

Sygn. akt: KIO 254/11

WYROK
z dnia 17 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a**, od czynności zamawiającego, którym jest **Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie, 02-507 Warszawa, ul. Wołoska 137**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **COMPLEX BUD Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: 04-669 Warszawa, ul. Kobryńska 28A)** oraz **Rd bud Sp. z o.o.**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Erbud S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie, 02-507 Warszawa, ul. Wołoska 137

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie, 02-507 Warszawa, ul. Wołoska 137** na rzecz **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie, ul. Wołoska 137, 02-507 Warszawa (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie zadania inwestycyjnego pn. Budowa budynku administracyjno- garażowego wraz z ładowiskiem dla śmigłowców sanitarnych na terenie CSK MSWiA w Warszawie przy ul. Wołoskiej 137”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 20 października 2011 r., poz. 2011/S 204-310983 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 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 7 lutego 2011 r. Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8) Prawa zamówień publicznych w związku z § 4 ust. 1 pkt 2 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1870) („rozporządzenie w sprawie dokumentów”), oraz
- art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3 rozporządzenie w sprawie dokumentów,
- art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez niezastosowanie wskazanych przepisów, wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu wspólnie ubiegających się o zamówienie COMPLEX BUD Sp. z o.o. oraz RD BUD Sp. z o.o., których oferta została uznana za najkorzystniejszą, pomimo zaistnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie z udziału tego wykonawcę, ze względu na:
 - a) przedłożenie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przesłane w wykonaniu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wadliwego dokumentu wymaganego celem wykazania niezastnienia okoliczności opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, oraz
 - b) niespełnienie warunku o którym mowa w pkt. 6.2.2.1 SIWZ oraz
 - c) niespełnienie warunku o którym mowa w pkt. 6.2.4.g SIWZ.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: COMPLEX BUD Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: 04-669 Warszawa, ul. Kobryńska 28A) oraz Rd bud Sp. z o.o., których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujące Konsorcjum bądź Konsorcjum). Natomiast po stronie Odwołującego przystąpił Erbud S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, przedstawione przez członka Konsorcjum, spółkę RD BUD Sp. z o.o., wypisy z casier judiciaire Bulletin n° 3 wydane na rzecz członków zarządu tego wykonawcy, mających miejsce zamieszkania we Francji, nie spełniają wymogu określonego § 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie dokumentów. Powyższe zaświadczenie wydane zgodnie z postanowieniami prawa francuskiego nie poświadcza bowiem, iż wskazane osoby nie dopuściły się wszystkich typów przestępstw określonych art. 24 ust. 1 pkt 8) Prawa zamówień publicznych. Wskazane wypisy poświadczają natomiast, iż osoby te nie dopuściły się niektórych z typów przestępstw określonych art. 24 ust. 1 pkt 8) Prawa zamówień publicznych. Wypis z casier judiciaire Bulletin n° 3 nie stanowi dokumentu równoważnego informacji z krajowego rejestru karnego, określonego w § 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie dokumentów, ponieważ zakres informacji ujawnianych w casier judiciaire Bulletin n° 3 jest węższy, niż w polskim krajowym rejestrze karnym i nie obejmuje wszystkich typów przestępstw określonych art. 24 ust. 1 pkt 8) Prawa zamówień publicznych.

Dalej Odwołujący wyjaśniał, iż zgodnie z art. 777 francuskiego kodeksu postępowania karnego, treść informacji ujawnianych w zaświadczeniu casier judiciaire Bulletin n° 3 jest ograniczona do tych, które dotyczą:

- (a) skazania na kary pozbawienia wolności na okres dłuższy niż 2 lata, których wykonanie nie zostało zawieszona lub które podlegają wykonaniu w całości wskutek uchylenia zawieszenia wykonania orzeczonej kary,
- (b) skazania na kary pozbawienia wolności jak powyżej na okres krótszy lub równy 2 lata, pod warunkiem, że sąd zarządził ich zamieszczenie w casier judiciaire Bulletin n°3,
- (c) orzeczenia utraty prawa bądź zakazu wykonywania prawa, orzeczone bez możliwości zawieszenia ich wykonania,
- (d) orzeczenia nadzoru społeczno-prawnego stosownie do art. 131-36-1 francuskiego kodeksu karnego albo zakazu wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności dobrowolnej w kontakcie z nieletnimi.

Decydujące znaczenie dla uznania, iż zaświadczenie z casier judiciaire Bulletin n°3 zawiera treść węższą, niż treść ujawniana polskim krajowym rejestrze karnym i nie obejmuje

wszystkich typów przestępstw określonych art. 24 ust. 1 pkt 8) Prawa zamówień publicznych ma okoliczność nieujawniania z mocy prawa w casier judiciaire Bulletin n° 3 przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do 2 lat.

Tymczasem, zarówno na gruncie prawa polskiego, jak również na gruncie prawa francuskiego, niektóre z przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8) Prawa zamówień publicznych zagrożone są karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 2 lat.

Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przywoływał orzeczenia Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 maja 2005 roku (znak: UZP/ZO/0-1062/05) oraz 28 lipca 2005 roku (znak UZP/ZO/0-1918/05), jak również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2010 roku (znak KIO/UZP 303/10) oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 1486/05 oddalającym skargę na wyrok Zespołu Arbitrów zapadły w sprawie sygn. akt UZP/ZO/0-1062/05. Zdaniem Odwołującego, powyższe wywody znajdują także potwierdzenie w opinii prawa francuskiego sporządzonej przez adwokata Bertranda Oldra, której odpis załączono do odwołania.

Ponadto Zamawiający w pkt. 7.1.2 i 7.1.3 SIWZ określił wymagane, w celu wykazania spełnienia warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy, dokumenty. Wskazał m.in. iż dla potwierdzenia warunku, o którym mowa w pkt.6.2.2.1 SIWZ, wykonawca winien złożyć „wykaz usług (dokumentacji projektowej) w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia”. Konsorcjum załączyło do oferty trzy dokumenty zawierające wykaz wiedzy i doświadczenia. Z treści tych wykazów wynika, iż Konsorcjum wykonało: Stan surowy parkingu w Gdyni, projekt budowlany i wykonawczy lądowiska dla śmigłowca w Szpitalu Wojewódzkim nr 2 w Rzeszowie, projekt budowlany i wykonawczy lądowiska dla śmigłowca w Specjalistycznym Szpitalu im. dr A. Sokołowskiego w Wałbrzychu, projekt budowlany i wykonawczy lądowiska dla śmigłowca Wojewódzkiej stacji pogotowia ratunkowego i transportu medycznego w Płocku. Z treści tych wykazów oraz załączonych do nich referencji, oraz z treści udzielonych przez Konsorcjum 10.01.2011r. wyjaśnień do oferty, nie wynika natomiast, aby Konsorcjum posiadało doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej wraz z projektem wykonawczym w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych. Odwołujący podnosił, iż żaden z dokumentów złożonych przez Konsorcjum w postępowaniu nie wskazuje na wykonanie projektu wykonawczego parkingu – na potwierdzenie spełnienia tego warunku Konsorcjum wskazało tylko jedną robotę budowlaną - budowę stanu surowego parkingu w Gdyni. Robota ta nie została jednak według Odwołującego zaprojektowana przez żadnego z wykonawców tworzących Konsorcjum. Co więcej, robota ta nie dotyczy wykonania całego parkingu naziemnego, a tylko jego stanu surowego. Nie obejmuje więc instalacji, robót wykończeniowych, posadzek itd. Wątpliwe jest również, aby RD BUD Sp. z o.o., który to powołuje się na bezpośredniego wykonawcę stanu surowego parkingu w Gdyni, wykonał go

w ciągu dwóch miesięcy (przyjmując skrajnie długi okres realizacji wg wykazu). Zważywszy, że już na sam fakt, że parking jest dwukondygnacyjny, a okres wiązania betonu w celu otrzymania wymaganej jego wytrzymałości wynosi minimum 28 dni (dane na podstawie norm: PN-EN 206-1:2003, PN-EN 12350 -1+7, PN-EN 12390 - 1+8, PN-EN 12504 - 1+2), nie jest możliwe wykonanie dwóch kondygnacji obiektu budowlanego wraz z robotami przygotowawczymi, wykopem pod fundamenty i zadaszeniem w ciągu 61 dni.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, iż z jego wiedzy wynika, że wykonany przez RD BUD Sp. z o.o. stan surowy parkingu w Gdyni nie składa się z dwóch kondygnacji naziemnych, jak wymaga tego SIWZ, a z jednej kondygnacji podziemnej i jednej nadziemnej.

Podnosząc ostatni, trzeci zarzut, Odwołujący wskazywał, iż stosownie do treści § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, Zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia. Wymagania dotyczące tychże kwalifikacji i doświadczenia Zamawiający określił w pkt. 6.2.4.g SIWZ, a dokumenty za pomocą których wykonawcy winni je wykazać w pkt. 7.1.4, 7.1.5 SIWZ. Zamawiający wskazał m.in. iż wykonawcy winni wykazać dysponowanie kierownikiem robót drogowych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych, takich jak drogi dla ruchu i postoju statków powietrznych.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku, Konsorcjum wskazało, iż dysponuje i zamierza skierować do wykonania zamówienia w celu pełnienia funkcji kierownika robót drogowych, pana Jerzego G. Na potwierdzenie posiadania przez niego odpowiednich kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia, Konsorcjum przedłożyło uprawnienia budowlane - dokument o „Stwierdzeniu posiadanego przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie” nr St-221/77 z 12.04.1977 r. Dokument został wydany na podstawie przepisów ustawy Prawo budowlane z 24.10.1974 r. oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20.02.1975 r. Przepisy tego rozporządzenia, w § 5 ust. 2 stanowią, iż osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby o których mowa w ust.1 pkt. 3 i 4 - wyłącznie przy wykonywaniu robót objętych danym rzemiosłem. Zakres uprawnień budowlanych dla osób, które ukończyły wyższą szkołę techniczną nie zawiera powyższych ograniczeń. Pomimo tego, iż przepisy budowlane obowiązujące w dniu wydania uprawnień budowlanych p. Jerzego G., nie wprowadzały wprost rozróżnienia na uprawnienia ograniczone i nieograniczone, faktycznie takie rozgraniczenie istniało.

Zważywszy, że z przedłożonego wraz z ofertą „Stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego” p. Jerzego G., wynika, iż w chwili ich nadawania był technikiem budowlanym, oraz zważywszy, na zastrzeżenie ograniczenia przysługujących mu uprawnień do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót o „powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”, posiadane przez niego uprawnienia należy uznać za ograniczone. Mając na uwadze, iż wymogiem SIWZ jest wykazanie dysponowania przez wykonawców kierownika robót drogowych posiadającego uprawnienia budowlane we właściwej specjalności bez ograniczeń, a Konsorcjum nie wykazało, iż dysponuje taką osobą, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania w oparciu o art. 24 ust.2 pkt.4 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 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 Konsorcjum zostałyby wykluczone 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 zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum w zakresie złożenia zaświadczeń o niekaralności osób mających miejsce zamieszkania za granicą.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie niekaralności członków organów zarządzających, którzy mają miejsce zamieszkania za granicą, Konsorcjum złożyło zaświadczenia z francuskiego rejestru karnego. Zakres tych zaświadczeń nie odpowiada w pełni zakresowi przestępstw objętych polskim zaświadczeniem o niekaralności, co zresztą nie było sporne (dlatego przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej w tym zakresie, załączonej przez Odwołującego do odwołania Izba uznała za zbędne). Strony z takich okoliczności wywodziły odmienne

skutki prawne: Odwołujący twierdził, że zaświadczenia francuskie są niewystarczające, a wykonawca dla „brakujących” przestępstw nieobjętych tymże zaświadczeniem powinien złożyć oświadczenie bądź powinien złożyć oświadczenie „całościowe” obejmujące wszystkie rodzaje przestępstw, tj. przestępstwa objęte polskim zaświadczeniem z rejestru karnego. Natomiast Zamawiający i przystępujące po jego stronie Konsorcjum twierdzili, że francuskie zaświadczenia są wystarczające dla wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Izba podzieliła w tej mierze stanowisko Zamawiającego i Konsorcjum – w ocenie składu orzekającego rzeczywiście zaświadczenia pochodzące z rejestrów karnych państw obcych należy uznać za wystarczające udokumentowanie niepodlegania wykluczeniu.

Zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Izba uznała, że dla oceny zaświadczenia przedłożonego przez Wykonawcę decydująca powinna być regulacja kraju siedziby tego Wykonawcy. Tak samo stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO/UZP 303/10, na który powoływał się Odwołujący: „W ocenie Izby, wobec braku w przepisach o zamówieniach publicznych zdefiniowania tego sformułowania, a także braku wskazania, jak należy rozstrzygać różnice zachodzące pomiędzy porządkami prawnymi różnych państw w szczególności co do wysokości wymiaru kary za przestępstwa, podstaw zawieszenia wykonania kary, czy też różnice - na co zwracał uwagę zamawiający na rozprawie - wynikające z kształtu jurydycznego (opisu) poszczególnych przestępstw, uznać należy, że zakres ten należy rozumieć jedynie jako objęcie danymi, na podstawie których wydano zaświadczenie katalogu wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp bez względu na powyżej przykładowo wskazane różnice.

Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu” prowadziłyby w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców zagranicznych zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy i konieczności przedkładania wyłącznie dokumentów,

o których mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia, ponieważ nie sposób byłoby rozstrzygnąć, jaki poziom zgodności kształtu jurydycznego przestępstw w poszczególnych krajach jest dopuszczalny.

Nie sposób także uznać, że racjonalny ustawodawca, przewidując w przepisach rozporządzenia w pierwszej kolejności obowiązek wykazywania warunku w zakresie niekaralności, poprzez zaświadczenie właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności, poprzez dokument zawierający oświadczenie osoby, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw.” Orzeczenie to zostało zaskarżone i Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 7 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX GA 225/10 podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Stanowisko to było również wyrażane w innych orzeczeniach KIO, przytoczonych przez Zamawiającego na rozprawie, a w sprawie sygn. akt KIO 735/10 Izba orzekła identycznie w związku z odwołaniem wniesionym przez Odwołującego w innym postępowaniu, lecz w zakresie zarzutu dotyczącego również zaświadczeń z rejestru francuskiego.

Z wyżej podanych powodów, zarzutu dotyczącego francuskich zaświadczeń o niekaralności Izba nie uwzględniła, natomiast dwa pozostałe zarzuty – z których jeden dotyczył spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum w zakresie doświadczenia, a drugi – w zakresie dysponowania osobą o wymaganych uprawnieniach budowlanych uznała za uzasadnione.

Zarzut dotyczący spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum w zakresie doświadczenia polegającego na realizacji parkingu o określonych właściwościach

Izba w zakresie podniesionego zarzutu ustaliła, co następuje:

Zamawiający, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia zawodowego, wymagał w pkt 6.2 SIWZ, w tabeli w pkt 2.1, wykonania w ramach jednego zamówienia co najmniej jednej roboty budowlanej wraz z projektem wykonawczym w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych.

Konsorcjum załączyło do oferty 3 dokumenty zawierające wykaz wiedzy i doświadczenia. Z treści tych wykazów wynika, iż Konsorcjum wykonało: Stan surowy parkingu w Gdyni, projekt budowlany i wykonawczy lądowiska dla śmigłowca w Szpitalu Wojewódzkim nr 2 w Rzeszowie, projekt budowlany i wykonawczy lądowiska dla śmigłowca w Specjalistycznym Szpitalu im. dr A. Sokołowskiego w Wałbrzychu, projekt budowlany i wykonawczy lądowiska dla śmigłowca Wojewódzkiej stacji pogotowia ratunkowego i transportu medycznego w Płocku. Tylko jedna z powyższych robót dotyczyła parkingu – objęta wykazem ze strony

13 oferty i potwierdzona listem referencyjnym ze strony 15, gdzie zakres wykonanych prac określono jako „stan surowy”.

Zamawiający w dniu 7 stycznia 2011 r. zwrócił się do Konsorcjum z pytaniem, czy ta konkretna pozycja wykazu – wykonanie parkingu w stanie surowym - miała potwierdzić spełnienie warunku w zakresie doświadczenia dotyczącego parkingu i na tak postawione pytanie Konsorcjum odpowiedziało twierdząco.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że nie wzywał Konsorcjum do wyjaśnienia zakresu wykonanych prac na parkingu, stwierdziwszy, że warunek został określony „niefortunny” („prace w zakresie parkingu” a „nie wybudowanie parkingu”) i dlatego należy uznać każdy zakres wykonanych prac.

Odwołujący poddawał w wątpliwość potwierdzenie przez Konsorcjum spełnienia tegoż warunku, wskazując, że ani z wykazu, ani z referencji nie wynika, by Konsorcjum wykonało prace związane z parkingiem w pełnym wymaganym zakresie, a w szczególności w zakresie wykonania projektu wykonawczego parkingu. Ponadto Odwołujący wskazywał, że z jego wiedzy wynika, że nie jest to parking posiadający dwie kondygnacje naziemne, co poparł złożonymi do akt sprawy – zdjęciami parkingu, wydrukowanymi ze strony internetowej partnera Konsorcjum.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Konsorcjum rzeczywiście nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie parkingu. Rację miał Zamawiający zauważając, że warunek określono nieprecyzyjnie – należało wykonać prace „w zakresie parkingu”, a więc nie można było wymagać na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu realizacji całego procesu budowy parkingu, zakończonego czynnościami odbiorowymi. Nie oznacza to jednak, w ocenie składu orzekającego, że należy zaakceptować każdy zakres prac dotyczący jakiegokolwiek parkingu: warunek dotyczył konkretnego parkingu – na 100 miejsc, z dwoma kondygnacjami naziemnymi (w świetle warunku opisanego w SIWZ niesporne było, że dwie kondygnacje powinny być naziemne). O ile nie budziło wątpliwości, czy parking, którego członek Konsorcjum wykonał stan surowy, posiada 100 miejsc, o tyle – na podstawie wszystkich ujawnionych okoliczności - są uzasadnione wątpliwości, czy parking posiada dwie kondygnacje naziemne. Zamawiający i przystępujące po jego stronie Konsorcjum uznało złożone przez Odwołującego wydruki ze stron internetowych członka Konsorcjum za materiał informacyjny, a nie dowodowy, jednak nie zakwestionowali oni, że są to zdjęcia tego konkretnego parkingu, o którym mowa w wykazie ze strony 13 oferty Konsorcjum, a Zamawiający zauważył, że wobec bogatego ukształtowania terenu, trudno ustalić, ile jest kondygnacji, które można uznać za naziemne.

Wątpliwości istnieją także co do wykonania przez członka Konsorcjum projektu wykonawczego tego parkingu – ta okoliczność nie wynika ani z wykazu ze strony 13 oferty, ani z załączonych referencji, a wobec zestawienia informacji ze strony internetowej zleceniodawcy budowy parkingu (wystawcy referencji załączonych do oferty Konsorcjum) z informacjami ze strony internetowej członka Konsorcjum - wykonawcy stanu surowego parkingu można domniemywać, że to zleceniodawca był autorem projektu wykonawczego parkingu.

Co do rozkładu ciężaru dowodu, to Izba uznała, że Konsorcjum na etapie składania ofert winno było wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący, kwestionując wybór oferty Konsorcjum, podniósł, że w sposób niewystarczający wykazano powyższe okoliczności. W ocenie Izby wątpliwości Odwołującego zostały wystarczająco uprawdopodobnione, a z dokumentów złożonych przez Konsorcjum wraz z ofertą i następnie złożonych wyjaśnień w sposób jednoznaczny nie wynikało potwierdzenie spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym, że wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 7 stycznia 2011 r. nie zmierzało do merytorycznego wyjaśnienia zakresu wykonanych przez członka Konsorcjum robót związanych z parkingiem, a raczej do potwierdzenia, że robota ujęta w wykazie ze strony 13 stanowi udokumentowanie skonkretyzowanego warunku w postępowaniu, nic nie stoi na przeszkodzie, aby wezwać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na wykonaniu w ramach jednego zamówienia co najmniej jednej roboty budowlanej wraz z projektem wykonawczym w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych. Nawet, jeżeli przyjąć, że wykonanie „stanu surowego” jest robotą „w zakresie budowy parkingu”, to należy wykazać wykonanie pozostałych elementów roboty opisanej przez Zamawiającego jako wymagane doświadczenie (projekt wykonawczy, ilość kondygnacji naziemnych).

W praktyce ugruntowała się „zasada jednokrotnego wzywania” do uzupełniania dokumentów i składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych (celem tej zasady jest zachowanie równego traktowania wykonawców; niezgodne z tą zasadą byłoby wielokrotne wzywanie wykonawcy „do skutku”, tj. do momentu, kiedy wykaże on, że spełnia warunek udziału w postępowaniu), jednak nie sprzeciwia się tej zasadzie skorzystanie z art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych w przedmiotowej sytuacji: wyjaśnienia już złożone budzą wątpliwości, bądź wezwanie zostało nieprecyzyjnie sformułowane (podobnie uznała Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie sygn. akt KIO/UZP 666/09, KIO/UZP 667/09, KIO/UZP 668/09, KIO/UZP 669/09, KIO/UZP 679/09).

Konsorcjum zauważyło, że Odwołujący nie skarżył naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, i żądał jedynie wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, a to zdaniem Konsorcjum byłoby przedwczesne, bo Zamawiający ma prawo i obowiązek przed decyzją o wykluczeniu wezwać do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień. W konsekwencji Konsorcjum wywodziło, że odwołanie powinno zostać oddalone na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, jako że jego uwzględnienie nie miałoby wpływu na wynik postępowania. Jednak wobec niewykazania przez Konsorcjum do momentu zamknięcia rozprawy, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w pełnym zakresie (Konsorcjum oświadczyło, że dokumenty poświadczające pełen zakres budowy parkingu jest w stanie złożyć, jeżeli zostanie do tego wezwane przez Zamawiającego), wcale nie ma na obecnym etapie pewności, że takie dokumenty zostaną przedłożone skutecznie. Dlatego w ocenie Izby nie ma podstaw do oddalenia odwołania w związku z treścią art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Zdaniem składu orzekającego okoliczność, że Odwołujący nie skarżył naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, a jedynie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i żądał wykluczenia Konsorcjum, również nie może zniweczyć zasadności podniesionych zarzutów, biorąc pod uwagę ich podstawę faktyczną. Jak wynika z uzasadnienia powyżej, Izba uznała, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu; Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy bez przeprowadzenia procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, dlatego należało uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Czynność ta powinna objąć wezwanie do uzupełnienia dokumentów bądź wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych w opisanym powyżej zakresie.

Zarzut dotyczący spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum w zakresie dysponowania osobą o wymaganych uprawnieniach budowlanych

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła, co następuje:

Wymagania dotyczące kwalifikacji osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia Zamawiający określił w pkt. 6.2.4.g SIWZ, a dokumenty za pomocą których wykonawcy winni je wykazać w pkt. 7.1.4, 7.1.5 SIWZ. Zamawiający wskazał m.in. iż wykonawcy winni wykazać dysponowanie kierownikiem robót drogowych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych, takich jak drogi dla ruchu i postoju statków powietrznych.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku, Konsorcjum wskazało, iż dysponuje osobą, odnośnie której przedłożyło uprawnienia budowlane - dokument o „Stwierdzeniu

posiadanego przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie” nr St-221/77 z 12.04.1977r., legitymujące m.in. do kierowania, nadzorowania kontrolowania budowy i robót (...) „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”.

Rację ma Zamawiający i Konsorcjum, że o zakresie uprawnień decyduje ich rzeczywista treść, a nie „nazwa”. Jednak w ocenie składu orzekającego złożone przez Konsorcjum uprawnienia nie odpowiadają wymogowi Zamawiającego, przy czym nie można wykluczyć, że pozwalają na zgodną z odpowiednimi przepisami realizację przedmiotu zamówienia - zwrot „powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne”, wobec braku definicji legalnej, powinien być bowiem każdorazowo badany w odniesieniu do konkretnych prac. W ocenie składu orzekającego nie zaistniała potrzeba przeprowadzenia dowodu, czy przedmiot zamówienia obejmuje prace o „powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”, ponieważ rozstrzygnięcia wymagała okoliczność, czy uprawnienia przedłożone przez Konsorcjum wraz z ofertą odpowiadają wymogowi Zamawiającego opisanemu w ogłoszeniu i SIWZ, a nie – czy uprawniają do realizacji przedmiotu zamówienia. Na tym etapie bowiem nie można oceniać złożonych uprawnień w kontekście przedmiotu zamówienia – granice badania określa zakres wymagań opisanych przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ, choćby na tym etapie okazało się, że były to wymogi wygórowane. Zaakceptowanie przeciwnego stanowiska oznaczałoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (tak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO/UZP 293/09, 294/09).

Ze sformułowania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu nie można było również wywodzić, że Zamawiający wymagał uprawnień nieograniczonych wyłącznie w zakresie przez niego podanym. Wydanie uprawnień z ograniczeniami lub bez wiąże się bowiem nie tylko z określonym zakresem rzeczowym uprawnień, ale ze sposobem przygotowania do pełnienia danej funkcji (osoby posiadające uprawnienia budowlane bez ograniczeń mają wykształcenie wyższe – por. załącznik nr 1 „Wykaz wykształcenia odpowiedniego i pokrewnego dla poszczególnych specjalności uprawnień budowlanych” do rozporządzenia w sprawie samodzielnych funkcji). Generalnie zasada nadawania uprawnień w określonym zakresie od początku wydawania uprawnień była niezmienna – osoby z wyższym wykształceniem technicznym odpowiednim dla danej specjalności mogły uzyskać uprawnienia budowlane bez ograniczeń, natomiast osoby ze średnim wykształceniem technicznym lub z wyższym wykształceniem, ale pokrewnym dla danej specjalności mogły uzyskać uprawnienia jedynie w ograniczonym zakresie – zasada ta obowiązywała zarówno na gruncie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8,

poz. 46), jak i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2005 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2005 r., Nr 96, poz. 817).

Wymogu Zamawiającego w zakresie uprawnień budowlanych zasadniczo nie zmieniła odpowiedź Zamawiającego nr 17 na pytania wykonawców do SIWZ – jak zauważył Odwołujący, treść pytania nr 17 odzwierciedla treść uprawnień złożonych „z ostrożności procesowej” przez Konsorcjum na rozprawie. Uprawnienia te zostały wydane – na podstawie przepisów obowiązujących w dniu wydania uprzednio złożonych uprawnień - dla osoby z wyższym wykształceniem oraz bez ograniczenia do „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych”, z czego można wnosić, że są to uprawnienia bez ograniczeń.

Przedmiotem ustalenia Izby było, czy uprawnienia do realizacji rozwiązań o powszechnie stosowanych rozwiązaniach konstrukcyjnych (wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów) są równoważne uprawnieniom w nieograniczonym zakresie (wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ w związku z treścią obowiązujących przepisów).

Na tak postawione pytanie odpowiedź jest negatywna – uprawnienia ograniczone do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych są uprawnieniami w ograniczonym zakresie, a więc w zakresie węższym, niż wymagał Zamawiający. Na takim stanowisku stoją i izby budowlane, i sądy powszechne.

„Podział uprawnień budowlanych na uprawnienia bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie został wprowadzony przepisami obowiązującej ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), które weszły w życie 1 stycznia 1995 r. Powyższe nie oznacza jednak, że w okresie od 1928 do 1995 r. ustawodawca nie przewidywał uprawnień budowlanych, których zakres byłby ograniczony podmiotowo lub przedmiotowo. Taki podział bowiem istniał, aczkolwiek różnił się sposobem stosowania ograniczeń polegającym na określaniu, w jakim zakresie osoba posiadająca uprawnienia budowlane może wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, a w jakim podlegała wyłączeniu. (...)

Wyjaśniając zakres uprawnień, należy przyjąć, że osoba posiadająca uprawnienia budowlane niezawierające żadnych ograniczeń może wykonywać funkcje z nich wynikające w zakresie całej specjalności, czyli posiada uprawnienia odpowiadające obecnym uprawnieniom bez ograniczeń. Natomiast osoba legitymująca się uprawnieniami zawierającymi omawiane powyżej ograniczenia przedmiotowe lub podmiotowe posiada uprawnienia odpowiadające obecnym uprawnieniom w ograniczonym zakresie.” (dr Joanna Smarż – główny specjalista Krajowego Biura PIIB [w] <http://www.inzynierbudownictwa.pl/>)

Tak samo stwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, w sprawie sygn. akt VII SA/Wa 690/09 (badając zresztą uprawnienia o treści podobnej, jak zakwestionowane

przez Odwołującego) i w ocenie Sądu, jeżeli uprawnienia budowlane ograniczone są jedynie do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, to nie obejmują całego zakresu specjalności drogowej, a więc są uprawnieniami ograniczonymi.

Reasumując, Izba stwierdziła, że przedłożone przez Odwołującego uprawnienia budowlane ograniczone do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych nie są uprawnieniami bez ograniczeń, jakich wymagał Zamawiający.

Ze względu na powyższe okoliczności Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert, wzywając do uzupełnienia Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób i/albo dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień budowlanych w zakresie specjalności drogowej.

Rozważania powyżej odnośnie art. 26 ust. 3 i 4 i art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostają aktualne w odniesieniu do niniejszego zarzutu. Co prawda Konsorcjum na rozprawie przedłożyło z ostrożności procesowej nowe uprawnienia dla nowej osoby, ale nie przekazano tego dokumentu Zamawiającemu we właściwej formie. Zatem, choć w tym zakresie można byłoby rozważać możliwość oddalenia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, jednak nakazano Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Kwotę żadaną przez Odwołującego jako wynagrodzenie pełnomocnika, ograniczono do kwoty dozwolonej przepisami (trzy tysiące sześćset złotych).

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:

.....