

Sygn. akt: KIO/UZP 622/08

WYROK
z dnia 4 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Anna Packo

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lipca 2008r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Giga Sp. z o.o., 03-017 Warszawa, ul. Cieślewskich 35K oraz Pana Pawła Święckiego, zam. 15-675 Białystok, ul. Konwaliowa 3/13, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P.U.H. PSB Paweł Święcki”** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Marki, al. J. Piłsudskiego 95, 05-270 Marki** protestu z dnia **13 czerwca 2008 r.**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Giga Sp. z o.o., 03-017 Warszawa, ul. Cieślewskich 35K oraz Pana Pawła Święckiego, zam. 15-675 Białystok, ul. Konwaliowa 3/13, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P.U.H. PSB Paweł Święcki”

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 uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Giga Sp. z o.o., 03-017 Warszawa, ul. Cieślewskich 35K oraz Pana Pawła Świąckiego, zam. 15-675 Białystok, ul. Konwaliowa 3/13, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P.U.H. PSB Paweł Świącki”**,
- 2) 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 **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Giga Sp. z o.o., 03-017 Warszawa, ul. Cieślewskich 35K oraz Pana Pawła Świąckiego, zam. 15-675 Białystok, ul. Konwaliowa 3/13, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P.U.H. PSB Paweł Świącki”**.

U z a s a d n i e

Gmina Miasto Marki z siedzibą w Markach, Al. J. Piłsudskiego 95, 05-270 Marki (zwana dalej Zamawiającym) w dniu 26 marca 2008r. ogłosiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę budynku Szkoły Podstawowej nr 4 – sala gimnastyczna przy ul. Dużej 3 w Markach i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 9 czerwca 2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A., z siedzibą w Olsztynie (dalej zwane WPB SA). W związku z uznaniem za najkorzystniejszą oferty złożonej przez WBP SA, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Giga Sp. z o.o., 03-017 Warszawa, ul. Cieślewskich 35K oraz Pan Paweł Świącki, zam. 15-675 Białystok, ul. Konwaliowa 3/13, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „P.U.H. PSB Paweł Świącki” (zwani dalej Odwołującym), w dniu 13 czerwca 2008r. złożyli protest. Zamawiający protest oddalił w dniu 19 czerwca 2008r., w związku z czym Odwołujący w dniu 24 czerwca 2008r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujący zarzut, podtrzymany również później w odwołaniu: Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez nieodrzućenie oferty WBP SA, mimo że jest ona sprzeczna z treścią SIWZ (SIWZ wymagała podania jednego kierownika w branży sanitarnej, a WPB SA podał dwóch).

Oddalając protest, Zamawiający wskazał, że w SIWZ określił, iż aby spełnić warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień, należało przedstawić uprawnienia jednej osoby z branży; WPB SA - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego opartego na art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - ten warunek spełnił, zatem nie ma podstaw do wykluczenia go z postępowania.

W odwołaniu oprócz zarzutów podniesionych w proteście, wskazano również na naruszenia następujących przepisów:

1. Art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem Zamawiający pozwolił na zmianę osób, które mają wykonywać dane zamówienie.
2. Art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu, tj. nie najkorzystniejszej.
3. Art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie równego traktowania wykonawców.
4. Art. 181 ust. 2A Prawa zamówień publicznych, poprzez uchybienie 7 dniowego terminu określonego w tymże przepisie.
5. Art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez niewykluczenie WPB SA z postępowania, pomimo że nie zgodziło się ono na przedłużenie terminu związania ofertą i nie wniosło wadium przed dniem 14.06.2008r.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, odrzucenie oferty złożonej przez WPB SA oraz o ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania (powtórzenia oceny ofert i wykluczenia WPB SA z postępowania) jego oferta mogłaby zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Jak ustalił skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, w dniu 25 kwietnia 2008r. Zamawiający po raz pierwszy powiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez WPB SA. W dniu 30 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł protest na tę czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie m. in. art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ wskazany przez wykonawcę w zał. nr 6 do oferty kierownik robót sanitarnych nie posiada uprawnień wymaganych przez Zamawiającego. Zamawiający protest oddalił, w związku z czym Odwołujący wniósł odwołanie, rozstrzygnięte przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 26 maja 2008r. W wyroku sygn. akt KIO/UZP 448/08 Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie, nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert., m. in. w wyniku uwzględnienia zarzutu dotyczącego nie wykazania spełnienia warunku dysponowania właściwą osobą pełniącą funkcje kierownika robót sanitarnych.

Wykonując wyrok sygn. akt KIO/UZP 448/08, Zamawiający w dniu 02.06.2008r. wezwał WPB SA do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w wyniku czego WPB SA przedstawiło uprawnienia odpowiadające oczekiwaniom Zamawiającego co do wymaganego zakresu, lecz były to uprawnienia nowej osoby (nie objętej wykazem załączonym do oferty). Po otrzymaniu dokumentów j.w., Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 9 czerwca 2008r., co stało się podstawą protestu i odwołania będącego przedmiotem obecnego postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, rozpatrując niniejszą sprawę, jest związany wyrokiem, o którym mowa wyżej.

Bezsporny między Stronami jest fakt, że uprawnienia przedłożone w wyniku wezwania Zamawiającego spełniają wymogi SIWZ.

Wobec opisanych wyżej okoliczności, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że WPB SA spełnia warunek udziału w postępowaniu zakresie dysponowania osobami uprawnionymi do realizacji przedmiotu zamówienia. 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. Wykonawca, załączając do oferty wykaz określonych osób, nie deklaruje (co do zasady), że te właśnie osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, lecz wykazuje, że spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Istotne jest dysponowanie osobą posiadającą określone uprawnienia, a nie dysponowanie konkretną osobą. Skoro na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dopuszcza się uzupełnienie dokumentów, jeżeli ich

wcześniej nie złożono albo zawierają błąd – nie można odmówić wykonawcy prawa do naprawienia tego błędu, czyli w tym wypadku przedłożenia, w wyniku wezwania, uprawnień dla nowej osoby, jeżeli uprawnienia wcześniej załączone nie spełniały wymogów SIWZ. Należy przyjąć, że celem art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych jest umożliwienie takiego uzupełnienia dokumentów, które będą podstawą decyzji o niewykluczeniu wykonawcy z postępowania i w tym kontekście należy rozumieć wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dn. 02.06.2008r.; wobec czego nie można uzależniać decyzji o zaakceptowaniu uzupełnionych dokumentów od sformułowania użytego przez Zamawiającego w wezwaniu, nawet jeżeli nie jest ono jednoznaczne.

Reasumując, nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego zarzut - dotyczący uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie uprawnień dla nowej, nie objętej wykazem załączonym do oferty, osoby – został oddalony.

Zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu, nie poprzedzone protestem, nie były przez Izbę rozpatrywane w związku z art. 191 ust. 3 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych. Odwołujący miał prawo, w terminie 7 dni od zapoznania się z okolicznościami będącymi podstawą protestu, wnieść odrębny protest, a następnie – w razie jego ewentualnego nieuwzględnienia - odwołanie; Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Na podstawie art. 191 ust. 3 zd. drugie Prawa zamówień publicznych, Izba bierze z urzędu pod uwagę okoliczności skutkujące nieważnością postępowania, jednak w okolicznościach niniejszego postępowania nie dopatrzyła się podstaw unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

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 Prawa zamówień publicznych na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....