

Sygn. akt: KIO/UZP 448 /08

WYROK
z dnia 26 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko

Ewa Marcjoniak

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 maja 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Giga Konsorcjum ul. Cieślewskich 35K, 03-017 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta Marki al. J. Piłsudskiego 95, 05-270 Marki** protestu z dnia **30 kwietnia 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 powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Miasta Marki al. J. Piłsudskiego 95, 05-270 Marki**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Giga Konsorcjum ul. Cieślewskich 35K, 03-017 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Urząd Miasta Marki al. J. Piłsudskiego 95, 05-270 Marki** na rzecz **Giga Konsorcjum ul. Cieślewskich 35K, 03-017 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **Giga Konsorcjum ul. Cieślewskich 35K, 03-017 Warszawa.**

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

Zamawiający, Gmina Miasto Marki z siedzibą w Markach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę budynku Szkoły Podstawowej nr 4 – sala gimnastyczna przy ul. Dużej 3 w Markach. W dniu 26 marca 2008r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 60990-2008. W tym samym dniu nastąpiła publikacja ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 25 kwietnia 2008r. (pismo z dnia 25 kwietnia 2008r.) Odwołujący Giga Konsorcjum firm „Giga” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PUH PSB Paweł Świącki

z siedzibą w Białymstoku otrzymał powiadomienie od Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. z siedzibą w Olsztynie. W dniu 30 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł protest na tę czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. i nie odrzucenie złożonej przez tego wykonawcę oferty, pomimo że jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wniósł w proteście o powtórzenie czynności oceny ofert i o odrzucenie oferty Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. Odwołujący podniósł w proteście, iż oferta złożona przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. nie spełnia wymogów pkt X siwz, dotyczących sposobu przygotowania oferty. Z treści oferty nie wynika czy oferta została złożona przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. w imieniu własnym czy też w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz brak jest informacji czy wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia innym podmiotom czy też nie, co świadczy o złożeniu oferty wariantowej niezgodnie z siwz. Ponadto wskazany przez wykonawcę w zał. Nr 6 jako kierownik robót sanitarnych Andrzej K. nie posiada pełnych uprawnień do kierowania robotami sanitarnymi w rozumieniu art. 14 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego (uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych), a zatem nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w pkt VI C.5. siwz w zakresie uprawnień do wykonywania instalacji gazowych, objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący stwierdził także, że Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. nie wykazało posiadania niezbędnego doświadczenia w zakresie robót określonych w siwz. Dołączony do oferty wykaz robót wykonanych w okresie ostatnich 5 lat nie zawiera zdaniem Odwołującego ani jednego obiektu, który rodzajem, wartością, konstrukcją i charakterem odpowiadałby przedmiotowi zamówienia.

W ocenie Odwołującego, odstępując od wymagań i kryteriów określonych w specyfikacji w stosunku do oferty Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A., Zamawiający dopuścił się naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. pismem z dnia 5 maja 2008r. zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu.

Pismem z dnia 6 maja 2008 r. przekazany Odwołującemu faksem w dniu 7 maja 2008r. Zamawiający oddalił protest. W rozstrzygnięciu protestu wskazał, że nie miał wątpliwości, iż oferta Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. została złożona przez jednego wykonawcę, natomiast roboty wskazane w pkt 6 formularza ofertowego są częściami zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. W zakresie uprawnień Andrzeja K. Zamawiający uznał, że spełniają one wymagania określone w siwz.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 12 maja 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, a także wskazał dodatkowo na naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście w zakresie braku w ofercie Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. jednoznacznego wskazania, że Spółka samodzielnie złożyła ofertę oraz zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, a także w zakresie braku wymaganych uprawnień osoby wskazanej jako kierownik robót sanitarnych. Zdaniem Odwołującego Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. doprecyzowało ofertę wariantową zbyt późno, jako że oświadczenie o samodzielnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia przez Spółkę oraz powierzeniu podwykonawcom części zamówienia nastąpiło dopiero w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Odwołujący wskazał, że uprawnienia nabyte przed wejściem w życie ustawy Prawo budowlane nie obejmowały instalacji gazowych. Rozszerzenie w tym zakresie posiadanych uprawnień wymaga uzyskania nowych uprawnień. Ponadto zgodnie z art. 54 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tekst jednolity Dz. U. 2006 r. nr 89 poz. 625) osoby zajmujące się eksploatacją sieci oraz urządzeń i instalacji gazowych obowiązane są posiadać kwalifikacje potwierdzone świadectwem wydanym przez komisje kwalifikacyjne.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A., które nie wykazało spełnienia warunku określonego w pkt V 1.2 siwz w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

W pkt V 1.2 siwz Zamawiający określił, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

W pkt VI C 5 siwz dla potwierdzenia warunku dotyczącego dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający wymagał złożenia „dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, kierownik budowy – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje – wykształcenie wyższe, uprawnienia budowlane do wykonywania i nadzorowania robót w branży konstrukcyjno-inżynierskiej, członek okręgowej izby inżynierów budownictwa, kierownik robót instalacyjnych – wykształcenie kierunkowe i uprawnienia budowlane do wykonywania określonego zakresu robót sanitarnych i elektrycznych, członkowie okręgowej izby inżynierów budownictwa – po 1 osobie w branży”.

W celu stwierdzenia posiadania uprawnień przez wskazanego w Zał. Nr 6 do siwz jako kierownika robót sanitarnych Andrzeja K. wykonawca załączył do oferty decyzję z dnia 16 grudnia 1994 r. o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydaną przez Urząd Wojewódzki w Olsztynie. Decyzja powyższa została wydana na podstawie § 2 ust. 1 pkt 1, § 5 ust. 1, § 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a, b, c. Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. Nr 8 ze zm.). Decyzja stwierdza posiadanie przez Andrzeja Kurowskiego przygotowania zawodowego do wykonywania m.in. samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót o specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych oraz sieci wodociągowych, kanalizacyjnych uzbrojenia terenu. Zakres uprawnień nie obejmuje instalacji gazowych, które są wymienione w § 13 ust. 1 pkt 4 lit. b ww. rozporządzenia i których wymagał Zamawiający stosownie do wykazu prac objętych przedmiotem zamówienia (pkt III. 2. 5 siwz), w tym wykonania nowego przyłącza gazowego. Stosownie do treści przepisu art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156 poz. 1118) osoby, które przed dniem wejścia

w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący nie wykazania spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego dysponowania osobami posiadającymi wymagane przez Zamawiającego uprawnienia do kierowania robotami sanitarnymi w określonym w siwz zakresie, ponieważ wykonawca ten nie przedłożył wymaganych dokumentów (zgodnie z pkt VI C.5. siwz) stwierdzających posiadanie przez wskazane osoby stosownych uprawnień do kierowania robotami w zakresie instalacji gazowych. Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, ma obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Izba uznała za bezpodstawny zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp. Izba zważyła, że Odwołujący nie wskazał w proteście i odwołaniu argumentacji na poparcie zarzutu nie spełniania przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. warunku udziału w postępowaniu, obejmującego posiadanie niezbędnych uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Natomiast podniesiony przez Odwołującego zarzut dotyczący braku wymaganych uprawnień kierownika robót sanitarnych stanowi okoliczność odnoszącą się do warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący nie wykazania przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. spełniania warunku w zakresie posiadania przez wykonawcę wymaganego przez Zamawiającego w siwz doświadczenia.

W pkt VI C siwz w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku Zamawiający wymagał złożenia wykazu „wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie. Należy wskazać wykonanie co najmniej jednego obiektu o konstrukcji i charakterze co przedmiot zamówienia.” Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. wskazało w wykazie 7 robót budowlanych, w tym budowę hali o konstrukcji stalowej dla Uniwersytetu Warmińsko -

Mazurskiego w Olsztynie. W świetle wymagań Zamawiającego, określonych j.w. w siwz, wykazane przez wykonawcę powyższe roboty budowlane spełniają wymaganie postawione wykonawcom w zakresie posiadanego doświadczenia. Izba wzięła pod uwagę treść referencji wystawionych przez Uniwersytet Warmińsko - Mazurski w Olsztynie z dnia 7 sierpnia 2007 r. oraz wyjaśnienia Zamawiającego, iż konstrukcja wykonanej hali odpowiada konstrukcji stalowej sali gimnastycznej objętej przedmiotem zamówienia oraz spełnia wymaganie w zakresie charakteru obiektu. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż wymaganie Zamawiającego może spełnić wyłącznie wykonanie obiektu hali sportowej. W ocenie Izby nieuprawniona w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych jest interpretacja warunku przez Odwołującego zawężająca określone w siwz wymaganie wyłącznie do obiektów sportowych tj. sal gimnastycznych.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w zakresie podniesionym w odwołaniu przez Odwołującego.

Zamawiający w pkt X specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonał opisu sposobu przygotowania ofert, w tym m.in. w ppkt 6 wskazał, że „dokumenty winny być sporządzone zgodnie z zaleceniami oraz przedstawionymi przez zamawiającego wzorcami (załącznikami), zawierać informacje i dane określone w tych dokumentach”.

Z treści oferty złożonej przez wykonawcę wynika wprost, iż wykonawcą składającym ofertę i ubiegającym się o udzielenie zamówienia jest Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. w Olsztynie ul. Dąbrowszczaków 21. W szczególności w pkt 2 formularza ofertowego pod hasłem „Niniejsza oferta zostaje złożona przez: Wykonawca:” widnieje pełna nazwa i adres ww. wykonawcy. Natomiast w pkt 7 pod hasłem „podpisy” została złożona pieczęć firmy wraz z podpisami osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy. Powyższe zapisy nie pozostawiają żadnych wątpliwości, iż oferta została złożona w imieniu własnym przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. Dla treści tego oświadczenia nie ma znaczenia fakt, iż wykonawca w pkt 3 ppkt 9 formularza ofertowego nie zakreślił odpowiednio sformułowania „we własnym imieniu”.

Ponadto w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do siwz pkt 6) Zamawiający wymagał wskazania czy wykonawca powierza czy też nie, wykonanie części zamówienia podwykonawcom, a także określenia w jakich częściach nastąpi powierzenie wykonania zamówienia innym podmiotom. W złożonej ofercie Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. w formularzu ofertowym w pkt. 6 wskazało trzy części zamówienia tj. roboty drogowe, sanitarne i elektryczne. Z treści zapisu zawartego w tym punkcie wynika, iż wskazanie „nazw

części zamówienia” w tabeli stanowi oświadczenie, że wykonawca zamierza powierzyć wykonanie wskazanych części podwykonawcom. Należy przy tym zważyć, że w Załączniku nr 6 do siwz wykonawca wskazał osoby i podmioty, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakres wykonywanych przez nich czynności, zgodnie z wymogiem zawartym w pkt VI C.4 siwz. Wykaz ten dotyczy więc wyłącznie osób, co do których Zamawiający postawił konkretne wymagania w zakresie wykształcenia lub doświadczenia. Wykazu tego nie należy zatem utożsamiać z wykazem podwykonawców. Zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp na Zamawiającym ciąży obowiązek żądania w siwz wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Zarówno z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i z postanowień siwz w przedmiotowym postępowaniu nie wynika obowiązek żądania przez Zamawiającego listy podwykonawców.

W świetle powyższego, treść badanych oświadczeń, złożonych przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. w formularzu ofertowym nie budzi wątpliwości. Nie wykreślenie z formularza zapisów, które nie dotyczą wykonawcy nie ma wpływu na treść oświadczenia w powyższym zakresie, a tym bardziej nie oznacza złożenia oferty wariantowej w rozumieniu art. 2 pkt 7 Pzp. W istocie treść kwestionowanych przez Odwołującego oświadczeń nie wymagała doprecyzowania, a wyjaśnienia wykonawcy zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego wyłącznie potwierdzają treść zawartych w ofercie oświadczeń.

Izba uznała, że wskazane przez Odwołującego braki dotyczące wykreślenia, czy też zakreślenia sformułowań zawartych we wzorcu formularza ofertowego, stanowią uchybienie wyłącznie w zakresie formy, które nie ma wpływu na treść oświadczenia woli wykonawcy, a zatem na merytoryczną treść oferty. Niezgodność treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może być rozpatrywana jedynie w zakresie merytorycznej zawartości oferty. Dyspozycja powyższego przepisu tj. obowiązek odrzucenia oferty z powodu, iż jej treść jest niezgodna z treścią siwz nie obejmuje sytuacji, gdy forma oferty nie jest zgodna z wzorcami określonymi w siwz.

Uwzględniając powyższe, Izba nie stwierdziła w przedmiotowym postępowaniu odstąpienia przez Zamawiającego od wymagań i kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stosunku do oferty Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. Niezasadny jest więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasad określonych w art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) stosownie do wyniku postępowania.

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/~~postanowienie~~*— w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*