

Sygn. akt .KIO/UZP/0-1393/07,

KIO/UZP/0-1398/07

WYROK / POSTANOWIENIE*

z dnia 10 grudnia 2007r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Matczuk –Mazuś
Lubomira**

Członkowie: **Mazurek Grzegorz
Niedziałek Izabela**

Protokolant: **Pazura Magdalena**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 10.12.2007r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **5.12.2007r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: PRCiP Sp. z o.o., „MEGA” S.A., „Nord Investments” S.A., Gdańsk, ul. Przetoczna 66

B. Hydrobudowa S.A Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 odwołań

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., Gdynia, ul. Witomińska 29** protestów:

A Konsorcjum: PRCiP Sp. z o.o., MEGA S.A., Nord Investments S.A., Gdańsk, ul. Przetoczna 66z dnia **31.10.2007r.**

B Hydrobudowa S.A Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 z dnia **31.10.2007r.**

przy udziale Hydrobudowa S.A Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz częściowo po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnić obydwa odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego się Konsorcjum: PRCiP Sp. z o.o., „MEGA” S.A., „Nord Investments” S.A., reprezentowanego przez lidera Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., Gdynia, ul. Witomińska 29**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3156 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 1578 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum: PRCiP Sp. z o.o., MEGA S.A., Nord Investments S.A., Gdańsk, ul. Przetoczna 66
 - B** koszty w wysokości 1578 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Hydrobudowa S.A Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7422 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta dwadzieścia dwa złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty 3844 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., Gdynia, ul. Witomińska 29** na rzecz Konsorcjum: PRCiP Sp. z o.o., MEGA S.A., Nord Investments S.A., Gdańsk, ul. Przetoczna 66 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa prawnego oraz dojazdu
 - B** kwoty 3578 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., Gdynia, ul. Witomińska 29**

na rzecz Hydrobudowa S.A Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
 - A** kwoty 0 zł 0gr (słownie: . xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

- 4) dokonać zwrotu kwoty 76844 zł 0 gr (słownie: siedemdziesiąt sześć tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty 38422 zł 0 gr (słownie: trzydzieści osiem złotych czterysta dwadzieścia dwa złote zero groszy) na rzecz Konsorcjum: PRCiP Sp. z o.o., MEGA S.A., Nord Investments S.A., Gdańsk, ul. Przetoczna 66
 - B** kwoty 38422 zł 0 gr (słownie: trzydzieści osiem złotych czterysta dwadzieścia dwa złote zero groszy) na rzecz Hydrobudowa S.A Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135.

Uzasadnienie

W postępowaniu odwoławczym odwołania wnieśli Odwołujący:

- 1) Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, „MEGA” S.A. z siedzibą w Gdyni, „NORD INVESTMENTS” S.A. z siedzibą w Gdańsku, działające przez Lidera Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o., jako pełnomocnika ustanowionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zwanego w dalszej treści „Lider Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o.”;
- 2) HYDROBUDOWA S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Odwołania wniesiono od rozstrzygnięcia protestów, poprzez ich oddalenie przez Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, w postępowaniu, którego przedmiotem są roboty budowlane polegające na „Budowie głębokowodnego kolektora odprowadzającego ścieki z oczyszczalni Dębogórze, realizowanego w ramach projektu Fundusz Spójności Dolina Redy i Chyloni – zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków”.

Odwołujący „Lider Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o.” zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., nr 223, poz. 1655), poprzez:

- odrzucenie jego oferty z uwagi, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż Zamawiający uznał, że Odwołujący wycenił w wykazie cen nr 1 dodatkową pozycję 1.1 – przygotowanie terenu budowy + ubezpieczenia, której nie ujęto w wykazie stanowiącym integralną część SIWZ, przekazany wykonawcom;
- zaniechanie wykluczenia z postępowania, a następnie odrzucenia oferty wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, tj. ofertę konsorcjum firm: Colcrete von Essen GmbH & Co.KG, Rastede. Zdaniem Odwołującego, oferta ta została podpisana przez nieposiadającego właściwego umocowania do reprezentowania wykonawcy Damazego Stacherę. Pełnomocnictwa udzielone zostały w dniu 20.09.2007r. przez Gerharda Hackmanna, który nie działał jako reprezentant komplementariusza firmy – Tecton Baugesellschaft z ograniczoną odpowiedzialnością. Jednym z wykonawców składającym wybraną ofertę była firma Colcrete-von Essen GmbH & Co. KG , spółka komandytowa, którą mógł reprezentować odpowiedzialny wspólnik, tj. Tecton Baugesellschaft z ograniczoną odpowiedzialnością. Zatem czynność prawna dokonana bez właściwego umocowania jest nieważna na podstawie art. 104 kc.

Ponadto wykonawca zgodnie z ppkt. 2 lit.a SIWZ był zobowiązany do przedłożenia wykonanych robót budowlanych oraz dokumentów potwierdzających ich zrealizowanie. Wykonawca załączył dwie referencje, przy czym pierwsza została zaadresowana na firmę wykonawcy, zaś druga na firmę Colcrete-von Essen Restede. Z treści tych referencji wynika, że zamówienie zrealizowane było przez firmę Colcrete-von Essen Bau z Rastede. Firma ta jest innym podmiotem niż wykonawca, który złożył ofertę. Wykonawca więc nie spełnił warunku dotyczącego wykazania doświadczenia w realizacji zamówienia.

Również wykonawca nie spełnił warunku dotyczącego doświadczenia, gdyż nie wykazał, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (brak jest oświadczeń wskazanych osób o ewentualnym podjęciu współpracy z wykonawcą, np. Zenon Hajdula). Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ dokumentów w postaci oświadczenia osób, lecz tylko dokumenty potwierdzające kwalifikacje wskazanych osób.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie żądań zawartych w proteście,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert,
- 3) unieważnienie wyboru oferty konsorcjum Colcrete-von Essen GmbH & Co. KG i HYDROBUDOWA von Essen Sp. z o.o.,
- 4) przeprowadzenie dowodów z:

- a) wybranej oferty w zakresie pełnomocnictw, referencji oraz wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca wraz z ich kwalifikacjami,
- b) SIWZ, w szczególności wykazu cen nr 1, w zakresie zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Odwołujący HYDROBUDOWA S.A. (drugi Odwołujący), zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, złożonej przez konsorcjum Colcrete-von Essen GmbH & Co. KG i HYDROBUDOWA von Essen Sp. z o.o., w tym:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, tj. podpisanie oferty przez osobę niewłaściwie umocowaną do tej czynności (zarzuty są tego samego rodzaju jak zarzuty Odwołującego się „Lidera Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o.”),
- art. 24 ust. 1 pkt 10, w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 44, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że wybrane Konsorcjum spełniło warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 9, ust. 1 ppkt 2 lit. d – 3 SIWZ), mianowicie nie przedstawiono dokumentu potwierdzającego uprawnienia budowlane wskazanej osoby bez ograniczeń do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych, hydraulicznych (dot. Franciszka Nogi, który posiada uprawnienia budowlane wydane na podstawie § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie – Dz. U. Nr 8 poz. 46 z późn. zm.), a także pkt 9 ust. 1 ppkt 2 lit. d – 5 SIWZ, poprzez nieprzedstawienie dokumentu potwierdzającego dysponowanie osobą z uprawnieniami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacyjnej i urządzeń cieplnych etc., bez ograniczeń, (dot. Zdzisława Króla, który również posiada uprawnienia ograniczone),
- art. 24 ust. 1 pkt 10, w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 44 ust., art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że wykonawcy spełnili, warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia (pkt 9 ust. 1 ppkt. 2 lit a SIWZ), gdyż przedstawione przez wykonawców dwie referencje dotyczące robót budowlanych: konserwacja tamy J na wyspie Baltrum oraz remont podstawowego pomostu J na wyspie Baltrum, dotyczą innego wykonawcy, tj. spółki Colcrete von Essen Bau.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu wykluczenie tego wykonawcy i odrzucenie jego oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

- 3) przyznanie Odwołującemu kosztów w związku z postępowaniem, w tym kosztów zastępstwa procesowego, potwierdzonych rachunkami złożonymi na rozprawie.

Zamawiający oddalił oba protesty podając, że nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucając ofertę Odwołującego, „Lidera Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o.” oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wykluczając wykonawcy, którego ofertę wybrano, gdyż ten wykonawca uzupełnił dokumenty w wyznaczonym terminie, zgodnie a art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w szczególności oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, ustalił i zważył, co następuje:

Obaj Odwołujący mają interes prawny w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, w tym wniesieniu odwołania, gdyż Odwołujący „Lider Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o.” ma szansę uzyskać zamówienia publiczne w przypadku uwzględnienia jego odwołania, natomiast Odwołujący HYDROBUDOWA S.A. ma możliwość również uzyskania zamówienia publicznego, jeżeli odwołanie jego zostałoby uwzględnione, a odwołanie Odwołującego „Lidera Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o.” oddalone.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Odwołującego „Lidera Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o.” w zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty tego Wykonawcy z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, w części dotyczącej odrębnego dokonania wyceny – koszty przygotowania terenu budowy + ubezpieczenie. W części IV - wykaz cen strona 233/234 SIWZ, w tabeli wykaz cen nr 1 – pozycje ogólne, Zamawiający żądał podania przez wykonawców wartości w Euro bez VAT, należnego podatku VAT (w Euro) i wartości w Euro z VAT, jako kosztów ryczałtowych 8 pozycji dotyczących: tablic informacyjnych i pamiątkowych, obsługi geodezyjnej, badań geotechnicznych, rozruchu technologicznego oraz wykonania dokumentacji koncepcyjnej, projektowej i powykonawczej. Pozycje te oznakował odpowiednio numerami 1.2 -1.9. Pozycję oznaczoną 1.1. pozostawił bez opisu zakresu robót. W SIWZ nie zawarł również, jak sam przyznał podczas rozprawy, żadnych informacji dotyczących obowiązku dokonania wypełnienia tej pozycji, jak również nie zawarł informacji dotyczącej niewypełnienia tej pozycji. Wykonawcy składający oferty mieli więc możliwość albo wypełnienia tej pozycji, albo odstąpienia od wypełniania z uwagi na brak opisu rzeczowego ewentualnych czynności. W odrzuconej ofercie Konsorcjum wypełniło tę pozycję podając koszty przygotowania terenu budowy oraz ubezpieczenia. Z wyjaśnień Zamawiającego jednoznacznie wynika, że wszyscy wykonawcy powinni uwzględnić koszty przygotowania terenu budowy i koszty ubezpieczenia składające się na cenę oferty, jednakże koszty za poszczególne czynności powinny być ujęte przy kosztach każdej z czynności wymienionych w pozycjach 1.2 – 1.9. Zamawiający wyjaśnił również, że cena

oferty Odwołującego została skalkulowana na średnim poziomie, a więc brak jest podstaw do uznania, że cena została podwyższona ze względu na podanie w odrębnej pozycji kosztów przygotowania terenu i kosztów ubezpieczenia. Spór między stronami polega w zasadzie na tym, że koszty przygotowania terenu budowy i ubezpieczenia nie powinny być ujęte w odrębnej pozycji, lecz odpowiednio i proporcjonalnie ujęte w pozostałych pozycjach wykazu cen nr 1. W ocenie składu orzekającego Izby nie można zarzucić Odwołującemu, że dokonał wyceny przygotowania terenu budowy i ubezpieczenia w sposób sprzeczny z SIWZ, gdyż w ofercie Odwołującego nie zawarto żadnych kosztów ponad te, które były wymagane w SIWZ, jeśli chodzi o koszty przygotowania terenu budowy i ubezpieczenia. Różnica w sposobie ich przedstawienia (zamiast ujęcia w kilku pozycjach przedstawiono w jednej pozycji) wynika po części z winy Zamawiającego, który przekazał wykonawcom wzór budzący wątpliwości co do sposobu jego wypełnienia. Zamawiający stwierdził podczas rozprawy, że pozycji tej w ogóle nie należało wypełniać, zatem powstała wątpliwość co do celowości wyodrębnienia tejże pozycji w dokumentach (SIWZ). Sposób przedstawienia kosztów przygotowania terenu budowy i ubezpieczenia nie miał żadnego wpływu na wysokość ceny oferty, która jest ryczałtowa i w której należy bezwzględnie ująć wskazane koszty.

W zakresie kwestionowanego przez obu Odwołujących pełnomocnictwa udzielonego przez Gerharda Hackmanna Damazemu Stacherze do podpisania oferty, skład orzekający Izby uznał, że zarzutu tego nie można uwzględnić z następujących powodów. Pełnomocnictwo z dnia 20.09.2007r. zostało udzielone przez Gerharda Hackmanna działającego jako członek firmy Colcrete von Essen GmbH. Z wypisu Księgi Handlowej A Sądu Rejonowego Oldenburg z dnia 29.06.2007r. (strona 49 oferty) wynika, że uprawnienia w zakresie reprezentacji firmy posiada osobiście odpowiedzialny wspólnik Tecton – Baugesellschaft z o. o. Z Księgi Handlowej B Sądu Rejonowego Oldenburg z dnia 28.06.2007r. wynika, że ustawowym przedstawicielem firmy Tecton Baugesellschaft z o. o. jest Hackmann Gerhard. Zatem Gerhard Hackmann był uprawniony do udzielenia pełnomocnictwa Damazemu Stacherze. Fakt, że w pełnomocnictwie nie podał, iż działa jako przedstawiciel ustawy firmy Tecton – Baugesellschaft z o. o. może budzić pewne wątpliwości, jednakże fakt ten nie stanowi podstawy do uznania nieważności takiego pełnomocnictwa, gdyż udzielone zostało przez osobę uprawnioną.

Skład orzekający izby podzielił zarzuty Odwołujących się w zakresie braku potwierdzenia doświadczenia zawodowego wykonawcy, który złożył wybraną ofertę, poprzez złożenie dwóch kwestionowanych referencji. W SIWZ Zamawiający żądał wykazania wykonania roboty budowlanej o określonym zakresie o wartości minimum 5 mln zł. W wybranej ofercie zamieszczono na stronie 34 referencje dotyczące podstawowej konserwacji tamy J na wyspie Baltrum, gdzie wskazano wartość inwestycji 2,91 mln Euro,

jednakże w treści referencji wskazano, że prace budowlane przy budowie i konserwacji tamy J na wyspie Baltrum wykonała firma Colcrete von Essen Bau z Rastede. Z potwierdzenia odbioru robót (strona 36 oferty) wynika natomiast, że przedmiotem robót było postawienie od podstaw pomostu J na wyspie Baltrum i zleceniobiorcą tych robót była firma Colcrete von Essen, Rastede. W dokumencie tym nie wskazano wartości odbieranych robót.

W dokumentach wskazano dwie różne, inne nazwy niż nazwa firmy, która złożyła ofertę. Zatem nie można uznać, że referencje dotyczą wykonawcy, który złożył ofertę. Zamawiający także miał w tym względzie wątpliwości, twierdząc, że być może powstał błąd w nazwie firmy podczas sporządzania dokumentów, jednakże wątpliwości tych nie wyjaśnił, przyjmując je za wystarczające do oceny doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Nie potwierdziły się zarzuty Odwołujących w zakresie niewłaściwych uprawnień do dokonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Wskazane w odwołaniu osoby, istotnie posiadały uprawnienia, których zakres wskazywał na ich ograniczenie. Jednak Zamawiający uzupełnił ten brak poprzez zażądanie dostarczenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że wykonawca wskazał dwie inne osoby posiadające uprawnienia budowlane bez ograniczeń, odpowiednio do projektowania i kierowania robotami. Czynności tej dokonał zgodnie z możliwościami jakie stwarza znowelizowany przepis art. 26 ust. 3 Pzp i potwierdził, że korzystał w tym zakresie ze stanowiska UZP zamieszczonego na stronach internetowych.

Z uwagi na fakt, że potwierdził się zarzut niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego „Lidera Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o.” oraz zarzuty zawarte w obu odwołaniach dotyczące braku właściwych referencji w wybranej ofercie, skład orzekający Izby na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględnił odwołanie i nakazał Zamawiającemu powtórzenie czynności wskazanych w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu Odwołującego Konsorcjum PRCiP Sp. z o.o. w wysokości 2000 zł i 266 zł oraz kosztów zastępstwa prawnego Odwołującego Hydrobudowa S.A. w wysokości 2000 zł.

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 w

.....

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*