

Sygn. akt: KIO 1342/15

WYROK

z dnia 8 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.M. Dobre Budownictwo M. R. z siedzibą w Elku, ul. Mickiewicza 34/19, 19-300 Elk** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Aktywności Zawodowej w Giżycku, Aleja 1 Maja 30, 11-500 Giżycko**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.M. Dobre Budownictwo M. R. z siedzibą w Elku, ul. Mickiewicza 34/19, 19-300 Elk i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.M. Dobre Budownictwo M. R. z siedzibą w Elku, ul. Mickiewicza 34/19, 19-300 Elk** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zakład Aktywności Zawodowej w Giżycku, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę i przebudowę budynku Zakładu Aktywności Zawodowej w Giżycku na potrzeby pralni”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 maja 2015 r., poz.76127.

W dniu 19 czerwca 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.M. Dobre Budownictwo M. R. z siedzibą w Ełku, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty, uzasadniając powyższe tym, że uzupełniony w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - dokument, tj. wykaz osób wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami na dzień otwarcia ofert. W treści dokumentu wykonawca przedstawił nowego kierownika robót sanitarnych Pana T. G. . Jednakże z załączonego dokumentu nie można wywieść, iż wykonawca dysponował wskazanymi osobami na dzień otwarcia ofert, tj. 10 czerwca 2015 r., ponieważ dokument został opatrzony datą 16 czerwca 2015 r., a więc 6 dni po otwarciu ofert. Żądanie potwierdzenia dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, na dzień otwarcia ofert wynika wprost z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 24 czerwca 2015 r. (pismem z dnia 22 czerwca 2015 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 24 czerwca 2015 r.), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności uznania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności uznania uzupełnienia wykazu osób, które będą brać udział w postępowaniu
3. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert

3. wybór najkorzystniejszej oferty, którą jest oferta odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający wezwał odwołującego, zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów, tj. wykazu osób wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, w terminie do 16 czerwca 2015 r. Odwołujący w dniu 16 czerwca 2015 r. złożył zamawiającemu wykaz osób zgodny z treścią załącznika nr 4 do SIWZ. Odwołujący wskazał w uzupełnionym wykazie osób nowego kierownika robót sanitarnych Pana T. G. .

Przedstawiona przez zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia argumentacja zamawiającego jest błędna. Zamawiający, wymagając wpisania daty składania ofert w wykazie osób, zmusza odwołującego do dokonania przestępstwa polegającego na antydatowaniu dokumentów.

Zamawiający zobowiązany jest bowiem do oceny i badania oferty jako całości, w tym dokumentów załączonych do oferty, jak i dokumentów składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący złożył do oferty dwa dokumenty, tj. oświadczenie o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz wykaz osób, będący jedynie wskazaniem osoby jaką odwołujący dysponuje. Oświadczenie potwierdza, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert (także w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia) i pozostaje ono aktualne przez cały czas. Odwołujący jedynie wskazał inną osobę, którą dysponuje, przedstawiając nowy wykaz osób, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Osoba Pana P. R. (wykazana pierwotnie w ofercie) spełniała warunki postawione przez zamawiającego, a tylko nierzetelna ocena zamawiającego powoduje, iż ma on wątpliwości co do posiadanych przez niego uprawnień na potwierdzenie tego faktu odwołujący przedstawi opinię z Podlaskiej Okręgowej Izby Inżynierów.

Reasumując wskazał, że dokumenty lub oświadczenia dostarczone na wezwanie zamawiającego mogą być opatrzone datą późniejszą niż termin składania ofert, jest to konsekwencją wezwania, nie zawsze bowiem uzupełniane są dokumenty, które znajdowały się w posiadaniu wykonawcy. Natomiast ważne jest, aby wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. W niniejszym postępowaniu, w kontekście złożonego do oferty Oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 Pzp, powyższe nie budzi wątpliwości.

W dniu 25 czerwca 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawcy otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 2 lipca 2015 r. (pismem dnia 29 czerwca 2015 r.) wykonawca Spółdzielnia Wielobranżowa Niegocin w Giżycku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 6 lipca 2015 r. (pismem z dnia 2 lipca 2015 r.) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, 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. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia wykonawcy Spółdzielni Wielobranżowej Niegocin w Giżycku do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego z uwagi na to, że zgłoszenie przystąpienia w formie przewidzianej przez przepisy ustawy Pzp zostało wniesione przez tego wykonawcę dopiero w dniu 2 lipca 2015 r., a więc po upływie terminu na jego zgłoszenie. Tymczasem wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni, od dnia otrzymania kopii odwołania bądź też zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej zamawiającego, wskazując stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Skoro więc zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia w dniu 25 czerwca 2015 r. to zgłoszenie winno być wniesione w przypisanej prawem formie najpóźniej w dniu 28 czerwca 2015 r. Tymczasem w terminie przewidzianym przepisami prawa zgłoszenie przystąpienia zostało dostarczone Prezesowi Izby po upływie terminu na jego zgłoszenie.

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

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 6 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w punkcie 1.3. podał, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 1.3.1. Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami posiadającymi uprawnienia budowlane w zakresie kierowania robotami budowlanymi, w tym: (...) 1 kierownikiem robót sanitarnych, który posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych (...)”.

Nadto w rozdziale 7 SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” pkt 2.3. i 2.4. podał, że „w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, których opis sposobu spełnienia określony został przez zamawiającego w rozdziale VI SIWZ, zamawiający żąda następujących oświadczeń i dokumentów: (...)

2.3.wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 4 SIWZ)

2.4.oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności wskazane w wykazie osób, posiadają wymagane uprawnienia (...)”.

Odwołujący w załączeniu do oferty złożył m.in. oświadczenie o posiadaniu wymaganych uprawnień przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (str. 33 oferty), wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (str. 19-21 oferty), w pozycji 2 którego wskazał do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych pana P. R., podając „uprawnienia budowlane Bł/101/93; upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej sieci i instalacji sanitarnych”. Do oferty załączył uprawnienia wskazanych w wykazie osób do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w tym Jana P. R. (str. 39-42 oferty). W treści decyzji dla Pana J. P. R. wskazano „posiada przygotowanie zawodowe, upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych” i jest „upoważniony /a/ do:

- 1) kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci i instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci sanitarnych i instalacji sanitarnych obejmujących:

- a) sieci wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i ciepłe uzbrojenia terenu
- b) instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i ciepłe.”

Zamawiający, pismem z dnia 12 czerwca 2015 r., działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów odpowiadających SIWZ, tj. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, który potwierdzi spełnianie warunku dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z rozdziałem 7, pkt 2.3. SIWZ. Jednocześnie podniósł, że z treści dołączonego do oferty wykazu wynika, że Pan P. R. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej sieci i instalacji sanitarnych. Jednak nie są to uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych i gazowych bez ograniczeń. Brakuje również uprawnień w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wentylacyjnych.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący, pismem z dnia 15 czerwca 2015 r., złożył nowy wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w treści którego jako kierownika robót sanitarnych wskazał Pana T. G. („uprawnienia budowlane WAM/0126/OWOS/08; upoważniające do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych”). Złożył także decyzję z dnia 10 grudnia 2008 r. dla Pana T. G. „do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający wymagał aby wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykazał się m.in. tym, że dysponuje osobą posiadającą uprawnienia budowlane w zakresie kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych.

Niewątpliwym jest także, iż z treści przedłożonego przez odwołującego wykazu nie wynika, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, tj. Pan J. P. R. posiada uprawnienia w pełnym zakresie wymaganym przez zamawiającego a więc w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych. Okoliczność ta nie wynika także ze złożonego dodatkowo przez wykonawcę dokumentu, tj. decyzji z dnia 9 kwietnia 1993 r. stwierdzającej przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie i przedłożonej przez tego wykonawcę wraz z ofertą. Nie wynika z niej bowiem pełny zakres uprawnień wymagany przez zamawiającego. Okoliczność ta nie wynika także, wbrew twierdzeniom odwołującego, ze złożonego przez niego pisma pochodzącego z Podlaskiej Okręgowej Izby

Inżynierów Budownictwa. Przedmiotem informacji nie jest decyzja stwierdzająca posiadanie określonych uprawnień przez Pana J. P. R. . Stwierdzono w niej bowiem jednoznacznie, że odnosi się ona jedynie do przepisów prawa będących podstawą nadania uprawnień budowlanych i nie ustosunkowuje się do zapisów konkretnej decyzji. Dlatego też „każdorazowo to decyzja nadająca uprawnienia budowlane wskazuje zakres prac projektowych lub robót budowlanych w konkretnej specjalności, w odniesieniu do których dana osoba może wykonywać określone samodzielne funkcje techniczne w budownictwie”. Tym samym zakres uprawnień posiadanych przez daną osobę należy oceniać indywidualnie zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu oraz przy uwzględnieniu przepisów będących podstawą ich wydania. Tak więc „jeżeli w treści decyzji nie został wymieniony jakiś rodzaj sieci bądź instalacji (np. instalacje klimatyzacyjno – wentylacyjne), to dane uprawnienia nie obejmują tego elementu”. Decyzja obejmuje bowiem swym zakresem tylko to co zostało w niej wskazane. Zamawiający prawidłowo więc uczynił wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 16 czerwca 2015 r. złożył uzupełniony wykaz osób. Niemniej jednak, jak wynika z jego treści, potwierdza on spełnienie warunku udziału w postępowaniu właśnie na ten dzień, a nie na dzień składania ofert, tj. na dzień 10 czerwca 2015 r.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (...) złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania (...) ofert. Dokumenty dla wykazania okoliczności braku podstaw do wykluczenia zostały w sposób enumeratywny i ścisły określony przepisami ustawy Pzp, które jednocześnie wymagają w art. 26a ustawy Pzp, aby „wykonawca na żądanie zamawiającego w i zakresie przez niego wskazanym wykazał nie później niż na dzień składania ofert, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1”. Koniecznym więc jest aby dokumenty oferty potwierdzały wszelkie wymagania nie później niż na dzień składania ofert. Co prawda art. 26 ust. 3 ustawy Pzp daje możliwość uzupełnienia oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z takim dokumentem w tym stanie faktycznym mamy do czynienia, nie odstępuje jednak od wymogu, że składane w tym trybie dokumenty i oświadczenia mają potwierdzać spełnienie ustalonych warunków, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Skoro więc złożony w wyniku uzupełnienia wykaz osób potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu dopiero na dzień 16 czerwca 2015 r. oznacza to, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Odwołujący, w wyniku uzupełnienia, nie wykazał bowiem, że dysponował w dniu otwarcia osób osobą

wskazaną do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych. Zamawiający prawidłowo więc uczynił wykluczając go z postępowania, a tym samym odrzucając jego ofertę.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokument złożony na rozprawie przez odwołującego, uznając ten dokument za stanowisko je składającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: