

Sygn. akt KIO/UZP 699/08

WYROK
z dnia 23 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska - Romek
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Samson Sp. z o. o., 33-100 Tarnów, ul. Spokojna 22** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Ryglice, 33-160 Ryglice, ul. Rynek 9** protestu z dnia 26 czerwca 2008 r.

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Ryglice, 33-160 Ryglice, ul. Rynek 9**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Samson Sp. z o. o., 33-100 Tarnów, ul. Spokojna 22,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Ryglice, 33-160 Ryglice, ul. Rynek 9** na rzecz **Samson Sp. z o. o., 33-100 Tarnów, ul. Spokojna 22,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **Samson Sp. z o. o., 33-100 Tarnów, ul. Spokojna 22.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15.05.2008r. pod poz. 102 796.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Budowa sali gimnastycznej w Zalasowej wraz z zapleczem sanitarno - szatniowym i dwoma salami lekcyjnymi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone przez Burmistrza Gminy Ryglice, ul. Rynek 9, 33 – 160 Ryglice woj. małopolskie zwanego dalej „Zamawiającym”, któremu to zamówieniu nadano numer referencyjny PN6/II/08.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca SAMSON Sp. z o.o. ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów zwany dalej „Odwołującym” w dniu 26.06.2008r.

(pismo z dnia 26.06.2008r.) złożył protest w związku z naruszeniem przez Zamawiającego art. 22 ust.1 pkt 2 i art.7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2007r. nr 223 poz.1655) zwanej dalej ustawa Pzp.w zakresie :

1. wykluczenia z postępowania Odwołującego,

2. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kompleksowa Obsługa Inwestycji Budowlanych „TOMAX” Tomasz Madeja 33-159 Zalasowa, ul. Tarnowska 104 zwany dalej „TOMAX”
3. nie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano – Projektowe Edward Solak, 33 -114 Rzuchowa 11 zwany dalej „Edward Solak”.

Odwołujący w złożonym proteście zażądał od Zamawiającego :

1. dopuszczenia Odwołującego do postępowania jako spełniającego warunki udziału w postępowaniu,
2. unieważnienia wyboru wykonawcy TOMAX
3. wykluczenia wykonawców : TOMAX i Edward Solak.

Odwołujący w uzasadnieniu złożonego protestu podniósł następujące zarzuty pod adresem Zamawiającego :

1. bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu rzekomego nieposiadania przez kierownika o specjalności konstrukcyjno – budowlanej pięcioletniego doświadczenia zawodowego,
2. bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu rzekomego nieposiadania przez kierownika o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych trzyletniego doświadczenia zawodowego,
3. bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu rzekomego nieposiadania przez kierownika o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych oraz instalacji ciepłych i wentylacyjnych trzyletniego doświadczenia zawodowego.

Odwołujący w proteście przedstawił następujący stan faktyczno – prawny sprawy.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.06.2008r. Odwołujący w dniu 18.06.2008r. uzupełnił dokumenty w zakresie doświadczenia zawodowego kierowników. Przedłożył dokumenty z których wynika staż pracy w zakresie posiadanych uprawnień z wymienieniem obiektów odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu. Z przedstawionych dokumentów wynika kolejno, że :

1. kierownik o specjalności konstrukcyjno - budowlanej ma doświadczenie zawodowe 10 letnie,
2. kierownik o specjalności sieci, instalacje i urządzenia elektryczne ma doświadczenie 28 letnie,

3. kierownik o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych oraz instalacji ciepłych i wentylacyjnych ma doświadczenie 5 letnie.

Ponadto w proteście zarzucił Zamawiającemu w zakresie warunków udziału w postępowaniu, że nigdzie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanych dalej „SIWZ” nie określił, wzorów druków do wypełnienia oraz nie poinformował, że nie posiadanie doświadczenia zawodowego kierowników może skutkować odrzuceniem oferty.

W ocenie Odwołującego dokumenty przedstawione na wezwanie zostały podpisane zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego przez poszczególnych kierowników

Kolejny zarzut protestu Odwołującego dotyczył uprawnień Pana Zenona S., który został przedstawiony jako kierownik o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych. Pan Zenon S. z wykształcenia technik elektryk posiada uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie jako kierownik budowy lub robót w zakresie sieci i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, czyli w ograniczonym zakresie. Na poparcie swojego stwierdzenia Odwołujący przywołał, orzeczenie zespołu arbitrów z dnia 01.08.2006r. Sygn. Akt UZP/Zo/0-2180/06, załączając jego kopię do protestu.

Odwołujący również przywołał treść pkt 8.1.2) a) Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia zwanych dalej SIWZ zgodnie z którymi Zamawiający wymagał, aby osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie posiadały uprawnienia nieograniczone. Z uwagi na to, że Pan Zenon S. został przedstawiony jako osoba uprawniona do kierowania robotami branży elektrycznej zarówno w ofercie wykonawcy TOMAX jak i w ofercie Edward Solak to na podstawie art.22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, obydwaj wykonawcy powinni być z tego powodu wykluczeni z postępowania , a ich oferty powinny być odrzucone.

Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania z uwzględnieniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji czego Zamawiający w tym postępowaniu nie dotrzymał, czym naruszył art 7 ust.1 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 04.07.2008r. (pkt 2 pisma) rozstrzygnął w następujący sposób protest Odwołującego :

1. uznał protest w zakresie dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty to jest unieważnił wybór wykonawcy TOMAX,
2. uznał protest w zakresie nie wykluczenia wykonawcy Edward Solak to jest wykluczył tego wykonawcę z postępowania,

3. oddalił protest w części dotyczącej wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu nie posiadania przez :

3.1. kierownika budowy o specjalności konstrukcyjno- budowlanej 5 letniego doświadczenia zawodowego wymaganego w SIWZ,

3.2.kierownika robót o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych 3 letniego doświadczenia wymaganego w SIWZ,

3.3.kierownika robót o specjalności w zakresie sieci, instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych oraz instalacji ciepłych i wentylacyjnych 3 letniego doświadczenia wymaganego w SIWZ.

Przy czym w piśmie rozstrzygającym protest (pkt 1 pisma) skierowanym do Odwołującego, Zamawiający rozstrzygnął również protest wniesiony przez innego wykonawcę to jest Usługi Budowlano -Transportowe "ANKO" Sp. j. Stanisław Onak, Barbara Stanszek, 33 – 100 Tarnów, ul. Tuchowska 25A zwane dalej "ANKO" uznając złożony protest w całości za uzasadniony. Protest ten dotyczył wykonawców : Edward Solak i TOMAX, którzy przedstawili osoby mające pełnić samodzielne funkcje techniczne niezgodnie z wymogami Zamawiającego.

Przy czym w ocenie Odwołującego, do jego zarzutów zawartych w proteście, Zamawiający się nie odniósł tylko je zacytował w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu.

W zakończeniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, że unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty, dokona oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym niezwłocznie poinformuje wszystkich wykonawców.

W pouczeniu Zamawiający zawarł zapis, że zgodnie z art. 184 ust.1 ustawy Pzp od rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje odwołanie.

Pomimo pouczenia, zawartego w rozstrzygnięciu protestu o nie przysługiwaniu odwołania, Odwołujący pismem z dnia 09.07.2008r. wniósł odwołanie w sprawie odrzucenia części protestu to jest wykluczenia Odwołującego z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu pomimo, że Odwołujący warunki te spełnia.

Zaznaczył, że zaskarżona czynność narusza art.7 ust.1 ustawy Pzp oraz narusza interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołania powtórzono argumentację faktyczną i prawną z protestu na okoliczność, że po wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów Odwołujący przestawił dokumenty potwierdzające doświadczenie zawodowe osób mających pełnić samodzielne funkcje w budownictwie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W podsumowaniu odwołania Odwołujący wskazał, że uchybienia Zamawiającego stanowią podstawę do :

1. dopuszczenia oferty Odwołującego do ponownej oceny ofert jako spełniającej warunki zawarte w SIWZ,
2. dokonania ponownej oceny ważnych ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W druku ZP-2 Protokołu postępowania dokonano ustalenia wartości zamówienia na kwotę 3.078.011,30 zł. netto co stanowi 793 895,26 Euro.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy :

1. F.H.U. „FEWATERM” Sp.J. Ferdynand Czuba &Waldemar Czuba Chojnik 88, 33-180 Gromnik na kwotę 4.117.936,13zł. zwany dalej „FEWATERM”,
2. SAMSON Sp. z o.o. 33-100 Tarnów ul. Spokojna 22 na kwotę 3.697.905,60 zł. zwany dalej „SAMSON (Odwołujący)”,
3. Usługi Budowlano-Transportowe „ANKO” Sp.J. Stanisław Onak, Barbara Stanaszek 33-100 Tarnów, ul. Tuchowska 25A na kwotę 3.893.059,64 zł. zwany dalej „ANKO”,
4. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „MEGBUD” Krzysztof Cetnar 33-100 Tarnów, ul. Żwirowa 16 na kwotę 4.417.788,56 zł. zwany dalej „MEGBUD”,
5. Przedsiębiorstwo Budowlano-Projektowe Edward Solak 33-114 Rzuchowa 17 na kwotę 3.582.902,47 zł. zwany dalej „Edward Solak”
6. TOMAX Kompleksowa Obsługa Inwestycji Budowlanych Tomasz Madeja Zalasowa 33 -159, ul. Tarnowska 104 na kwotę 3.377.874,09 zł. zwany dalej „TOMAX”
7. DEEL Dorota Dobrzańska 43-300 Bielsko Biała, ul. Prusa 13/30 na kwotę 3.887.896,54 zł. zwany dalej „DEEL”.

Pismami z dnia 16.06.2008r. Zamawiający wezwał następujących wykonawców do uzupełnienia oraz wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. w terminie do 18.06.2008r. :

1. „FEWATERM”. - brak historii kariery zawodowej dla kierownika robót o specjalności instalacyjnej,
2. SAMSON - brak historii kariery zawodowej dla kierownika budowy i kierowników robót o specjalności elektrycznej oraz instalacyjnej,
3. „MEGBUD” - brak historii kariery zawodowej dla kierownika budowy i kierowników robót o specjalności elektrycznej oraz instalacyjnej,

4. Edward Solak - brak historii kariery zawodowej kierownika robót o specjalności elektrycznej,
5. TOMAX - brak historii kariery zawodowej kierownika robót o specjalności elektrycznej za rok 2004, brak historii kariery zawodowej kierownika robót o specjalności instalacyjnej,
6. DEEL - brak historii kariery zawodowej dla kierownika budowy i kierowników robót o specjalności elektrycznej oraz instalacyjnej.

Z powyższego zestawienia wynika, że tylko wykonawca "ANKO" nie został wezwany w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Na wezwanie Zamawiającego odpowiedzi udzielili :

1. TOMAX,
2. SAMSON,
3. Edward Solak,
4. DEEL.

Nie odezwał się :

1. "FEWATERM",
2. „MEGBUD”

W przedmiotowym postępowaniu jako kryterium oceny ofert ustalono jedynie kryterium ceny – pkt 17 SIWZ.

Zamawiający w dniu 19.06.2008r. Zawiadomił wykonawców o wyniku badania i oceny ofert oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty :

1. Wybrana została oferta TOMAX - 100 pkt,
2. Sklasyfikowane zostały również oferty : "ANKO" - 86,77 pkt i Edward Solak - 94,28 pkt,
3. Z postępowania wykluczono następujących wykonawców : "FEWATERM", SAMSON (Odwołujący), "MEGBUD", DEEL.

Od rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wniesiono następujące protesty :

1. SAMSON Sp. z o.o. (Odwołujący) – treść protestu przedstawiona we wstępie uzasadnienia – dotyczyła między innymi jak poniżej (vide pkt 2) żądania wykluczenia TOMAX i Edward Solak z powodu niewłaściwych uprawnień Pana Zenona S.

2. "ANKO" , który oprotestował oferty "TOMAX" oraz Edward Solak z uwagi na brak odpowiednich uprawnień w tym uprawnień występującego w obydwu ofertach Pana Zenona S. jako kierownika robót elektrycznych, który posiada jako technik budowlany uprawnienia ograniczone, a nie nieograniczone zgodnie z wymogami SIWZ.

Zamawiający w dniu 04.07.2008r. rozstrzygnął protesty :

1. uznał w całości protest ANKO
2. uznał w części protest SAMSON to jest co do wyboru TOMAX i nie wykluczenia Edward Solak, a oddalił co do wykluczenia SAMSON (Odwołującego).

W związku z tym Zamawiający postanowił :

1. unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty -TOMAX,
2. dokonać ponownej oceny ofert,
3. dokonać ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W tymże samym dniu powiadomiono jednym pismem protestujących SAMSON i ANKO o rozstrzygnięciu protestu, a w pouczeniu zawarto zapis, że od rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje odwołanie.

Ponadto postanowiono (Protokół Komisji Przetargowej z dnia 04.07.2008r.) po raz drugi wezwać wykonawców w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. do złożenia odpowiednich uzupełnień dotyczących uprawnień kierownika budowy oraz kierownika robót :

1. Edward Solak - uprawnień kierownika budowy bez ograniczeń w zakresie specjalności instalacyjnej i elektrycznej
2. TOMAX uprawnień kierownika budowy bez ograniczeń w zakresie specjalności elektrycznej.

W dniu 04.07.2008r. Zamawiający po raz drugi w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp wezwał do uzupełnienia dokumentów kierowników budowy tym razem w zakresie uprawnień bez ograniczeń :

1. TOMAX,
2. Edward Solak.

W dniu 09.07.2008r. na posiedzeniu Komisji Przetargowej poinformowano o wniesieniu odwołania przez SAMSON.

Po czym w protokole się stwierdza, że według opinii Radcy prawnego i Sekretarza Gminy wykonawcy SAMSON nie przysługuje odwołanie, ponieważ przedmiotem zamówienia jest robota budowlana nie przekraczająca kwoty 5.150.000 euro.

Ustalono termin następnego posiedzenia na dzień 10.07.2008r.

Ponadto w dniu 10.07.2008r. w związku z tym, że wykonawcy TOMAX i Edward Solak dokonali uzupełnienia i wyjaśnienia złożonych ofert dokonano ponownej oceny i ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W wyniku badania i oceny ofert postanowiono :

1. wykluczyć Edwarda Solaka, ponieważ nadal nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
2. przywrócić TOMAX, ponieważ uzupełnił dokumenty na kierownika robót elektrycznych z uprawnieniami bez ograniczeń.
3. Dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty :ponownie TOMAX , a na drugiej pozycji ANKO.

W dniu 10.07.2008r. Zamawiający poinformował wykonawców :

1. o wyborze wykonawcy TOMAX
2. o drugiej pozycji ANKO,
3. o wykluczeniu Edward Solak.

Powyższych ustaleń dokonano na podstawie dokumentacji przetargowej postępowania o udzielenie zamówienia w tym złożonych ofert przez wykonawców : SAMSON (Odwołujący), TOMAX oraz Edward Solak

W ocenie Izby nieskuteczne wobec prawa są czynności Zamawiającego :

1. dotyczące drugiego wezwania do uzupełnienia dokumentów to jest TOMAX oraz Edward Solak – w dniu 04.07.2008r. Bowiem zgodnie z treścią art.26 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełnienia dokumentów przez co należy rozumieć czynność jednorazową , a nie wielokrotną. Ponadto z treści przepisu nie wynika, że Zamawiający ma prawo jak i obowiązek wskazywać na rodzaj uchybienia w dokumencie, podpowiadania wykonawcy co jest niewłaściwe w dokumencie. Zamawiający ma obowiązek zachowywać się wobec wykonawcy obiektywnie. Ma obowiązek wezwać do złożenia dokumentów w przypadku ich braku, bądź wezwać do złożenia nowych dokumentów w miejsce dokumentów wadliwych. Natomiast nie ma żadnej dyspozycji w ustawie aby Zamawiający miał prawo tłumaczyć wykonawcy na czym polega wadliwość dokumentów. Od tego są warunki udziału i wykaz dokumentów, a nie interpretacje Zamawiającego po złożeniu oferty. To wykonawca powinien decydować o treści, formie dokumentów na podstawie SIWZ, ewentualnie wyjaśnić (38 ustawy Pzp), a zamawiający ma jedynie obowiązek umożliwić poprawienie dokumentów lub w ogóle ich doręczenie, ale bez wskazywania na rodzaj uchybień aktualnie złożonych dokumentów. Reasumując

Zamawiający jest zobligowany do badania ofert pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu bądź spełnienia przez dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań ustalonych przez niego w SIWZ. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów w tym wypadku „kserokopii uprawnień kierownika budowy (...) wraz z historią kariery zawodowej (...) zgodnie z pkt 9.1. lit e SIWZ powinno się ograniczyć do nazwania dokumentów wadliwych lub brakujących, ale bez wskazywania na czym polegają błędy. W przeciwnym wypadku Zamawiający bierze na siebie odpowiedzialność błędnego pouczenia Wykonawcy, co nie ma wpływu na fakt, że po raz drugi Zamawiający nie ma prawa wzywać do poprawienia lub przedstawienia dokumentów, ale z innej przyczyny – tak jak w przedmiotowym postępowaniu :najpierw Zamawiający stwierdził, że uprawnienie Pana Zenona Skórskiego w zakresie doświadczenia zawodowego obejmują za krótki okres czasu, a później to Protestujący odkryli, że uprawnienia są ograniczone, a powinny być nieograniczone, więc Zamawiający kolejny raz wzywa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Czyli wezwanie do uzupełnienia dokumentów może być dokonane jednorazowo bez względu na to jaki i kiedy zarzut pod adresem złożonego dokumentu zostanie przedstawiony czy to przez zamawiającego czy to przez wykonawców. Nie usprawiedliwia w przedmiotowej sprawie Zamawiającego do wielokrotnego (dwukrotnego) wzywania do uzupełniania dokumentów okoliczność, że Zamawiający zauważył najpierw w jego ocenie braki co do czasu pełnienia funkcji kierownika, a dopiero później na skutek protestów SAMSON i ANKO powziął wiadomość , że uprawnienia mają inne braki, ponieważ dotyczą uprawnień ograniczonych, a nie nieograniczonych tak jak to zapisał Zamawiający w SIWZ.

2. Co do dokonania badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty po wniesieniu odwołania - w dniu 09 i 10.07.2008r. Zamawiający po wniesieniu protestu w przypadku jego nieuwzględnienia, albo uwzględnienia w części nie powinien do czasu jego ostatecznego rozstrzygnięcia, podejmować czynności badania i oceny oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Nawet gdyby odwołanie nie przysługiwało, to po powzięciu o nim wiadomości, Zamawiający powinien czekać na jego odrzucenie. Bowiem zgodnie art.183 ust.5 w związku z ust.1 ustawy Pzp Zamawiający, jeżeli co najmniej jednego ze zgłoszonych żądań nie uwzględnił to powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Tak też w przedmiotowej sprawie było, ponieważ Zamawiający nie uwzględnił protestu w zakresie wykluczenia Protestującego SAMSON z postępowania. Wstrzymaniu wszelkich czynności przez zamawiającego po wniesieniu protestu służy instytucja zawieszenia biegu terminu

związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu w myśl art.181 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z art.182 ust.2 pkt 3 lit. a ustawy Pzp protest jest ostatecznie rozstrzygnięty, w przypadku wniesienia odwołania, z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby. Natomiast o tym, że w niniejszej sprawie przysługuje odwołanie, przemawia treść art.184 ust.1 zgodnie z którym odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawę i usługi. Na dzień orzekania kwotę tę stanowi 206.000 euro zgodnie z §1 pkt 2 lit a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.12.2007r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. 2007r. Nr 241 poz. 1762). Skoro wartość szacunkowa zamówienia wynosi 793 895,26 euro to odwołanie przysługuje.

Na dzień wniesienia odwołania istnieje następujący stan prawny:

1. Wykonawca TOMAX jest wykluczony – Zamawiający uwzględnił zarzuty protestów ANKO i SAMSON,
2. Wykonawca Edward Solak jest wykluczony- Zamawiający uznał zarzuty protestów ANKO i SAMSON.

W tym stanie rzeczy Odwołujący SAMSON posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta jest najkorzystniejsza (cena- jedyne kryterium oceny ofert)

Odwołujący został wykluczony z postępowania z powodu nie posiadania przez osoby mające pełnić funkcje kierownika budowy oraz kierowników robót uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie zgodnie z warunkami zawartymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

W związku z powyższym Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający w pkt 8. 1. SIWZ pod tytułem : “O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy” określił między innymi warunki udziału osób z uprawnieniami w następujący sposób :

1. Kierownik budowy z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń musi posiadać co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej trzy lata doświadczenia w kierowaniu robotami o równoważnym charakterze i wielkości (kierownik budowy, kierownik robót) oraz posiadać zaświadczenie o przynależności

do Izby Inżynierów i Techników. Kierownik musi być fizycznie cały czas na terenie budowy w trakcie realizacji zadania. Kierownik budowy powinien być zatrudniony u oferenta np: umowa o prace, umowa zlecenia.

2. Kierownik robót sanitarnych z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji : wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych oraz instalacji cieplnych i wentylacyjnych, wymagane doświadczenie zawodowe jako kierownik budowy lub robót minimum trzy lata. Musi posiadać aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego.
3. Kierownik robót elektrycznych posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, wymagane jest doświadczenie zawodowe jako kierownik budowy lub kierownik robót minimum 3 lata. Musi posiadać aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego.

Z powyższych zapisów wynika, że kierownik budowy oraz kierownicy robót powinni posiadać uprawnienia bez ograniczeń oraz doświadczenie zawodowe co najmniej 5 lat dla kierownika budowy i minimum 3 trzy lata dla kierowników robót. Przy czym kierownik budowy w tych pięciu latach doświadczenia powinien kierować robotami o równoważnym charakterze i wielkości.

Nie zawarto w nich zapisu, że wymagane doświadczenie ma być zdobyte w ostatnich pięciu latach czy ostatnich trzech latach. Tak jak to zapisano w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia gdzie zawarto zapis : “w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia....”

Z kolei w punkcie 8.2. SIWZ pod tytułem “Sposób oceny spełnienia warunków” Zamawiający zawarł zapis “Ocena spełnienia warunków w/w dokonana zostanie zgodnie z formułą “spełnia / nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach, o których mowa w pkt 9 niniejszej SIWZ. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń w sposób jednoznaczny musi wynikać, iż Wykonawca spełnia wymienione warunki”.

Z powyższych zapisów “ w/w” i “wymienione warunki” wynika, że warunki zostały określone powyżej to jest w pkt 8.1.SIWZ. Tak ustalone warunki są wiążące nie tylko dla wykonawców, ale także dla Zamawiającego.

Dalej Zamawiający ustanawia, że ocena spełnienia warunków nastąpi w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach, o których mowa w pkt 9 SIWZ. Sformułowanie ...”o których mowa w pkt 9 SIWZ” należy odnosić do dokumentów i

oświadczeń, a nie do warunków udziału, ponieważ one zostały określone wyżej w pkt 8.1.SIWZ.

Konsekwentnie punkt 9 SIWZ ma tytuł “ Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie muszą dostarczyć Wykonawcy :” W ppkt e) Zamawiający zawarł następujące zapisy :

e) kserokopie uprawnień budowlanych kierownika budowy :

- w specjalności konstrukcyjno - budowlanej wraz z historią kariery zawodowej w formie oświadczenia poświadczonego podpisem własnym kierownika z ostatnich 5 lat, w której należy uwzględnić w formie tabeli datę, miejsce, nazwę i wartość inwestycji, które nadzorował jako kierownik budowy,
- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji : wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych oraz instalacji ciepłych i wentylacyjnych wraz z historią kariery zawodowej w formie oświadczenia poświadczonego podpisem własnym kierownika z ostatnich 3 lat, w której należy uwzględnić w formie tabeli datę, miejsce, nazwę i wartość inwestycji, które nadzorował jako kierownik budowy,
- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, wraz z historią kariery zawodowej w formie oświadczenia poświadczonego podpisem własnym kierownika z ostatnich 3 trzech lat, w której należy uwzględnić w formie tabeli datę, miejsce, nazwę i wartość inwestycji, które nadzorował jako kierownik budowy.

Powyższe zapisy nie mają wpływu na warunki udziału w postępowaniu, które Zamawiający określił w pkt 8.1. SIWZ do pięciu oraz trzech lat doświadczenia, bez wymogu, aby to doświadczenie występowało w okresie ostatnich pięciu czy trzech latach tak jak to uczynił dla wiedzy i doświadczenia (“w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia(...) wykonali co najmniej 1 robotę budowlaną (...)”). Oznaczają jedynie, że Zamawiający oczekuje, że wykonawcy sporządzą tabelę, w której uwzględnią doświadczenie z ostatnich pięciu czy trzech lat , co wcale nie oznacza, że w tych latach w sposób nieprzerwany osoby z uprawnieniami budowlanymi mają wykonywać funkcje, a doświadczenie z wcześniejszych lat jest bez znaczenia.

Za taką interpretacją zapisów pkt 8 i pkt 9 SIWZ przemawia art. 36 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. zgodnie z którym zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełnienia tych warunków (pkt 6) oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków (7).

Bowiem sformułowane warunki udziału w pkt 8.1. SIWZ, nie dają Zamawiającemu prawa do egzekwowania poprzez zapis w pkt 9.1. SIWZ, że doświadczenie musi wypełniać ostatnie 5 czy 3 lata.

Zamawiający mógłby egzekwować wymóg doświadczenia pięcioletniego czy trzyletniego w ostatnich trzech latach, gdyby taki warunek sformułował w pkt 8.1. SIWZ o treści np: "wymagane jest doświadczenie jako kierownika budowy lub robót minimum 5 (3) lata w okresie ostatnich trzech (pięciu) lat przed wszczęciem postępowania. Natomiast faktycznie sformułował to ogólnie "wymagane doświadczenie co najmniej (minimum) 5 lat (kierownik budowy), 3 lata (kierownicy robót).

Z treści zapisu pkt 8.1. SIWZ należy wywodzić, że doświadczenie pięcioletnie czy trzyletnie należało uzyskać w okresie od daty decyzji o nadaniu uprawnień do daty wszczęcia postępowania, a nie jak oczekuje Zamawiający w okresie ostatnich pięciu (trzech) lat poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia.

O niezrozumieniu, ale tylko intencji Zamawiającego świadczy protokół Zamawiającego z dnia 13.06.2008r. z badania ofert gdzie na siedem złożonych ofert sześciu oferentów nie spełniło oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający poprzez zapisy w pkt-ach 8.1., 8.2. oraz 9.1. SIWZ postawił co prawda wymóg posiadania doświadczenia zawodowego pięcioletniego oraz trzyletniego dla kierownika budowy oraz kierowników robót, ale wcale z powyższego wymogu nie wynika, że to doświadczenie ma być skumulowane w ostatnich pięciu oraz trzech latach przed wszczęciem postępowania.

Bowiem Zamawiający ma obowiązek określenia warunków udziału w sposób jednoznacznie brzmiący, a nie w sposób wymagający domysłów oferentów na temat : co było intencją takich, a nie innych zapisów Zamawiającego.

Co do wypełnienia wymogów SIWZ w zakresie warunków udziału przez Odwołującego to ustalono co następuje.

W ofercie znajduje się dokument o tytule kwalifikacje techniczne wystawiony przez Odwołującego w dniu 06.06.2008r. z treści którego wynika między innymi, że przeciętne zatrudnienie w okresie ostatnich trzech lat wynosi :

1. personel kierowniczy : 4 osoby,
2. personel techniczny : 63 osoby,
3. personel administracyjny : 3 osoby.

Odwołujący we własnym zakresie sformułował tabelę zawierającą następujące kolumny :

1. proponowane stanowisko,

2. nazwisko i imię,
3. numer uprawnień,
4. wykształcenie,
5. praktyka z podziałem na ogółem i w firmie oferenta.

Proponowany personel na realizację przedsięwzięcia to :

1. Adam L. jako kierownik budowy posiadający uprawnienia konstrukcyjno - budowlane bez ograniczeń, praktyka ogółem 10 lat , a w firmie oferenta 6 lat.
2. Marek Roman K. jako kierownik robót instalacyjnych posiadający uprawnienia instalacje i sieci sanitarne, ciepłne i gazowe, wentylacyjne, wodociągowe, praktyka ogółem 5 lat a w firmie oferenta 3 lata,
3. Jan J. kierownik robót elektrycznych posiadający uprawnienia na sieci i instalacje elektryczne praktyka ogółem 28 lat, a w firmie oferenta 3 lata.

Dokument został podpisany przez kierownika budowy Adama L.

W ocenie składu orzekającego Izby dokument zawarty w ofercie został sformułowany zgodnie z pkt 8.1. i 9.1. SIWZ , ponieważ przede wszystkim :

1. uwzględnia warunki udziału opisane w pkt 8.1. SIWZ to jest : wymienia powierzającą funkcję (kierownik budowy, kierownik robót sanitarnych, elektrycznych), rodzaj uprawnień, doświadczenie zawodowe ogółem, doświadczenie u oferenta,
2. uwzględnia wymogi dokumentu opisanego w pkt 9.1. SIWZ to jest tabela podpisana została przez kierownika budowy, a nie kierowników robót w myśl zapisu tabela podpisana przez kierownika budowy, który nadzorował roboty.

Natomiast nie zawiera wymogu dokumentu z pkt 9.1., w zakresie daty, miejsca, nazwy i wartości inwestycji.

Zamawiający w dniu 16.06.2008r. wezwał Odwołującego w trybie art.26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu, z którego wynika, że żąda wskazania brakującej historii kariery zawodowej kierownika budowy, kierownika robót sanitarnych, ciepłnych, wentylacyjnych, gazowych oraz kierownika robót elektrycznych w formie oświadczenia nie kierownika budowy, ale kolejno kierownika budowy, kierownika robót sanitarnych, gazowych, ciepłnych, wentylacyjnych oraz kierownika robót elektrycznych.

Natomiast wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia w zakresie czy referencje opiewają na kwotę brutto czy netto nie ma żadnego znaczenia, ponieważ wszystkie trzy roboty

budowlane wymienione w referencjach przekraczają kwotę 1 mln zł. , a tym samym spełniają minimalny wymóg SIWZ określony na poziomie minimum 1 mln. zł. brutto i to jednej roboty budowlanej.

Odwołujący w dniu 18.06.2008r. przekazał Zamawiającemu historię karier zawodowych osób wskazanych w ofercie, gdzie w ostatniej kolumnie nazwanej w ofercie "praktyka w firmie oferenta" dokonał zmiany jej nazwy na "historię kariery zawodowej" i każde z trzech odrębnych oświadczeń zostało podpisanych przez poszczególnych kierowników : kierownika budowy i kierowników robót.

Przy czym z analizy załączonych referencji do oferty wynika, że wszystkie osoby wykonywały funkcje techniczne na robotach wymienionych w wykazie dotyczącym doświadczenia i wiedzy oraz wymienionych w referencjach wystawionych dla Odwołującego.

Z oświadczeń z dnia 17.06.2008r. wynika, że z ostatnich pięciu lat (kierownik budowy) oraz ostatnich trzech lat (kierownicy robót) w myśl pkt 9.1. SIWZ :

1. kierownik budowy pełnił funkcję w okresach : 21.11.2006r.-31.07.2007r., 10.2004r. – VIII 2005r., 15.03.2007r. - 30.10.2007r.
2. Kierownik robót instalacyjnych funkcję w okresach : 21.11.2006r.-31.07.2007r., 15.03.2007r. - 30.10.2007r.
3. Kierownik robót elektrycznych pełnił funkcję w okresach : 21.11.2006r.-31.07.2007r., 15.03.2007r. - 30.10.2007r.

Z przedstawionych oświadczeń nie wynika, żeby kierownik budowy oraz kierownicy robót w ostatnich pięciu oraz trzech latach dzień po dniu pełnili funkcje. Natomiast kierownicy : budowy oraz robót podpisując oświadczenie nie zmienili lat swoich doświadczeń w pełnieniu funkcji to jest 10 lat (kierownik budowy) 5 lat (kierownik robót instalacyjnych), 28 lat (kierownik robót elektrycznych) w stosunku do pierwotnej wersji przedstawionej w ofercie.

Tym samym wbrew stanowisku Zamawiającego osoby wyznaczone do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierowników robót posiadają wymagane doświadczenie pięć i trzy letnie (pkt 8.1. SIWZ) i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego z pkt 9.1. SIWZ przedstawili swoją praktykę z ostatnich 5 (kierownik budowy) oraz 3 lat (kierownicy robót).

W związku z powyższą oceną zapisów SIWZ w pkt 8.1. (warunki udziału) i w pkt 9.1. (wykaz oświadczeń i dokumentów), doświadczenie osoby pełniącej funkcję techniczną należy uwzględnić od dnia decyzji o uzyskaniu uprawnień do dnia wszczęcia postępowania i zapisy w pkt 9.1. SIWZ nie zmieniają oceny Izby stanu prawnego w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględnia odwołanie i unieważnia decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje Zamawiającemu ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, że Izba rozstrzyga w granicach zarzutów zawartych w proteście Izba nie może odnieść się w Wyroku do stwierdzonych na podstawie dokumentacji przetargowej czynności Zamawiającego polegających na :

1. ponownym wezwaniu TOMAX do uzupełnienia oraz wyjaśnienia dokumentów, który je uzupełnił po raz drugi w dniu 09.07.2008r. a po raz pierwszy w dniu 17.06.2008r. w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do osób pełniących samodzielne funkcje w budownictwie.
2. dokonania kolejnej oceny ofert w dniu 10.07.2008r., po ponownym uzupełnieniu dokumentów przez TOMAX i Edward Solak, ale przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Odwołującego z uwagi na przekonanie Zamawiającego o nie przysługiwaniu odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art.191 ust.6 i 7 ustawy Pzp..

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*