

Sygn. akt: KIO 2510/11

WYROK
z dnia 1 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Krzysztofa Machnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59 oraz NEPTUN Sp. z o.o., 20-234 Lublin, ul. Metalurgiczna 1c w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „PARTNER” Sp. z o.o., 43-143 Łędziny, ul. Łędzińska 47

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MIKO-TECH Sp. z o.o., 43-190 Mikołów, ul. Żwirki i Wigury 58, HYDROBUDOWA POLSKA S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewskiej 35 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2478/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia w części 1 zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59 oraz NEPTUN Sp. z o.o., 20-234 Lublin, ul. Metalurgiczna 1c i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert złożonych na część 1 zamówienia z uwzględnieniem oferty odwołującego się.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MIKO-TECH Sp. z o.o., 43-190 Mikołów, ul. Żwirki i Wigury 58, HYDROBUDOWA POLSKA S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewskiej 35 i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Krzysztofa Machnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59 oraz NEPTUN Sp. z o.o., 20-234 Lublin, ul. Metalurgiczna 1c tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MIKO-TECH Sp. z o.o., 43-190 Mikołów, ul. Żwirki i Wigury 58, HYDROBUDOWA POLSKA S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewskiej 35 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Krzysztofa Machnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59 oraz NEPTUN Sp. z o.o., 20-234 Lublin, ul. Metalurgiczna 1c, kwotę **23 600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „PARTNER” Sp. z o.o. na *kontrakt W2: Budowa sieci kanalizacyjnej w Lędzinach: Lędziny i Smardzowice (część 1), Zamoście i Blych (część 2), Goławiec i Górki (część 3), Hołdunów (część 4)* - numer postępowania POIS.01.01.00-00-045/08/W2/2/2011, wobec wykluczenia z postępowania w części 1 zamówienia i uznania oferty złożonej w tej części przez konsorcjum w składzie Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” oraz Neptun Sp. z o.o., wykonawca ten wniósł w dniu 24 listopada 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2510/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 listopada 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wykluczeniu go z postępowania otrzymanego faksem w dniu 20 listopada 2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...), opisane poniżej.

Odwołujący zakwestionował zapisy specyfikacji (pkt 9.1.2 i 9 lit. b), w których zamawiający żądał wykonania usług projektowych w ciągu 5 a nie 3 lat oraz wykonania minimum 2 projektów, które uzyskały pozwolenie na budowę. Postanowienia te naruszały § 1.1 pkt 3 rozporządzenia, w którym wskazano na dokument potwierdzający, że usługi zostały wykonane należycie i nie przewiduje, że dla projektów ma być uzyskane pozwolenie na budowę. Zapis ten ogranicza krąg wykonawców, uniemożliwiając wykazanie się projektami, które nie uzyskały jeszcze pozwolenia na budowę, o czym wykonawca może jeszcze nie wiedzieć. Stanowi to istotne naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jako naruszające art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący uznał wymaganie dotyczące kierownika robót branży elektronicznej dysponowania osobą, która posiada uprawnienia do kierowania robotami bez ograniczeń, pomimo iż do tych robót elektrycznych, które obejmuje część 1 zamówienia, tj. zasilania pompowni o napięciu do 1 KV, aby móc nimi kierować wystarczające są uprawnienia z ograniczeniem do robót nieskomplikowanych. W oparciu o powyższe, odwołujący uznał, iż uprawnienia złożone w ofercie były wystarczające dla tej funkcji. Zamawiający zażądał uzupełnienia wykazu osób

nie podając formy w jakiej to ma być złożone. Nie podał czy to ma być nowy wykaz z nowymi osobami czy tylko uzupełnienie w piśmie jakie to mają być osoby i załączenie dla tych osób wymaganych dokumentów. Zdaniem odwołującego, uzupełnił on wykaz osób wskazując nową osobę na stanowisko kierownika robót elektrycznych i składając oświadczenie dotyczące jej kwalifikacji. Nie było podstaw do uznania, iż konsorcjum nie dysponowało wskazaną osobą na dzień składania ofert, gdyż z załączonego pisma z dnia 26.10.2011 – oświadczenia dotyczącego kwalifikacji wynika, że osoba ta jest zatrudniona w firmie konsorcjanta od 2006.05.12 do chwili obecnej. Uznanie, iż wykonawca nie uzupełnił wykazu z datą przed upływem terminu składania ofert zostało wskazane przez zamawiającego jako uzasadnienie dla wykluczenia konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W oparciu o przedstawioną argumentację odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy oraz art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy. Odwołujący, jako naruszającą art. 26 ust. 3 ustawy uznał wykładnię zgodnie z którą, uzupełnienie wymaganych dokumentów, w tym przypadku wykazu osób, może nastąpić wyłącznie przez złożenie nowego wykazu osób. Ustawa wprost mówi bowiem o uzupełnieniu dokumentu, co może nastąpić za pomocą innego dokumentu modyfikującego treść poprzednio złożonego dokumentu, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Nieuzasadnione jest również twierdzenie, iż uzupełnione dokumenty muszą być datowane na dzień upływu terminu do składania ofert. Nowo przedkładane dokumenty mają jedynie potwierdzać spełnienie wymogów na dzień składania ofert. Odwołujący prawidłowo uzupełnił swoją ofertę co do kierownika robót elektrycznych, a zamawiający wykluczając go z postępowania dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy oraz naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy dokonując wyboru oferty droższej od oferty odwołującego się.

Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania i odrzucenia jego oferty w części 1, unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum.

W dniu 28 listopada 2011 r. do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – konsorcjum firm: Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie.

Zamawiający w piśmie skierowanym do Prezesa Izby przed wyznaczonym terminem posiedzenia faksem uwzględnił w całości odwołanie (pismo z dnia 28.11.2011 r.). W imieniu uczestnika postępowania odwoławczego wezwanego w dniu 29.11.2011 r. do złożenia

oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, obecny na posiedzeniu Izby w dniu 1.12.2011 r. pełnomocnik wniósł sprzeciw.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wobec wniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego – konsorcjum firm: Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie, w odpowiedzi na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp rozpoznała odwołanie na rozprawie. Kierując odwołanie do rozpoznania, Izba nie stwierdziła wystąpienia okoliczności mogących prowadzić do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym i rozpoznała zarzuty merytorycznie. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się w dążeniu do uzyskania zamówienia, co wymaga wzruszenia decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty podniesione z uchybieniem terminu i dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których zamawiający ustalił sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału osobowego. W związku z upływem terminu do wnoszenia odwołania na postanowienia siwz, nie było możliwe na obecnym etapie postępowania formułowanie zarzutów naruszenia art. 22 ust. 4, art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także naruszenia § 1.1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów (...). W toku oceny ofert zamawiający był związany postanowieniami siwz, a ocena prawidłowości jego czynności dokonywana jest na podstawie ustalonej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podstawowy zarzut w odwołaniu dotyczy czynności wykluczenia konsorcjum Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, NEPTUN Sp. z o.o. (dalej zwani konsorcjum Machnik) z postępowania w części 1 zamówienia na podstawie art.

24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznania oferty na tą część za odrzuconą. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu konsorcjum Machnik z postępowania zamawiający wskazał, iż wykonawca nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego wykazu osób w wymaganym zakresie, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Robót Elektrycznych. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.10.2011 r. odwołujący przedłożył zamawiającemu pismo z dnia 26.10.2011 r., w którym wskazał na nową osobę do pełnienia funkcji Kierownika Robót Elektrycznych, a także załączył opis doświadczenia zawodowego tej osoby oraz złożył oświadczenie o posiadanych przez wskazaną osobę wymaganych uprawnieniach. Wszystkie złożone zamawiającemu dokumenty zostały opatrzone datą ich sporządzenia, tj. 26.10.2011 r. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego uznał, iż ze złożonych dokumentów nie wynika, że konsorcjum Machnik złożyło wymagane oświadczenia, co wypełniało przesłankę do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Przystępujący nie kwestionował zakresu uprawnień stwierdzonych wskazanymi w opisie doświadczenia uprawnieniami, wskazywał natomiast na niejednoznaczność oświadczeń uniemożliwiającą uznanie, iż wykonawca potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (w zakresie potwierdzenia dysponowania osobą na dzień złożenia oferty).

Zamawiający w pkt 9 ppkt 3 siwz wymagał w celu potwierdzenia spełnienia warunku dysponowania potencjałem kadrowym złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do IDW wraz z oświadczeniem, że osoby wskazane na stanowiska, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. W wykazie wymagano podania informacji o wskazywanych osobach, tj. okresie zatrudnienia, pełnionej funkcji w danym okresie, nazwy zamówienia, opisu robót, uprawnieniach (jeżeli dotyczyło) oraz podstawie do dysponowania tą osobą. Zamawiający uznawał za doświadczenie zawodowe okres od daty uzyskania uprawnień do daty składania ofert w niniejszym postępowaniu (pkt 9.3 lit e siwz).

Nie budziło sporu, iż wskazana w wykazie załączonym do oferty osoba na stanowisko Kierownika Robót Elektrycznych nie spełniała warunku dotyczącego posiadania uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektro-energetycznych bez ograniczeń. Stąd zamawiający prawidłowo zwrócił się do wykonawcy w piśmie z dnia 20.10.2011 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w tym zakresie. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, iż w przypadku braku możliwości wykazania, iż osoba wskazana w wykazie spełnia warunek udziału w postępowaniu, należy uzupełnić wykaz o nową osobę, a także oświadczenie, że

osoba wskazana na stanowisko, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiada wymagane uprawnienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba uznała, iż konsorcjum Machnik uzupełniło dokumenty i oświadczenia mające potwierdzać spełnianie warunku dotyczącego osoby na stanowisko Kierownika Robót Elektrycznych, a tym samym wykazało spełnianie tego warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, co czyniło zasadnym odwołanie w zakresie naruszenia art. Art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 oraz art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła uznania dla twierdzeń uczestnika postępowania odwoławczego o braku złożenia wymaganych oświadczeń. Konsorcjum Machnik prawidłowo uzupełniło wykaz wskazując nową osobę z wymaganymi uprawnieniami, z podaniem ich numeru, daty wydania i zakresu, a także przedstawiając informacje dotyczące jej kwalifikacji i doświadczenia. Opis doświadczenia zawodowego zawierał wymagane informacje dotyczące okresu zatrudnienia, pełnionej funkcji oraz nazwy i opisu zamówienia, co nie było kwestionowane. Nie miało znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu to, czy wykonawca przedstawił wymagane dane w formie tabelarycznej (zgodnie ze wzorem), czy też w formie opisowej. Kwestia sporna dotyczyła natomiast stwierdzenia, czy data, jaką opatrzone zostały dokumenty ma znaczenie dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Mając na uwadze treść i zakres informacji zawartych w dokumentach, Izba uznała, iż opatrzenie pisma datą jego sporządzenia nie stało na przeszkodzie ustaleniu, że wykonawca wykazał spełnianie warunku na dzień składania ofert. Oceniany warunek dotyczył dysponowania osobą na dzień składania ofert. W oświadczeniu złożonym w piśmie z dnia 26.10.2011 r., konsorcjum Machnik oświadczyło, iż dysponuje wskazywaną w zastępstwie osobą na podstawie umowy cywilno-prawnej. Dokonując wykładni tego oświadczenia należy również wziąć pod uwagę dalszą treść zawartą w opisie doświadczenia zawodowego, z którego wynika, iż osoba na dzień składania ofert pozostawała w stosunku zatrudnienia u jednego z konsorcjantów, a zatem nie budziło wątpliwości, iż wykonawca dysponował w dniu złożenia oferty osobą obecnie wskazywaną, co potwierdzały uzupełnione przez niego dokumenty. Wskazanie jako podstawy dysponowania umowy cywilno-prawnej czyniło zadość wymaganiu zamawiającego i nie mogło prowadzić do odmiennego wniosku, jak ten, że istnieje podstawa prawna stwierdzenia możliwości dysponowania osobą. Konsorcjum Machnik dodatkowo potwierdziło posiadanie uprawnień przez osobę mającą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w dodatkowym oświadczeniu opatrzonym datą jego sporządzenia tj. 26.10.2011 r. Mając na uwadze oświadczenie zawarte w piśmie, w którym odwołujący odniósł się do załącznika „Oświadczenie dotyczące kwalifikacji Kierownika Robót Budowlanych” wskazując, iż potwierdza ono spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, 26.08.2011 (do godz. 10:00), nie było podstaw do stwierdzenia, iż złożone dokumenty nie

wykazywały spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty. Nie znajdowały uzasadnienia twierdzenia uczestnika postępowania, iż wykonawca powinien wykazać się w jakiś dodatkowy sposób istnieniem porozumienia, co do udziału wskazanej osoby w realizacji zamówienia. W świetle postanowień specyfikacji, samo wskazanie na umowę cywilno-prawną było wystarczające, a tym samym zamawiający nie mógłby żądać dodatkowych dokumentów, których złożenia nie wymagał na etapie przygotowywania postępowania.

W świetle powyższego, Izba uznała, iż czynność wykluczenia konsorcjum Machnik w części 1 postępowania dokonana została z naruszeniem przepisów, a mając na uwadze, iż oferta ta była ofertą najtańszą, naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Uwzględniając odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba nakazała poza unieważnieniem czynności wykluczenia konsorcjum Machnik z postępowania w części 1 zamówienia również unieważnienie w tej części czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazała powtórzenie czynności oceny ofert.

Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania wnoszącego sprzeciw. Izba zliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 20.000 zł., zgodnie z §1.1 pkt 1 rozporządzenia oraz uzasadnione koszty odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości 3.600 zł..

Przewodniczący: