

WYROK
z dnia 14 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14.07.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. (lider), 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A, CESTAR Andrzej Cebula, Jerzy Starski Sp. J., 71-235 Szczecin, Bezrzecze ul. Brylantowa 7A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Kartuzy, 83-300 Kartuzy, ul. Hallera 1** protestu z dnia **3 czerwca 2009 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WARBUD S.A. (lider), 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A, KORPOS Sp. z o.o., 83-300 Kartuzy, ul. 3 Maja 24** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. (lider), 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska

11A, CESTAR Andrzej Cebula, Jerzy Starski Sp. J., 71-235 Szczecin, Bezrzecze ul. Brylantowa 7A i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. (lider), 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A, CESTAR Andrzej Cebula, Jerzy Starski Sp. J., 71-235 Szczecin, Bezrzecze ul. Brylantowa 7A;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. (lider), 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A, CESTAR Andrzej Cebula, Jerzy Starski Sp. J., 71-235 Szczecin, Bezrzecze ul. Brylantowa 7A;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę sieci kanalizacji sanitarnej w Dzierżąźnie i Borowie w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie gminy Kartuzy”* (numer referencyjny 04/09), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2009 roku, 2009/S 48-069509.

Zamawiający w dniu 26 maja 2009 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: WARBUD S.A, KORPOS Sp. z o.o.

W dniu 4 czerwca 2009 roku, wobec zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawców WARBUD S.A, KORPOS Sp. z o.o., protest do zamawiającego wnieśli wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego Mostostal Warszawa S.A., CESTAR Andrzej Cebula, Jerzy Starski Sp. J., zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący zarzucił, iż wybrani wykonawcy nie potwierdzili spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia, jakimi dysponuje. W szczególności, wykonawca nie wykazał osoby na stanowisko kierownika budowy spełniającej warunek postawiony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ust. 4 pkt 2 lit a). Z informacji załączonych do oferty oraz w wyniku jej uzupełnienia wynika, że osoba wskazana na stanowisko kierownika robót nie posiada co najmniej 4 letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy. Osoba ta posiada 8 letnie doświadczenie w zakresie pełnienia samodzielnej funkcji kierownika robót (kierowanie robotami budowlanymi w zakresie sieci kanalizacyjnych), natomiast w żadnej z robót objętych wykazem nie pełniła funkcji kierownika budowy. Ponieważ wykonawca został już raz wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia oświadczenia o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w trybie przewidzianym w art. 26, zamawiający nie jest uprawniony do powtórnego wystąpienia o kolejne uzupełnienie tego samego oświadczenia. Uznanie za najkorzystniejszą oferty podlegającej odrzuceniu prowadzi do rażącego naruszenia art. 7 ust. 3 co skutkuje nieważnością postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 i w konsekwencji nieważnością umowy zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania protestacyjnego przystąpiło konsorcjum Warbud.

Zamawiający rozstrzygnął protest w piśmie przekazanym protestującemu w dniu 10 czerwca 2009 roku, oddalając go w części dotyczącej żądania podjęcia czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania konsorcjum Warbud. Zamawiający nie podzielił zarzutu dotyczącego zaniechania ustawowej czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, iż jest zobowiązany wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 do złożenia wyjaśnień bądź złożenia brakujących lub błędnych dokumentów oraz oświadczeń, wskazując jednocześnie, iż protestujący nie poparł swoich twierdzeń żadnym dowodem. Dokument dotyczący doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy nie był przedmiotem wyjaśnień bądź uzupełnień w trybie w/w przepisów. Użyty przy opisie doświadczenia zwrot „doświadczenie w kierowaniu robotami” wprowadziło wątpliwości u zamawiającego, gdyż stanowi pojęcie szersze w stosunku do funkcji „kierownika robót”, z którym nie może być utożsamiane. Powstałe wątpliwości zamawiający zamierza wyjaśnić w toku powtórnego badania i oceny ofert. Zamawiający wskazał, iż nie może spełnić żądania wykluczenia konsorcjum Warbud z postępowania z pominięciem procedury wyjaśnienia treści oferty lub jej uzupełnienia.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu, w dniu 19 czerwca 2009 roku konsorcjum Mostostal wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego treść zamawiającemu.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty i żądanie nie uwzględnione przez zamawiającego wnosząc o nakazanie zamawiającemu podjęcie czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Warbud.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło wybrane konsorcjum Warbud.

W trakcie posiedzenia Izba dopuściła przystępującego do udziału w postępowaniu odwoławczym, a także nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 187 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym oryginałów ofert, wyjaśnień wykonawców, stanowisk stron i uczestnika postępowania, a także oświadczeń złożonych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba potwierdza wykazanie przez odwołującego możliwości doznania uszczerbku w interesie prawnym, na skutek zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Warbud, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, które to czynności pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zasadności podniesionych zarzutów istota rozstrzygnięcia przez skład orzekający sprowadza się do ustalenia, czy w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający słusznie w rozstrzygnięciu protestu nie uwzględnił zarzutu zaniechania ustawowej czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający uznał bowiem wątpliwości podniesione przez odwołującego, dotyczące doświadczenia osoby wskazanej przez konsorcjum Warbud na stanowisko kierownika budowy, natomiast nie uwzględnił żądania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, wskazując jednocześnie, że jest zobowiązany uprzednio wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Faktycznie zatem spór pomiędzy stronami nie dotyczy ustalenia, czy osoba wskazywana na stanowisko kierownika budowy spełnia warunek określony przez zamawiającego, którą to okoliczność zamawiający przyznał, jako wymagającą wyjaśnienia,

natomiast kwestionowana jest prawidłowość rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie w części dotyczącej wskazanego żądania.

Skład orzekający Izby ustalił, iż zamawiający w toku badania i oceny ofert zwrócił się do konsorcjum Warbud, w piśmie z dnia 20 maja 2009 roku, o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie warunku dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia, wskazując wprost wykonawcy, że ze złożonych dokumentów nie wynika jednoznacznie, aby uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót drogowych, obejmowały również branżę drogową bez ograniczeń. Na tej podstawie, zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów umożliwiających jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca dysponuje osobą posiadającą uprawnienia w specjalności drogowej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 4.1 ppkt 2 wymagał uprawnień budowlanych w specjalności drogowej bez ograniczeń lub odpowiadających im ważnych uprawnień budowlanych w stosunku do kierownika robót drogowych. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące uprawnień nadanych dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót drogowych wraz z dokumentami potwierdzającymi, że osoba ta spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca ponownie złożył załącznik nr 4, stanowiący wykaz osób, w którym dodatkowo wskazał kolejną osobę na stanowisko kierownika robót drogowych. W pozostałych trzech pozycjach wykaz nie różni się od wykazu załączonego do oferty (strona 120 – 121 oferty).

W tak ustalonym stanie faktycznym, Izba uznała, iż treść wezwania z dnia 20 maja 2009 roku nie dawała podstaw dla stwierdzenia, iż wykonawca był wezwany do uzupełnienia dokumentów dotyczących wszystkich osób zdolnych do wykonania zamówienia, jakimi miał dysponować wykonawca, tj. kierownika budowy, kierownika robót drogowych i kierownika robót elektrycznych. Zamawiający wyraźnie doprecyzował, której osoby dotyczy wezwanie i oczekiwał uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku opisanego w pkt 4.1 ppkt 2 lit b siwz. Podstawę zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum Warbud stanowi natomiast warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 4.1 ppkt 2 lit. a siwz. W ocenie Izby, zamawiający dokonał prawidłowej oceny stanu faktycznego sprawy uznając, iż w tych okolicznościach jest zobowiązany zwrócić się, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp., do wykonawcy o złożenie wyjaśnień lub uzupełnienie dokumentów potwierdzających, iż wykonawca dysponuje osobą na stanowisko kierownika budowy, spełniającą warunek udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego niedopuszczalne, w świetle obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, byłoby uznanie, iż wykonawca nie uzupełnił dokumentu, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż

treść wezwania nie dawała podstaw dla stwierdzenia, iż zamawiający kwestionuje doświadczenie osoby wskazanej na kierownika budowy. Ponowne złożenie wykazu osób, w którym wskazano tą samą osobę na stanowisko kierownika budowy, nie świadczy o zakresie uzupełnienia. To zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów określa, jakich dokumentów w ofercie brakuje, lub jakie dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro wezwanie dotyczyło jednej z osób objętej wykazem, wykonawca był uprawniony do przedłożenia nowego wykazu w pełnym zakresie, tj. z uwzględnieniem wszystkich osób, jakimi miał dysponować.

Na tej podstawie, w związku z uznaniem przez zamawiającego podniesionej w proteście i odwołaniu okoliczności braku jednoznacznego wykazania doświadczenia osoby w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w ocenie Izby zasadne było uwzględnienie przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu jedynie żądania unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz żądania podjęcia czynności powtórnego badania i oceny ofert, a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa pełnomocnika zamawiającego, gdyż zamawiający nie przedłożył rachunku do akt sprawy. Zasądzona do zwrotu na rzecz odwołującego kwota 35.426,00 zł. powiększona została o nadpłaconą wysokość wpisu od odwołania wniesionego w wysokości 40.000,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*