

Sygn. akt: KIO/UZP 205/09,

KIO/UZP 206/09,

KIO/UZP 207/09

WYROK

z dnia 6 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

**Członkowie: Izabela Niedziałek
Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 marca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **2 marca 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław,

B. Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław,

C. Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra** protestów:

A Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław z dnia 29 stycznia 2009 r.,

B Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław z dnia 29 stycznia 2009 r.,

C Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław z dnia 29 stycznia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław 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 wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~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 **115 426 zł 00 gr** (słownie: sto piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., RESTAL Sp. z o.o., IMEX-BIS Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław.**

U z a s a d n i e

Wykonawca – konsorcjum firm w składzie Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD SA we Wrocławiu (lider konsorcjum), RESTAL sp. z o.o. w Opolu i IMEX-BIS sp. z o.o. w Poznaniu - Odwołujący uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na bieżące utrzymanie dróg zarządzanych przez GDDKiA Oddział Zielona Góra w zakresie Zadania nr 5 Rejon Żary, Zadanie nr 3 Rejon Słubice, Zadanie nr 2 Rejon Nowa Sól

zarzucił w trzech odwołaniach Zamawiającemu, którym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wadliwość czynności polegającej na odrzuceniu oferty, pomimo, że Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania,
- art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego, który spełniał warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 oraz złożył dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków,
- art. 25 ust. 1 poprzez żądanie dokumentów nie wynikający z zapisów SIWZ i wykraczających poza opis przedmiotu zamówienia, a więc zbędnych do przeprowadzenia postępowania,
- art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że 8.12.08 złożył 3 oferty w postępowaniu, na trzy zadania, w tym na zadanie nr 5 Rejon Żary, zadanie nr 3 Rejon Słubice i zadanie nr 2 Rejon Nowa Sól.

W trakcie dokonywania oceny ofert Zamawiający zarzucił wykonawcy brak udokumentowania posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym, których posiadanie w opinii zamawiającego jest obowiązkowe w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej objętej tym zamówieniem definiując konkretne dokumenty:

- certyfikat kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy
- licencje na wykonywanie krajowego transportu rzeczy

- pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów (art. 28 ust. 1 ustawy odpadach z 27.04.2001 r.) obowiązujące w powiatach zielonogórskim, nowosolskim, żagańskim i krośnieńskim, (te same powiaty wskazano dla zadania nr 3 Rejon Słubice i zadania nr 2 Rejon Nowa Sól.

Odwołujący nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego powołał zapisy SIWZ określające warunki udziału w postępowaniu oraz wykaz dokumentów wymaganych przez Zamawiającego:

pkt 7. Warunki udziału w postępowaniu.

7.2.1. Warunki ogólne , 1) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;

8. Dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania warunków przez wykonawców

8.1. Dla potwierdzenia spełnienia warunków ogólnych, określonych w pkt 7.2.2. niniejszej Instrukcji dla wykonawców, Wykonawcy winni przedłożyć niżej wymienione dokumenty :

8.1.1. Koncesję, zezwolenie lub licencję, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym.

Odwołujący wskazuje, że przedmiotowe postępowanie jest wg definicji umieszczonej w SIWZ robotą budowlaną sklasyfikowaną wg Wspólnego Słownika Zamówień CPV 45.23.31.40-2, dla której wykonywanie prawo nie wymaga posiadania licencji i certyfikatów. Ponadto stwierdza, że postępowanie nie obejmuje świadczenia odrębnej, zarobkowej usługi transportu rzeczy i osób, a jedynie transport towarzyszący będący niezbędnym elementem umożliwiającym realizację świadczenia podstawowego, jakim jest bieżące utrzymanie dróg, postępowanie nie obejmuje także świadczenia odrębnej zarobkowej usługi sprzątnia, zbierania z pasa drogowego zanieczyszczeń, szczątków organicznych i nieorganicznych, odpadów itp. Odwołujący stwierdził również, że Zamawiający w udostępnionej dokumentacji przetargowej nie określił rodzaju i zakresu wymaganych certyfikatów i licencji oraz podstawy prawnej, z której ten wymóg wynika dla zamówienia, oraz wyraźnie nie wskazał, że oczekuje złożenia z ofertą konkretnych dokumentów, jak wynika z przytoczonej treści SIWZ.

Wskazując również, że Zamawiający dopuszcza w postępowaniu zlecenie wybranej części prac podwykonawcom nie ograniczając tego zakresu, żądanie złożenia wskazanych wyżej dokumentów Odwołujący uznaje za nieuprawnione.

W konkluzji Odwołujący stwierdza, że wymogu złożenia dokumentów, z powodu braku których został wykluczony, nie nałożono w tym postępowaniu. Czynność wykluczenia została dokonana w związku z nie uwzględnieniem przez Zamawiającego otrzymanych wyjaśnień.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert i uznanie jego oferty za najkorzystniejszą.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań przedstawiające następujące stanowisko.

Ww zakresie zadania nr 5 Rejon Żary wskazał jako przyczyny wykluczenia Odwołującego z postępowania nie uzupełnienie przez wykonawcę następujących dokumentów:

- 1/ certyfikat kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy,
- 2/ licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy,
- 3/ pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów obowiązujące w następujących powiatach: żarski, żagański, bolesławiecki,
- 4/ pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni PM 102, gdyż załączony dokument nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.
- 5/ załącznik do formularza 1.2 dotyczący pana Jana Stempla,
- 6/ załączniki do formularza 1.2 dotyczące Jana B., Edwarda Ś. oraz Tadeusza S. (dołączone nie zostały podpisane przez ww. osoby,
- 7/ dokumenty potwierdzające, iż wskazane w ofercie, a także w uzupełnieniu osoby posiadają odpowiednie doświadczenie.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący zakwestionował jedynie wykluczenie na podstawie nie uzupełnienia dokumentów z pkt 1 – 3 i nie odniósł się do pozostałych podstaw wykluczenia wskazanych w pkt 4 – 7, w związku z czym wykluczenie na tych podstawach stało się ostateczne i skuteczne.

Zamawiający stwierdził również, że czynność wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów nie została oprotestowana w terminie, a tym samym stała się ostateczna i skuteczna oraz niemożliwa do zakwestionowania na obecnym etapie. Zamawiający podniósł zarzut braku interesu prawnego Odwołującego z uwagi na nie zakwestionowanie wszystkich zarzutów wymienionych w informacji o wykluczeniu oraz nie oprotestowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W zakresie zadania nr 3 Rejon Słubice Zamawiający zakwestionował brak następujących dokumentów:

- 1/ certyfikat kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy,
- 2/ licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy,
- 3/ pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów obowiązujące w następujących powiatach: słubicki, gorzowski, sulęciński, krośnieński,
- 4/ pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni PM 102, gdyż załączony dokument nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

5/ dokumenty potwierdzające, iż wskazane w ofercie, a także w uzupełnieniu osoby posiadają odpowiednie doświadczenie.

Wskazał, że Odwołujący zakwestionował jedynie wykluczenie na podstawie nie uzupełnienia dokumentów z pkt 1 – 3 i nie odniósł się do pozostałych podstaw wykluczenia wskazanych w pkt 4 – 5, w związku z czym wykluczenie na tych podstawach stało się ostateczne i skuteczne.

Zamawiający stwierdził również, że czynność wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów nie została oprotestowana w terminie, a tym samym stała się ostateczna i skuteczna oraz niemożliwa do zakwestionowania na obecnym etapie. Zamawiający podniósł zarzut braku interesu prawnego Odwołującego z uwagi na nie zakwestionowanie wszystkich zarzutów wymienionych w informacji o wykluczeniu oraz nie oprotestowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W zakresie zadania nr 2 Rejon Nowa Sól Zamawiający zakwestionował brak następujących dokumentów:

Zamawiający (oddalając protest) wskazał jako przyczyny wykluczenia Odwołującego z postępowania nie uzupełnienie przez wykonawcę następujących dokumentów:

- 1/ certyfikat kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy,
- 2/ licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy,
- 3/ pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów obowiązujące w następujących powiatach: zielonogórski, nowosolski, żagański, krośnieński,
- 4/ pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni PM 102, gdyż załączony dokument nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert,
- 5/ załącznik do formularza 1.2 dotyczący pana Jana Stempla,
- 6/ załączniki do formularza 1.2 dotyczące Jana B., Edwarda Ś. oraz Tadeusza S. (dołączone nie zostały podpisane przez ww. osoby,
- 7/ dokumenty potwierdzające, iż wskazane w ofercie, a także w uzupełnieniu osoby posiadają odpowiednie doświadczenie.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący zakwestionował jedynie wykluczenie na podstawie nie uzupełnienia dokumentów z pkt 1 – 3 i nie odniósł się do pozostałych podstaw wykluczenia wskazanych w pkt 4 – 7, w związku z czym wykluczenie na tych podstawach stało się ostateczne i skuteczne.

Zamawiający stwierdził również, że czynność wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów nie została oprotestowana w terminie, a tym samym stała się ostateczna i skuteczna oraz niemożliwa do zakwestionowania na obecnym etapie. Zamawiający podniósł zarzut braku interesu prawnego Odwołującego z uwagi na nie zakwestionowanie wszystkich

zarzutów wymienionych w informacji o wykluczeniu oraz nie oprotestowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując na rozprawie zarzuty podniesione w odwołaniach, w oparciu o ustalony stan faktyczny na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczenia stron w toku rozprawy, uznała, iż podlegają one oddaleniu.

Rozpatrując łącznie odwołania od rozstrzygnięć protestów na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że zarzuty odwołań we wszystkich trzech sprawach tj. o sygn. KIO/UZP 205/09, KIO/UZP 206/09 oraz KIO/UZP 207/09 są tożsame.

Odwołujący kwestionuje bowiem wykluczenie go z postępowań dotyczących Zadania nr 5 Rejon Żary, zadania nr 3 Rejon Słubice i zadania nr 2 Rejon Nowa Sól z powodu braku między innymi następujących dokumentów:

- 1/ certyfikat kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy,
- 2/ licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy,
- 3/ pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów obowiązujące w powiatach odpowiadających miejscu wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia.

Z dokonanej przez skład orzekający Izby analizy treści SIWZ wynika, że nie zawierała ona tak sformułowanych warunków, ani nie zawierała wymogu przedłożenia wyżej wymienionych dokumentów. Sformułowano jedynie ogólne warunki zacytowane w pierwszej części uzasadnienia, a treść ich stanowi przeniesienie treści § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 1665 ze zm.) do treści specyfikacji bez skonkretyzowania i sprecyzowania wymogów. Wymienione trzy rodzaje dokumentów nie zostały zatem wskazane w postanowieniach SIWZ, co w konsekwencji czyniło nieuprawnionym żądanie ich złożenia.

Jednocześnie, jak wynika z przeprowadzonych przez Izbę ustaleń w postępowaniu w zakresie zadania nr 5 Rejon Żary dodatkowymi poza wyżej wskazanymi przyczynami wykluczenia z postępowania był brak pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni PM 102 potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, brak załącznika do formularza 1.2 dotyczącego pana Jana Stempla, brak załączników do formularza 1.2 dotyczącego Jana B., Edwarda Ś.

oraz Tadeusza S. wobec braku wymaganych podpisów tych osób, a także brak dokumentów potwierdzających, iż wskazane w ofercie, a także w uzupełnieniu osoby posiadają odpowiednie doświadczenie.

W postępowaniu w zakresie zadania nr 3 Rejon Słubice podstawą wykluczenia Odwołującego był brak, oprócz dokumentów wskazanych wyżej pod nr 1 – 3, dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert oraz dokumentów potwierdzających, iż wskazane w ofercie, a także w uzupełnieniu osoby posiadają odpowiednie doświadczenie.

W postępowaniu w zakresie zadania nr Rejon Nowa Sól dodatkowymi poza wyżej wskazanymi pod nr 1 - 3 przyczynami wykluczenia był brak pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni PM 102 potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, brak załącznika do formularza 1.2 dotyczącego pana Jana Stempla, brak załączników do formularza 1.2 dotyczącego Jana B., Edwarda Ś. oraz Tadeusza S. wobec braku wymaganych podpisów tych osób, a także brak dokumentów potwierdzających, iż wskazane w ofercie, a także w uzupełnieniu osoby posiadają odpowiednie doświadczenie.

Te przyczyny, nazwane dla potrzeb niniejszego rozstrzygnięcia we wszystkich trzech sprawach przyczynami dodatkowymi, nie były kwestionowane przez Odwołującego w toku prowadzonych postępowań, w szczególności nie były przedmiotem protestów na czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, jak również nie zostały podniesione w protestach na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowań i uznania jego oferty za odrzuconą.

W konsekwencji nie były, a ze względu na treść art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, nie mogły być skutecznie podniesione w rozpatrywanych odwołaniach. Skutkiem braku zarzutów do dodatkowych przesłanek wykluczenia, podstawy te stały się skuteczne i wiążące.

Ustalenie powyższe prowadzi do wniosku, że wykluczenie Odwołującego z rozpatrywanych postępowań jest czynnością ostateczną, która nie podlega wzruszeniu w trybie postępowań przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że Odwołujący utracił interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż niezależnie od oceny podniesionych przez niego zarzutów w proteście i odwołaniu utracił on przymiot wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, w rozpatrywanych przez skład orzekający sprawach.

Tym samym, jakkolwiek w toku postępowania stwierdzono naruszenie przepisów ustawy polegające na żądaniu dokumentów nie wskazanych w postanowieniach SIWZ, ustalenie to nie ma wpływu na wynik postępowania, jako że, jak ustalono i wykazano wyżej, czynność wykluczenia Odwołującego stała się skuteczna. Tym samym, biorąc pod uwagę przepis art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, mimo stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, brak jest podstaw prawnych do uwzględnienia rozpatrywanych odwołań.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji wyroku, rozstrzygając o kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....