

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

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

I. Gmina Białe Błota (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Lisi Ogon i Łochowo - Etap III”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 8 października 2013 r., poz. 2013/S 195-335661 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 27 grudnia 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: WIMAR Sp. z o.o. w Koronowie i Jarosław H., Henryk B. „BOHAMET-ARMATURA” Sp. jawna w msc. Ciele (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 5, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a, 2b i 3 oraz art. 91 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A. w Gdańsku, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Po pierwsze, podnosił, że w swojej ofercie HYDROBUDOWA nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W ofercie HYDROBUDOWY brak jest bowiem załącznika nr 4, dotyczącego kierownika robót branżowych, który ma kierować robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej i w związku z tym posiadać odpowiednie uprawnienia budowlane. Wymóg dysponowania taką osobą Zamawiający nałożył na wykonawców dokumentem pod nazwą „Sprostowanie.doc (223 kB) WORD” zamieszczonym na swojej stronie internetowej. Sprostowanie to jest w istocie zmianą postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), będącą konsekwencją odpowiedzi

Zamawiającego z dnia 13 listopada 2013 r. na pytanie nr 1. HYDROBUDOWA w swojej ofercie nie uwzględniła powyższej zmiany.

Po drugie, Odwołujący podnosił, iż postanowieniem 10.1.12) IDW Zamawiający żądał załączenia do oferty opłaconej polisy ubezpieczeniowej, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 15 mln zł. HYDROBUDOWA do oferty załączyła opłaconą polisę OC z dnia 31 października 2013 r. na kwotę 10 mln zł (zapłacona pierwsza rata składki) z rocznym okresem ubezpieczenia 04.11.2013r. - 03.11.2014r. (str. 68-71 oferty HYDROBUDOWY). Dołączyła także zawarty w dniu 21 listopada 2013 r. nieopłacony aneks do ww. polisy podwyższający sumę gwarancyjną odpowiedzialności cywilnej o kwotę 5 mln zł do łącznej wysokości 15 mln zł przez okres jednego miesiąca 21.11.2013r. - 20.12.2013r. (str. 72 oferty HYDROBUDOWY) z odroczonym terminem płatności jednorazowej składki do dnia 28 listopada 2013 r., tymczasem termin składania ofert mijał w dniu 25 listopada 2013 r., zatem na dzień otwarcia ofert Przystępujący nie posiadał opłaconej polisy.

Po trzecie Odwołujący wskazywał, że Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2013 r. wezwał HYDROBUDOWĘ, w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentu - zobowiązania podmiotu trzeciego (MOLEWSKI Sp. z o.o.) udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. HYDROBUDOWA przy piśmie z dnia 16 grudnia 2013 r. uzupełniła zobowiązanie podmiotu MOLEWSKI Sp. z o.o., z którego treści jednak nadal nie wynika, czy HYDROBUDOWA będzie realnie dysponowała wymaganą wiedzą i doświadczeniem pochodzącymi od tego podmiotu w zakresie i sposób określony postanowieniami SIWZ. Podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, i jednocześnie wskazał, że udostępnienie to będzie obejmowało udostępnienie dokumentów i wiedzy w zakresie technologii wykonywania robót, sporządzania opinii, doradztwo, konsultacje, w tym dotyczące oceny przyjętych i zastosowanych w realizacji zamówienia sposobów i metod wykonania, rozwiązań technologicznych, itp. oraz wszelkie merytoryczne wsparcie niezbędne do prawidłowego wykonania obiektu stanowiącego przedmiot zamówienia publicznego. Z treści przedłożonych oświadczeń nie wynika, że celem ich przedłożenia było bezpośrednie uczestnictwo w realizacji zamówienia przez podmioty, których zobowiązania zostały dołączone do oferty Przystępującego. Odwołujący przedstawiał rozległe wywody, z których jego zdaniem, miało wynikać, że nie można udostępnić wiedzy i doświadczenia (a szczególnie doświadczenia – bowiem Odwołujący wyraźnie rozróżnił od siebie zasoby wiedzy i doświadczenia) bez osobistego udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego, a w przypadku robót budowlanych mogłoby to być wyłącznie podwykonawstwo, ponieważ daje podstawę do

czierpania przez podmiot trzeci korzyści w formie zapłaty za wykonanie powierzonej części zamówienia.

Po czwarte, Odwołujący podnosił, że oferta Przystępującego powinna być odrzucona jako niezgodna z SIWZ, ponieważ w przedstawionym przez niego formularzu ofertowym brak tabeli, zawierającej rozbitcie kosztów zadania na poszczególne etapy.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; dokonania czynności wykluczenia HYDROBUDOWY z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu; albo, w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższego wniosku, z ostrożności procesowej Odwołujący wnosi o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu wezwanie HYDROBUDOWY, w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, do uzupełnienia dokumentów - załącznika nr 4 potwierdzającego posiadane wykształcenie i doświadczenie kierownika robót branżowych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz opłaconej polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 15mln zł - w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie: 1. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, 2. posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia; powtórzenie czynności badania ofert.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

II. Zamawiający podnosił, że odwołanie powinno zostać odrzucone jako wniesione przez podmiot nieuprawniony – w jego ocenie nie wynikało z treści odwołania, że zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Izba ustaliła, że, Odwołujący wniósł w dniu 27 grudnia 2013 r. odwołanie, w którym stroną odwołującą określił jako „Wimar Sp. z o.o.”. Następnie, w tym samym dniu, wniósł odwołanie o identycznej treści, jako stroną odwołującą wskazując obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, i wyjaśnił (w osobnym piśmie), że uprzednio nastąpiła pomyłka w opisie podmiotu wnoszącego odwołanie; załączono pełnomocnictwa udzielone osobno przez każdego z konsorcjantów we własnym imieniu osobie podpisującej odwołanie, i – jak podkreślał Zamawiający – nie wynikało z treści pełnomocnictw, że obaj wykonawcy działają razem. Następnie Odwołujący w dniu 30 grudnia 2013 r. złożył uzupełnienie odwołania, do którego załączył pełnomocnictwo udzielone przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia drugiemu (liderowi konsorcjum).

W tak ustalonych okolicznościach Izba uznała, że nie może być wątpliwości, że jednoznacznym celem i zamiarem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia było wspólne wniesienie odwołania. Wywodzenie z treści każdego z osobno złożonych pełnomocnictw, że nie mogły upoważniać do działania w imieniu konsorcjum byłoby nadmiernym formalizmem (nie było żadnych wątpliwości co do tego, że obaj wykonawcy wspólnie złożyli ofertę, pełnomocnictwo jest oświadczeniem woli, które powinno być interpretowane zgodnie z intencją mocodawcy); tak jak i nadmiernym formalizmem byłoby uznanie, że co najmniej jedno ze złożonych odwołań było nieopłacone – Odwołujący jednoznacznie zmierzał do złożenia jednego odwołania, i od jego wniesienia został uiszczony wpis. „Uzupełnienie odwołania” z dnia 30 grudnia 2013 r. zostało wniesione w terminie do wniesienia odwołania, więc nie ma powodów, aby uznać je za wniesione z uchybieniem terminu.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W zakresie pierwszego zarzutu, dotyczącego braku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 6 listopada 2013 r. (datę ustalono na podstawie wydruku z Biuletynu Informacji Publicznej, przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie – do akt sporządzono kopię) Zamawiający zamieścił sprostowanie do SIWZ, z którego wynikało, że należy dysponować co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej (kierownik budowy), i jedną – w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (kierownik robót branżowych). Następnie w dniu 13 listopada 2013 r., odpowiadając na pytania wykonawców, Zamawiający wskazał, iż dopuszcza na stanowisko kierownika robót branżowych osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej; z kontekstu wszystkich informacji zawartych w SIWZ i jej kolejnych

modyfikacjach (w tym odpowiedziach na pytania wykonawców) wynika, że w pierwotnej wersji SIWZ Zamawiający omyłkowo wskazał, że funkcję kierownika budowy ma pełnić osoba z uprawnieniami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, tymczasem powinna być to osoba z uprawnieniami instalacyjnymi. Należy zauważyć, że uprawnienia konstrukcyjne są powszechne wśród osób uprawnionych do sprawowania funkcji budowlanych i można przypuszczać, że gdyby Przystępujący z SIWZ wywnioskował, że do oferty powinien załączyć uprawnienia konstrukcyjno-budowlane, to by to uczynił.

Izba ostatecznie uznała, że sformułowania SIWZ i jej modyfikacji nie były jednoznaczne – można było wywodzić, że odpowiedź z dnia 13 listopada 2013 r. uchylila wcześniejszy wymóg dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia w obu specjalnościach, i osobę o uprawnieniach budowlanych dopuszczono jako opcję. Ponieważ niejednoznaczne sformułowania SIWZ nie mogą negatywnie skutkować na sytuację wykonawców, a w ocenie Izby wymóg dysponowania osobą posiadającą uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nie został jednoznacznie postawiony, to nie było podstawy do wzywania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie. W konsekwencji zarzut ten był chybiony.

W zakresie drugiego zarzutu, dotyczącego braku opłaconej polisy, stan faktyczny nie był sporny, Strony różniły się jedynie w ocenie jego konsekwencji. Aneks do polisy ubezpieczeniowej Przystępującego, zwiększający kwotę ubezpieczenia do wymaganej przez Zamawiającego określał termin zapłaty składki na dzień 28 listopada 2013 r., a termin składania ofert przypadał w dniu 25 listopada 2013 r. W ocenie składu orzekającego w takiej sytuacji nie można wykluczyć Przystępującego, jako podstawę wykluczenia wskazując, że polisa nie jest opłacona - „nieopłacona polisa” to taka, której termin opłacenia bezskutecznie minął, a nie taka, dla której składka nie jest jeszcze wymagalna. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionował samego faktu istnienia ochrony ubezpieczeniowej z kwestionowanej przez siebie polisy. W konsekwencji Izba nie znalazła powodów do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu również stan faktyczny nie był sporny, a Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie oceny oświadczeń podmiotu trzeciego. Rzeczywiście pierwotne oświadczenie w ofercie było bardzo ogólne, i Zamawiając wezwał do jego uzupełnienia. Przystępujący uzupełnił oświadczenie – treść uzupełnionego oświadczenia jest szeroko cytowana przez Odwołującego w odwołaniu, m.in. udostępnienie to będzie obejmowało udostępnienie dokumentów i wiedzy w zakresie technologii wykonywania robót, sporządzania opinii, doradztwo, konsultacje, w tym dotyczące oceny przyjętych i zastosowanych w realizacji zamówienia sposobów i metod wykonania,

rozwiązań technologicznych, itp. oraz wszelkie merytoryczne wsparcie niezbędne do prawidłowego wykonania obiektu stanowiącego przedmiot zamówienia publicznego”. Taka treść oświadczenia nie może być uznana za niezgodną z obowiązującymi przepisami (w szczególności z art. 26ust. 2b Prawa zamówień publicznych); z obowiązujących przepisów nie da się w ocenie Izby wywieść postulowanego przez Odwołującego obowiązku udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia wyłącznie w roli podwykonawcy. W rezultacie Izba zarzut oddaliła.

W celu rozpatrzenia czwartego zarzutu, opierającego się na wskazaniu, że oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, Izba ustaliła, że w dniu 13 listopada 2013 r. Zamawiający zmienił formularz ofertowy, wykreślając z pkt 4 ppkt 3) zapis „... zgodnie z załączonym wykazem cen w Formularzu Cenowym” (nie wykreślono zamieszczonej poniżej tabeli mającej zawierać rozbieżności cen na poszczególne etapy). Zamawiający równocześnie wskazał, że „nie wymaga załączenia wykazu cen, jedynie wskazania w Formularzu Oferty ceny ryczałtowej” (odpowiedź na pytanie nr 84).

W takich okolicznościach zdaniem składu orzekającego rację miał Zamawiający, stwierdzając na rozprawie, że nawet, gdyby uznać, że zmieniając SIWZ nie wykreślił tabeli, w której pierwotnie miano podać rozbieżności cen ofertowej na poszczególne etapy, to brak tej tabeli – wobec jednoznacznego stwierdzenia żądania podania wyłącznie ceny ryczałtowej byłby jedynie uchybieniem co do formy, a nie co do treści oferty. W przytoczonej wyżej odpowiedzi nr 84 jednoznacznie bowiem wskazano, jakie są oczekiwania Zamawiającego w tej mierze. W konsekwencji Izba nie znalazła powodów do uznania, że w związku ze wskazywanym w odwołaniu stanem faktycznym oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Wobec powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów, i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....