

WYROK

z dnia 10 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2012 r. przez **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlano-Usługowe „SZPAKOWSKI” w Sulechowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne SuPeKom Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sulechowie**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża przez **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlano-Usługowe „SZPAKOWSKI” w Sulechowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlano-Usługowe „SZPAKOWSKI” w Sulechowie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlano-Usługowe „SZPAKOWSKI” w Sulechowie** na rzecz **Sulechowskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego SuPeKom Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sulechowie** kwotę **3 600**

zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne SuPeKom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sulechowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-tłocznej wraz z przyłączami, rurociągiem tłocznym do oczyszczalni ścieków, tłoczniami ścieków, liniami kablowymi nn 0,4kV dla zasilania tłoczni w podziale na:

- 1) część miejską – obręb 2 Sulechów,
- 2) część wiejską – Nowy Świat, gmina Sulechów.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 10 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 28 sierpnia 2012 roku wykonawca W..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlano-Usługowe „SZPAKOWSKI” w Sulechowie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2, pkt. 4 PZP poprzez wadliwe wykluczenie oferty odwołującego, a tym samym zmierzające do ograniczenia uczciwej konkurencji,
- 2) art. 91 ust. 1 PZP poprzez wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty.

Wobec powyższego odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, iż w dniu 09.08.2012 r. zamawiający, wezwał go do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do

dysponowania tymi osobami na druku stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, gdyż osoba wskazana jako kierownik robót budowlanych w zakresie instalacji elektrycznych nie posiada uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Zamawiający, w tym piśmie poinformował również, iż wykaz ten powinien spełniać potwierdzenie warunku w dniu składania ofert, tj. 06.08.2012 r.

W odpowiedzi, w dniu 13.08.2012 r. (data wpływu do zamawiającego), przedstawił rozszerzony o kierownika robót elektrycznych z uprawnieniami bez ograniczeń wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Wykaz został odatowany na 11.08.2012 r., tj. zgodnie z dniem jego wypełnienia i zgodnie z sugestią zamawiającego, wykaz ten spełniał potwierdzenie warunku na dzień otwarcia ofert.

W dniu 23.08.2012 r., zamawiający poinformował odwołującego się o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający podał, iż uzupełniony wykaz osób, które będą uczestniczyć w zamówieniu, nie potwierdza wymaganego warunku w dniu składania ofert, czyli 06.08.2012 r.

W dniu 27.08.2012 r., odwołujący poinformował zamawiającego o wadliwej czynności wykluczenia i odrzucenia jego oferty, powołując się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nr 14/2012. W odpowiedzi zamawiający przestał w dniu 27.08.2012 r., pismo informujące o braku podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołującego.

W ocenie odwołującego się to treść dokumentu, a nie data jego sporządzenia ma znaczenie przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Odwołujący się nie zgadza się z oceną zamawiającego, który z faktu opatrzenia wykazu późniejszą od terminu składania ofert datą, wywodził stwierdzenie, iż wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. 06.08.2012 r. Data 11.08.2012 r. na uzupełnionym dokumencie stanowi datę złożenia oświadczenia wiedzy (sporządzenia dokumentu). Zasadność tego, potwierdza orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nr 14/2012 z dnia 16 stycznia 2012 r. Zamawiający nie może stwierdzić, iż dana osoba nie była zatrudniona u wykonawcy w dniu składania ofert. Zamawiający wezwaniem z dnia 09.08.2012 r. sam zasugerował, iż uzupełniony wykaz ma być zgodny na dzień składania ofert, więc odwołujący się nie mógł przedstawić takiego wykazu niezgodnie ze stanem faktycznym na dzień składania ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 września 2012 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W myśl pkt. 12.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) termin składania ofert wyznaczony został na dzień 6 sierpnia 2012 roku godz. 10.00.

Zgodnie z pkt. 7.1.3.2 SIWZ wykonawca obowiązany był wykazać, że dysponuje odpowiednio wykwalifikowanym personelem w celu obsadzenia stanowisk, w tym:

- kierownika w zakresie robót elektrycznych (min. 1 osoba) – wymagania: minimum 3-letnie doświadczenie (w tym ostatnie 3 lata na placu budowy) zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie robót elektrycznych, uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub inne ważne uprawnienia budowlane uprawniające do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zamawiający, zgodnie z pkt. 8.1.4 SIWZ, zażądał złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenie i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami na druku stanowiącym załącznik nr 6 do Instrukcji dla Wykonawców – na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w punkcie 7.1.3.2 SIWZ.

Odwołujący się wraz z ofertą złożył żądany wykaz, w którym w pozycji kierownika robót elektrycznych wpisał Pana J..... J....., z którego dokumentów wynikało, że nie posiadał uprawnień wymaganych przez zamawiającego.

Wobec powyższego zamawiający pismem z dnia 9 sierpnia 2012 roku wezwał odwołującego się do uzupełnienia złożonych dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego.

Wskazał, że zgodnie z pkt. 8.1.4 SIWZ zamawiający, w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, żądał złożenia, w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy, między innymi wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami na druku stanowiącym załącznik nr 6.

Zamawiający stwierdził, iż wykonawca do oferty złożonej w dniu 6 sierpnia 2012 roku dołączył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami na druku stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Niemniej wykaz ten nie potwierdza, że wykonawca dysponuje odpowiednio wykwalifikowanym personelem w celu obsadzenia stanowisk określonych w pkt. 7.1.3.2 SIWZ, ponieważ osoba wskazana jako kierownik robót budowlanych w zakresie instalacji elektrycznych nie posiada uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń.

Mając powyższe na względzie zamawiający wezwał do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu w formie pisemnej w terminie do dnia 14 sierpnia 2012 roku do godz. 10.00 w zakresie nowego wykazu osób potwierdzającego dysponowanie przez wykonawcę odpowiednio wykwalifikowanym personelem w celu obsadzenia stanowisk określonych w pkt 7.1.3.2 SIWZ.

Zamawiający przypomniał, że w przypadku formy pisemnej datą złożenia oświadczenia jest data wpływu dokumentu na wskazany adres. Jednocześnie przypomniał, że zgodnie z zapisami art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący się przesał pismo z dnia 11 sierpnia 2012 roku o treści: „Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlano-Usługowe „SZPAKOWWSKI” z siedzibą w Sulechowie przy ul. Jana Pawła II 33, odpowiadając na pismo Zamawiającego z dnia 09.08.2012 r. w sprawie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

dysponowanie przez Wykonawcę odpowiednio wykwalifikowanym personelem w celu obsadzenia stanowisk określonych w pkt 7.1.3.2. SIWZ, uzupełnia ofertę o nowy wykaz osób na druku stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ potwierdzającym dysponowanie kierownikiem robót budowlanych w zakresie instalacji elektrycznych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń". Do pisma dołączony był wykaz, w którym jako kierownika robót budowlanych w zakresie instalacji urządzeń elektrycznych wskazano Pana T..... G..... Wykaz został opatrzony datą 11 sierpnia 2012 roku. Odwołujący się dołączył także zaświadczenie Lubuskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, iż Pan T..... Go..... jest członkiem tej Izby i posiada ubezpieczenie o odpowiedzialności cywilnej oraz decyzję z dnia 20 maja 2005 roku o nadaniu Panu T..... G..... uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, a także decyzję z dnia 15 lipca 2005 roku o wpisaniu Pana T..... G..... do Centralnego Rejestru Osób Posiadających Uprawnienia Budowlane.

W żadnym miejscu uzupełnionych dokumentów odwołujący się nie zawarł informacji, iż osobą Pana T..... G..... dysponował w dniu 6 sierpnia 2012 roku, czyli w dniu składania ofert.

W dniu 23.08.2012 r., zamawiający poinformował odwołującego się o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający podał, iż uzupełniony wykaz osób, które będą uczestniczyć w zamówieniu, nie potwierdza wymaganego warunku w dniu składania ofert, czyli 06.08.2012 r.

Na rozprawie w dniu 10 września 2012 roku odwołujący się złożył oświadczenie Pana T..... G....., z którego wynika, że w dniu 6 sierpnia 2012 roku odwołujący się miał prawo dysponować jego osobą.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W przypadku przetargu nieograniczonego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków składa się wraz z ofertą. Wynika to z treści art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. A zatem składanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu razem z ofertą należy traktować jako zasadę. Przepis nakładający na wykonawców obowiązek jednoczesnego złożenia dokumentów wymaganych w postępowaniu stanowi realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczalność uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń po otwarciu wniosków stanowi poważny wyłom od tej zasady, a zatem może nastąpić wyłącznie w sytuacjach przewidzianych przez ustawę.

Możliwość uzupełnienia dokumentów po wyznaczonym terminie wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący się został przez zamawiającego wezwany do złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności będą odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami na druku stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. W wezwaniu zamawiający zawarł informację o konieczności potwierdzenia spełniania warunków na dzień

składania ofert, który w rozpoznawanej sprawie wyznaczony został na dzień 6 sierpnia 2012 roku.

Dokumenty złożone przez odwołującego w wyniku wezwania nie potwierdzają, iż w dniu wyznaczonym na składanie ofert (6 sierpnia 2012 roku) dysponował on osobą wymaganą na stanowisko kierownika robót budowlanych w zakresie instalacji elektrycznych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Uzupelnione dokumenty takiej informacji nie zawierają.

Dokument potwierdzający, że odwołujący się dysponował osobą Pana T..... G..... na dzień składania ofert został złożony przez odwołującego się dopiero na rozprawie. Odwołujący się złożył oświadczenie Pana T..... G....., z którego wynika, że w dniu 6 sierpnia 2012 roku odwołujący się miał prawo dysponować jego osobą. Dokument ten nie może jednak być wzięty pod uwagę przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy, ponieważ został złożony z uchybieniem terminu na jego uzupełnienie. Z dokumentacji postępowania wynika, iż termin na uzupełnienie dokumentów został odwołującemu się wyznaczony na dzień 14 sierpnia 2012 roku i do tego dnia odwołujący się mógł te dokumenty uzupełniać. Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej uzupełnienie brakujących dokumentów może nastąpić wyłącznie w wyniku wezwania przez zamawiającego, a wezwanie takie może nastąpić tylko jeden raz. Celem przepisu art. 26 ust. 3 jest bowiem ograniczenie sytuacji, w których wykonawcy składają korzystną cenowo i merytorycznie ofertę, ale muszą być wykluczeni z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach, mających potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych. Zamawiający jednakże nie może zastosować przepisu w sposób, który naruszyłby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, a zatem nie może wzywać wykonawców wielokrotnie do uzupełniania tego samego dokumentu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....