

Sygn. akt: KIO/UZP 29/10

WYROK
z dnia 4 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Anna Packo**
 Ewa Sikorska

Protokolant: **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **Zamojską Dyрекcję Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., ul Jana Kiepurу 6, 22-400 Zamość (lider konsorcjum); Ireneusz Grasko prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ZUB” Inżynier Ireneusz Grasko, ul. Janowska 11D, 21-500 Biała Podlaska** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. T.Boya Żeleńskiego 19 a, 35-105 Rzeszów** protestu z dnia 23 grudnia 2009 r.

przy udziale **Tomasza Siwowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa PROMOST CONSULTING Tomasz Siwowski w Rzeszowie, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. T.Boya Żeleńskiego 19 a, 35-105 Rzeszów** 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 firm: **Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., ul Jana Kiepury 6, 22-400 Zamość (lider konsorcjum); Ireneusz Grasko prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ZUB” Inżynier Ireneusz Grasko, ul. Janowska 11D, 21-500 Biała Podlaska,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery zero groszy) przez **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. T.Boya Żeleńskiego 19 a, 35-105 Rzeszów** na rzecz konsorcjum firm: **Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., ul. Jana Kiepury 6, 22-400 Zamość (lider konsorcjum); Ireneusz Grasko prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ZUB” Inżynier Ireneusz Grasko, ul. Janowska 11D, 21-500 Biała Podlaska,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum firm: **Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., ul. Jana Kiepury 6, 22-400 Zamość (lider konsorcjum); Ireneusz Grasko prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ZUB” Inżynier Ireneusz Grasko, ul. Janowska 11D, 21-500 Biała Podlaska.**

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

Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w ramach inwestycji pn. „Budowa Obwodowej Grębowa w ciągu drogi wojewódzkiej nr 871 Nagnajów – Tarnobrzeg – Grębów – Stalowa Wola”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 listopada 2009 r., poz. 224339-2009.

W dniu 17 grudnia 2009 r. (pismem z dnia 16 grudnia 2009 r.) Zamawiający poinformował konsorcjum firm: Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (lider konsorcjum), Ireneusza Grasko prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZUB” INŻYNIER Ireneusz Grasko z siedzibą w Białej Podlaskiej, zwane dalej

„Odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania z uwagi na brak dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 6.2.2. Instrukcji dla Wykonawców (Rozdział I SIWZ), tj. danych o doświadczeniu zawodowym osoby wskazanej na stanowisko weryfikatora technologa, podnosząc iż Andrzej Małysek udokumentował 19 miesięcy doświadczenia, które może być kwalifikowane jako projektowanie technologii nawierzchni drogowych. Pozostała doświadczenie dotyczy realizacji, przy których nie projektuje się nawierzchni drogowej.

Pismem z dnia 23 grudnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności:

- badania i oceny ofert,
- wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
- wyboru najkorzystniejszej oferty,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz wnosząc o:

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- odstąpienie od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
- powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonanie wyboru Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Natomiast Zamawiający nie skierował do niego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mimo iż powyższe wskazał jako podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Pismem z dnia 23 grudnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo Tomasz Siwowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa PROMOST CONSULTING Tomasz Siwowski z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „PROMOST CONSULTING”, otrzymał w dniu 28 grudnia 2009 r.).

W dniu 28 grudnia 2009 r. wykonawca PROMOST CONSULTING przystąpił do protestu (pismem z tej samej daty), przekazując jednocześnie kopię pisma Odwołującemu.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w ustawowym terminie.

Pismem z dnia 7 stycznia 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 8 stycznia 2010 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 7 stycznia 2010 r.;

data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 7 stycznia 2010 r.), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

W dniu 26 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PROMOST CONSULTING przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 9 grudnia 2009 r., działając w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o udzielonej gwarancji oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa w punkcie 6.2.2 Instrukcji dla wykonawców (Rozdział I SIWZ).

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący, pismem z dnia 14 grudnia 2009 r., przesłał oświadczenie o udzielonej gwarancji na okres 60 miesięcy oraz załącznik nr 4a dotyczący Andrzeja Małyszka.

Pismem z dnia 16 grudnia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na brak dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 6.2.2. Instrukcji dla Wykonawców (Rozdział I SIWZ), tj. danych o doświadczeniu zawodowym osoby wskazanej na stanowisko weryfikatora technologa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W niniejszym stania faktycznym podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania był art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w myśl którego wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie spełniają postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz ci wykonawcy, którzy nie przedstawili wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków. Tak więc wykluczenie wykonawcy na tej podstawie możliwe jest wyłącznie po dokonaniu przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, a więc czynności dokonanej w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Tymczasem Zamawiający, mimo iż jako podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepis nierozdzielnie związany jest z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaniechał czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia kwestionowanych dokumentów. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada bowiem na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o uzupełnienie zarówno dokumentów, jak i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego w sytuacji stwierdzenia ich braku.

Zamawiający jedynie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących oświadczenia o udzielonej gwarancji oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa w punkcie 6.2.2 Instrukcji dla wykonawców (Rozdział I SIWZ), nie precyzując jednak w jakim zakresie żądane wyjaśnienia mają zostać udzielone. Wątpliwości te mogą bowiem dotyczyć zarówno złożonych oświadczeń i dokumentów, jak i zawartej w nich treści, oraz ich formy. Z pisma Zamawiającego jednoznacznie nie można wywieść czego złożone wyjaśnienia miały dotyczyć, zwłaszcza że zakres art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest tożsamy z zakresem z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a wykluczeniem wykonawcy z postępowania skutkuje jedynie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż art. 26 ust. 4 ustawy Pzp znajduje zastosowanie dopiero wówczas, gdy Zamawiający mimo uzupełnienia ma wątpliwości co do prawidłowego udokumentowania postawionego przez niego warunku.

Skoro Zamawiający ustalił, iż Odwołujący nie spełnia postawionego wykonawcom warunku udziału w postępowaniu, a jak przyznał sam Odwołujący „na skutek omyłki” rzeczywiście nie wykazał on doświadczenia wymaganego od wykonawcy, powinien był wezwać go do uzupełnienia dokumentu, wskazując w jakim zakresie ów dokument powinien być uzupełniony, a więc jakie braki stwierdzono w treści złożonego wraz z ofertą dokumentu.

Tym samym Izba stwierdziła, iż czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania na skutek niespełniania warunków udziału w postępowaniu musi być poprzedzona wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów z jednoczesnym wskazaniem zakresu uzupełnienia.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....