

Sygn. akt KIO/UZP 846/10

WYROK

z dnia 24 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Międzygminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „EKOWIK” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 84-120 Władysławowo, ul. Droga Chłapowska 21** protestu z dnia 22 kwietnia 2010 roku

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna, KTS Elpom Spółka Akcyjna, 80 – 264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Międzygminnemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji „EKOWIK” Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, 84-120 Władysławowo, ul. Droga Chłapowska 21 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal

Warszawa Spółka Akcyjna, Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

2. Kosztami postępowania obciąża Międzygminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „EKOWIK” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 84-120 Władysławowo, ul. Droga Chłapowska 21 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 uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Międzygminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „EKOWIK” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 84-120 Władysławowo, ul. Droga Chłapowska 21** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A**

Uzasadnienie

Zamawiający - Międzygminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „EKOWIK” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 84-120 Władysławowo, ul. Droga Chłapowska – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową i przebudową oczyszczalni ścieków w Jastrzębiej Górze.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A wnieśli protest na czynności zamawiającego polegające na:

- 1) wykluczeniu z postępowania Konsorcjum Mostostal na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm, w skład którego wchodzi: Hydrobudowa Gdańsk SA, z siedzibą w Gdańsku oraz KTS ELPOM SA, z siedzibą w Nadarzynie, zwanego dalej „Konsorcjum Hydrobudowa-KTS”;
- 3) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Mostostal.

Oprotestowanym czynnościom zamawiającego odwołujący się zarzucił naruszenie art. 22 ust 1, w zw. z art. 24 ust 2 pkt 3, art. 7 ust 1 i ust 3 oraz art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

Na skutek wykluczenia Protestującego i zaniechania wyboru oferty Konsorcjum Mostostal interes prawny Protestującego doznał uszczerbku poprzez pozbawienie go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę fakt iż oferta Protestującego jest tańsza od oferty wybranego wykonawcy, a kryterium ceny było jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, oferta Protestującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą spośród złożonych w postępowaniu ofert

Z uwagi na powyższe Protestujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum Mostostal;
- 2) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa-KTS;

3) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal.

W uzasadnieniu protestujący podniósł, że w dniu 13 kwietnia 2010 r. powziął wiadomość o dokonanej przez zamawiającego czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa-KTS. W przedmiotowym piśmie zamawiający wskazał również powody, dla których dokonał wykluczenia protestującego z postępowania, czym naruszył jego interes prawny.

Jedną z przyczyn wykluczenia protestującego z postępowania było niezłożenie i nieuzupełnienie na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego w odniesieniu do kierownika budowy oraz technologa

Zgodnie z postanowieniami siwz i ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązani byli do wykazania się dysponowaniem następującymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia:

b/ kierownik budowy - posiadający co najmniej 5 letnia doświadczenia na stanowisku kierownika robót lub na stanowisku kierownika budowy lub na stanowisku inspektora nadzoru, w okresie ostatnich 10 lat, w tym doświadczenia przy budowie, rozbudowie, przebudowie lub modernizacji, co najmniej 1 (słownie: jednej) oczyszczalni ścieków o przepustowości, co najmniej CW 5 000 m³/d, posiadający uprawnienia bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno budowlanej lub uprawnienia w żądanej specjalności, która nie zawierają żadnych ograniczeń, w tym znaczeniu, że pozwalają na wykonywanie czynności będących przedmiotem zamówienia niezależnie od momentu ich wydania, (...)

f/ technolog - posiadający, w okresie ostatnich 10 lat doświadczenie zawodowa jako kierownik, technolog oczyszczalni ścieków, kierownik rozruchu technologicznego, podczas rozbudowy, przebudowy, lub modernizacji oczyszczalni ścieków: o przepustowości co najmniej Q_{dśr} 5 000 m³/d.

Dodatkowo zamawiający zawarł wymóg, że „Wykonawca jest zobowiązany udokumentować posiadanie przez ww. osoby żądanych uprawnień zgodnie z

Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z 30.12.1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...) oraz żądanego doświadczenia poprzez złożenie: - dokumentów stwierdzających, że osoby (...) posiadają wymagane uprawnienia (...); - dokumentów stwierdzających, że osoby wymienione w ppkt a), b), c), d), e) i f) posiadają wymagana doświadczenie zawodowe - umowa o pracę na stanowisku kierownika, technologa lub umowa zlecenia,

umowa o dzieło lub Inna dokumenty świadcząca o nabytym doświadczeniu (świadcstwo pracy, referencje, itp)".

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku Zamawiający zażądał od wykonawców przedstawienia następujących dokumentów:

1) *wykazu osób (stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ), którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, z podaniem następujących danych: - osobowych (imię i nazwisko), firma; - dot. ich kwalifikacji zawodowych; - dot. ich doświadczenia; - dot. ich wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia (zgodnie z pkt. II lit b pkt 2) oraz zakres wykonywanych czynności;*

2) *pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w pkt 8 (załącznik nr 6 do SIWZ), Wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował innych podmiotów,*

3) *dokumenty potwierdzające posiadanie przez osoby wskazane w wykazie (stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ) wymaganych uprawnień i doświadczenia (zgodnie z pkt. II lit. b pkt 2).*

Przedmiotowe dokumenty zgodne są z obowiązującym w chwili wszczęcia przedmiotowego postępowania rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 z późn. zm.). Jedynym dokumentem, który został zażądany ponad postanowienia rozporządzenia był dokument stwierdzający, że osoby wymienione w ppkt a), b), c), d), e) i f) posiadają wymagane doświadczenie zawodowe - umowa o pracę na stanowisku kierownika, technologa lub umowa zlecenie, umowa o dzieło lub inne dokumenty świadczące o nabytym doświadczeniu (świadcstwo pracy, referencje, itp.).

Protestujący w ofercie złożył wymagane dokumenty. W odniesieniu do Pana Zbigniewa S wskazanego przez Konsorcjum Mostostal na stanowisko kierownika budowy, protestujący niezależnie od wymaganych uprawnień budowlanych oraz zaświadczenia z izby inżynierów budownictwa, załączył dla niego umowę o pracę i świadectwa pracy - potwierdzające wskazane w Wykazie osób (...) doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy. Dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w dniu 11.03.2010 r. protestujący uzupełnił dokumenty potwierdzające doświadczenie Pana Zbigniewa S, proponowanego na stanowisko kierownika budowy, dotyczące realizacji

oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej $Q_{dśr} 5\ 000\ m^3/d$. Protestujący – zgodnie z możliwością, jaką dopuścił zamawiający – przedstawił inny dokument świadczący o nabytym doświadczeniu, tj. złożył oświadczenie o podjęciu obowiązków kierownika budowy inwestycji „Budowa i Uruchomienie Oczyszczalni Ścieków w Katowicach” z poświadczeniem wpływu do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Katowicach.

Podobną argumentację przedstawił odwołujący się w odniesieniu do decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego się z uwagi na niespełnienie warunku dysponowania osobą wskazaną na stanowisko technologa. Obie spośród przedstawionych przez odwołującego się osób, tj. zarówno Pan Jarosław P, jak i Pan Wiesław W posiadają wymagane w siwz doświadczenie, na dowód czego został przedstawiony dokument prywatny w postaci „Wykazu osób” zawierający informacje dotyczące doświadczenia oraz dopuszczone przez zamawiającego inne dokumenty świadczące o nabytym doświadczeniu (w przypadku Pana Jarosława P – umowa zlecenia, a w przypadku Pana Wiesława W – protokół odbioru końcowego robót). Dokonane w dniu 11 marca 2010 roku uzupełnienie oferty na wezwanie zamawiającego, zmierzające do przedstawienia nowej osoby na stanowisko technologa – Pana Wiesława W – zostało dokonane z ostrożności procesowej. Jednocześnie w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przedstawiając nową osobę na to stanowisko odwołujący się załączył dokument, stanowiący potwierdzenie dysponowania Panem Wiesławem W, który posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika rozruchu technologicznego na oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej $Q_{dśr} 5\ 000\ m^3/d$ oraz kopię protokołu odbioru końcowego robót na oczyszczalni ścieków w Pruszkowie potwierdzającą, że pan Wiesław W pełnił funkcję Kierownika rozruchu na ww. oczyszczalni.

Ponadto protestujący zakwestionował zarzut, iż nie poświadczył za zgodność z oryginałem tłumaczenia z języka obcego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych wystawionego przez Ministerstwo Środowiska Naturalnego i Morskiego oraz tłumaczenia z języka obcego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych wystawionego przez dyrektora.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2010 roku zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że:

- 1) uwzględnił protest w części dotyczącej zarzutu nr II – braku poświadczenia za zgodność z oryginałem tłumaczenia z języka obcego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych wystawionego przez Ministerstwo Środowiska Naturalnego Rolnego i Morskiego oraz tłumaczenia z języka

obcego potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych wystawionego przez dyrektora

2) oddalił protest w pozostałej części.

W dniu 10 maja 2010 roku (wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych) protestujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście w części nieuwzględnionej przez zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu znajdują zastosowanie przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 188, poz. 1155). Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający może żądać wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Rozporządzenie nie przewiduje innych dokumentów, mających potwierdzać doświadczenie osób przewidzianych do realizacji zamówienia i w tym zakresie akt ten nie pozostawia zamawiającemu swobody poprzez możliwość żądania przedstawienia innych dokumentów aniżeli te wymienione w rozporządzeniu.

Zasadnym jest zatem stwierdzenie, iż żądanie zamawiającego do przedstawienia dokumentu stwierdzającego, że osoby przewidziane na stanowisko kierownika i technologa mają wymagane doświadczenie zawodowe, tj. umowy o pracę, umowy zlecenie, umowy o dzieło lub innego (np. świadectwa pracy, referencje) pozostawało w sprzeczności z przepisami wskazanego wyżej rozporządzenia. Wykonawcy, którzy nie przedstawili

dokumentów, których zamawiający nie mógł żądać, nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nie złożenia tychże dokumentów.

Niewątpliwie postępowanie o udzielenie zamówienia należy do kategorii zdarzeń prawnych określonych w prawie cywilnym materialnym jako czynności prawne. Zgodnie zaś z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W przedmiotowej sprawie zamawiający w siwz zawarł zapisy sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Dotyczy to dokumentów, o których mowa na str. 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stwierdzających, że osoby wymienione w pkt a, b, c, d, e i f posiadają wymagane doświadczenie zawodowe – umowa o pracę na stanowisku kierownika, technologa lub umowa zlecenie, umowa o dzieło lub inne dokumenty świadczące o nabytym doświadczeniu (świadcstwo pracy, referencje itp.). W tej sytuacji zastosowanie znajdzie art. 58 K.c., który w § 1 stanowi, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna. Stosownie zaś do treści § 3 *in principio* tegoż artykułu, jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części. Nieważna czynność prawna (lub jej część) jest nieważnością bezwzględną, co oznacza, że czynność ta nie wywołuje żadnych skutków prawnych i każdy, kto ma w tym interes prawny, może się na tę nieważność powołać.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż wskazane powyżej zapisy siwz, jako sprzeczne aktem wykonawczym do ustawy Pzp, jakim jest rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane, należy uznać za nieważne, a tym samym zamawiający nie może powoływać się na nie w toku postępowania.

W związku z tym, że Izba stwierdziła naruszenie przepisów mające wpływ na wynik postępowania, orzekła jak w sentencji wyroku na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1, ust. 2 zd. 1 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....