

Sygn. akt: KIO 998/13

WYROK
z dnia 14 maja 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2012 r. przez **IZOTERM S.A., 43-200 Pszczyna, ul. Broniewskiego 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miedźna, 43-227 Miedźna, ul. Wiejska 131** przy udziale wykonawcy **AKCES BUDOWY Sp. z o.o., 43-502 Czechowice-Dziedzice, ul. Zielona 11**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i zastosowaniem trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miedźna, 43-227 Miedźna, ul. Wiejska 131** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **IZOTERM S.A., 43-200 Pszczyna, ul. Broniewskiego 8**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od **Gminy Miedźna, 43-227 Miedźna, ul. Wiejska 131** na rzecz **IZOTERM S.A., 43-200 Pszczyna, ul. Broniewskiego 8** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miedzna prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest kompleksowa termomodernizacja wraz z modernizacją źródeł ciepła w budynkach użyteczności publicznej w Gminie Miedzna.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 27 lutego 2013 roku pod poz. 82008-2013.

W dniu 29 kwietnia 2013 roku odwołujący – Izoterm S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego polegające na:

1. bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
2. bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego wykonawcy, w tym w zakresie zadań nr II, VIII,
3. braku wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
4. braku zaniechania wyboru w zadaniach nr II i VIII oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że wyeliminowanie powyższych uchybień i przywrócenie w prowadzonym postępowaniu realizacji zasad uczciwej konkurencji wymaga unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr II oferty konsorcjum w składzie: Instalatorstwo Sanitarne, CO i Gaz L..... A....., B..... B..... s.c., Handrem-Brzeszcze R.A. P..... s.c, W..... T..... W..... oraz unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr VIII oferty Akces Budowy Sp. z o.o., unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr II, VIII. Ponadto istotne jest nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia oceny ofert w zakresie zadania nr II i VIII, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Zaskarżonym czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na:
 - błędnym przyjęciu, iż odwołujący złożył w toku postępowania informacje nieprawdziwe, mające wpływ na wynik postępowania a dotyczące uprawnień kierownika robót instalacyjno - sanitarnych Pana S..... P....., podczas gdy odwołujący przekazał zamawiającemu oświadczenie i komplet dokumentów mających potwierdzać uprawnienia zawodowe osoby proponowanej jako kierownik robót

instalacyjno – sanitarnych, przez co nie mógł wprowadzać zamawiającego w błąd.

-pominięcie okoliczności, iż dokumenty przedłożone przez odwołującego wraz z ofertą potwierdzały spełnienie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) dotyczących kierownika robót instalacyjno – sanitarnych,

- pominięcie okoliczności, iż odwołujący nie mógł w żaden sposób wprowadzić w błąd zamawiającego, ani działać w sposób umyślny, zawiniony.

2. art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i niewezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji, w której zamawiający zakwestionował część dokumentów złożonych przez wykonawcę, a nadto przez wzywianie w toku postępowania tylko niektórych wykonawców do uzupełnienia bądź wyjaśnienia dokumentów dotyczących uprawnień budowlanych,

3. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji gdy wykonawca ten nie powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, gdyż nie przedłożył zamawiającemu żadnych nieprawdziwych informacji.

4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór w częściach II i VIII ofert najkorzystniejszych: konsorcjum w składzie: Instalatorstwo Sanitarne, CO i gaz L..... A....., B..... B..... s.c., Handrem-Brzeszcze R.A. P..... s.c, W..... T..... W..... (część II) oraz oferty Akces Budowy Sp. z o.o. (część VIII), mimo, że najkorzystniejszą ofertę w tych częściach złożył odwołujący.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach II i VIII
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części II i VIII,
4. nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia powtórnej oceny ofert w częściach II, VIII z uwzględnieniem oferty odwołującego
5. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o ile zamawiający będzie kwestionował uprawnienia budowlane kierownika robót instalacyjno – sanitarnych odwołującego.

Ponadto wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,
2. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy pełnej dokumentacji przetargowej, w szczególności oferty odwołującego, siwz, ogłoszenia o zamówieniu oraz korespondencji między stronami prowadzonej w toku postępowania,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika wg norm prawem przepisanych.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W dziale III. 2.2.1 siwz pn. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”, zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować odpowiednio wykwalifikowanymi osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w odpowiednich specjalnościach:

Kierownika robót instalacyjno - sanitarnych posiadającego co najmniej 3 - letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na stanowisku odpowiedzialnym za wykonywanie robót z zakresu budowy instalacji sanitarnych, c.o., wentylacyjnych i klimatyzacyjnych, w tym doświadczenie w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (kierownika budowy lub robót), przy budowie polegającej na zainstalowaniu w istniejących lub nowych co najmniej dwóch obiektach budowlanych systemu grzewczego (nie dotyczy części II, VI i VII), oraz co najmniej jednej instalacji solarnej, a także posiadającego uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, wpisanego na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w danym kraju.

Celem potwierdzenia spełnienia tego wymogu wykonawcy winni przedstawić, zgodnie z działem IV.2.2 siwz – wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, z uwzględnieniem spełniania wymogów pkt III.2.2.1 o treści załącznika nr II.

W wykazie osób, załączonym do oferty odwołującego, wskazano na stanowisko kierownika robót instalacyjno - sanitarnych Pana S..... P....., zaś w opisie posiadanych kwalifikacji zawodowych i doświadczenia podano: technik budownictwa posiada uprawnienia budowlane w spec. Instalacyjnej bez ograniczeń, jest zrzeszony w ŚOiiB. Posiada 28 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami instalacyjnymi (prowadził m.in. prace związane z zainstalowaniem systemu grzewczego oraz solarne w MZOZ Żory, Zespołu Szkół nr 1 w

Skoczowie, oraz budynku Hotelu Wilga, Równica i Rosomak w Ustroniu)

Do oferty załączono także zobowiązanie w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp do oddania odwołującemu na czas wykonania zamówienia do dyspozycji osoby Pana S..... P..... Na dokumencie tym widnieje pieczęć „Stanisław Puchałka - uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie w specjalności: instalacyjno - inżynieryjnych instalacji sanitarnych i gazowych”. Odwołujący załączył także do oferty wyjaśnienie treści uprawnień budowlanych wystawione dnia 12 lipca 2012 roku przez Śląską Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Treść wymagań określonych w W dziale III. 2.2.1 siwz nie jest między stronami sporna, zamawiający wymagał, aby osoba wskazana na stanowisko kierownika robót instalacyjno – sanitarnych posiadała uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się a zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na tej podstawie i odrzucił jego ofertę w częściach II i VIII.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe w sytuacji ziszczenia się dwóch przesłanek: wykonawca złożył nieprawdziwe informacje i informacje te będą miały lub będą mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dowód zaistnienia wyżej wskazanych przesłanek spoczywa w całości na stronie, która z faktu tego wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, a zatem na zamawiającym, który podejmuje decyzję o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Z wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 roku Sygn. akt XII Ga 420/09, wynika, że przesłanki wynikające z omawianego przepisu winny być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie nie zastaną zachowane zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Przesłanka

wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy wykonawca w sposób umyślny przekazuje zamawiającemu nieprawdziwe informacje, wprowadzające go w błąd co do faktów i mające na celu wywrzeć wpływ na wynik postępowania. Twierdzenie takie zostało wyrażone w wyrokach: Sądu Okręgowego Warszawa - Praga z dnia 19 lipca 2012 roku, Sygn. akt IV Ca 683/12, Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013, Sygn. akt II Ca 1285/12 a także Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 roku, Sygn. akt VI Ga 134/12. W przywołanych orzeczeniach sądy wyraziły pogląd, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, które zostało podjęte z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Złożenie nieprawdziwych informacji, skutkujące wykluczeniem z udziału w postępowaniu to czynność dokonana z winy umyślnej, a nie w wyniku błędu czy niedbalstwa. Zatem, jeżeli ze stanu faktycznego sprawy wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Takie rozumienie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest ponadto zgodne z treścią Dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, która w art. 45 ust. 2 lit g przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji.

Odnosząc powyższe rozważania na rozpatrywany stan faktyczny, wskazać należy, że okoliczności sprawy dowiodły, iż działanie odwołującego polegające na wskazaniu w wykazie osób, że Pan S..... P..... posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej bez ograniczeń, nie było działaniem zamierzonym, mającym na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd co do zakresu tych uprawnień. Odwołujący tkwił bowiem w błędnym przekonaniu, że uprawnienia nadane panu S..... P..... na podstawie decyzji Urzędu Wojewódzkiego z dnia 30 maja 1985 roku stwierdzającej przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, upoważniają tę osobę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych bez ograniczeń. Jak wynika z przebiegu rozprawy, stanowisko co do zakresu posiadanych przez Pana S..... P..... uprawnień, odwołujący opierał na wyjaśnieniach treści uprawnień budowlanych wydanych przez Śląską Izbę Inżynierów Budownictwa dnia 12 lipca 2012 roku. W konsekwencji stwierdzić należy, że odwołujący wskazując osobę Pana S..... P..... na stanowisko kierownika robót instalacyjno- sanitarnych, działał w dobrej wierze i nie można przypisać mu celowego, zawinionego działania, podjętego z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W zaistniałym stanie faktycznym możemy mówić co najwyżej o nie wykazaniu przez odwołującego spełnienia warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie osób zdolnych do realizacji zamówienia. Istotnie bowiem z treści dokumentów złożonych wraz z ofertą tj. wykazu osób oraz wyjaśnień Śląskiej Izby Inżynierów Budownictwa nie wynika, aby Pan S..... P..... legitymował się uprawnieniami bez ograniczeń. W wyjaśnieniach z dnia 12 lipca 2012 roku, Śląska Okręgowa Izba Inżynierów Budownictwa stwierdziła, że „powyższe uprawnienia budowlane (w ograniczonym zakresie) upoważniają do kierowania robotami budowlanymi w zakresie instalacji sanitarnych, natomiast nie upoważniają Pana Stanisława Puchałki do kierowania budową sieci sanitarnych”. Okoliczność posiadania przez Pana S..... P..... uprawnień bez ograniczeń nie wynika także ze złożonego w toku rozprawy zaświadczenia o stwierdzeniu przygotowania zawodowego z dnia 30 maja 1985 roku. Uprawnienie to, jakkolwiek wydane pod rządami ówczesnie obowiązujących przepisów, które nie znało rozróżnienia na uprawnienia w ograniczonym i nieograniczonym zakresie, uprawnia do: 1. kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji sanitarnych - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych (...).

Wobec stwierdzenia przez Izbę, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, zachodzi konieczność, przed podjęciem ewentualnej decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nie wykazanie warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), zastosowania trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania odwołującego w zakresie części II i VIII do uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń lub dokumentów i oświadczeń zawierających błąd.

Uwzględniając odwołanie, Izba nakazała zamawiającemu w zakresie części II i VIII, objętych odwołaniem: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w tych częściach zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazała dokonanie w częściach II i VIII ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i zastosowaniem trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: