

Sygn. akt KIO/UZP 629/08

WYROK
z dnia 8 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów** protestu wniesionego w dniu 11 czerwca 2008 r.

przy udziale **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa

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 uiszczonego przez **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx 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 **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa.**

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

Odwołując się od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu z dnia 11 czerwca 2008 r. wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę drogi wojewódzkiej Nr 875 Mielec – Kolbuszowa – Leżajsk na odcinku Sokołów Małopolski – Leżajsk w km 54 + 192 ÷ 75 + 787”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 26 ust. 3, art. 22 ust 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy SKANSKA S.A. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania geodetą – 1 osobą z uprawnieniami geodezyjnymi w zakresie obsługi inwestycji (4), w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Podniósł, że przed powtórzeniem oceny i badania ofert, Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów wymienionych w pkt 9.1.8. „Instrukcji dla wykonawców”, w następstwie czego Wykonawca przedstawił Świadcstwo nadania uprawnień dziedzinie geodezji kartografii nowej osoby. Zamawiający zaakceptował, że przedłożono uprawnienia osoby, która nie została wcześniej wskazana w ofercie na stanowisko geodety. Powołując treść art. 26 ust. 3 ustawy odwołujący uznał, że w przedmiotowym postępowaniu

nie zaistniała żadna z okoliczności uzasadniających wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie tego przepisu, gdyż złożono w ofercie dokument na potwierdzenie uprawnień jest poprawny formalnie i dokument ten nie zawierał błędu, natomiast treść dokumentu nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zawiera dane nieodpowiadające rzeczywistości.

W konsekwencji nieuprawnionego wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia z uchybieniem przepisu art. 26 ust. 3 nowego dokumentu, Zamawiający mimo obowiązku wykluczenia, na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy, Wykonawcy składającego pierwotnie dokument zawierający informacje o uprawnieniach zawodowych nie odpowiadających rzeczywiście posiadanym uprawnieniom, dokonał wyboru oferty.

Kwestionując pogląd Zamawiającego o dopuszczalności przedstawienia nowej osoby i nowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazał, że opracowanie UZP, na które powołuje się Zamawiający, dotyczące zamówień publicznych dla miast – organizatorów Euro 2012 nie odnosi się do niniejszego przetargu, a właściwa jest wykładnia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy zawarta na stronie internetowej UZP, gdzie stwierdzono: „Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów również wtedy, gdy zostały one złożone, ale nie spełniają wymagań formalnych, np. dokument jest nieaktualny, tj wystawiony wcześniej niż we wskazanym terminie, złożony w niewłaściwej formie, bez podpisu czy potwierdzenia za zgodność z oryginałem, nieczytelny.” Powołał również treść wyroku ZA z dnia 24 kwietnia 2007 r. , zgodnie z którym złożenie prawidłowego pod względem formalnym dokumentu, którego treść nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie uprawnia Zamawiającego do żądania uzupełnienia dokumentu.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nakazanie uchylenia czynności wyboru oferty oraz nakazanie dokonanie czynności badania i oceny ofert, w konsekwencji wykluczenia z postępowania przetargowego Wykonawcy SKANSKA S.A. w Warszawie i odrzucenia oferty tego Wykonawcy i nakazanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że w wyniku otrzymania protestu z dnia 15.05.2008 r. uzyskał wiedzę co do błędu w ofercie Wykonawcy – SKANSKA S.A., który złożył wiarygodny dokument - kserokopię uprawnień, jednakże dokument ten zawierał błędy podlegające uzupełnieniu. Wskazał nadto, że Wykonawca działał pod wpływem błędu w rozumieniu art. 84 kodeksu cywilnego, a przytoczony wyrok Zespołu Arbitrów z 24 kwietnia 2007 roku prezentuje jednostkowy pogląd nie poparty linią

orzecznictwa. Zastosowanie w sprawie postępowania w trybie art. 26 ust. 3 uznał za uzasadnione zarówno ze względu na treść, jak i cel przepisu zmodyfikowanego przez ustawodawcę mającego na uwadze zachowanie zasady równości wykonawców. Wskazał, że powołany przepis określa sytuacje, w których Zamawiający nie wzywa wykonawców do uzupełnienia dokumentów, a w niniejszej sprawie taki stan nie miał miejsca.

Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego i uzupełniając argumentację wskazał, że w sytuacji złożenia dokumentu, który nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w pełni ma zastosowanie postępowanie wskazane w art. 26 ust. 3.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron i uczestnika przedstawionymi na rozprawie ustaliła, co następuje. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania (powtórzenia oceny ofert i wykluczenia SKANSKA SA z postępowania), jego oferta musiałaby zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Jak ustalił skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający powziąwszy wiadomość o niespełnieniu przez wykonawcę SKANSKA S.A. warunku udziału w postępowaniu, wezwał tego Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w wyniku czego otrzymał dokument wskazujący na uprawnienia określone postanowieniami siwz i odpowiadające oczekiwaniom Zamawiającego co do wymaganego zakresu, lecz były to uprawnienia nowej osoby. Po otrzymaniu dokumentu, Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, co stało się podstawą protestu i odwołania będącego przedmiotem obecnego postępowania odwoławczego. Bezsporny między Stronami jest fakt, że uprawnienia przedłożone w wyniku wezwania Zamawiającego spełniają wymogi SIWZ. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający poprawnie zastosował postępowanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Przepis ten, jak słusznie podniósł Odwołujący, dopuszcza uzupełnienie dokumentów, jeżeli ich wcześniej nie złożono albo zawierają błąd. Należy przyjąć, że celem art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych jest umożliwienie takiego uzupełnienia dokumentów, które będą podstawą decyzji o nie wykluczeniu wykonawcy z postępowania i w tym kontekście należy rozumieć wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Tym samym skład orzekający Izby nie podziela odmiennego poglądu zawartego w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 24 kwietnia 2007 r. sugerującym ograniczone zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy. Zastosowanie tego przepisu do rozpatrywanej sprawy wynika również z treści podstawowej zasady ustawy Prawa zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania

wykonawców, unormowanej w art. 7 ust. 1., gdyż wykonawca, który w ogóle nie przedłożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku podmiotowego, korzystałby z prawa do uzupełnienia dokumentu, a wykonawca, który udokumentował w części żądane warunki, prawa do uzupełnienia byłby pozbawiony. Jest niesporne, że wykonawca składając ofertę przedstawił dokument, który nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu wymaganego potencjału kadrowego w postaci zapewnienia obsadzenia stanowiska – Geodety z uprawnieniami geodezyjnymi w zakresie obsługi inwestycji (4). Skoro przedłożony dokument nie potwierdził spełniania warunku udziału, nie był tym samym dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy, co oznacza, że zaistniała przesłanka z art. 26 ust. 3 nakazująca Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Należy wskazać, że normatywne określenie „ich uzupełnienia” dotyczy zarówno sytuacji błędu w istniejących, złożonych dokumentach lub oświadczeniach, jak i braku oświadczeń lub dokumentów, a przymiot braku odnosi się również do dokumentu, który spełnienia warunku nie potwierdza. Nie ma przy tym prawnego zakazu przedłożenia, w wyniku wezwania, uprawnień dla nowej osoby, jeżeli uprawnienia wcześniej załączone nie potwierdziły spełnienia wymogów określonych w SIWZ. Tym samym skład orzekający podziela stanowisko zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2008 roku sygn. akt. KIO/UZP 622/08 wydane w analogicznym stanie faktycznym, w którym Izba uznała, że przedstawienie uprawnień dla osoby, nie ujętej w wykazie załączonym do oferty, nie jest zmianą treści oferty, bowiem uprawnienia te nie są treścią oferty, lecz dokumentem potwierdzającym warunek udziału w postępowaniu, a złożenie takiego dokumentu może nastąpić w trybie przewidzianym przez art. 26 ust 3 ustawy.

Wobec opisanych wyżej okoliczności, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że Przystępujący potwierdził, zgodnie z prawem, spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami uprawnionymi do realizacji przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Izba nie stwierdziła, by doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymienionych w proteście i odwołaniu, wobec czego zarzut dotyczący uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie uprawnień dla nowej, osoby, nie wskazanej w dacie składania ofert, został oddalony. Wobec powyższego, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*