

Sygn. akt: KIO/UZP 958/09

KIO/UZP 979/08

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2009 roku do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. EIFFAGE Budownictwo Mitex Spółkę Akcyjną, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A (sygn. akt. KIO/UZP 958/09)

B. Konsorcjum: TIWWAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, HOLMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, BUDBAUM Spółka Akcyjna, 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9 (sygn. akt KIO/UZP 979/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Ostrołęka, 07-400 Ostrołęka, pl. Gen. J. Bema 1** protestów:

A. EIFFAGE Budownictwo Mitex Spółka Akcyjna, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A z dnia 24 czerwca 2009r.

B. Konsorcjum: TIWWAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, HOLMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, BUDBAUM Spółka Akcyjna, 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9 z dnia 24 czerwca 2009r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: "VECTRA" Spółka Akcyjna, PRIBO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością., 09-407 Płock, ul. Otolińska 21** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 958/09 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddała oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. EIFFAGE Budownictwo Mitex Spółkę Akcyjną, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A

B. Konsorcjum: TIWWAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, HOLMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, BUDBAUM Spółka Akcyjna, 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EIFFAGE Budownictwo Mitex Spółkę Akcyjną, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A,**
 - B** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: TIWWAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, HOLMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, BUDBAUM Spółka Akcyjna, 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

- A** kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **EIFFAGE Budownictwo Mitex Spółkę Akcyjną, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A** na rzecz **Miasto Ostrołęka, 07-400 Ostrołęka, pl. Gen. J. Bema 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: TIWWAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, HOLMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, BUDBAUM Spółka Akcyjna, 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9** na rzecz **Miasto Ostrołęka, 07-400 Ostrołęka, pl. Gen. J. Bema 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 426 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 713 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **EIFFAGE Budownictwo Mitex Spółka Akcyjnej, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A,**
- B** kwoty 17 713 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: TIWWAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, HOLMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, BUDBAUM Spółka Akcyjna, 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ostrołęka, Plac gen. Bema 1, 07-400 Ostrołęka – prowadzi postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na „Budowę wielofunkcyjnej bazy turystyczna-rekreacyjnej Mazowsza północno-wschodniego w Ostrołęce”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

1) W dniu 24 czerwca 2009 roku wykonawca Eiffage Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5a, 02-676 Warszawa, wniósł protest na czynności zamawiającego polegające na:

- a) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum VECTRA S.A. i PRIBO Sp. z o.o.
- b) zaniechaniu wezwania konsorcjum VECTRA S.A. i PRIBO Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, względnie zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Powyższymi czynnościami zamawiającego protestujący zarzucił:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 oraz z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp
- b) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.
- c) Innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu protestu lub z niego wynikających.

Protestujący podniósł, iż w wyniku działań zamawiającego polegających na zaniechaniu dokonania ww. czynności interes prawny protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Oferta złożona przez protestującego została oceniona jako druga w rankingu wszystkich złożonych i nie podlegających odrzuceniu ofert. Zarzuty niniejszego protestu wskazują jednak, że to oferta protestującego stanowi ofertę najkorzystniejszą, a dokonanie przez zamawiającego oceny ofert w sposób naruszający przepisy ustawy doprowadziło do sytuacji, w której protestujący może utracić możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w pkt 9.1.2 b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ("SIWZ") jako warunek udziału w przetargu wskazał, aby osoby wyznaczone przez wykonawcę do realizacji zamówienia posiadały odpowiednie uprawnienia budowlane, a także legitymowały się minimum pięcioletnim doświadczeniem na odpowiednim stanowisku. Tymczasem w ofercie wspólnej konsorcjum spółek VECTRA S.A. i PRIBO sp. z o.o. na stronie 39 i 40 stanowiącej Załącznik Nr 3 -Wykaz osób z informacjami nt. ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i

wykształcenia, brak jest wykazania minimum pięcioletniego doświadczenia zawodowego na odpowiednim stanowisku dla wszystkich wymienionych osób. I tak:

1. Pan Krzysztof Jan Ż. uzyskał uprawnienia niespełna 6 lat temu, więc posiadanie już przynajmniej pięcioletniego doświadczenia w kierowaniu robotami może budzić wątpliwości; nie wskazano przy jakich realizacjach takie doświadczenie mogło być nabyte.
2. Podobnie u pana Jacka D. nie wykazano doświadczenia na stanowisku kierownika robót drogowych.
3. Również pan Grzegorz Eugeniusz L. nie ma wykazanego doświadczenia na stanowisku kierownika robót elektrycznych.
4. Brak wskazania doświadczenia w branży telekomunikacyjnej dotyczy pana Dariusza M.
5. Natomiast w przypadku pana Leszka S., oprócz braku wskazania doświadczenia w branży sanitarnej, brak jest również informacji nt. wykształcenia, a także zobowiązania do udostępnienia tej osoby przez inny podmiot.

W ocenie protestującego aby wykazać się wymaganym doświadczeniem zawodowym należy podać okresy pracy na danym stanowisku przy konkretnych realizacjach; przy czym sam staż pracy u danego pracodawcy nie może być uznany za wystarczający. Złożone przez konsorcjum spółek VECTRA S.A. i PRIBO Sp. z o.o. oświadczenie o posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia jest w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niewystarczające dla wykazania spełnienia warunku posiadania wymaganego doświadczenia.

Powyższe powinno skutkować wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonych dokumentów. W konsekwencji można uznać, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 oraz z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. W przypadku nie uzupełnienia właściwych dokumentów lub uzupełnienia dokumentów, które w dalszym ciągu nie będą potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub będą zawierać błędy, zamawiający zobowiązany jest wykluczyć to konsorcjum wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Ponadto, oferta konsorcjum spółek VECTRA S.A. i PRIBO sp. z o.o. nie spełnia warunku zamawiającego dotyczącego terminu związania ofertą określonego w pkt 23.1. SIWZ, który jednoznacznie wskazuje, że "bieg (60-cio dniowego) terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert". Tymczasem oferta powyższego konsorcjum nosi datę 15 maja 2009 roku i zgodnie z pkt 9.4) pozostaje ważna przez 60 dni; tak więc po upływie terminu składania ofert jest ważna tylko przez 41 dni, zamiast wymaganych 60 dni. A zatem jako sprzeczna z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp nie spełnia warunku postawionego wykonawcom w pkt 23.1. SIWZ.

Pismem z dnia 1 lipca 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z zapisami zawartymi w punkcie 9.1.2 a i b SIWZ, na potwierdzenie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, wykonawca był zobowiązany spełnić następujące warunki:

1) wskazać do wykonania niniejszego zamówienia odpowiednio wykwalifikowany personel posiadający uprawnienia budowlane zgodnie z art.12 ust.2 Prawa budowlanego.

W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. W przypadku zaś wykazania innych osób lub podmiotów – pisemnego zobowiązania ich do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. W wykazie należało wskazać osobę pełniącą funkcję kierownika budowy.

2) przedłożyć dokumenty stwierdzające, że wskazane osoby, które będą wykonywać niniejsze zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień oraz zaświadczenia o przynależności do właściwej Izby Samorządu Zawodowego.

Zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę po jednej osobie posiadającej uprawnienia budowlane w specjalnościach: branży ogólnobudowlanej bez ograniczeń, drogowej, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych, telekomunikacyjnej, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych wodociągowych i kanalizacyjnych. Ponadto w wykazie należało wskazać osobę pełniącą funkcję kierownika robót dla każdej z branż.

W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać niniejsze zamówienie posiadają wymagane uprawnienia zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, powinny to być uprawnienia równoważne, zgodne z obowiązującym na dzień wydania prawem, wystawione przed upływem terminu składania ofert, tzn.: kopie decyzji o przyznaniu uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz kopie aktualnego zaświadczenia o przynależności do

właściwej Izby Samorządu Zawodowego -branży-branży ogólnobudowlanej bez ograniczeń, drogowej, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych, telekomunikacyjnej, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych wodociągowych i kanalizacyjnych-po jednej osobie. Ponadto osoby te winny posiadać minimum pięcioletnie doświadczenie na podobnym stanowisku.

Wyłoniony Wykonawca, konsorcjum firm: VECTRA S.A. i PRIBO Sp. z o.o., w załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia wykazał, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, osoby, kwalifikacje zawodowe z numerem i opisem uprawnień, doświadczenie-poprzez wskazanie lat oraz zakres wykonywanych czynności. Należy w tym miejscu podkreślić, iż zamawiający w SIWZ nie żądał opisu życiorysu zawodowego wskazanych osób, dlatego wymóg uzupełnienia złożonego wykazu, wykracza poza wymagania określone w SIWZ. Wykonawca dołączył do oferty kopie decyzji o przyznaniu uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz kopie aktualnych zaświadczenia o przynależności do właściwej Izby Samorządu Zawodowego wszystkich wymaganych branż.

Kwestia wątpliwego doświadczenia pana Krzysztofa Jana Ż., również nie zasługuje na uwzględnienie. Z załączonej do oferty decyzji Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 18.08.2003 r., sygn. akt MAZ17132/89/03 wynika, iż uzyskał on uprawnienia budowlane o numerze ewidencyjnym uprawnień MAZ/0022/OWOK/03 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w dacie ww. decyzji, co oznacza, iż wymóg 5 letniego doświadczenia, wymaganego w SIWZ został spełniony.

Podobnie nie znajduje uzasadnienia zarzut braku informacji nt. wykształcenia Pana Leszka S. oraz zobowiązania do udostępnienia tej osoby przez inny podmiot. Wykonawca załączył od oferty Decyzję z dnia 12 czerwca 1997 r., nr ewid. upr. 11/97 z której wynika, iż wymieniona osoba – magister inżynierii środowiska – otrzymał uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych bez ograniczeń, jak również zaświadczenie podpisane przez Pana Leszka S., w którym zobowiązuje się on do sprawowania funkcji kierownika robót branży sanitarnej przy realizacji przedmiotowego zadania, w przypadku uzyskania przez konsorcjum firm: VECTRA S.A. i PRIBO Sp. z o.o. ww. zamówienia publicznego.

W ocenie zamawiającego zarzut nie spełniania warunku określonego przez zamawiającego w punkcie 32.1. SIWZ, który mówi, iż wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, nie znajduje uzasadnienia w opinii zamawiającego. Kwestia daty zamieszczonej na formularzu ofertowym pozostaje bez znaczenia, ponieważ art. 85 ust 5

ustawy Pzp precyzyjnie określa dzień, w którym termin związania ofertą rozpoczyna swój bieg. Oferty mogą być składane w dowolnym dniu przed terminem wyznaczonym jako końcowy dla składania ofert, ale związanie treścią ofert rozpoczyna się dopiero z upływem terminu składania ofert.

W dniu 10 lipca 2009 roku protestujący złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski podniesione w proteście za wyjątkiem zarzutu nie spełniania przez wybraną jako najkorzystniejszą ofertę wymogu związania nią przez 60 dni oraz braku zobowiązania Pana Leszka S. do wykonywania funkcji kierownika robót branży sanitarnej.

Ponadto odwołujący się wniósł o przyznanie mu kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i odwołania po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca konsorcjum „VECTRA” S.S. i PRIBO Sp. z o.o.

2) W dniu 24 czerwca 2009 roku wykonawcy ubiegający się wspólnie o przyznanie zamówienia, tj. konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, HOLMA Sp. z o.o. z siedzibą w Starych Babicach oraz BUDBAUM S.A. z siedzibą w Białymstoku wnieśli protest na czynności zamawiającego polegające na wykluczeniu protestującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z wykluczeniem protestującego z postępowania i odrzuceniem jego oferty.
- b) innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Protestujący podniósł, iż w wyniku wskazanej czynności zamawiającego interes prawny protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego i zgodnego z przepisami ustawy działania zamawiającego oferta protestującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w kryterium cena. W ten sposób zamawiający pozbawił protestującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez protestującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) dokonanie czynności wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, i wyznaczenie terminu na dokonanie tej czynności pozwalającego fizycznie dostarczyć zamawiającemu wymagane dokumenty
- 3) unieważnienie wykluczenia protestującego z postępowania i odrzucenia jego oferty»
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jej wyniku dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Protestującego pismem z dnia 5 czerwca 2009r. do uzupełnienia:

- 1) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że członek Konsorcjum: TIWWAL sp. z o.o.. nie zalega z opłacaniem podatków (...) lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

2. dokumentu potwierdzającego, że Pan Grzegorz Z. posiada uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej

jednocześnie zakreślając termin na uzupełnienie do dnia 10 czerwca 2009 r. do godz. 16.00. Ww. pismo wpłynęło do protestującego w dniu 15 czerwca 2009r. niemal wraz z faksem o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Protestujący stwierdził, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie zostało przekazane protestującemu w inny sposób niż pocztą.

W ocenie protestującego wykonanie wezwania zamawiającego było z oczywistych powodów niemożliwe, stąd słuszne jest żądanie ponownego dokonania czynności wezwania i wyznaczenie protestującemu terminu możliwego do spełnienia.

Protestujący wskazał, że nawet niezwłoczne, a nawet natychmiastowe wykonanie wezwania zamawiającego, byłoby czynnością po upływie zakreślonego terminu.

Protestujący oświadczył ponadto, że jakiegokolwiek uchylanie się od wykonania wezwania nie miało miejsca. Protestujący dysponuje żądanymi dokumentami i pozostaje w gotowości na wezwanie zamawiającego.

Z ostrożności procesowej protestujący wskazał na uzasadnienie do nowelizacji art. 46 ust. 4a, z którego wynika, że celem tej nowelizacji było ukrócenie zmów wykonawców dla konieczności wyboru ofert droższych.

Pismem z dnia 1 lipca 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że pismem z dnia 5 czerwca 2009 roku wezwał protestującego do uzupełnienia następujących dokumentów:

1) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że członek Konsorcjum: TIWWAL sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem podatków (..) lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

2) dokumentu potwierdzającego, że Pan Grzegorz Zlot posiada uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej,

informując, iż ww. dokumenty należy złożyć w siedzibie zamawiającego: Urząd Miasta Ostrołęki. 07-400 Ostrołęka Plac Gen. J. Bema 1, Punkt Obsługi Interesantów, parter, w terminie do dnia 10 czerwca 2009 r. do godz. 16:00, a ich nie złożenie we wskazanym terminie będzie skutkowało wykluczeniem Wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzuceniem oferty w myśl art. 24 ust 4 ustawy Pzp.

Przedmiotowe pismo zostało przesłane protestującemu na numer faksu: 022-533-51-81 z dnia 5 czerwca br. o godzinie 13:15 (w dokumentacji prowadzonego postępowania - wydruk faksu). Wskazany numer faksu jest przedstawiony na pierwszej stronie oferty, złożonej przez konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w punkcie 35. SIWZ p.t. "Sposób porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami", dopuścił możliwość porozumiewania się stron drogą faksową. Protestujący podnosi, że faksu nie otrzymał, jednocześnie w uzasadnieniu pisząc, że ww. pismo wpłynęło do niego w dniu 15 czerwca 2009 roku drogą listowną, niemal równocześnie z faksem o wyborze najkorzystniejszej oferty, na dowód czego dołączył do protestu kopię z książki korespondencji przychodzącej. Protestujący oświadcza więc, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie zostało przekazane mu w inny sposób, niż pocztą, jednocześnie przyznając, iż informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał faksem.

Protestujący nie interweniował do zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu spornego pisma poczt., Dopiero siedem dni później, dnia 22 czerwca br. pracownik protestującego w rozmowie telefonicznej zwrócił się do pracowników zamawiającego z prośbą o zwrot gwarancji wadialnej i został poinformowany o wystąpieniu przesłanek określonych w art. 46 ust 4a ustawy Pzp, co zdaniem zamawiającego świadczy o nie zachowaniu należytej staranności ze strony protestującego, który poinformowany o konsekwencjach finansowych, podejmuje kroki zmierzające do przywrócenia terminu na uzupełnienie oferty, poprzez złożenie protestu. Zamawiający podziela stanowisko protestującego dotyczące radykalnych konsekwencji, jakie niesie za sobą znowelizowany art. 46 ust 4a ustawy Pzp, jednakże przepis brzmi jednoznacznie "„zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub

pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”. Zamawiający posiada wydruk z faksu potwierdzający, iż wykonawca dnia 5 czerwca br. otrzymał pismo ws. wezwania do uzupełnienia dokumentów, co jego zdaniem, stanowi dowód przesądzający o fakcie otrzymania pisma przez protestującego.

Pismem z dnia 10 lipca 2009 roku złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego w tym samym dniu, Konsorcjum: TIWWAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, HOLMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, BUDBAUM Spółka Akcyjna, wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez EIFFAGE Budownictwo Mitex Spółkę Akcyjną, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A (dalej: odwołujący się ad 1) w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 958/09 jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do składania środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp.

Istotą sporu była ocena, czy dołączony do oferty konsorcjum „VECTRA” Spółka Akcyjna i PRIBO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, odpowiada wymaganiom zamawiającego w zakresie wykazania stosownego doświadczenia tychże osób.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Z powyższego wynika, że zamawiający obowiązany jest do podania sposobu, w jaki będzie oceniał spełnianie postawionych przez siebie warunków. Ocena spełniania warunków powinna być dokonana na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów. Zamawiający w specyfikacji powinien dokładnie określić, jakie oświadczenia lub dokumenty powinien złożyć wykonawca oraz w jakiej formie powinien je przedstawić. W tym zakresie zamawiający związany jest przepisami art. 25 i 26 ustawy - Pzp, może więc

żądać dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, skorelowanych z postawionymi warunkami.

Zamawiający jako załącznik specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządził wzór wykazu, jaki należało dołączyć do oferty w celu wykazania, że osoby przeznaczone do wykonywania zamówienia mają stosowne wykształcenie, kwalifikacje i doświadczenie. Wymagane dane należało umieścić w opracowanej przez zamawiającego tabeli, w której znajdowała się między innymi rubryka zatytułowana „Doświadczenie”.

Zamawiający nie sprecyzował sposobu wypełniania tabeli. W ocenie Izby wskazówek co do zamieszczania w niej właściwych danych należy szukać w punkcie 9.1.2 a i b SIWZ, zgodnie z którym, na potwierdzenie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, wykonawca był zobowiązany wskazać do wykonania zamówienia odpowiednio wykwalifikowany personel posiadający uprawnienia budowlane zgodnie z art. 12 ust. 2 Prawa budowlanego i przedłożyć wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. W wykazie należało wskazać osobę pełniącą funkcję kierownika budowy.

Ponadto wykonawca obowiązany był przedłożyć dokumenty stwierdzające, że wskazane osoby, które będą wykonywać niniejsze zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień oraz zaświadczenia o przynależności do właściwej Izby Samorządu Zawodowego.

Zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę po jednej osobie posiadającej uprawnienia budowlane w specjalnościach: branży ogólnobudowlanej bez ograniczeń, drogowej, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych, telekomunikacyjnej, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych wodociągowych i kanalizacyjnych. Ponadto w wykazie należało wskazać osobę pełniącą funkcję kierownika robót dla każdej z branż.

W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać niniejsze zamówienie posiadają wymagane uprawnienia zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub

odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, powinny to być uprawnienia równoważne, zgodne z obowiązującym na dzień wydania prawem, wystawione przed upływem terminu składania ofert, tzn.: kopie decyzji o przyznaniu uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz kopie aktualnego zaświadczenia o przynależności do właściwej Izby Samorządu Zawodowego – branży ogólnobudowlanej bez ograniczeń, drogowej, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych, telekomunikacyjnej, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych wodociągowych i kanalizacyjnych-po jednej osobie. **Ponadto osoby te winny posiadać minimum pięcioletnie doświadczenie na podobnym stanowisku.**

Analiza treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie wskazuje, iż zamawiający nie wymagał od wykonawców wskazania okresów pracy na danym stanowisku przy konkretnych realizacjach. Konieczność taka nie wynika ani z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani też ze wzoru załącznika nr 3 do specyfikacji. Oczywistym jest, iż wykonawcy mogli umieścić takie dane w składanych przez siebie ofertach, niemniej jednak samo oświadczenie wykonawcy co do lat doświadczenia osób wskazanych do realizacji zadania zamawiający uznawał za wystarczające. Mając na uwadze treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia działanie zamawiającego należy uznać za słuszne.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum: TIWWAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, HOLMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, BUDBAUM Spółka Akcyjna, 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9 (dalej: odwołujący się ad 2) w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 979/09 jest niezasadne.

Zdaniem Izby odwołujący się ad 2 posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do składania środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp.

Stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie podziela tu argumentacji zamawiającego, jakoby odwołujący się ad 2 nie legitymował się posiadaniem interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia z uwagi na fakt sklasyfikowania go na ósmym miejscu w przyjętym kryterium ceny.

W ocenie Izby wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień

publicznych na dostawy i roboty budowlane. Stosownie do wzmiankowanego przepisu Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które Państwa Członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. Artykuł 1 ust. 3 dotyczy przede wszystkim niezadowolonych przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w przetargu prowadzonym z naruszeniem norm prawnych i nie wygrali kontraktu lub którzy nie zostali dopuszczeni do uczestnictwa w przetargu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego również na nieprawidłowym wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty (*vide: Aleksandra Sołtysińska Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Zakamycze 2006 str. 774*).

Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy określa minimalny krąg osób uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych, natomiast poszczególne państwa członkowskie mogą przyznać takie prawo również innym podmiotom, ale w żadnym razie nie mogą zawężyć kręgu podmiotom uprawnionym.

Osobną kwestią, jaką należało rozważyć, była przesłanka, na podstawie której zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się ad 2. Spór w istocie zasadzał się na ustaleniu faktu, czy odwołujący się ad 2 otrzymał pismo z dnia 5 czerwca 2009 roku wzywające go do uzupełnienia oferty, czy też nie.

W ocenie Izby zasadnicze znaczenie w niniejszym przypadku miała treść pkt. 35 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, protesty oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem. Jeżeli zamawiający i wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Analogiczna regulacja dotycząca potwierdzania otrzymania korespondencji drogą faksową jedynie na żądanie drugiej strony zawarta jest w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp.

Takie sformułowanie pkt. 35 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznacza, że każdej ze stron postępowania służy uprawnienie do żądania od drugiej strony potwierdzenia otrzymania korespondencji drogą faksową. Żadna ze stron nie jest zobligowana do żądania takiego potwierdzenia. Wyłącznie od niej zależy, czy z tego uprawnienia skorzysta, czy nie. W niniejszym przypadku zamawiający nie zażądał od odwołującego się potwierdzenia otrzymania drogą faksową pisma z dnia 5 czerwca 2009 roku. Strony postępowania mogły więc za pomocą środków dowodowych wykazywać fakt przekazania przedmiotowego pisma bądź też jego nie otrzymania.

Zamawiający wykazał, że posiada potwierdzenie przesłania odwołującemu się rzeczonoego pisma w dniu 5 czerwca 2009 roku, co zgodnie z orzecznictwem sądów

powszechnych, zespołów arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej dowodzi, że faks został przez odbiorcę otrzymany. Przykładowo z orzeczenia Sądu Okręgowego w Świdnicy wynika, że dowód w postaci raportu z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Z kolei z orzeczenia Zespołu Arbitrów (sygn. akt UZP/ZO/0-2538/06) wynika, że osoba składająca oświadczenie woli za pomocą faksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że takie oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu wysyłającego oraz odebrane przez aparat odbiorcy. Identyczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 25 kwietnia 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 340/08).

W tej sytuacji to na odwołującym się ad 2 - stosownie do dyspozycji art. 188 ust. 1 zd. 1 ustawy – Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp – spoczywał obowiązek udowodnienia, że wzmiankowanego pisma nie otrzymał. Odwołujący się ad 2 jednak nie przedstawił żadnego dowodu na tę okoliczność.

Prezentowane przez Izbę stanowisko nie stoi w sprzeczności z przywołanym przez odwołującego się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z wydanym w sprawie o sygn. KIO/UZP 82/09 i KIO/UZP 85/09, zgodnie z którym to na zamawiającym spoczywał obowiązek udowodnienia, iż doręczył odwołującemu się pismo, a winien był to zrobić poprzez okazanie potwierdzenia przez odwołującego się otrzymania faksu. Cytowany wyrok wydawany był bowiem na podstawie odmiennego stanu faktycznego. W postępowaniu, gdzie zapadł rzeczony wyrok korespondencja pomiędzy zamawiającym a uczestnikami postępowania mogła być prowadzona faksem lub elektronicznie, przy czym **fakt ich otrzymania powinien być niezwłocznie potwierdzony przez stronę otrzymującą.**

Z uwagi na powyższe uznać należy, iż w niniejszej sprawie zaszyły przesłanki wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy. W myśl ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Tym samym czynności zamawiającego polegające na wykluczeniu odwołującego się ad 2 i uznania jego oferty za odrzuconą należy uznać za właściwe.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw.

z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....