

WYROK

z dnia 19 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Grzegorz Mazurek

Andrzej Niwicki

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Pöyry Infra GmbH (lider), 79541 Lörrach, Röttelnweiler 22, Pöyry Infra Sp. z o.o., 31-123 Kraków, ul. Krupnicza 5/1, DB International GmbH, 10365 Berlin, Bornitzstraße 73-75** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia 14 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o. (lider), 40-857 Katowice, ul. Wolnego 12, ARCADIS Nederland B.V., 3812 Amersfoort, Pier Mondriaanlaan 26, ARCADIS Profil Sp. z o.o., Warszawa, ul. Puławska 182, Movares Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Świętojerska 5/7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Pöyry Infra GmbH (lider), 79541 Lörrach, Röttelweiler 22, Pöyry infra Sp. z o.o., 31-123 Kraków, ul. Krupnicza 5/1, DB International GmbH, 10365 Berlin, Bornitzstraße 73-75;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Pöyry Infra GmbH (lider), 79541 Lörrach, Röttelweiler 22, Pöyry Infra Sp. z o.o., 31-123 Kraków, ul. Krupnicza 5/1, DB International GmbH, 10365 Berlin, Bornitzstraße 73-75** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pöyry Infra GmbH (lider), 79541 Lörrach, Röttelweiler 22, Pöyry Infra Sp. z o.o., 31-123 Kraków, ul. Krupnicza 5/1, DB International GmbH, 10365 Berlin, Bornitzstraße 73-75;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie dokumentacji przedprojektowej i projektowej dla zadania „Budowa połączenia kolejowego MPL „Katowice” w Pyrzowicach z miastami aglomeracji górnośląskiej, odcinek Katowice-Pyrzowice”* (numer referencyjny II Z3d-0812-02/2008), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 105 pod pozycją 141034-2008.

W dniu 7 sierpnia 2008r. Zamawiający przekazał wykonawcą informacje o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu, Zamawiający wskazał, iż jeden z wykonawców został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż nie potwierdził spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a oferta drugiego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 106 k.c. W wyniku unieważnienia postępowania, protesty wnieśli obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

W dniu 14 sierpnia 2008r. protest do Zamawiającego złożyło konsorcjum utworzone przez Pöyry Inra GmbH (lider), Pöyry Inra Sp. z o.o., DB International GmbH, zwane dalej Konsorcjum. Czynnościom Zamawiającego zarzuciło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy przez wykluczenie Protestującego z udziału w postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo zaniechania wezwania Protestującego do uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów, zawierających błędy, a także naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy Protestujący złożył ofertę, która w wyniku uzupełnienia nie podlegałaby odrzuceniu. Podstawą wykluczenia Konsorcjum z postępowania, było nie wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – zaproponowana na stanowisko Koordynatora Projektu osoba Pana Ireneusza Z. nie posiada, zdaniem Zamawiającego uprawnień odpowiadających warunkowi określonemu w siwz. W ocenie Protestującego, decyzja Zamawiającego była przedwczesna, gdyż zapadła bez uprzedniego wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Protestujący przyznał, iż błędnie przyjął, że uprawnienia w zakresie specjalności elektryfikacji linii kolejowych odpowiadają uprawnieniom w zakresie specjalności kolejowej. W rezultacie dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (wykaz osób przeznaczonych do wykonania zamówienia; uprawnienia budowlane) błędnie dotyczyły uprawnień w zakresie specjalności elektryfikacji linii kolejowych.

Zamawiający 25 sierpnia 2008r. oddalił protest w całości. W uzasadnieniu Zamawiający podkreślił, iż zaproponowana osoba na Koordynatora projektu (Generalnego projektanta) powinna posiadać uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej. Tymczasem w swojej ofercie Konsorcjum przedstawiło osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności elektryfikacji linii kolejowej, które w obecnym stanie prawnym zawiera się w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. W ocenie Zamawiającego przepis art. 26 ust. 3 Pzp i art. 26 ust. 4 Pzp mają charakter wyjątkowy i powinny być

stosowane literalnie. Dokumenty złożone w ofercie Konsorcjum zostały złożone w sposób prawidłowy i nie zawierają błędów, a jedynie ich treść nie potwierdza postawionego w siwz warunku udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie prawidłowości swojego stanowiska Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2008 r. sygn. akt Ca 223/08.

Od rozstrzygnięcia protestu, Konsorcjum wniosło w dniu 29 sierpnia 2008r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym w całości podtrzymało swoje stanowisko, uzupełniając je o wypowiedzi doktryny.

W dniu 17 września 2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło konsorcjum podmiotów **Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o. (lider), 40-857 Katowice, ul. Wolnego 12, ARCADIS Nederland B.V., 3812 Amersfoort, Pier Mondriaanlaan 26, ARCADIS Profil Sp. z o.o., Warszawa, ul. Puławska 182, Movares Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Świętojerska 5/7.** Skład orzekający na posiedzeniu postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Interes prawny Odwołującego potwierdza się w tej o to okoliczności, że w przypadku potwierdzeniu zasadności zarzutów objętych odwołaniem, do postępowania przywrócona zostałyby oferta Konsorcjum i tym samym upadłaby podstawa unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów merytorycznych Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu, przed którym stanęła Krajowa Izba Odwoławcza sprowadza się do ustalenia rozumienia przesłanek stosowania art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655). Bezsporną bowiem, pomiędzy stronami była okoliczność złożenia w ofercie Konsorcjum dokumentu nie potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. dysponowania Koordynatorem Projektu (Generalny Projektant) posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej wraz z ważnym członkowstwem właściwej okręgowej izby inżynierów budownictwa. Warunek ten został opisany

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 8.2.1 lit. a – pozycja pierwsza tabeli. Na potwierdzenie spełniania warunku, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć dokument potwierdzający posiadane uprawnienia oraz dokument potwierdzający przynależność do właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego. Sam Odwołujący w treści odwołania, jak również na rozprawie potwierdził, iż wskazana przez niego w wykazie osoba mająca pełnić funkcję Koordynatora Projektu, tj. Pan Ireneusz Z. nie posiada uprawnień odpowiadających warunkowi ustanowionemu przez Zamawiającego w siwz. Zamawiający natomiast, mając na względzie przywołany w rozstrzygnięciu protestu, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2008 r. (sygn. IV Ca 223/08) uznał, iż w przedmiotowej sprawie nie miał podstaw do żądania uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze stan faktyczny przedmiotowego postępowania ustalony na rozprawie, stwierdziła, iż odwołanie jest zasadne. Przywołane orzeczenie Sądu Okręgowego, jakkolwiek zapadłe w podobnej sprawie toczącej się pomiędzy tymi samymi podmiotami, nie ma znaczenia dla rozpoznania niniejszego odwołania. Wyrok Sądu, chociaż dotyczył podobnej materii, tj. wyjaśniania treści dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu (uprawnienia budowlane) dołączonego do oferty, zapadł w odmiennym stanie faktycznym, niż będący podstawą obecnego rozstrzygnięcia składu orzekającego Izby. Różnica pomiędzy stanem sprawy obecnie rozstrzyganej, a będącej przedmiotem wyroku Sądu Okręgowego, ma zasadnicze znaczenie z punktu oceny zasadności zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na etapie postępowania skargowego, sąd wypowiedział się co do dopuszczalności żądania złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, lub ponownego uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w sytuacji, gdy ocena raz już uzupełnionych dokumentów budzi wątpliwości co do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W treści uzasadnienia Sąd Okręgowy podkreślił, iż niedopuszczalna jest złożenie wyjaśnień prowadzących do zmiany treści oferty. „Wyjaśnienia, które mogą dotyczyć nie tylko oświadczenia wykonawcy, ale również załączników stanowiących integralną część oferty, nie mogą zmieniać treści dokumentów, a taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu”.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Izba uznała, iż Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., zanim podjął decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum. W ocenie składu orzekającego, *ratio legis* art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza uzupełnianie dokumentów poprzez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści (podobnie KIO w wyroku z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. 58/07). Przyjęcie za niedopuszczalne w świetle powołanego przepisu, żądanie uzupełniania dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy, w przypadku gdy zostały one

pierwotnie załączone do oferty, jednak ich treść nie potwierdza spełniania warunku, czy też wymagań Zamawiającego, stałoby w sprzeczności z naczelną zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniających równe traktowanie wykonawców. Prowadzić by to mogło do uprzywilejowania wykonawców, którzy w ogóle nie złożyli dokumentu, względem wykonawców, którzy wprawdzie złożyli dokument, jednak nie jest on właściwy, tj. wskazuje że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawcy, którzy nie potwierdzili spełniania warunku określonego w siwz w momencie złożenia oferty, byłiby w różny sposób traktowani. W pierwszym przypadku Zamawiający byłby zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, a w drugim musiałby wykonawcę wykluczyć. W ocenie składu orzekającego takie rozumienie zastosowania art. 26 ust. 3 jest niedopuszczalne.

W związku z powyższym Izba przyznała rację Odwołującemu, iż złożenie w ofercie dokumentu wskazującego na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie przesłanek art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba podkreśla, iż nie ma podstaw prawnych do przyjęcia za dopuszczalną w świetle powołanego artykułu możliwość wielokrotnego korzystania z dobrodziejstwa przepisu względem tego samego dokumentu. Jeżeli wykonawca raz wezwany do uzupełnienia konkretnego dokumentu przedkłada ponownie dokument nie potwierdzający spełnianie warunku, Zamawiający nie ma prawa ponownie żądać jego uzupełnienia.

Izba stwierdza, iż uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nie stanowiłoby niedopuszczalnej, w świetle ustawy zmiany treści oferty. Skoro ustawodawca w art. 26 ust. 3 wprowadził regulację dotyczącą uzupełniania dokumentów, dopuścił tym samym możliwość ingerowania w treść pierwotnie złożonej oferty. Ustawodawca jednocześnie nie wskazał, jakiego typu błędy kwalifikują dokument do uzupełnienia. Tym samym, skoro Wykonawca popełnił błąd przez wskazanie osoby, w jego ocenie spełniającej warunki, Zamawiający nie ma możliwości oceny charakteru tego błędu. Zamawiający zobowiązany był natomiast, jeżeli oferta Wykonawcy nie podlega z innych powodów odrzuceniu, lub jeżeli nie zachodzą okoliczności prowadzące do unieważnienia postępowania, wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*