 r. oraz oświadczeń M..... O..... i M..... C..... z dnia 8.11.2013 r. - łącznie z tymi dokumentami potwierdza on dysponowanie osobami o uprawnieniach określonych w pkt F.4 SIWZ-u nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Istotne jest, aby wykonawca uzupełniający dokumenty i oświadczenia potwierdził fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Tak więc uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać spełnienie warunku najpóźniej na dzień składania oferty. Przy czym istotna jest nie tyle data wystawienia dokumentów, ale fakt, czy z ich treści wynika spełnienie warunku właśnie na dzień składania oferty. Załącznik nr 4 powinien być opatrzony datą jego sporządzenia i złożenia wraz z pismem z dnia 24.01.2014 r., skoro opatrzony jest on datą 2014 r. to zamawiający powinien dokonać weryfikacji omyłki pisarskiej w określeniu miesiąca i dnia - na dzień złożenia dokumentu tj. 24.01.2014 r. Zupełnie pozbawione podstaw i racjonalnych przesłanek jest stanowisko zamawiającego, zawarte w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego się a priori zakładające i wskazujące na to ,iż dokument załącznik nr 4 powinien mieć datę 14.11.2013 r. oraz wynikające z tego sugestie, iż błąd pisarski zaistniał w dacie roku, a nie w dacie dnia i miesiąca- są to twierdzenia z samego założenia błędne i bezpodstawne. Dokument miał mieć datę 24.01.2014 r. taką w jakiej został sporządzony i złożony w dniu 24.01.2014 r. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnień z dnia 23.01.2014 r. W okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości, że wykonawca na dzień składania ofert dysponował specjalistą ds. baz danych GIS i specjalistą ds. programowania oraz, że osoby te spełniają wymagania zamawiającego w przedmiocie wykształcenia i doświadczenia. Z zobowiązań do współpracy wynika, że na dzień składania ofert wykonawca dysponuje wskazanymi w Wykazie osobami. Co więcej, już

w pierwszym Wykazie występują osoby, które zostały wymienione w uzupełnionych Wykazach, jednocześnie wskazać należy, że data sporządzenia dokumentu nie jest istotna dla ustalenia, jakie wykształcenie posiadają określone osoby i czy legitymują się wymaganym doświadczeniem na dzień składania ofert. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że dokumenty lub oświadczenia dostarczone na wezwanie zamawiającego mogą być opatrzone datą późniejszą niż termin składania ofert, jest to konsekwencją wezwania, nie zawsze bowiem uzupełniane są dokumenty, które znajdowały się w posiadaniu wykonawcy. Natomiast ważne jest, aby wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wskazać tu należy, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnień z dnia 21 listopada 2013 r. skierowane do PPHU „PROBUD” R..... P..... uzyskał prawidłowo wypełniony załącznik nr 5 (wykaz wykonanych robót budowlanych) z datą 25 listopada 2013 r, a więc także z datą po terminie składania ofert, a ten załącznik został przyjęty bez zastrzeżeń. Tak więc niekonsekwencja zamawiającego w stosunku do różnych wykonawców jest oczywista, zachodzi nierówne traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie.

Zamawiający nie uzasadnił rzetelnie na jakiej podstawie twierdzi, iż odwołujący się nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie doszło więc do naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie korekty oczywistej omyłki pisarskiej, ewentualnie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp poprzez nieprzeprowadzenie wyjaśnień co do daty umiejscowionej na załączniku nr 4 uzupełnionym w dniu 24.01.2014 r.

Tak więc zamawiający dokonał wykluczenia odwołującego się i odrzucenia jego oferty z naruszeniem art. 24 ust 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Nie bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy powinna być decyzja komisji przetargowej powołanej dla oceny ofert w niniejszym postępowaniu, którą przedstawiam w załączeniu.

Wnoszę o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka T..... K..... - wezwanie na adres odwołującego się na okoliczność zaistnienia oczywistej omyłki pisarskiej przy sporządzaniu załącznika nr 4 złożonego zamawiającemu w dniu 24.01.2014 r. Do odwołania w poczet dowodów załączono: -notatka urzędowa z dnia 28.01.2014 r. oświadczenie zamawiającego z dnia 31.01.2014 r. o odrzuceniu ofert.

-informacja o wykluczeniu i odrzuceniu oferty odwołującego się z dnia 31.01.2014r.

Pismem z dnia 07.02.2013r. w tymże dniu do postępowania odwoławczego przystąpił R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „PROBUD” ul. Kołobrzaska 8c; 78-300 Świdwin z deklaracją przystąpienia po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania konkurenta. Przystępujący podkreślił, że złożył ofertę z

najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. W ocenie przystępującego zmiana kierowników branży sanitarnej i elektrycznej stanowiła niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Pismem z dnia 17.02.2014r. zamawiający na podstawie art.186 ustawy pzp wniósł odpowiedź na odwołanie. Zamawiający stwierdza, że podjął czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, ponieważ nie wykazał, że na dzień składania ofert dysponował osobami przy pomocy, których będzie wykonywał zamówienie. Podstawę czynności zamawiającego stanowił art.24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp. Odwołujący miał wykazać osoby przy pomocy, których będzie wykonywał zamówienie. Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia wykazu, odwołujący złożył częściowo zmieniony wykaz, zmienił dwie osoby w miejsce dotychczas wskazanych osób.

Nowy wykaz to jest załącznik został opatrzony datą 14.11.2014r. Zamawiający uznał, że odwołujący załącznik nr 4 sporządził w 2014r., a chciał opatrzyć go datą 2013 a konkretnie 14 .11.2013r. Zamawiający przyjął, że w dniu w którym odwołujący składał ofertę nie dysponował osobami wskazanymi w załączniku a tym samym nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Również zamawiający nie przypisał odwołującemu możliwości popelnienia omyłki przy opisanu daty na zał. nr4 stanowiącym wykaz osób. Z tego względu wykonawca został wykluczony z postępowania.

Odwołanie: Sygn. akt KIO 210/14

Odwołujący R..... P..... wniósł odwołanie na podstawie art. 180 ustawy pzp w związku z naruszeniem przez zamawiającego: 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonego w pkt F 2 SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia, 2) art. 24 ust. 3 ustawy pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia odwołującego z postępowania; 3) art. 26 ust. 2b ustawy pzp poprzez przyjęcie, że warunkiem wykorzystania wiedzy i doświadczenia innych podmiotów przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie mu zamówienia, jest wykazanie przez wykonawcę udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców. Wobec powyższego odwołujący wnosi o:1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,2)nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem

jego oferty,3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu uiszczono wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby. Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego naraża go na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 5-go lutego 2014r. roku, czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu wniesienia niniejszego odwołania z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy pzp. Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalną i prawną w odwołaniu. W złożonej w niniejszym postępowaniu ofercie, odwołujący, realizując wymóg pkt F2 SIWZ polegający na wykazaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, przedstawił dwa zobowiązania do oddania do dyspozycji odwołującego zasobów podmiotów trzecich, polegających w szczególności na wiedzy i doświadczeniu wymaganym przez zamawiającego. Zamawiający w dniu 4-go grudnia 2013r., powołując się na przepis art. 26 ust. 4 pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie określenia charakteru współpracy z podmiotami przedstawionymi w ofercie, których zasobami ma dysponować. Wykonując wezwanie, odwołujący przedłożył zamawiającemu dwie "Umowy o współpracy" określające charakter współpracy z podmiotami przedstawionymi w ofercie.

6-go grudnia 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty. W wyniku wniesienia w dniu 10-go grudnia 2013r. odwołania od czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, wyrokiem z dnia 20-go grudnia 2013r, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania oceny ofert, w tym wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust.3 ustawy pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt F.2 SIWZ z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu wyroku.

W dniu 10-go stycznia 2014r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie

wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt. F.2 SIWZ, precyzując w uzasadnieniu wezwania, że wykonawca winien przedłożyć dokumenty określające charakter współpracy z podmiotami przedstawionymi w ofercie, których zasobami ma dysponować wykonawca.

Wykonując wezwanie odwołujący przedłożył zamawiającemu aneksy do umów o współpracy z tymi podmiotami.

31-go stycznia 2014 r. Zamawiający przesłał odwołującemu listem poczty elektronicznej informację o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę prawną swojego rozstrzygnięcia, w zakresie wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, w zakresie odrzucenia oferty — art. 89 ust.1 pkt 5 pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że przyczyną wykluczenia odwołującego jest niespełnienie warunków postępowania dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem odwołującego treść uzasadnienia informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie zawiera uzasadnienia faktycznego czynności zamawiającego. Zamawiający poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że aneksy do umów do współpracy, przedłożone przez odwołującego w wykonaniu wezwania zamawiającego z dnia 10-go stycznia 2014r., cyt. zostały sporządzone w dniu 14-go stycznia 2014r. co jednoznacznie wskazuje, że Wykonawca na dzień składania ofert nie spełniał warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia... ”.

Uzasadnienie informacji zamawiającego z dnia 31-go stycznia 2014r. nie zawiera uzasadnienia faktycznego określającego przesłanki przyjęcia przez zamawiającego, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu zawartych w pkt.2 SIWZ. Z tego względu dalsza część uzasadnienia odwołania opierać się będzie na założeniu, że zamawiający, jakkolwiek nie zawarł tego w treści tzw. „uzasadnienia faktycznego” informacji z dnia 31-go stycznia 2014r., w ślad za stanowiskiem KIO wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z dnia 20-go grudnia 2013r. o sygn. akt.: KIO 2864/13, uznał, że odwołujący nie udowodnił polegania na doświadczeniu podmiotu trzeciego poprzez niewykazanie, że podmioty trzecie, na których doświadczeniu miałyby polegać zamawiający, będą uczestniczyły w wykonaniu zadania będącego przedmiotem postępowania przetargowego w charakterze podwykonawcy. W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 17.02.2014r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło, wbrew przekonaniu odwołującego, z powodu niedysponowania wymaganym doświadczeniem zawodowym do realizacji zamówienia. Również zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego co do braku stosownego uzasadnienia faktycznego i prawnego w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania. Zamawiający zauważa, że odwołujący wskazując podmiot trzeci, który ma udostępnić zasoby odwołującemu w zakresie doświadczenia zawodowego nie został wskazany jako podwykonawca przedmiotowych w tym postępowaniu robót budowlanych. Zamawiający cytuje przepis ustawy Pzp to jest art.26 ust.2 b zgodnie z którym wykonawca, który będzie się posługiwał zasobami podmiotu trzeciego musi udowodnić zamawiającemu, że niezbędne zasoby zostaną jemu udostępnione. Dalej cytowane jest uzasadnienie Wyroku KIO z dnia 20 grudnia 2013r. w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 2846/13 z którego wynika, że w przypadku korzystania z cudzych zasobów powinno ono odbywać się na zasadzie podwykonawstwa. Wykonawca odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 10.01.2014r. nie udowodnił, że faktycznie będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia a pochodzącymi od podmiotów trzecich. Z tych powodów zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013r. w sprawie Sygn. akt KIO 2846/13

Obydwa odwołania zostały wniesione w związku z czynnościami zamawiającego, podjętymi w związku z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2013r. w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 2846/13, zgodnie z jego treścią zamawiający został zobowiązany do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego R..... P....., na podstawie art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego

w pkt F.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu.

W dniu 31.01.2014r. zamawiający wskutek wykonania Wyroku KIO po uprzednim wezwaniu wykonawców do uzupełnień ofert w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu to jest odwołujących w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, o unieważnieniu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego wskutek odrzuceniu ich ofert.

Pismo z dnia 31.01.2014r. zawierało zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art.93 ust.1 ustawy pzp. Zgodnie z treścią art.93 ust.1 ustawy pzp zamawiający unieważnia postępowanie w przypadku gdy nie wpłynęła żadna oferta nie podlegająca odrzuceniu. Jako uzasadnienie odrzucenia ofert zamawiający wskazał, że po ponownym badaniu i ocenie ofert poprzedzonymi wezwaniem do wyjaśnień i uzupełnień oraz ich ocenie oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia podlegają odrzuceniu.

Na otwarciu ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na zamówienie: 5.309.339,69 zł.

Odwołujący J..... P..... zaoferował cenę: 5.372.448,08zł.

Odwołujący R..... P..... zaoferował cenę: 5.199.000,00zł.

Sygn. akt KIO 208/14

Izba ustaliła.

Odwołujący J..... P..... posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia jego odwołania w związku z podniesionym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy pzp i utrzymaniu w mocy czynności wykluczenia i odrzucenia z postępowania oferty R..... P....., również składającego odwołanie,

jego oferta byłaby najkorzystniejszą. Poniesienie szkody wynika w związku z nieuzyskaniem zamówienia co powinno gwarantować uzyskanie spodziewanych dochodów.

Izba przeprowadzając na rozprawie postępowanie dowodowe z przywołanych przez strony i uczestnika dokumentów dokonała następujących ustaleń.

Zamawiający po wydanym w.w. Wyroku KIO wezwał J..... P.....: pismem z dnia 17.01.2014r. w trybie art.26 ust.4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień co do posiadanych uprawnień przez kierownika robót branży sanitarnej i elektrycznej, ponieważ nie posiadają oni uprawnień zgodnych z wymaganymi w SIWZ (załącznik nr 4 do SIWZ). Pismem z dnia 21.01.2014r. odwołujący J..... P..... złożył oświadczenie w którym powołał się na omyłkę pracownika przygotowującego ofertę i wskazał, że na dzień składania ofert to jest na dzień 14.11.2013r. dysponował takimi osobami jak: W..... B.....- kierownik budowy M..... O..... – kierownik robót branży sanitarnej oraz M..... C..... – kierownik robót branży elektrycznej. Do pisma załączył uzupełniony o te dwie osoby Wykaz osób. Przy czym wykaz opatrzony datą 14.11.2014r. Następnie zamawiający kolejnym, pismem z dnia 23.01.2014r. wezwał Janusza Paprockiego tym razem w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp do złożenia prawidłowego załącznik nr 4 uzasadniając, że w wyjaśnieniach z dnia 21 stycznia 2014r. wykonawca oświadczył, że w załączniku nr 4 błędnie wskazano osoby przewidziane do kierowania robotami budowlanymi w branży sanitarnej i elektrycznej. Wyznaczył tym razem termin do złożenia wyjaśnień do dnia 24.01.2014r. Kolejny raz J..... P..... w wyznaczonym terminie to jest w dniu 24.01.2014r. złożył na piśmie kolejne oświadczenie w związku z wykazem osób z którego wynika, że wezwany w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp. składa dokument to jest Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia to jest zał. Nr 4. Tak jak w poprzednim piśmie oświadczył, że trzech kierownicy to jest kierownik budowy, kierownik robót branży sanitarnej i kierownik robót branży elektrycznej byli w jego dyspozycji przed terminem składania ofert to jest przed terminem 14.11.2013r. Pismo na którym J..... P..... złożył oświadczenie zarówno w górnym prawym rogu jak i w dolnym lewym rogu nosi datę 24.01.2014r. Załączono jak poprzednio to jest przy piśmie z dnia 21.01.2014r. Wykaz osób tej samej treści z tą samą datą 24.11.2014r. Tak jak poprzednio załączono do pisma oraz Wykazu: zaświadczenie o zatrudnieniu z dnia 13.11.2013r. kierownika budowy(pracownik odwołującego) oraz dwa zobowiązania z datą 08.1.2013r. kierownika branży sanitarnej i elektrycznej o udostępnieniu swojej osoby do przedmiotowych robót.

W dniu 31.01.2014r. zamawiający na podstawie art.92 ust.1 pkt 2 ustawy pzp zawiadomił

J..... P..... o odrzuceniu jego oferty. Jako powód podał opatrzenie Wykazu osób datą 14.11.2014r. W uzasadnieniu faktycznym podaje, że „dokument opatrzony tą datą nie został stworzony w czasie, w którym mógł być załącznikiem do złożonej przez Wykonawcę oferty w terminie jej złożenia, który upłynął dnia 14.11.2013r.” W uzasadnieniu prawnym wskazał na podstawę wynikającą z art.24 ust.2 pkt 4 i art.89 ust.1 pkt 5 ustawy pzp.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Z treści art.26 ust.3 ustawy wynika, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Z powyżej przedstawionego ustalonego stanu faktycznego w sprawie wynika, że zarówno oświadczenie wykonawcy potwierdza spełnienie warunku udziału przed upływem terminu składania ofert jak i zaświadczenie o zatrudnieniu oraz zobowiązania o udostępnieniu swojej osoby zostały złożone przed terminem składania ofert to jest przed terminem 14.11.2013r. Z oświadczenia J..... P..... złożonego na piśmie do zamawiającego z dnia 21.01.2014r.(wezwanie w trybie art.26 ust.4) wynika, że w wyniku pomyłki pracownika wykonawcy do Wykazu złożonego przy ofercie zaproponowano niewłaściwe osoby na kierowników robót branży sanitarnej i elektrycznej. Niemniej jednocześnie w tym samym piśmie jak i w kolejnym na wezwanie zamawiającego (wezwanie w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp) J..... P..... oświadczył, że wskazanymi osobami dysponował na dzień przed upływem terminu składania ofert. Argumentacja zamawiającego w oświadczeniu o wykluczeniu z postępowania, sugeruje stworzenie Wykazu w 2014 roku. Zamawiający przywołuje błąd daty w uzupełnionym Wykazie to jest jej nierzeczywistość, ponieważ w Wykazie wskazano datę przyszłą 14.11.2014r. co sugeruje zamiar antydatowania Wykazu to jest na dzień składania ofert, który upływał 14.11.2013 roku. Sugestia zamawiającego, że Wykaz stworzono w 2014r. jest uprawniona, ponieważ J..... P..... został wezwany najpierw w trybie 26 ust.4 ustawy pzp w dniu 17.01.2014r. a następnie w dniu 23.01.2014r. w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp. Niemniej okoliczność sporządzenia Wykazu osób na wezwanie w miesiącu styczniu 2014r. nie powoduje naruszenia dyspozycji cytowanego powyżej art.26 ust.3 ustawy pzp. zgodnie z którym oświadczenia i dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunku najpóźniej z upływem terminu składania ofert. Powyższe nie oznacza, że np. Wykaz nie może nosić daty po wezwaniu zamawiającego do jego uzupełnienia. Natomiast z oświadczeń i dokumentów powinno wynikać, że okoliczność spełnienia warunku miała miejsce przed upływem terminu składania ofert. I tak jest w przedmiotowym przypadku. Zarówno z oświadczenia J.....

P..... (z dnia 21.02.2014r. jak i z 24.01.2014r.) oraz załączonych: zaświadczenia o zatrudnieniu jak i zobowiązań osób wynika, że warunki udziału w postępowaniu spełnione były już na dzień przed terminem składania ofert. Natomiast logicznym jest, że Wykaz nosić będzie datę po wezwaniu zamawiającego czyli po terminie składania ofert, ponieważ jest zmieniony na to wezwanie. W związku z powyższym okoliczność pomyłki w dacie na WYKAZIE w świetle oświadczenia J..... P..... oraz kierowników branży sanitarnej i elektrycznej są dowodem na to, że wykonawca dysponował osobami przed upływem terminu składania ofert. Sposób popełnienia omyłki w dniu 21.01.2014r. (pismo pierwsze do zamawiającego, przy którym załączono Wykaz z datą 24.11.2014r.) to jest data „24.11.2014r.” nie da się poprawić w trybie art.87 ust.2 pkt 1 jako oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ z okoliczności sprawy nie wiadomo jakiej daty na wykazie J..... P..... chciał użyć. Na pewno mogłaby być to data po 17.01.2014r. to jest po pierwszym wezwaniu zamawiającego. Niemniej w ocenie Izby data ta nie ma znaczenia przy oświadczeniu J..... P..... zarówno w piśmie z dnia 21 jak i 24.01.2014r. o spełnieniu warunku posiadania osób przed terminem składania ofert jak i wobec przedłożonych zaświadczeń i zobowiązań kierowników: budowy i robót również z datami przez 14.11.2013 roku.

W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 210/14

Izba ustaliła

Odwołujący R..... P..... posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia jego odwołania w związku z podniesionym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy pzp jego oferta byłaby najkorzystniejszą, gdyż zawiera najniższą cenę, przy obowiązującym kryterium ceny. Poniesienie szkody wynika w związku z nieuzyskaniem zamówienia co powinno gwarantować uzyskanie spodziewanych dochodów.

Izba przeprowadzając na rozprawie postępowanie dowodowe z przywołanych przez strony i

uczestnika dokumentów dokonała następujących ustaleń.

Pismo z dnia 15.01.2014r. do zamawiającego w związku z wezwaniem z dnia 10.01.2014r., w którym R..... P..... przedkłada aneksy Umów o współpracy zawarte z PPH „BUDAGROS-BIS” Sp. z o.o. oraz PPH „PLASTKON” Sp.J., które wskazują na udział tych podmiotów udostępniających zasoby w charakterze podwykonawców. Aneksy do umów zawarto w związku z wyrokiem KIO 2846/13 dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości. Niemniej w tym piśmie przewodnim odwołujący zaznacza, że już w umowach zawartych w dniu 13.11.2014r. intencją stron był udział podmiotów udostępniających zasoby w charakterze podwykonawców. Na piśmie istnieje adnotacja zamawiającego, że pismo złożono po terminie wezwania w związku z adnotacją godz.12.50 dnia 15.01.2014roku.

W trakcie rozprawy odwołujący R..... P..... złożył identycznej treści pismo z adnotacją wpływu do zamawiającego ale bez adnotacji, że wpłynęło po terminie tylko z datą wpływu to jest dnia 15.01.2014r. bez zaznaczenia godziny wpływu.

Z datą 15.01.2014r. odwołujący R..... P..... złożył pismo, w których załącza między innymi aneksy do umów z 13.11.2013r. Aneksy mają daty 13.11.2013r. Zostały one zawarte w celu uszczegółowienia zasad współpracy. Z ich treści wynika, że podmioty udostępniające zasoby będą wykonywały takie prace jak: montaż konstrukcji dachowych hali, wykonanie pokrycia dachu (PPH „BUDAGROS-BIS” Sp. z o.o.), wykonanie fundamentów w części hali, wykonanie posadzek w hali (PPH „PLASTKON” Sp.J.). na aneksach widnieją daty ich sporządzenia 14 stycznia 2014r.

W dniu 24.01.2014r. R..... P..... złożył bez wezwania zamawiającego oświadczenia: PPH „BUDAGROS-BIS” Sp. z o.o. oraz PPH „PLASTKON” Sp.J. w celu rozwiązania jakichkolwiek wątpliwości, za pismem przewodnim, z którego wynika, że był w posiadaniu przed terminem składania ofert oświadczeń o podwykonawstwie złożonym przez te podmioty. Załączone oświadczenia noszą daty 13.11.2013r. i z treści ich wynika, że deklarują wykonanie następujących prac: montaż konstrukcji dachowych hali, wykonanie pokrycia dachu (PPH „BUDAGROS-BIS” Sp. z o.o.), wykonanie fundamentów w części hali, wykonanie posadzek w hali (PPH „PLASTKON” Sp.J.).

Przed wydaniem wyroku KIO 2846/13 z dnia 20 grudnia 2013r. za pismem przewodnim z dnia 05.12.2013r. odwołujący R..... P..... na wezwanie zamawiającego przesłał dwie

umowy podmiotów, które udostępniają jemu zasobów to jest PPH „BUDAGROS-BIS” Sp. z o.o. oraz PPH „PLASTKON” Sp.J., z których wynika zobowiązanie do świadczenia usług ciągłych konsultacji oraz wyznaczenie konsultanta w osobie Pani E..... M..... (PPH „BUDAGROS-BIS”) oraz Pana K..... J..... (PPH „PLASTKON” Sp.J.).

W dniu 31.01.2014r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego R..... P....., powołując się na okoliczność, że przedłożone aneksy noszą daty 14 stycznia 2014r. czyli zostały sporządzone po dacie 14.11.2013r. czy po terminie składania ofert.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z postanowień SIWZ ani z Ogłoszenia o zamówieniu przy użyciu podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia i wiedzy nie przewidywano szczególnych uregulowań w tym zakresie to jest przewidzianych ponad treść art.26 ust.2 b ustawy pzp. Na podstawie sentencji Wyroku KIO z dnia 20 grudnia 2013 Sygn. akt KIO 2864 należy uwzględnić okoliczności wskazane w uzasadnieniu. W uzasadnieniu Izba skłania do podwykonawstwa, jeżeli chodzi o podmioty udostępniające wiedzę i doświadczenie. Niemniej odwołujący w toku pierwszej oceny dysponował już umową o współpracy, która przewidywała konsultacje, wyznaczając w tym celu konkretnego to jest z imienia i nazwiska pracownika. W związku z przywołaniem w sentencji Wyroku KIO „okoliczności wskazanych w uzasadnieniu” słusznie wykonawca przedstawił aneks do umowy wskazujący na podwykonawstwo. Skoro żaden przepis ustawy pzp nie identyfikuje udostępnienia zasobów z podwykonawstwem, a taki obowiązek wynika z uzasadnienia Wyroku KIO 2846/13 to nie można dyskwalifikować wykonawcy z tego powodu, że z jednej strony nadaje aneksowi datę 13.11.2013r. ale jednocześnie zaznacza w jakim czasie aneks - y sporządzono to jest dnia 14.01.2014r. na wezwanie zamawiającego z przywołaniem Wyroku KIO 2864/13.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczone wpisy przez odwołujących w łącznej kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołujących kwoty uiszczonych wpisów od odwołań po 10.000,00 zł. na rzecz każdego z odwołujących i kwotę 3.600,00 zł. na rzecz odwołującego Ryszard Piątek (Sygn. akt KIO 210/14) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie

.....