

Sygn. akt: KIO/UZP 644/08

WYROK
z dnia 11 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Stanisław Sadowy
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 10 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A., ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa; Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A., ul. Siemianowicka 5A, 40-301 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, Gródek nad Dunajcem nr 54, 33-318 Gródek nad Dunajcem** protestu/protestów* z dnia 9 czerwca 2008 r.

przy udziale **Haller S.A., ul. Obroki 133, 40-833 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert

2. kosztami postępowania obciąża Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, Gródek nad Dunajcem nr 54, 33-318 Gródek nad Dunajcem 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 uiszczzonego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo**

Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A., ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa; Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A., ul. Siemianowicka 5A, 40-301 Katowice;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7.664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez **Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, Gródek nad Dunajcem nr 54, 33-318 Gródek nad Dunajcem** na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A., ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa; Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A., ul. Siemianowicka 5A, 40-301 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty kosztów postępowania odwoławczego zaliczonej z wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;**
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A., ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa; Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A., ul. Siemianowicka 5A, 40-301 Katowice.**

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

Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rekultywację Zbiorników – Czchów - Rożnów” w miejscowości Wytrzyszczka Etap III. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 kwietnia 2008 r., nr 1, poz. 79786.

Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2008 r., poinformował wykonawcę Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. z siedzibą w Katowicach (lider konsorcjum) zwane dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska „EKOWOD” S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, zwane dalej „EKOWOD” oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a tym samym o odrzuceniu jego oferty.

Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 9 czerwca 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności:

1. badania i oceny ofert (oceny spełnienia warunków udziału);
2. wykluczenia protestującego,
3. wyboru najkorzystniejszej oferty.

Tym samym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia protestującego,
2. powtórzenie czynności oceny i badania ofert, w tym oferty protestującego,
3. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
4. dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez protestującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż nieuprawnionym było wykluczenie go z postępowania, gdyż:

1. brak wskazania przez protestującego w załączniku nr 3, w polu C podmiotu, który będzie opracowywał dokumentację techniczną wynika stąd, iż nie będzie on angażował innego podmiotu do opracowywania dokumentacji technicznej, dlatego też uważa, że nie był zobowiązany do wypełnienia tego pola i wskazania osoby fizycznej odpowiedzialnej za opracowania przedmiotowej dokumentacji,
2. nie był zobowiązany do wypełnienia załącznika nr 3, pola B ponieważ w polu tym należało podać jedynie kierownika robót oraz grupy osób fizycznych,
3. wykazał, iż realizował roboty hydrotechniczne na zbiornikach wodnych lub odmulenia dna zbiorników wodnych w kwocie minimum 20% wartości i potwierdził to referencjami oraz ma do dyspozycji odpowiednio przygotowanego kierownika budowy i odpowiednią ilość pracowników fizycznych.

Pismem z dnia 12 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, załączył kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca

Haller S.A. z siedzibą w Katowicach, zwany daje „Haller” otrzymał w dniu 12 czerwca 2008 r.).

Pismem z dnia 13 czerwca 2008 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 16 czerwca 2008 r.) wykonawca Haller przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 20 czerwca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż Odwołujący złożył wymagane oświadczenie (załącznik nr 3 „Potencjał kadrowy”), przy czym w polu C przedmiotowego oświadczenia nie wykazał podmiotu, który będzie wykonywał dokumentację wykonawczą, a z przedłożonych przez Odwołującego aktualnych odpisów z KRS-u nie wynika, iż Odwołujący może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie projektowania budowlanego, urbanistycznego, technologicznego – PKD 74.20.A. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 23 czerwca 2008 r.

Pismem z dnia 23 czerwca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 24 czerwca 2008 r., wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 27 czerwca 2008 r.) zarzucając Zamawiającemu :

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z niniejszego postępowania,
2. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń, w przypadku uznania, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w niniejszym postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
2. powtórzenia czynności oceny i badania ofert, w tym ewentualnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożonej oferty,
3. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
4. dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 24 czerwca 2008 r.

Pismem z dnia 26 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, zamieścił kopię odwołania oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10 lipca 2008 r. (pismem z dnia 8 lipca 2008 r.) wykonawca Haller przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił następujący stan faktyczny:

Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2008 r. wykluczył Odwołującego oraz odrzucił jego ofertę, wskazując iż podstawą wykluczenia jest art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a więc niespełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, tj. brak w załączniku nr 3 „Potencjał kadrowy” pkt C „Wykaz podmiotów, które będą wykonywać zamówienie” wskazania podmiotu uprawnionego, który będzie wykonywał dokumentację wykonawczą i geodezyjną (którą to dodatkowo wskazał jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego).

Istotnie Odwołujący w załączniku nr 3 „Potencjał kadrowy” pkt C wskazał jedynie podmioty, które będą dostawcami kamienia, nie wskazując podwykonawców wykonujących dokumentację wykonawczą.

Zamawiający w załączniku nr 3 „Potencjał kadrowy” pkt C „Wykaz podmiotów, które będą wykonywać zamówienie” zamieścił postanowienie „dotyczy w szczególności podmiotów, które będą wykonywać między innymi: dokumentację wykonawczą, dostawcy głównych materiałów: kamień, siatki do koszy, obsługę geodezyjną”.

Jednocześnie pismem z dnia 6 maja 2008 r., na pytanie o wyjaśnienie pkt C z załącznika nr 3 Zamawiający podniósł, iż odpowiedź w sprawie podwykonawców została udzielona w wyjaśnieniu do SIWZ z dnia 2 maja 2008 r., tak więc nie dopuszcza powierzenia podwykonawcom wykonania robót.

Nadto ustalono, iż Zamawiający w rozdziale II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 5 (s. 4 SIWZ) zawarł postanowienie „Zamawiający nie dopuszcza powierzenia podwykonawcom robót”. Powyższe potwierdził pismem z dnia 2 maja 2008 r., w którym podniósł, iż nie dopuszcza powierzenia podwykonawcom wykonania robót, mimo że, „projekt umowy stanowiący integralną część SIWZ § 6 pkt 7 wyraźnie stanowi o możliwości powierzenia części robót Podwykonawcom”, gdyż „skreśla § 6 pkt 7 i pkt 8 projektu umowy stanowiący integralną część SIWZ”. Tym samym Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wskazał, iż realizacja przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale II SIWZ nie może być powierzona podwykonawcom.

Zgodnie z treścią art. 36 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający ma możliwość wskazania w SIWZ tych części zamówienia, których wykonawca nie może powierzyć podwykonawcom, co Zamawiający w SIWZ uczynił. Zamawiający wyłączył jednak możliwość powierzenia

podwykonawcom realizacji przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale II SIWZ, w tym także dokumentacji wykonawczej, której wykonanie - jak podkreślał na rozprawie - wynika z opisu przedmiotu zamówienia oraz z załączonego do SIWZ przedmiaru.

Niemniej jednak należy podnieść, iż Zamawiający ma obowiązek żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie tych części zamówienia (art. 36 ust. 4 ustawy Pzp), których wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom, jednakże tylko wtedy, gdy taki wymóg zostanie zawarty w SIWZ. Natomiast Zamawiający takiego wymogu w SIWZ nie zamieścił. Nie dopuścił więc możliwości powierzenia podwykonawcom określonych części zamówienia. Gdyby jednak taki zapis został zamieszczony to „ustawa nie przyznaje zamawiającemu uprawnienia do żądania wskazania w ofercie nazw proponowanych podwykonawców, a jedynie wskazanie zakresu prac, jaki będzie zlecony podwykonawcom. Rozwiązanie takie jest spójne z brakiem możliwości weryfikowania przez zamawiającego zdolności podwykonawców do wykonania określonych zadań, gdyż zamawiający nie może od nich żądać przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia jakichkolwiek warunków”. (M.Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, komentarz, Warszawa, 2007, s. 182). Tak więc nawet gdyby Zamawiający dopuścił możliwość powierzenia podwykonawcom części zamówienia nie mógłby żądać podania ich nazw, a tym bardziej potwierdzenia posiadania przez nich kwalifikacji czy też uprawnień, gdyż zamawiający może żądać dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie od wykonawców ubiegających się o zamówienie, a bezwzględnie nie może żądać przedłożenia takich dokumentów od podwykonawców.

Skoro więc Zamawiający w SIWZ nie dopuszcza możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, w tym dokumentacji wykonawczej, natomiast w załączniku nr 3 „Potencjał kadrowy” pkt C oczekuje wskazania podmiotu, który będzie wykonywał dokumentację wykonawczą, należy uznać iż Zamawiający nie dopuszcza możliwości powierzenia podwykonawcom wykonania przedmiotu zamówienia nawet w określonej części, gdyż stanowisko to konsekwentnie potwierdza w SIWZ, a następnie w odpowiedziach udzielanych na pytania wykonawców. Natomiast niedopuszczalną jest zmiana stanowiska Zamawiającego na etapie badania i oceny oferty i uznanie, iż w załączniku nr 3 „Potencjał kadrowy” pkt C należało wskazać podwykonawcę, mimo wcześniejszej niedopuszczalności podwykonawców do realizacji zamówienia nawet w określonym zakresie i w konsekwencji wykluczenie tych wykonawców, którzy nie wskazali podwykonawców, którym powierzono by wykonanie części przedmiotu zamówienia, tj. dokumentacji wykonawczej. Argumenty podniesione przez Zamawiającego na rozprawie jakoby mimo niedopuszczenia podwykonawców, co było zdaniem Zamawiającego niezgodne z przepisami, dopuścił możliwość powierzenia podwykonawcom wykonania dokumentacji

wykonawczej i dopiero na etapie badania i oceny ofert, badał tę okoliczność, ustalając czy ujęto w załączniku nr 3 pkt C podwykonawcę, który miałby wykonać dokumentację wykonawczą, ze wskazaniem jego nazwy i posiadanych uprawnień jest niedopuszczalne. Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzi się bowiem w oparciu o obowiązujące przepisy prawa z zachowaniem generalnych reguł udzielania zamówień. Nie można więc dowolnie zmieniać na etapie badania i oceny ofert warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia.

Skoro więc ani w treści SIWZ ani w treści ogłoszenia nie określono warunku udziału w postępowaniu, na potwierdzenie którego miano okazać się uprawnieniami do wykonywania dokumentacji wykonawczej własnymi lub – jak błędnie wskazano - wskazanego podwykonawcy nie można teraz uznać, iż wykonawca, który nie zamieścił zapisu określającego podmiot, który wykona dokumentację wykonawczą (mimo, iż była ona innymi zapisami SIWZ wyłączona z powierzenia podwykonawcom) nie spełnił wymaganego warunku.

Nadto należy dodać, iż Zamawiający w sposób zupełnie dowolny i przypadkowy używa sformułowania „podwykonawca”.

Tymczasem należy rozróżnić podwykonawcę (obowiązujące przepisy nie definiują terminu podwykonawca) niemniej jednak wydaje się, iż będzie to podmiot, któremu w określonej części wykonawca będzie mógł powierzyć zamówienie, o ile Zamawiający określi w jakiej części może powierzyć podwykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia, od podmiotów, które nie będą realizować przedmiotu zamówienia (nie będą wykonawcami ani też podwykonawcami wykonującymi przedmiot zamówienia bądź jego część) a jedynie będących dostawcami lub usługodawcami ale wyłącznie w zakresie nie objętym przedmiotem zamówienia (jego bezpośrednim wykonaniem). Tak więc informacje dotyczące podwykonawców będą objęte dyspozycją art. 36 ust. 4 ustawy Pzp i w jego konsekwencji na etapie składania ofert wystarczy wskazanie części zamówienia, które będzie realizował podwykonawca i na tym etapie nie jest możliwym wskazywanie nazwy podwykonawcy, a tym bardziej posiadanych przez niego uprawnień czy też kwalifikacji. Bowiem w tym przypadku dopiero w toku wykonania zamówienia (realizacji podpisanej umowy) od zgody zamawiającego (inwestora) będzie zależało zawarcie umowy z konkretnym podwykonawcą. Tak więc wszelkie dane dotyczące podmiotów będących podwykonawcami, dostawcami lub usługodawcami wykonawcy w zakresie nie objętym bezpośrednim wykonaniem przedmiotu zamówienia będą miały jedynie charakter informacyjny. I tak też należy traktować informacje zawarte w załączniku nr 3 „Potencjał kadrowy” pkt C.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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).

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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*