

Sygn. akt: KIO/UZP 110/10

WYROK

z dnia 4 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Sylwester Kuchnio Izabela Kuciak
Protokolant:	Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **DROMET Spółka z o.o., DROG - BUD Spółka z o.o., MEGA BRUK (usługi w zakresie budownictwa drogowego Jacek Sztolcman), WADROX S. A. ul. Jesienna 139; 42-200 Częstochowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg, ul. J. Popieluszki 4/6; 42-200 Częstochowa** protestu z dnia 28 grudnia 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność unieważnienia postępowania, unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie czynności powtórnego badania i oceny oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miejski Zarząd Dróg, ul. J. Popiełuszki 4/6; 42-200 Częstochowa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez konsorcjum firm: **DROMET Spółka z o.o., DROG - BUD Spółka z o.o., MEGA BRUK (usługi w zakresie budownictwa drogowego Jacek Sztolcman), WADROX S. A. ul. Jesienna 139; 42-200 Częstochowa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miejski Zarząd Dróg, ul. J. Popiełuszki 4/6; 42-200 Częstochowa** na rzecz konsorcjum firm: **DROMET Spółka z o.o., DROG - BUD Spółka z o.o., MEGA BRUK (usługi w zakresie budownictwa drogowego Jacek Sztolcman), WADROX S. A. ul. Jesienna 139; 42-200 Częstochowa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu do odwołania;
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum firm: **DROMET Spółka z o.o., DROG - BUD Spółka z o.o., MEGA BRUK (usługi w zakresie budownictwa drogowego Jacek Sztolcman), WADROX S. A. ul. Jesienna 139; 42-200 Częstochowa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg, ul. J. Popiełuszki 4/6; 42-200 Częstochowa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Poprawę stanu dróg kluczem do poprawy stanu gospodarki Subregionu Północnego - Etap I Budowa drugiej i przebudowa istniejącej jezdni ulicy Legionów na odcinku od ulicy Faradaya do ulicy Żużlowej w Częstochowie”*, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 listopada 2009 roku, pod pozycją 195153.

Zamawiający pismami z dnia 22 grudnia 2009 roku poinformował wykonawcę o wykluczeniu konsorcjum firm: DROMET Spółka z o.o., DROG - BUD Spółka z o.o., MEGA BRUK (usługi w zakresie budownictwa drogowego Jacek Sztolcman), WADROX S. A. Reprezentowane przez Lidera Konsorcjum Dromet Spółka z o.o., ul. Jesienna 139; 42-200 Częstochowa (zwane dalej „konsorcjum Dromet”) oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Z takimi decyzjami Zamawiającego nie zgodziło się konsorcjum Dromet i pismem z dnia 28 grudnia 2009 roku wniesionym do Zamawiającego w dniu 29 grudnia 2009 roku wniosło protest na decyzje Zamawiającego:

1. Z dnia 22.12.2009 roku znak. MZD WF 3411-404/2009 dotyczącą wykluczenia na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp konsorcjum Dromet,
2. Z dnia 22.12.2009 roku znak. WK MZD WF 3411-404/2009 dotyczącą odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty konsorcjum Dromet.
3. Z dnia 22.12.2009 roku znak. nr WK MZD WF 3411-404/2009 dotyczącą unieważnienia na mocy art. 93 ust 1 punkt 1 ustawy Pzp przedmiotowego postępowania.

Wobec powyższego Protestujący wniósł o:

- 1) uchylene czynności Zamawiającego polegające na wykluczeniu oferty Protestującego oraz odrzuceniu oferty Protestującego, a w konsekwencji unieważnieniu przedmiotowego postępowania,

2) dokonanie powtórnych czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej i zgodnej ze s.i.w.z.

Uzasadniając Protestujący wskazał, iż konsorcjum Dromet spełniło warunek określony w pkt 5.2.4 siwz i w złożonej ofercie oraz wyjaśnieniach przedstawiło uprawnienia potwierdzające, że dysponuje osobą z uprawnieniami w zakresie specjalności konstrukcyjno - budowlanej wyburzeniowej, które są niezbędne do wykonania zadania przetargowego. Ponadto podniósł, że załączone do oferty uprawnienia Pana Pawła S. (bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno - budowlanej) - wykazanego w wykazie osób do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych - spełniają postawiony warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania uprawnień w zakresie robót wyburzeniowych. Uprawnienia budowlane, jakie posiada Pan inż. Paweł S. uprawniają do kierowania wszelkimi robotami budowlanymi w odniesieniu do obiektu budowlanego.

Zamawiający w ustawowym terminie protestu nie rozstrzygnął, w związku z czym zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych – uznaje się za jego oddalenie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 12 stycznia 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście zażądał:

1. Uchylenia czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu oferty konsorcjum Dromet i odrzuceniu oferty konsorcjum Dromet, a w konsekwencji unieważnieniu przedmiotowego postępowania.
2. Dokonania powtórnych czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty konsorcjum Dromet jako oferty najkorzystniejszej i zgodnej ze s.i.w.z.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dziale 5 pkt 5.2 ppkt 4 postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymagań osób, które będą wykonywać zamówienie. W tym względzie Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, którzy będą ubiegać się o udzielenie zamówienia przedstawili wykaz osób, którymi dysponują lub będą dysponować, które to osoby posiadają uprawnienia kierownika robót w zakresie specjalności konstrukcyjno-budowlanej: drogowej, telekomunikacyjnej, wyburzeniowej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Na potwierdzenie spełnienia stawianego warunku, wykonawcy mieli obowiązek załączyć dokumenty potwierdzające posiadanie stosownych uprawnień, w określonych w warunku specjalnościach - dział 6 pkt 1 ppkt 4 s.i.w.z.

Odwołujący do oferty załączył stosowny wykaz.

Zamawiający, pismem z dnia 30 listopada 2009 roku wezwał Odwołującego, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu – wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie uzasadniając, iż kserokopie uprawnień Pana Zygmunta Z. nie potwierdzają, że wykonawca (Odwołujący) nie dysponuje osobą z uprawnieniami w zakresie specjalności konstrukcyjno-budowlanej: wyburzeniowej. Zamawiający poprosił również o wyjaśnienie, czy załączone uprawnienia obejmują również roboty wyburzeniowe.

Po przedłużonym przez Zamawiającego terminie na złożenie stosownych wyjaśnień, Odwołujący pismem z dnia 4 grudnia 2009 roku poinformował Zamawiającego, iż osobą posiadającą stosowne uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, jest wskazany w wykazie Pan Paweł S. Odwołujący stwierdził, iż uprawnienia budowlane, którymi legitymuje się w/w osoba uprawnia ją do kierowania wszelkimi robotami budowlanymi

w odniesieniu do obiektu budowlanego. Ponadto wskazał, iż zwrócił się do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z prośbą o opinię w zakresie posiadanych przez Pana Pawła S. uprawnień.

Zamawiający pismem z dnia 7 grudnia zwrócił się do Odwołującego o przesłanie kserokopii pisma skierowanego do OIIB.

Odwołujący stosowne pismo Zamawiającemu przekazał.

Zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2009 roku wykonawcę wykluczył, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a ofertę zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucił.

Ponadto Zamawiający poinformował wykonawcę, iż przedmiotowe postępowanie unieważnił na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta – Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni popiera stanowisko Odwołującego.

Izba przy ocenie zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, w szczególności wzięła pod uwagę treść przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r. Nr 83, poz. 578 z późn. zm.).

Izba zwraca uwagę, iż przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien wziąć pod uwagę okoliczność, którą potwierdził na rozprawie, iż warunek postawiony przez niego, dotyczący przedmiotu sporu, tj. posiadania stosownych uprawnień budowlanych o specjalności konstrukcyjno-budowlanej wyburzeniowej, był warunkiem postawionym przez niego nieadekwatnie do zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia.

Z akt sprawy wynika, że przedmiotem zamówienia jest budowa drugiej i przebudowa istniejącej jezdni ulicy. W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi m.in. rozbiórka obiektu przy pomocy dźwigu oraz spycharki gąsienicowej (projekt rozbiórki załączony do dokumentacji przetargowej). Tym samym zakres prac objętych przedmiotem zamówienia nie

obejmuje prac wyburzeniowych, względem których konieczne byłoby posiadanie uprawnień, o których mowa w art. 21 w/w rozporządzenia. Art. 21 rozporządzenia w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wskazuje, iż *Uprawnienia budowlane w specjalności wyburzeniowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania robót rozbiórkowych i kierowania tymi robotami budowlanymi związanymi z użyciem materiałów wybuchowych.*

Dlatego też, w ocenie Izby, Zamawiający winien, przy ocenie spełniania w/w warunku kierować się brzmieniem § 9 ust 1 Rozporządzenia MGPIB z dnia 30 grudnia 1994 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 1995 nr 8 poz. 38), na podstawie których zostały wydane uprawnienia Panu Pawłowi S. Powyższe uprawnienia budowlane uprawniają do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, w tym (na podstawie art. 12 ust 1 pkt 1,2,3,4 i 5) do:

- 1) kierowania budową lub innymi robotami budowlanymi,
- 2) kierowania wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzoru i kontroli technicznej wytwarzania tych elementów,
- 3) wykonywania nadzoru inwestorskiego,
- 4) sprawowania kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych.

Zgodnie z § 2 powołanego rozporządzenia niniejsze uprawnienia nie obejmują działalności zawodowej w zakresie projektowania i budowy:

- 1) instalacji i urządzeń technicznych służących do utrzymania ruchu i transportu kolejowego,
- 2) stałych i tymczasowych budynków służących do celów technicznych w komunikacji kolejowej z wyłączeniem budynków przeznaczonych w całości lub części do użytku publicznego,
- 3) urządzeń transportowych liniowych i liniowo - terenowych służących do publicznego przewozu osób w celach turystyczno - sportowych.

Na podstawie pisma Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 31 maja 1995 roku znak OA1/BS/Sf 29/95, powyższe uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej stanowią również podstawę do kierowania budową i robotami budowlanymi budynków i budowli takich jak: drogi i nawierzchnie lotniskowe, mosty(w tym wiadukty ,przepusty, tunele, estakady) budowle hydrotechniczne gospodarki wodnej,

Zgonie z art. 31 i 32 ustawy Prawo budowlane posiadanie uprawnień budowlanych określonych w decyzji Nr 519/01 z dnia 12 listopada 2001 roku wydanej dla Pana Pawła S. uprawniają go do kierowania rozbiórką obiektów budowlanych:

- na podstawie zgłoszenia do wysokości 8 m i
- na podstawie pozwolenia na budowę o wysokości powyżej 8 m,

prowadząc roboty ręczne lub przy użyciu urządzeń mechanicznych.

Przy ocenie stanu faktycznego sprawy, nie bez znaczenia pozostaje stanowisko Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa wyrażone w piśmie z dnia 17 grudnia 2009 roku.

ŚOIIB w odpowiedzi za zapytanie Pana Pawła S. z dnia 2 grudnia 2009 roku, *Czy posiadane uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej uprawniają do kierowania robotami w zakresie robót wyburzeniowych* odpowiedziała, iż (...) *posiadana decyzja Nr ewid. 519/01 uprawnia Pana inż. Pawła S. do kierowania rozbiórką obiektów budowlanych, o których mowa w art. 31 i 32 ustawy Prawo budowlane (...). Prowadzenie robót rozbiórkowych przy zastosowaniu materiałów wybuchowych wymaga posiadania uprawnień budowlanych w specjalności wyburzeniowej (...) zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 2d ustawy Prawo budowlane.*

Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzania postępowania. Oświadczenia lub dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższy przepis odnosi się za każdym razem *stricte* do konkretnego postępowania prowadzonego przez zidentyfikowanego zamawiającego.

Skoro więc przedmiotowe postępowanie obejmujące szereg prac budowlanych, w tym roboty rozbiórkowe/wyburzeniowe, które jednakże ze względu na swój rozmiar i charakter nie wymagają konieczności użycia materiałów wybuchowych (brak stosownego odniesienia w dokumentacji przetargowej) to interpretacja warunku udziału w postępowaniu nie może obejmować konieczności legitymowania się stosownymi uprawnieniami w zakresie przekraczającym przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby, przyznana przez Zamawiającego okoliczność niewłaściwego sformułowania użytego przy opisie warunku nie może wywoływać negatywnych skutków prawnych u wykonawców. Tym bardziej, że Zamawiający, w omawianym przypadku, w każdym piśmie informował Odwołującego o konsekwencjach wynikających w art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zachodzi konieczność wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

W ocenie Izby uprawnienia, którymi legitymuje się Pan Paweł S. w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu ściśle powiązanego z zakresem prac objętych przedmiotem zamówienia pozwala na przyjęcie stanowiska, iż Odwołujący spełnił, postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący osób, którymi wykonawca dysponuje lub będzie dysponował, a osoby przez niego wskazane legitymują się stosownymi uprawnieniami w odniesieniu do konkretnych specjalności.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....