

Sygn. akt: KIO 2104/12

WYROK

z dnia 16 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2012 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Budowlano- Handlowe "Król" Sp. j., z siedzibą Bierzwienna Długa Kolonia, ul. Cegielniana 1, 62-650 Kłodawa,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych, ul. Mickiewicza 4, 62-650 Kłodawa,

przy udziale Wykonawcy - Przedsiębiorstwo KJS K..... S....., ul. Konarskiego 26, 62-600 Koło, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Budowlano- Handlowe "Król" Sp. j., z siedzibą Bierzwienna Długa Kolonia, poczta Kłodawa.

2. kosztami postępowania obciąża Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych przy ul. Mickiewicza 4 w Kłodawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Budowlano- Handlowe "Król" Sp. j., z siedzibą Bierzwienna Długa Kolonia, poczta Kłodawa

2.2. zasądza od Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych przy ul. Mickiewicza 4 w Kłodawie na rzecz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Budowlano- Handlowe "Król" Sp. j., z siedzibą Bierzwienna Długa Kolonia, poczta Kłodawa kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2104/12

Uzasadnienie

Zamawiający : Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych w Kłodawie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Budowę Sali Gimnastycznej przy Zespole Szkół Ponadgimnazjalnych w Kłodawie prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (nr post.: ZP.341.1.2012)

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Budowlano-Handlowe Król s.j. z siedzibą Bierzwienna Długa Kolonia, poczta Kłodawa (dalej: odwołujący) wniósł dnia 2 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu z postępowania Odwołującego oraz na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie jej zgodnie z przepisami art.24 ust.2 pkt.3 i 4 , 87 ust.1 i art.91 ustawy pzp.

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołujący wskazał, że został wykluczony z postępowania wobec uznania przez zamawiającego, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W następstwie wykluczenia Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, co do której w toku postępowania Odwołujący wniósł zastrzeżenia, skutkujące jego zdaniem obowiązkiem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania poprzedzona została wezwaniem -pismem z dnia 19.09.2012r. do uzupełnienia oferty o :

1/ oświadczenie, że osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;
2/ wykaz osób , które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia publicznego - na załączniku Nr 4 wraz ze wskazaniem ich uprawnień budowlanych, doświadczenia , podstawy dysponowania oraz informacją potwierdzającą wpis na listę właściwej izby samorządu zawodowego.

Pismem z dnia 24.09.2012r. Odwołujący przedłożył ww. dokumenty i złożył obszerne wyjaśnienia dotyczące uprawnień jednej z osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, do której uprawnień Zamawiający zgłaszał zastrzeżenia.

Pomimo wywiązania się z obowiązku nałożonego przez Zamawiającego w trybie art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, wskazując jako podstawę art. 24 ust.2 pkt.4.

W swym rozstrzygnięciu Zamawiający nie wyjaśnił jakie warunki udziału w postępowaniu nie zostały przez Odwołującego spełnione, ograniczając się do stwierdzenia cyt. „ w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Rozdział IV pkt.I pppkt.3"

W ocenie Odwołującego na etapie badania ofert, to właśnie wykonawca Przedsiębiorstwa KJS K..... S....., którego oferta oznaczona została Nr 16 winien być wykluczony z postępowania. Swoje zastrzeżenia do tej oferty Odwołujący zgłosił Zamawiającemu w piśmie z dnia 14.09.2012r.

Zamawiający na podstawie wyjaśnień wykonawcy składającego ofertę Nr 16 uznał, że brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pomimo, że w sposób oczywisty informacje zamieszczone w ofercie tego wykonawcy były nieprawdziwe (co do podstawy dysponowania potencjałem osobowym - umowa o pracę), a dołączone przez Odwołującego do pisma z dnia 14.09.2012r. oświadczenia Z..... Ż..... w sposób jednoznaczny wynikało, że wykonawca z oferty nr 16 nie może wykazać się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał na przepis art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Zamawiający w postępowaniu dysponował dwoma oświadczeniami Z..... Ż....., wzajemnie się wykluczającymi. Oświadczenie Z..... Ż..... złożone przez wykonawcę składającego ofertę Nr 16 nie dotyczyło tego konkretnego zamówienia, lecz bliżej nieokreślonych zamówień.

Ustawodawca wyraźnie wskazuje na obowiązek udowodnienia dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w konkretnym postępowaniu, a nie w bliżej nieokreślonych postępowaniach przetargowych.

Nadto ww. oświadczenie Z..... Ż..... nie zawierało także zobowiązania do zawarcia umowy o pracę, a jedynie wyrażenie zgody na zawarcie takiej umowy, bez wskazania istotnych postanowień takiej umowy, co rodziłoby po każdej ze stron zobowiązanie do jej zawarcia. Wykonawca składający ofertę Nr 16 w toku prowadzonego postępowania przedłożył jedynie poświadczony przez siebie zobowiązanie Z..... Ż....., a nie oryginał takiego zobowiązania.

Wykonawca ma obowiązek udowodnić, że przy wykonywaniu zamówienia będzie dysponował zasobami, w tym przypadku osobowymi. Treść oświadczenia Z..... Ż..... z dnia 13.09.2012r. poddaje w wątpliwość możliwość korzystania przez wykonawcę oferty nr 16 z ww. osoby, a nadto wskazuje na brak kwalifikacji do pełnienia funkcji kierownika branży elektrycznej.

Informacja o podstawie do dysponowania osobą, wpisana jako - umowa o pracę, okazała się nieprawdziwa, a w takiej sytuacji ten wykonawca nie może być nawet wzywany do uzupełnienia oferty w trybie art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wykazano wyżej i co potwierdza dokumentacja postępowania przetargowego Zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania dopuścił się naruszenia przepisów w zakresie badania i oceny ofert, które miały wpływ na wynik postępowania. Jakkolwiek Odwołujący w tym postępowaniu nie jest uprawniony do zaskarżania czynności zaniechania przez zamawiającego wykluczenia innego wykonawcy, to jednak Odwołujący ma interes w wykazaniu, iż czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert dokonane zostały z rażącym naruszeniem prawa, co wpływa bezpośrednio na interes Odwołującego, gdyż jego oferta jest konkurencyjna w stosunku do ofert, które mogą być brane pod uwagę w tym postępowaniu.

Niezbędnym jest więc powtórzenie czynności związanych z badaniem ofert i oceną, a następnie wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że postępowanie dotyczy przedmiotu zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wskazał, że odwołujący ma prawo kwestionować zgodnie z art. 180 ust. 2, jedynie czynność wykluczenia go z postępowania. Stwierdził, że podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami opisanymi w pkt. IV SIWZ na str. 5 i 6 (kierownik budowy, kierownik robót sanitarnych, kierownik robót elektrycznych). Zakwestionował w szczególności zakres uprawnień osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych (oferta - załącznik nr 4, str. 26-35). Wskazał na treść decyzji dla pana E..... F....., podstawę prawną wydania tej decyzji, datę, zakres przedmiotowy uprawnień i średnie wykształcenie tej osoby. Stwierdził, że wyjaśnienia odwołującego z 24 września 2012 r., nadal nie potwierdziły spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał między innymi na brak interesu odwołującego w rozumieniu art. 179 ustawy pzp, oraz zakres orzekania w sprawie o podprogowej wartości przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

Istotne w sprawie jest ustalenie, że prowadzone przez zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy przedmiotu zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. (okoliczność bezsporna). W tym stanie rzeczy odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności określonych w art. 180 ust. 2 ustawy pzp. W sprawie rozpatrywanej czynnością taką jest wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp wobec uznania, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego – wskazania osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia publicznego. Zastrzeżenia w tym zakresie zamawiający podniósł do uprawnień osoby mającej pełnić funkcję kierownika robót sanitarnych, dla której zgodnie z siwz wymagano doświadczenia co najmniej 3 lat liczonych od daty uzyskania uprawnień, posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych lub odpowiadających im uprawnień wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. (R. IV pkt 3 Ekspert 2 – SIWZ). W ocenie składu orzekającego odwołujący, który przedstawił kandydata na funkcję Eksperta 2 – kierownika robót sanitarnych, wykazał wymagane uprawnienia tej osoby, potwierdzone decyzją Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Poznaniu z dnia 18 listopada 1969 r. wydaną na podstawie wówczas obowiązujący przepisów prawa budowlanego z 31 stycznia 1961r. i przepisów wykonawczych. Osoba ta zachowała nabyte uprawnienia budowlane stosownie do art. 67 Prawa budowlanego z 1974 r. oraz kolejnej ustawy tj. art. 104 Prawa budowlanego z 1994 r.

Z powyższych ustaleń wynika, że zamawiający niezasadnie zastosował w odniesieniu do odwołującego się wykonawcy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp i naruszając ten przepis wykluczył wykonawcę z postępowania. Konsekwencją niniejszego stanowiska jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W zakresie podnoszonego przez zamawiającego i przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego braku interesu w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu przez odwołującego, w rozumieniu art. 179 ust. 1 oraz w kontekście okoliczności, że oferta odwołującego jest drugą w kolejności cenowo przy jedynym kryterium oceny ofert, jakim jest w niniejszym postępowaniu cena, Izba stwierdza, co następuje.

Podmiotem mającym interes w uzyskaniu zamówienia który może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (por. art. 179 ust. 1) jest także wykonawca, który ubiega się o przywrócenie do postępowania i zajęcie w nim drugiej pozycji w rankingu oceny ofert, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Ocena taka znajduje również oparcie w przepisach ustawy, która przewiduje możliwość wyboru jako

najkorzystniejszej i zawarcia umowy z kolejnym wykonawcą, którego oferta jest najkorzystniejsza w sytuacji uchylania się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę pierwotnie wybranego (por. art. 94 ust. 3 ustawy).

Zarzuty podniesione wobec wybranego wykonawcy, Izba pozostawiła bez rozpatrzenia wobec braku podstaw prawnych do kwestionowania czynności wyboru oferty w postępowaniu o wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: