

Sygn. akt: KIO/UZP 694 /08

WYROK
z dnia 22 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Usług Melioracyjnych i Geodezyjnych ul. Drwęcka 9, 87-400 Golub-Dobrzyń** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wójta Gminy Obrowo Obrowo 54, 87-126 Obrowo** protestu z dnia **20 czerwca 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża **Wójta Gminy Obrowo, Obrowo 54, 87-126 Obrowo** 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 uiszczonego przez **Zakład Usług Melioracyjnych i Geodezyjnych ul. Drwęcka 9, 87-400 Golub-Dobrzyń**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 114 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sto czternaście złotych 0 gr) przez **Wójta Gminy Obrowo Obrowo 54, 87-126 Obrowo** na rzecz **Zakładu Usług Melioracyjnych i Geodezyjnych ul. Drwęcka 9, 87-400 Golub-Dobrzyń** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **Zakład Usług Melioracyjnych i Geodezyjnych ul. Drwęcka 9, 87-400 Golub-Dobrzyń**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Wójt Gminy Obrowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę kanalizacji sanitarnej z przyłączami i przepompowniami ścieków w miejscowości Głogowo-Brzozówka – Etap I”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 maja 2008 r. pod pozycją: 100513.

Pismem z dnia 13 czerwca 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Elektryfikacji „ELTOR” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.

Dnia 20 czerwca 2008 roku Wykonawca Zakład Usług Melioracyjnych i Geodezyjnych z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu wniósł protest zarzucając czynnościom Zamawiającego:

- 1) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie za ważną oferty Przedsiębiorstwo Elektryfikacji „ELTOR” Sp. z o.o.;
- 2) naruszenie przepisu art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uznaniem oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Elektryfikacji „ELTOR” Sp. z o.o.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Uzasadniając wskazał, iż dokumenty zawarte w ofercie Przedsiębiorstwa Elektryfikacji „ELTOR” Sp. z o.o. wskazują na:

- 1) nie spełnienie warunku podmiotowego poprzez nie spełnienie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zadania. Lista oraz dokumenty szczegółowe, w tym uprawnienia budowlane oraz zaświadczenia z OIIB wyraźnie wskazują na brak kierownika budowy z uprawnieniami konstrukcyjno-budowlanymi,
- 2) nie spełnienie warunku podmiotowego poprzez nie wykazanie posiadania zgodnej z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w s.i.w.z. Gwarancji zabezpieczającej wadium. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dział VIII pkt 3 z treści gwarancji musi jednoznacznie wynikać jaki jest sposób reprezentacji gwaranta. Gwarancja złożona przez P.E. „ELTOR” nie zawiera żadnego zapisu dotyczącego sposobu reprezentacji Gwaranta, co uniemożliwia identyfikację i ważność dokumentu, a tym samym stanowi jednoznacznie o jej nieważności,

- 3) niewłaściwe sporządzenie formularza ofertowego poprzez niewskazanie pełnej informacji dotyczącej gwarancji. W formularzu ofertowym, zgodnie z s.i.w.z. Zamawiający żądał przedstawienia warunków terminowych gwarancji. Zgodnie z odpowiedziami udzielanymi przez Zamawiającego na pytania do s.i.w.z. określono, że przedstawione warunki gwarancji muszą uwzględniać: czas reakcji na zgłoszenie awarii do 6 godzin roboczych oraz czas usunięcia awarii lub wymiany pompy do 24 godzin roboczych. P.E. „ELTOR” nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego i nie wskazało powyższych informacji, co stanowi – zdaniem Odwołującego – o wątpliwości prawidłowego wykonania zamówienia.

Pismem z dnia 23 czerwca 2008 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 24 czerwca 2008 roku Wykonawca PEKUM Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu przystąpiła do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu popierając zarzuty i żądania Odwołującego.

Do dnia 30 czerwca 2008 roku Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje się za jego oddalenie.

W związku z oddaleniem protestu Odwołujący dnia 4 lipca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnoszą o nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania ofert, powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert w części 1) oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową, po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej określony w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów postawionych przez Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła jak poniżej.

Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dziale V ust. 1 pkt 2 lit. a postawił warunek dotyczący posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. Wykonawca musi dysponować kierownikami robót w branżach zamówienia określonych w dziale III ust. 1 i 2 s.i.w.z. (tj. branża kanalizacyjna i branża drogowa), osoby te muszą legitymować się uprawnieniami budowlanymi w branżach: konstrukcyjno budowlanej, instalacji sanitarnych i w zakresie instalacji elektrycznych.

Z treści postawionego warunku wynika więc, że Wykonawcy muszą dysponować kierownikami robót w branżach:

- 1) kanalizacyjnej,
- 2) drogowej,

którzy będą legitymować się uprawnieniami budowlanymi w branżach:

- 1) konstrukcyjno budowlanej,
- 2) instalacji sanitarnych,
- 3) instalacji elektrycznych.

Z tak postawionego warunku Wykonawca Przedsiębiorstwo Elektryfikacji „ELTOR” Sp. z o.o. nie wywiązał się dołączając do oferty „Kwalifikacje Techniczne” osób, które będą wykonywały przedmiotowe zamówienie w zakresie sprawowania funkcji technicznych w budownictwie. W wykazie tym, Wykonawca P.E. ELTOR wymienił 5 osób, które będą zajmowały następujące funkcje, posiadające określone uprawnienia, tj.:

- 1) kierownik budowy – specjalność instalacyjno-inżynierska w zakresie sieci sanitarnych,
- 2) kierownik robót branżowych kanalizacyjnych – specjalność instalacyjno-inżynierska w zakresie sieci sanitarnych,
- 3) kierownik robót branżowych elektrycznych – specjalność instalacyjno-inżynierska w zakresie instalacji elektrycznych,
- 4) kierownik robót branży drogowej – specjalność konstrukcyjno-inżynierska w zakresie dróg oraz typowych mostów i przepustów,
- 5) geodeta – specjalność geodezja.

Żadna z ww. osób nie posiada uprawnień budowlanych w branży konstrukcyjno-budowlanej, których wymagał Zamawiający.

Zgodnie z § 17 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wynika, że:

„1. Uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniają do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie:

- 1) *sporządzania projektu architektoniczno-budowlanego w odniesieniu do konstrukcji obiektu lub*

2) kierowania robotami budowlanymi w zakresie, o którym mowa w pkt 1 oraz w § 16 ust. 1 pkt 2.

2. Uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym o kubaturze do 1.000 m³ oraz:

- 1) o wysokości do 12 m nad poziomem terenu, do 3 kondygnacji nadziemnych i o wysokości kondygnacji do 4,8 m;
- 2) posadowionego na głębokości do 3 m poniżej poziomu terenu, bezpośrednio na stabilnym gruncie nośnym;
- 3) przy rozpiętości elementów konstrukcyjnych do 6 m i wysięgu wsporników do 2 m;
- 4) niezawierającego elementów wstępnie sprężanych na budowie;
- 5) niewymagającego uwzględniania wpływu eksploatacji górniczej”

Tak więc twierdzenie Zamawiającego, iż popełnił on błąd w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpisując przecinek po słowach „konstrukcyjno-budowlanej” (dział V ust. 1 pkt 2 lit a), bowiem intencją jego było aby osoby wskazane przez Wykonawców, jako pełniące funkcje kierownicze legitymowały się uprawnieniami budowlanymi w branży:

- 1) konstrukcyjno-budowlanej instalacji sanitarnych

i

- 2) konstrukcyjno-budowlanej w zakresie instalacji elektrycznych

pozostaje w sprzeczności z treścią ww. Rozporządzenia. Branże dotyczące sieci instalacji sanitarnych oraz instalacji elektrycznych zostały zdefiniowane osobno w § 23 oraz § 24 wyżej cytowanego rozporządzenia.

Tak więc, w świetle dokumentacji zgromadzonej w badanej sprawie jak i na podstawie oświadczenia stron Izba stwierdziła, że zarzut Odwołującego się potwierdził. Mając jednakże na uwadze treść brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i dotychczasowe orzecznictwo Izba stwierdziła, że Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawcę P.E. ELTOR” Sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów, gdyż z treści przytoczonego przepisu wynika, że cyt.: „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów [...]”. Tak więc stwierdzone braki w ofercie upoważniają Zamawiającego do skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego złożenia przez Wykonawcę P.E. „ELTOR” Sp. z o.o. dokumentu Gwarancja, stanowiącego zabezpieczenie oferty w wadium, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w postanowieniach s.i.w.z. w dziale VIII dotyczącym wadium w ustępie 3 zapisał: „Z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta. Gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego (upelnomocnionego) przedstawiciela gwaranta. Podpis winien być sporządzony w sposób umożliwiający jego identyfikację np. złożony wraz z imienną pieczętką lub czytelny (z podaniem imienia i nazwiska)”.

Wykonawca P.E. „ELTOR” Sp. z o.o. dołączył do oferty Gwarancję Nr 1213956GD03060800, którą podpisali dwaj pełnomocnicy Kredyt Banku. Z treści Gwarancji wynika, że osoby podpisujące gwarancję (pełnomocnicy) są upoważnieni do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu banku. Skoro więc pełnomocnicy, którzy podpisują się pod treścią gwarancji, która zabezpiecza wadium do wysokości 200 000,00 zł, i która wystawiona jest na bankowym formularzu gwarantują, że w przypadkach w niej określonych kwota wadium zostanie uwolniona na rzecz Zamawiającego, to uznać należy, że sposób reprezentacji gwaranta został określony prawidłowo. Trudno bowiem uznać zarzuty Odwołującego za zasadne i żądać od gwaranta wystawiającego gwarancję do określania sposobu reprezentacji osób podpisujących gwarancję w sposób szczegółowy. Szczegółowe sposoby wystawiania gwarancji, jak i warunki formalne do uznania jej za właściwą określone są w rozdziale 6, art. 80 do 84 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe.

Opierając się na dokumentacji postępowania i oświadczeniu stron, jak też ze względu na fakt, iż Odwołujący nie wykazał, zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych żadnych dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewłaściwego sporządzenia formularza ofertowego przez Wykonawcę P.E. „ELTOR” Sp. z o.o. poprzez niewskazanie pełnej informacji dotyczącej gwarancji, Krajowa Izba Odwoławcza uznała ten zarzut za niezasadny.

Zamawiający opracowując treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że czasookres gwarancji jaki został przyjęty w przedmiotowym postępowaniu wynosił minimum 36 maksimum 60 miesięcy (dział XIII s.i.w.z.). Jednocześnie Zamawiający wskazał, że gwarancja obejmuje wszelkie wbudowane urządzenia i materiały oraz wykonane prace budowlane przez cały zadeklarowany w ofercie okres, bez żadnych wyjątków. Jednocześnie Zamawiający opracował wzór „Formularza oferty” – stanowiący załącznik Nr 3 do s.i.w.z., w którym w punkcie 3 wskazał miejsce do zadeklarowania przez Wykonawców oferowanego czasookresu gwarancji. W trakcie trwania procedury, pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu, a terminem składania ofert, wpłynęło do Zamawiającego, m.in. pytanie dotyczące doprecyzowania gwarancji. Zamawiający w odpowiedzi z dnia 18 kwietnia 2008

roku doprecyzował warunki gwarancji (odpowiedź Nr 6) wskazując iż warunki gwarancji muszą uwzględniać:

- czas reakcji na zgłoszenie awarii do 6 godzin roboczych,
- czas usunięcia awarii lub wymiany pompy do 24 godzin roboczych,

jednocześnie Zamawiający nie zmodyfikował treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani też treści załącznika Nr 3 do s.i.w.z.

Tak więc zarzut nie uwzględnienia w treści oferty doprecyzowanych warunków gwarancji poprzez fakt ich nienaniesienia na formularzu oferty Izba uznała za niezasadny. Zamawiający nie dokonując modyfikacji treści s.i.w.z. nie miał obowiązku żądać, aby treść udzielonych wyjaśnień została naniesiona samodzielnie przez Wykonawców do formularza oferty, tym bardziej, że treść wyjaśnień obowiązuje wszystkich Wykonawców w jednakowym stopniu, a wyjaśnienia zostaną przeniesione na grunt podpisywanej umowy. Wystarczającym, w tym przypadku jest treść oświadczenia złożonego przez Wykonawcę, na formularzu ofertowym, iż *„Oferuję realizację niniejszego zamówienia zgodnie ze SPECYFIKACJĄ ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA”*, która przenosi na Wykonawcę obowiązek realizacji umowy zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i wyjaśnieniami doprecyzującymi jej treść.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika w wysokości 3 050,00 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 2007r. Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*