

Sygn. akt: KIO/UZP 158 /10

WYROK
z dnia 19 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Eugeniusz Figurski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjno – Budowlany ELTOR Eugeniusz Figurski, Władysław Żyndul prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KJK” mgr inż. Władysław Żyndul, ul. Torowa 19, 59-800 Lubań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Bolesławiec, ul. Rynek 41 – Ratusz, 59-700 Bolesławiec** protestu z dnia 11 stycznia 2009 r.

przy udziale wykonawców **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia, COLAS Polska Sp. z o.o., ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania dokonanej na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Bolesławiec, ul. Rynek 41 – Ratusz, 59-700 Bolesławiec** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Eugeniusz Figurski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjno – Budowlany ELTOR Eugeniusz Figurski, Władysław Żyndul prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KJK” mgr inż. Władysław Żyndul, ul. Torowa 19, 59-800 Lubań,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miejską Bolesławiec, ul. Rynek 41 – Ratusz, 59-700 Bolesławiec** na rzecz **Konsorcjum: Eugeniusz Figurski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjno – Budowlany ELTOR Eugeniusz Figurski, Władysław Żyndul prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KJK” mgr inż. Władysław Żyndul, ul. Torowa 19, 59-800 Lubań,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 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 **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Eugeniusz Figurski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjno – Budowlany ELTOR Eugeniusz Figurski, Władysław Żyndul prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KJK” mgr inż. Władysław Żyndul, ul. Torowa 19, 59-800 Lubań.**

U z a s a d n i e

Zamawiający Gmina Miejska Bolesławiec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: Przebudowa ul. Zabobrze w Bolesławcu jako drogi alternatywnej w ciągu drogi krajowej Nr 4. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP nr 188341 w dniu 27 października 2009 r.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) w brzmieniu sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W dniu 5 stycznia 2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyniku postępowania oraz o wykluczeniu odwołującego Konsorcjum: Zakład Instalacyjno – Budowlany ELTOR Eugeniusz Figurski, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KJK” mgr inż. Władysław Żyndul z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VI.3 siwz tj. w zakresie posiadania przez osobę Eugeniusza K., zaproponowaną na stanowisko Kierownika budowy, wymaganego doświadczenia jako kierownik budowy w branży drogowej min. 5 lat. Jednocześnie zamawiający wybrał ofertę Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. w Bogatyni.

Konsorcjum ELTOR w dniu 11 stycznia 2010 r. wniosło protest wobec czynności odrzucenia jego oferty z naruszeniem art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że w pkt VI ust. 3 siwz określone zostało wymaganie, iż kierownik budowy musi posiadać co najmniej - łącznie 5 lat doświadczenia zawodowego jako kierownik budowy - co zgodnie z art. 20, art.21a, art. 22 oraz art. 25 ustawy Prawo budowlane oznacza pełnienie funkcji kierownika budowy bez względu na branżę realizowanego zadania. W treści siwz nie wymagano, aby do każdej branży wskazać inną osobę posiadającą stosowne uprawnienia oraz doświadczenie.

Doświadczenie zawodowe p. Eugeniusza K. jako kierownika budowy przedstawione w załącznikach do oferty oraz uzupełnieniu dokumentów z dnia 15 grudnia 2009 r. w zupełności potwierdza posiadanie stosownego doświadczenia. Zgodnie z przedstawionymi dokumentami, osoba ta posiada uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno - inżynierskiej oraz instalacyjno -inżynierskiej.

Odwołujący wniósł w proteście o:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o.
- uznanie oferty odwołującego za spełniającą warunki zawarte w siwz,

- dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego,
- dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- zawarcie umowy na realizację zamówienia z wnoszącym protest.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. oraz wykonawca COLAS Polska Sp. z o.o. przystąpili do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w ustawowym terminie, co stosownie do brzmienia art. 183 ust. 3 Pzp uznaje się za oddalenie protestu.

Konsorcjum ELTOR wniosło odwołanie, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp (w treści odwołania omyłkowo wskazano przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), przez uznanie, że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu w wyniku nie spełniania warunku posiadania przez p. Eugeniusza K. wymaganego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy w branży drogowej min. 5 lat.

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie powtórnej oceny ofert. Podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Załączył zestawienie doświadczenia zawodowego p. Eugeniusza K. na stanowisku kierownika budowy. Zarzucił naruszenie art. 183 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez rozstrzygnięcie protestu wniesionego przez firmę COLAS Polska Sp. z o.o., a nie rozstrzygnięcie protestu wniesionego przez odwołującego.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. oraz wykonawca COLAS Polska Sp. z o.o. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia

mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania i pozbawienie odwołującego w ten sposób możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, a jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest cena oferty z wagą 100%. Badając interes prawny odwołującego Izba stwierdziła ponadto, że oferta odwołującego jest zabezpieczona wadium w dniu rozpoznawania odwołania oraz była zabezpieczona wadium w momencie wniesienia protestu i odwołania. Izba nie stwierdziła, aby w trakcie postępowania wystąpiła przerwa w zabezpieczeniu oferty wadium przez odwołującego. Na czynność wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp odwołujący wniósł protest i odwołanie.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania na tej podstawie, że wykonawca nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji za niezasadne należy uznać zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Izba zauważa przy tym na marginesie, że w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania zastosowanie znajduje przepis art. 24 ust. 4 Pzp, który nakazuje uznanie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego za odrzuconą z mocy prawa. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp ma zastosowanie do trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których etap oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i etap składania ofert są odrębnymi etapami postępowania, co nie ma miejsca w przetargu nieograniczonym.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt VI.3 zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wskazując, że „wykonawca spełnia warunek, jeżeli dysponuje osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia, spełniającymi co najmniej następujące wymagania: Kierownik budowy posiadający, co najmniej:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności drogowej (zgodne z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r., Nr 83, poz. 578) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, odpowiednio w zakresie drogowym, oraz aktualny wpis do właściwej Izby Samorządu Zawodowego;
- łącznie 5 lat doświadczenia zawodowego jako kierownik budowy.”

W pkt VII.1. 4 siwz zamawiający wymagał złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji

zawodowych i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, sporządzone według załącznika nr 3 do siwz (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, wymienione dokumenty muszą złożyć wszyscy Wykonawcy łącznie, bądź wykonawca spełniający ten warunek), natomiast w ppkt 5 wymagał dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, których zakres, zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji (ppkt 2) obejmuje m.in. następujące roboty:

- rozbiórka istniejących nawierzchni jezdni i chodnika oraz wycinka zieleni,
- budowa nowych nawierzchni drogowych: jezdni i chodników, w tym jezdni o nawierzchni asfaltobetonowej, chodników z kostki betonowej, zatok autobusowych z kostki kamiennej,
- przebudowa odwodnienia,
- przebudowa oświetlenia,
- przebudowa wodociągu AC100 na De 160PE,
- rozwiązanie kolizji kablowych teletechnicznych (w tym światłowodowych) i energetycznych,
- przebudowa ogrodzeń i wykonanie barier ochronnych.

Odwołujący złożył w ofercie wykaz osób, w którym wskazał do pełnienia funkcji kierownika budowy osobę Eugeniusza K. Tę samą osobę wskazał także do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych.

W związku z tym, że wykaz zawarty w ofercie nie potwierdzał spełniania warunku co najmniej 5 - letniego doświadczenia zawodowego ww. osoby m.in. jako kierownika budowy zamawiający w dniu 11 grudnia 2009 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu. Przytaczając wymóg - co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego jako kierownik budowy i 3 lat doświadczenia jako kierownik robót sanitarnych i elektrycznych, wskazał, że z oferty nie wynika, iż p. Eugeniusz K. posiada 5 letnie doświadczenie w branży drogowej i 3 letnie doświadczenie w branży sanitarnej. Wykonawca uzupełnił wykaz w dniu 15 grudnia 2009 r.

Biorąc pod uwagę treść warunku określonego w pkt VI.3 siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw, aby wymagać wykazania min. 5 letniego doświadczenia jako kierownika budowy w branży drogowej od osoby wskazanej przez wykonawców do pełnienia funkcji kierownika budowy. Powyższy wymóg nie został zawarty w treści warunku, a przyjęcie zawężającej interpretacji warunku na etapie oceny ofert, z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia lub też z uwagi na rodzaj wymaganych uprawnień dla kierownika budowy – uprawnień budowlanych do kierowania

robotami w specjalności drogowej, stanowiłoby naruszenie zasadny uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto, wykładnia treści warunku nie jest konieczna i nie jest uzasadniona wówczas, gdy warunek został jasno i jednoznacznie opisany w siwz i ogłoszeniu. Zamawiający wymagał od osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy doświadczenia zawodowego (min. 5 lat) – „jako kierownik budowy”, a zatem niezależnie od branży, której dotyczyły inwestycje, w których osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy. Zamawiający oceniając spełnianie omawianego warunku, w sposób niezgodny z treścią warunku, wymagał wykazania dla kierownika budowy doświadczenia w zakresie kierowania budową w branży drogowej.

Z treści wykazu złożonego w ofercie odwołującego oraz wykazu złożonego w ramach uzupełnienia wynika, że odwołujący wykazał, iż p. Eugeniusz K. posiada ponad 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (nie wliczając w ten okres doświadczenia na równoległych inwestycjach, ani doświadczenia jako inspektora nadzoru), co potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VI.3 siwz. Niezależnie od powyższego, z treści wykazu wynika, że osoba ta spełnia równocześnie wymóg w zakresie doświadczenia, jako kierownik robót sanitarnych, co nie było kwestionowane przez zamawiającego. Wymagane doświadczenie zostało nabyte równocześnie w trakcie wykonywania funkcji kierownika budowy oraz kierownika robót sanitarnych.

Naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp miało wpływ na wynik postępowania, a zatem stosownie do art. 191 ust. 1a Pzp omówione okoliczności sprawy uzasadniały uwzględnienie odwołania.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 i ust. 1 a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

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

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 z późn. zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....