

Sygn. akt: KIO/UZP 680/08

WYROK
z dnia 17 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu /w dniach* 17 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Gorzów Wielkopolski, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4** protestu /protestów* z dnia 18 czerwca 2008 r.

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

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wykluczenia Odwołującego się z postępowania, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Gorzów Wielkopolski, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł. 00gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Gorzów Wielkopolski, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł. 00 gr. (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Miasto Gorzów Wielkopolski prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa ulicy Wyszyńskiego (droga wojewódzka nr 151) w Gorzowie Wlkp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 29 marca 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 62-083752.

Dnia 11 czerwca 2008 r., Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone lub którzy zostali wykluczeni z postępowania. Przedmiotowe czynności stały się podstawą do wniesienia, dnia 18 czerwca 2008 r., protestu, w którym Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, alternatywnie z ostrożności procesowej art. 26 ust. 3.

Odwołujący się kwestionuje ustalenia Zamawiającego w przedmiocie złożenia nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania a dotyczącej kwestii dysponowania Kierownikiem Robót Sanitarnych. Odwołujący się wskazuje, że zgodnie z pkt 6.2.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) *Potencjał kadrowy*, Zamawiający wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia m.in. Kierownikiem Robót Sanitarnych. Odwołujący się wyjaśnia, że roboty sanitarne w ramach przedmiotowego zamówienia miały zostać powierzone, na podstawie umowy podwykonawczej, firmie P.P.H.U. „KONCEPT” Sp. z o.o., natomiast funkcję Kierownika Robót Sanitarnych miał pełnić p. Henryk J., który z podwykonawcą wiązała (na dzień składania ofert) umowa na wykonywanie obowiązków kierownika robót sanitarnych. Powyższe potwierdza oświadczenie P.P.H.U. „KONCEPT” Sp. z o.o., z dnia 13 maja 2008 r. Zatem, należy uznać, że Odwołujący się, składając ofertę, nie złożył nieprawdziwej informacji. Przedstawił bowiem na stanowisko Kierownika Robót Sanitarnych osobę, która w ramach zawartej umowy z podwykonawcą zobowiązała się do pełnienia tej funkcji. Odwołujący się nie ma wpływu na decyzje p. Henryka J. i zmianę oświadczenia w sprawie pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych, po złożeniu oferty. Istotne jest to, że Odwołujący się wykazał, że na dzień składania ofert, dysponował właściwą osobą. Z ostrożności procesowej Odwołujący się wskazuje, że skoro Zamawiający, po złożeniu ofert, powziął wiadomość, że p. Henryk J. odmówił pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych, zobowiązany był w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Tymczasem taki sposób postępowania Zamawiającego narusza procedurę przewidzianą ustawą Pzp (nieprzewidziany tryb postępowania), a dalsze czynności naruszają zasadę wyrażoną w przepisie art. 7 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego się, brak również podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt 4.1.3. SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Dokumentacji Projektowej, Tabelach Elementów Rozliczeniowych, Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, które na podstawie pkt 27 SIWZ stanowią integralną część SIWZ. Składając w przedmiotowym postępowaniu ofertę, Odwołujący się zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ i zgodnie z warunkami opisanymi w

SIWZ, oświadczył, że zapoznał się i w pełni oraz bez zastrzeżeń zaakceptował treść SIWZ wraz z wyjaśnieniami i modyfikacjami a także warunki umowy (Formularz nr 1 – Oferta na wykonanie zamówienia). Zgodnie z pkt 12.2. SIWZ Odwołujący się przedłożył do oferty wypełnioną Tabelę Elementów Rozliczeniowych. Na podstawie pkt 14.2. SIWZ cenę oferty należało obliczyć na podstawie zakresu i ilości zawartych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, a także cen jednostkowych skalkulowanych przez Wykonawcę zgodnie z zasadami podanymi w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót oraz Dokumentacji Projektowej. Odwołujący się obliczył cenę oferty zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego wymogami i nie miał obowiązku załączyć do oferty innych dokumentów, obrazujących sposób wyliczenia ceny. Jedynie w związku z wezwaniem przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, Odwołujący się przedstawił wydruk z wewnętrznego programu kalkulacyjnego „ARRIBA”. Odwołujący się podkreśla, że przedmiotowy wydruk nie stanowi dokumentu wymaganego przez SIWZ i odzwierciedlenia kosztorysu Zamawiającego, bowiem jest dostosowany do ogólnych potrzeb Odwołującego się, stąd mogą występować drobne zmiany w nazwach robót, czy też mogą być nie wyspecyfikowane wszystkie rodzaje prac. Nie oznacza to jednak, że takie roboty nie zostały uwzględnione przez Odwołującego się w kalkulacji cenowej, bądź zostały określone niezgodnie ze Specyfikacją Techniczną.

Dodatkowo Odwołujący się podkreśla, że złożone przez niego wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny zostały przyjęte i zaakceptowane przez Zamawiającego, co potwierdza brak zarzutu w piśmie z dnia 11 czerwca 2008 r.

Z ostrożności, Odwołujący się odnosi się do zarzutów Zamawiającego w sprawie pominięcia kosztów niektórych robót oraz niezgodności ze Specyfikacją Techniczną, w następujący sposób:

1. W wycenie czasowej organizacji ruchu przewidziano wykonanie dojazdów, dojeżdż do posesji oraz przejść z materiałów rozbiórkowych, robocizną związaną z ustawieniem i rozebraniem barier ochronnych, które są własnością Odwołującego się. Do wykonania tego zakresu robót został przewidziany sprzęt używany do robót podstawowych, a jego koszt uwzględniony został w poszczególnych pozycjach robót drogowych. Wykonanie i rozbiórka tymczasowych kładek dla pieszych ujęta jest w pozycjach dotyczących wykonania robót sieciowych – kanalizacja, wodociąg, gazociąg – zgodnie z wymaganiami zawartymi we właściwych Specyfikacjach Technicznych.
2. Odnośnie wyceny poz. 4 Tabeli Elementów Rozliczeniowych ul. Górczyńska – Dekerta, Odwołujący się podtrzymuje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 6 czerwca 2008 r. W tej pozycji skalkulowano rozbiórkę nawierzchni bitumicznej jezdni zgodnie z udostępnioną planszą robót rozbiórkowych projektu wykonawczego

przebudowy ul. Górczyńska – Dekerta, gdzie zestawiono powierzchnie jezdni o nawierzchni bitumicznej: ul. Górczyńska – 4005,10 m², ul. Dekerta – 1836,30 m². Zatem uzasadniona jest kalkulacja obejmująca frezowanie nawierzchni.

3. Wycena zagęszczenia koryta uwzględniona jest w poz. 40 Tabeli Elementów Rozliczeniowych, zgodnie z przywołaną w tej pozycji ST D-04.01.01 (pkt 5.3 wykonanie koryta, pkt 5.4 profilowanie i zagęszczenie podłoża).
4. Wycena poz. 42 Tabeli Elementów Rozliczeniowych przewiduje zastosowanie własnych szalunków inwentaryzowanych wielokrotnego użytku, których koszt mieści się w kosztach ogólnych.
5. Zamawiający w modyfikacji SIWZ z dnia 29 kwietnia 2008 r. postanowił, iż warstwa odsączająca nie będzie wykonywana w ramach przedmiotowego zamówienia, stąd wątpliwy jest zarzut braku wyceny kosztu transportu kruszywa do warstwy odsączającej. Z ostrożności Odwołujący się wyjaśnia, że podtrzymuje wyjaśnienia złożone w załączniku do pisma z dnia 26 maja 2008 r. i zwraca uwagę, iż wywóz nadmiaru gruntu poza teren budowy obejmuje ilość 7158,30 m³ (poz. 38 Tabeli Elementów Rozliczeniowych dotycząca ul. Wyszyńskiego, poz. 19 Tabeli Elementów Rozliczeniowych dotycząca ul. Górczyńska – Dekerta), natomiast dowóz kruszywa na warstwę odsączającą obejmuje ilość 2168,66 m³. Różnica wynosi 4989,64 m³, co oznacza, że do przywiezienia kruszywa na warstwę odsączającą wystarczy wykorzystać ok. 30% kursów powrotnych z wywozu.
6. Kierując się zapisem ST D-04.03.01 – uwaga pod pkt 10.2, z którego wynika, że wszelkie roboty ujęte w specyfikacji należy wykonać w oparciu o aktualnie obowiązujące normy, Odwołujący się skalkulował ilość emulsji przewidzianą normą PN-S-96025:2000 „Nawierzchnie asfaltowe”.
7. Cena oczyszczenia podłoża dla ułożenia geosiatki ujęta jest w poz. 51 Tabeli Elementów Rozliczeniowych, dotyczącej ul. Wyszyńskiego, natomiast skropienie podłoża wyceniono w poz. 49 przedmiotowej Tabeli.
8. Cena materiałów dylatacyjnych stanowi znikomy udział w cenie jednostkowej podbudowy betonowej w poz. 58 Tabeli Elementów Rozliczeniowych, dotyczącej ul. Wyszyńskiego i mieści się w kosztach ogólnych. Skalkulowany koszt materiałów dylatacyjnych wynosi ok. 0,30 zł/m², natomiast kwota kosztów ogólnych jednostkowo wynosi w tej pozycji 9,64 zł/m².
9. Koszt sprzętu w kalkulacji układania nawierzchni z kostki betonowej mieści się w kosztach ogólnych związanych z brygadą brukarską.
10. Cena materiałów do mocowania geotkaniny stanowi znikomy udział w cenie jednostkowej w poz. 84 Tabeli Elementów Rozliczeniowych, dotyczącej ul. Wyszyńskiego i mieści się w kosztach ogólnych. Ponadto z treści ST D-02.03.01c pkt

5.4 wynika, że aby zapobiec przemieszczaniu np. przez wiatr, pasma należy przymocować lub chwilowo obciążyć. W uzasadnionych przypadkach wymagane jest łączenie pasm za pomocą zszycia, czy połączeń specjalnych.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej, ewentualnie wezwanie Odwołującego się, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów.

Dnia 26 czerwca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego się, iż nie miał możliwości zajęcia stanowiska w sprawie dysponowania odpowiednią osobą na stanowisko Kierownika Robót Sanitarnych. Tymczasem, w toku postępowania wyjaśniającego, Odwołujący się został wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi z dnia 6 czerwca 2008 r. Odwołujący się wyjaśnił, iż dysponowanie Kierownikiem Robót Sanitarnych jest konsekwencją wyboru podwykonawcy robót sanitarnych, który zgłasza swoich pracowników na stanowiska kierowników robót. Po zapoznaniu się z treścią tego wyjaśnienia, p. Henryk J. ponownie oświadczył, że nie będzie pełnił tej funkcji oraz, że nie ma zawartej umowy o pracę z żadną firmą składającą ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Poza tym z umowy pomiędzy P.P.H.U. „KONCEPT” Sp. z o.o. a p. Henrykiem J. wynika, iż wskazana osoba nie mogłaby wykonywać robót w ramach przedmiotowego zamówienia, gdyż przedmiotowa umowa przestaje obowiązywać dnia 30 lipca 2008 r., natomiast zakończenie realizacji robót ustalone zostało na dzień 30 października 2009 r. Ponadto przedmiotowa umowa dotyczy tylko współpracy p. Henryka J. z firmą P.P.H.U. „KONCEPT” Sp. z o.o. w zakresie jej udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zatem oświadczenie woli P.P.H.U. „KONCEPT” Sp. z o.o. przekracza upoważnienie wynikające z umowy, wobec czego należy uznać je za nieważne.

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę na postanowienia rozdziału 3 *Warunki Szczegółowe*, Subklauzula 4.4 SIWZ, zgodnie z którymi wprowadzenie podwykonawcy na wskazany w ofercie zakres robót Wykonawca winien zgłosić przynajmniej na 7 dni przed planowanym terminem wprowadzenia podwykonawcy. W terminie 7 dni od daty otrzymania zgłoszenia Inżynier zaakceptuje propozycje podwykonawcy lub wniesie uzasadnienie sprzeciwu. W sytuacji, gdy Inżynier nie zaakceptuje podwykonawcy robót sanitarnych, wówczas wskazany w ofercie kierownik robót również nie będzie uczestniczył w realizacji przedmiotowego zamówienia. Zatem niedopuszczalne jest, aby wykonawca dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego wskazywał

osoby, którymi dysponuje podwykonawca. Przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy jedynie wykonawcy, podobnie jak pkt 6.2.2 SIWZ, który mówi o kluczowym personelu Wykonawcy. Jeżeli Odwołujący się samodzielnie nie spełniał warunków określonych w SIWZ, mógł złożyć ofertę wspólną z innym wykonawcą. Wskazując na osobę p. Henryka J., jako kluczowy personel Wykonawcy, złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów jest bezzasadny. Odwołujący się załączył do oferty wymagane oświadczenie, które nie było opatrzone błędem, natomiast zawierało nieprawdziwe informacje. Złożenie fałszywego oświadczenia jest uchybieniem, którego nie da się już naprawić w toku postępowania, nie jest bowiem możliwe zastąpienie informacji nieprawdziwych, prawdziwymi.

Z ostrożności procesowej Zamawiający podnosi, iż zapoznał się z wyjaśnieniami Odwołującego się dotyczącymi rażąco niskiej ceny. W wyniku przeprowadzonej analizy Zamawiający stwierdził, że treść oferty Odwołującego się nie odpowiada treści SIWZ, o czym poinformował w piśmie z dnia 11 czerwca 2008 r. Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z pkt 14.3 SIWZ przedmiotowe zamówienie będzie realizowane metodą obmiarową. Oznacza to, że wynagrodzenie wykonawcy stanowi wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych, podanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, załączonych do oferty. Tymczasem kalkulacje Odwołującego się, zawarte w przedmiotowej Tabeli nie zawierały wszystkich elementów w cenie jednostkowej, a które określają Szczegółowe Specyfikacje Techniczne. Pominięcie jakiegokolwiek elementu musi skutkować odrzuceniem oferty, jako nie odpowiadającej wymaganiom SIWZ.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i dnia 1 lipca 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W rozdziale 6 *Warunki udziału w postępowaniu*, w pkt 6.1.2 SIWZ, Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp, to jest spełniający następujące warunki: m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Konkretyzując w pkt 6.2.2 SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego Zamawiający wskazał, że kluczowy personel Wykonawcy musi posiadać doświadczenie i kwalifikacje zgodnie z

wymaganiami Zamawiającego, przy czym kluczowy personel stanowią: Kierownik Budowy – branża drogowa, Kierownik Robót Drogowych, Kierownik Robót Sanitarnych, Kierownik Robót Elektrycznych. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wykonawcy składający wspólnie ofertę muszą łącznie spełniać ww. wymagania. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku Zamawiający żądał (pkt 12.2.7 SIWZ) wykazu Kluczowego Personelu, który będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych i doświadczenia (wypełniony Formularz Nr 5 załączony do SIWZ).

W ofercie Odwołującego się, w Formularzu Nr 5, wskazano kluczowy personel Wykonawcy przeznaczony do realizacji zadania, m.in. funkcję Kierownika Robót Sanitarnych miał pełnić p. Henryk J.

Pismem z dnia 4 czerwca 2008 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia zawartego w Formularzu Nr 5 wskazując, że oczekuje informacji, czy i na jakich zasadach Odwołujący się dysponuje wskazanymi osobami przeznaczonymi do realizacji zamówienia. Dnia 6 czerwca 2008 r. Odwołujący się wyjaśnił, że osoby wskazane na stanowisko Kierownika Budowy i Kierownika Robót Drogowych są pracownikami Odwołującego się, natomiast Kierownika Robót Sanitarnych p. Henryka J. wskazał podwykonawca P.P.H.U. „Koncept” Sp. z o.o., (zgodnie ze zobowiązaniem do współpracy z dnia 22 kwietnia 2008 r.), zaś Kierownikiem Robót Elektrycznych będzie współwłaściciel PUB-M „ELEKTROGROM” p. Ryszard S., również podwykonawca Odwołującego się (zgodnie ze zobowiązaniem do współpracy z dnia 5 maja 2008 r.).

Na dzień 13 maja 2008 r. P.P.H.U. „KONCEPT” Sp. z o.o. złożył oświadczenie, że w przedmiotowym zamówieniu zobowiązuje się do wykonania robót sanitarnych, a funkcję Kierownika Robót Sanitarnych będzie pełnił p. Henryk J., z którym, na dzień składania ofert, ma zawartą umowę na wykonywanie przedmiotowych obowiązków (oświadczenie załączone do protestu).

Jednocześnie Zamawiający dysponuje oświadczeniem z dnia 28 maja 2008 r. p. Henryka J., zgodnie z którym nie wyraża zgodny na objęcie stanowiska Kierownika Robót Sanitarnych w ramach kontraktów realizowanych przez Odwołującego się. Ponadto oświadcza, że jego dane osobowe podawane w ofertach składanych przez Odwołującego się rozpowszechniane są bez jego wiedzy. Dodatkowo, dnia 10 czerwca 2008 r. p. Henryk J., w piśmie adresowanym do Urzędu Miejskiego w Gorzowie Wlkp. oświadczył, że nie był związany żadną umową o pracę z firmami, które przedstawiły jego osobę w ofertach przetargowych na wykonanie remontu ul. Wyszyńskiego w Gorzowie Wlkp. i nie podejmuje się pełnienia obowiązków kierownika budowy i robót w branży sanitarnej.

W związku z wniesieniem protestu przez Odwołującego się, Zamawiający zwrócił się do P.P.H.U. „KONCEPT” Sp. z o.o. o przesłanie umowy zawartej z p. Henrykiem J. na wykonywanie obowiązków Kierownika Robót Sanitarnych. Dnia 23 czerwca 2008 r. została przesłana umowa zlecenie, zawarta 1 stycznia 2008 r. pomiędzy wskazanymi stronami, której przedmiotem jest współpraca w zakresie organizacji przetargów oraz zgoda na przedłożenie dokumentów zawodowych (uprawnień do kierowania robotami w zakresie sieci instalacji sanitarnych oraz sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych i gazowych) w wymienionym zakresie oraz w przypadku udzielenia zamówień zleceńodawcy, wykonywanie obowiązków kierownika robót. Rozpoczęcie prac nastąpi 1 stycznia 2008 r., a zakończenie 30 lipca 2008 r. Jednocześnie 1 stycznia 2008 r. Henryk J. złożył oświadczenie, w którym wyraził zgodę na zgłoszenie przez P.P.H.U. „KONCEPT” Sp. z o.o. (jak można wnioskować z treści oświadczenia) jego osoby na kierownika robót sanitarnych przy realizacji zamówień publicznych.

Wobec tak poczynionych ustaleń faktycznych, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że norma art. 22 ust. 1 ustawy Pzp adresowana jest do wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione przez podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W badanym stanie faktycznym takim podmiotem jest Odwołujący się, stąd powinien posiadać zdolność do wykonania zamówienia. Udział podwykonawców ogranicza się jedynie do realizacji części zamówienia i w żadnym razie nie może mieć wpływu na ocenę zdolności wykonawcy. Ustawodawca stworzył możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy, jednakże nie traktuje go jako uczestnika postępowania. Odwołujący się nie jest więc uprawniony do posługiwania się osobami, którymi dysponuje podwykonawca, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Działanie Odwołującego się, polegające na wskazaniu potencjału kadrowego spośród osób związanych z podwykonawcą (Kierownik Robót Sanitarnych) jest nieprawidłowe w świetle przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednak, że wykonawca, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu pozbawiony jest możliwości wzięcia w nim udziału. Przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji wykonawca musi podjąć decyzję, czy tworzy konsorcjum, czy rezygnuje z postępowania, gdyż samodzielnie nie będzie zakwalifikowany do udziału w postępowaniu. Odwołujący się miał więc wybór w tym zakresie, mógł utworzyć konsorcjum albo wskazać na Kierownika Robót Sanitarnych własnego pracownika (jak wynika bowiem z wyjaśnień Odwołującego się z dnia 6 czerwca 2008 r., zatrudnia on kierowników robót wszystkich branż) lub chociażby p. Henryka J., gdyby bezpośrednio z tą osobą nawiązał współpracę.

W tym stanie rzeczy Odwołujący się nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jednakże Zamawiający wykluczył Odwołującego się z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zamawiający uznał bowiem, wobec oświadczeń złożonych przez p. Henryka J. dnia 28 maja 2008 r. oraz 10 czerwca 2008 r., że treść oświadczeń Odwołującego się zawartych w Formularzu Nr 5, a odnoszących się do Kierownika Robót Sanitarnych, jest nieprawdziwa. Tymczasem zauważyć należy, że pierwsze z oświadczeń dotyczy braku zgody na objęcie spornego stanowiska i posługiwania się danymi zawodowymi bez wiedzy zainteresowanego. Z oświadczenia tego nie wynika jednak, że dotarło ono do Odwołującego się, czy też jego podwykonawcy. Tymczasem zgodnie z przepisem art. 61 § 1 k.c oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Podobnie drugie oświadczenie, w którym p. Henryk J. stwierdza, że nie podejmuje się pełnienia obowiązków Kierownika Robót Sanitarnych w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślenia wymaga również, że drugie z oświadczeń jest skierowane do Urzędu Miejskiego w Gorzowie Wlkp.

W tych okolicznościach twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania nie znajdują uzasadnienia. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że Odwołujący się miał wiedzę co do okoliczności stwierdzonych przez p. Henryka J. Co więcej, Odwołujący się posiadał zobowiązanie do współpracy ze strony P.P.H.U. „KONCEPT” Sp. z o.o. w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, z którego wynikało, że p. Henryk J. będzie współpracownikiem Odwołującego się w charakterze Kierownika Robót Sanitarnych (pismo z dnia 22 kwietnia 2008 r.), zaś o przedmiotowych oświadczeniach dowiedział się z odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, brak podstaw do uznania, że Odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje. Zatem zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Odwołujący się nie wykazał, na czym polega ewentualne naruszenie przepisu art. 7 ust. 2 ustawy Pzp, stąd zarzut ten należy uznać za chybiony.

Przyznać należy rację Zamawiającemu, o czym była mowa wyżej, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczy jedynie wykonawcy, nie jest więc możliwe łączenie potencjałów w tym zakresie z podwykonawcą. Skoro tak, to ewentualne wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W badanym stanie faktycznym, Odwołujący się wskazał na Kierownika Robót Sanitarnych osobę, którą dysponuje podwykonawca, zatem nie ma możliwości uznania, że Odwołujący się spełnił warunek w zakresie potencjału kadrowego. Stąd zarzut, że umowa zlecenia zawarta z p. Henrykiem J., obowiązuje do dnia 30 lipca 2008 r. pozostaje bez wpływu na

ocenę stanu prawnego. Jednakże wskazana okoliczność braku zdolności do wykonania zamówienia nie powoduje obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą i opinią Urzędu Zamówień Publicznych, w tych okolicznościach, Zamawiający zobowiązany jest w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Uznanie za uzasadniony dotychczasowego poglądu (przed nowelizacją z 2007 r.) o braku obowiązku wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów świadczących o braku spełniania warunków wprost prowadziłoby do nierównej sytuacji wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Oto bowiem wykonawca nie spełniający warunków, który złożył stosowny dokument, byłby wykluczony z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, natomiast wykonawca, który na dzień składania ofert również nie spełnia warunków, ale nie złożył wymaganego dokumentu byłby wezwany do uzupełnienia dokumentów. Zatem zarzut naruszenia powołanego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp również znalazł potwierdzenie.

Na marginesie należy dodać, że czynności Zamawiającego podjęte w celu weryfikacji oświadczeń Odwołującego się były uprawnione. Zamawiający bowiem, kiedy uzyska wiedzę na temat informacji składanych przez wykonawców z własnych źródeł jest zobowiązany zbadać, czy nie zachodzi okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji, czy nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Obowiązek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp może zaktualizować się na każdym etapie postępowania. Ustawodawca przewidział również możliwość żądania wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie oznacza to jednak, że dla oceny sytuacji nie może posłużyć się wiedzą, czy informacjami pochodzącymi od innych podmiotów.

Zauważyć należy również, że Zamawiający w swoich działaniach wykazuje się wysoką niekonsekwencją. Nie zakwestionował bowiem kandydatury na stanowisko Kierownika Robót Elektrycznych, który również nie znajduje się w dyspozycji Odwołującego się, a jego podwykonawcy.

Zamawiający w pkt 12.2.2. SIWZ postanowił, że zawartość oferty stanowi wypełniona Tabela Elementów Rozliczeniowych, zaś zgodnie z pkt 14.2. SIWZ cenę oferty należy obliczyć na podstawie zakresu i ilości – zawartych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych oraz cen jednostkowych skalkulowanych przez wykonawcę zgodnie z zasadami podanymi w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót oraz Dokumentacji Projektowej. Na stronach 3-14 oferty Odwołującego się znajduje się wypełniona przedmiotowa Tabela, która jest identyczna z wzorem Zamawiającego, co stanowi, że odpowiada treści SIWZ (pkt 27 SIWZ). Okoliczność tę strony przyznały również na rozprawie. W związku z powyższym

Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że kwestionowana oferta nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji, że podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, że podstawą oceny była Tabela Elementów Rozliczeniowych, a nie wydruki z programu kalkulacyjnego Odwołującego się. Nie jest prawdą, jak twierdzi Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, że „Odwołujący się dołączył do oferty kalkulacje w Tabeli Elementów Rozliczeniowych”. Odwołujący się jedynie wycenił poszczególne pozycje Tabeli, a przedstawienie sposobu kalkulacji nie było przez Zamawiającego wymagane. Skoro przedmiotowa Tabela, będąca w istocie kosztorysem ofertowym, nie zawierała błędów i była kompletna w stosunku do przedmiaru, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie posiadał uprawnienia do stwierdzenia, że treść ofert nie odpowiada treści SIWZ, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Prowadzenie przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, miało służyć stwierdzeniu ewentualnie tej okoliczności. Jednakże zarówno w piśmie z dnia 11 czerwca 2008 r., rozstrzygnięciu protestu, jak i w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie podnosi okoliczności stwierdzenia rażąco niskiej ceny, a dokonuje zmiany kwalifikacji wyjaśnień Odwołującego się, które uznaje, że stanowią podstawę do stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ. Z takim stanowiskiem Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza nie może się zgodzić. Prowadzenie postępowania wyjaśniającego, dotyczącego rażąco niskiej ceny, determinuje charakter wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego się. Sam Zamawiający bowiem w piśmie z dnia 21 maja 2008 r. żądał przedstawienia w szczególności elementów mających wpływ na ceny jednostkowe poszczególnych robót. Z tego wynika, że Odwołujący się mógł ograniczyć się do wskazania jedynie elementów istotnych cenotwórczo, co jak wynika z załączonych wyjaśnień uczynił. Stwierdzenie zatem na tej podstawie braku ujęcia kosztów w poszczególnych pozycjach robót Tabeli Elementów Rozliczeniowych, nie jest możliwe.

Bez znaczenia dla stwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, jest okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, iż kontrakt będzie rozliczany metodą obmiarową. Oznacza to jedynie tyle, że Zamawiający dokona zapłaty za roboty faktycznie wykonane według cen jednostkowych określonych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*