

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Hydrogeo-Polska S.A., ul. Starościńska 1b lok. 6, 02-516 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Turystyczna 7A, 20-207 Lublin,**

przy udziale wykonawcy: **Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "TRAKT" Sp. z o.o., Górki Szczukowskie 1, 26-065 Piekoszów,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Lublinie powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie **Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych "TRAKT" Sp. z o.o.,** do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych załączonego do jego oferty, w formie oświadczenia, wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w odniesieniu do osób posiadających wymagane uprawnienia w pełnym zakresie w branży telekomunikacyjnej i elektroenergetycznej;

2. kosztami postępowania obciąża **Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "TRAKT" Sp. z o.o., Górki Szczukowskie 1, 26-065 Piekoszów** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Hydrogeo-Polska S.A., ul. Starościńska 1b lok. 6, 02-516 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych "TRAKT" Sp. z o.o., Górki Szczukowskie 1, 26-065 Piekoszków** na rzecz **Hydrogeo-Polska S.A., ul. Starościńska 1b lok. 6, 02-516 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na rozbudowę drogi wojewódzkiej Nr 747 Iłża - Konopnica na odc. Konopnica – Kamień; Etap II, Zadanie II - rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 747 Iłża - Lipsko -Solec n/ Wisłą - Opole Lubelskie -Bełżyce- Konopnica od km. 69+720 do km. 76+720.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 12 kwietnia 2012 r., poz. 2012/S 71-117834 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 8 sierpnia 2012 r. Hydrogeo -Polska S.A. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3, poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i uznanie protestu jako zasadny,
- 2) art. 24 ust.2 pkt.3 i 4 przez zaniechanie wykluczenia Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Trakt Sp. z o.o.,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt.5 - nie odrzucenie oferty wykonawcy, którego podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2012 r. uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych - Trakt Sp. z o.o. w Górkach Szczukowskich, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący). Przystępujący w dniu 17 sierpnia 2012 r. wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W ocenie Odwołującego, osoby wskazane przez Przystępującego na stanowiska kierownika

robót branży telekomunikacyjnej (B..... Ś.....) i kierownika branży elektroenergetycznej (B..... N.....) nie spełniają warunku postawionego przez Zamawiającego, ponieważ posiadają uprawnienia z ograniczeniami, a Zamawiający wymagał uprawnień bez ograniczeń. Treść uprawnień, ujawniona w załączeniu do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego (do oferty załączono jedynie wykaz osób i opis uprawnień), wskazuje na zakres uprawnień węższy, niż odpowiadający uprawnieniom bez ograniczeń wydanych na podstawie obowiązujących przepisów. W konsekwencji Przystępujący powinien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 3 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Odwołujący podnosił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt. 3 ustawy Prawa zamówień publicznych, gdyż tak w ofercie jak i w odpowiedzi na żądanie Zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych) wykonawca ŚPRD - Trakt poświadczył nieprawdę w swoich oświadczeniach złożonych w ofercie załączniku H i poz. 3 i 4 tabeli .

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) wykluczenie z przedmiotowego postępowania wykonawcy ŚPRD - Trakt Sp. z o.o.;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert.

Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, że na podstawie oświadczenia załączonego do oferty Przystępującego powziął wątpliwość, czy wskazane osoby posiadają uprawnienia bez ograniczeń. W oświadczeniu tym opisano na str. 27 i 28 oferty Przystępującego zakres posiadanych uprawnień i numer decyzji, w której je nadano. Powyższy opis spowodował właśnie wątpliwość co do istnienia ograniczeń w uprawnieniach budowlanych odnośnie dwóch osób wskazywanych w odwołaniu. Ponieważ Zamawiający nie żądał w ogłoszeniu i SIWZ załączenia uprawnień, wezwał Przystępującego w dniu 19 lipca 2012 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanych uprawnień. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiający otrzymał wyjaśnienia, z których wówczas dla Zamawiającego wynikało, że Przystępujący warunek udziału w postępowaniu spełnia i ponieważ nie mógł ani sam wystąpić o wszczęcie procedury wyjaśniającej do odpowiedniej Izby Inżynierów Budownictwa, ani zażądać dokumentów, które nie były wymagane SIWZ, uznał, na podstawie złożonych wyjaśnień, że Przystępujący warunek spełnia. Natomiast z chwilą wpłynięcia odwołania i przystąpienia do odwołania podjął decyzję o uwzględnieniu odwołania, ponieważ przekonała go argumentacja Odwołującego.

Przystępujący na rozprawie podkreślał znaczenie świadomości przy ocenie skutków złożonego oświadczenia, które okazuje się nie odpowiadać rzeczywistości. Wskazywał również, że opierał się na oświadczeniach podwykonawców. Do tekstów uprawnień przepisanych dosłownie z decyzji nie dodawał żadnych nowych elementów, ani nie zmieniał ich w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd swoim oświadczeniem. Był przekonany, że wymogi Zamawiającego spełnia, a uprawnienia odpowiadają przedmiotowi zamówienia. Przyznaje, że kwestia posiadania uprawnień bez ograniczeń dla wskazanych osób może być kontrowersyjna i jeżeli Zamawiający, bądź obecnie KIO, uzna, że jednak nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, powinien mieć szansę uzupełnienia dokumentu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a Przystępujący zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Nie było sporne, że Zamawiający w branżach telekomunikacyjnej oraz w elektrycznej i elektroenergetycznej oczekiwał uprawnień bez ograniczeń (pkt V.1.2 SIWZ; kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu – w aktach sprawy).
2. Przystępujący do oferty załączył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia („Oświadczenie o posiadaniu wymaganych uprawnień” – strona 27 i 28 oferty Przystępującego), w którym wskazano w tabeli w kolejnych trzech kolumnach: funkcję w zadaniu, która będzie pełniona przez daną osobę, jej imię i nazwisko, i „specjalność, zakres uprawnień i numer uprawnień”. Przystępujący wypełnił wszystkie rubryki tabeli, w trzeciej kolumnie wskazując numer uprawnień, opisując ich zakres (przez przepisane fragmentów decyzji o nadaniu uprawnień) w danej specjalności.
3. Na podstawie opisu uprawnień w tabeli dla kierownika robót branży telekomunikacyjnej i kierownika branży elektroenergetycznej Zamawiający powziął wątpliwość, czy osoby

te posiadają uprawnienia bez ograniczeń i w dniu 19 lipca 2012 r. wezwał Przystępującego do złożenia w tym zakresie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

4. W dniu 25 lipca 2012 r. Przystępujący złożył odpowiedź, w której wskazał, że w dacie wydania obu spornych uprawnień nie były wydawane uprawnienia budowlane bez ograniczeń, czy w ograniczonym zakresie. Zatem „nie można porównywać zakresu uprawnień budowlanych wydanych na podstawie przepisów różnych rozporządzeń, nie można dać jednej wykładni dla wszystkich uprawnień”. Przystępujący wskazywał również, że osoby posiadające kwestionowane uprawnienia mogą wykonywać roboty elektryczne i teletechniczne objęte zamówieniem, na co pozwalają posiadane przez nich uprawnienia oraz wieloletnie doświadczenie. Na rozprawie natomiast przyznał, że może być kontrowersyjne, czy kwestionowane uprawnienia mają charakter uprawnień „bez ograniczeń”.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że za pomocą dokumentów i oświadczeń załączonych do oferty (a także później – w ramach złożonych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych) Przystępujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Przeciwnie, z jego stanowiska na rozprawie wynikało, że sam nabrał wątpliwości, czy osoby zaproponowane przez niego jako kierownicy robót posiadają uprawnienia „bez ograniczeń”.

O ile nie ulega wątpliwości, że osoby, które nabyły określone uprawnienia budowlane przed wejściem w życie określonych przepisów, zachowują je mimo zmiany przepisów, to interpretacja określonych uprawnień często jest trudna i wymaga przeprowadzenia procedury administracyjnej. Wątpliwości co do treści decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych rozstrzyga Polska Izba Inżynierów Budownictwa, realizując obowiązki nałożone przez ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów. W przypadku trudności interpretacyjnych co do treści decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych wydaje opinie na temat zakresu obowiązywania tych uprawnień lub na żądanie uprawnionej strony postępowania w trybie art. 113 § 2 Kpa.

Polska Izba Inżynierów Budownictwa (jako następcą prawnym organów administracji państwowej w przedmiocie nadawania uprawnień budowlanych) jest uprawniona i jedynie właściwa do wydawania postanowień w odniesieniu do uprawnień wydanych przez swoje organy, jak i organy uprawnione poprzednio.

Postępowanie w sprawie wyjaśnienia w drodze postanowienia treści decyzji wszczyna się tylko na żądanie strony, którą jest osoba fizyczna legitymująca się taką decyzją i mająca wątpliwości co do jej treści lub na żądanie organu egzekucyjnego. Przystępujący nie dysponował interpretacją przedłożonych przez siebie uprawnień wydaną przez odpowiednią

Izbę Inżynierów, która mogła być wydana jedynie na wniosek osób, których uprawnienia były kwestionowane. Stanowisko Przystępującego w toku postępowania odwoławczego ewoluowało, i pod wpływem argumentacji Odwołującego przyznał, że powoływane przez niego uprawnienia mogą budzić kontrowersje. Skoro obecnie Przystępujący wcale nie twierdzi stanowczo, że spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany przez Zamawiającego, to Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji, skoro nie wykazano spełnienia warunku za pomocą dokumentów i oświadczeń załączonych do oferty, a Przystępujący jeszcze nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zakresie osób przeznaczonych do realizacji zamówienia (posiadających uprawnienia w branży telekomunikacyjnej i elektroenergetycznej bez ograniczeń), należy powtórzyć czynność badania i oceny ofert i wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie, będącym przedmiotem odwołania. W konsekwencji potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych – wybór oferty Odwołującego na tym etapie postępowania był przedwczesny; tak samo przedwczesne jest jednak zawarte w odwołaniu żądanie wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, Izba stwierdziła, iż nie doszło do takiego naruszenia. Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz osób (w formie oświadczenia), w którym wskazał osoby zdolne do realizacji zamówienia, posiadające określone uprawnienia i nie ma podstaw do twierdzenia, że złożył w tym zakresie nieprawdziwe oświadczenie. Wskazane osoby posiadają uprawnienia o przywołanym w oświadczeniu numerze i w opisanym w oświadczeniu (w tabeli) zakresie. Przystępujący nie wprowadził żadnych zmian do cytowanego przez siebie zakresu uprawnień. Okoliczność, że nie zacytował treści uprawnień w całości nie może być okolicznością przemawiającą przeciwko niemu – Zamawiający nie wymagał przepisania do tabeli całości treści nadanych uprawnień. Przystępujący nie zamierzał zataić pełnej treści uprawnień – przeciwnie, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przedłożył (choć nie był do tego zobowiązany) pełną ich treść (odpisy nadanych uprawnień) właśnie w celu przekonania Zamawiającego, że wskazane osoby są zdolne do wykonania zamówienia. Samo mylne przekonanie wykonawcy na etapie składania oferty, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu nie może być w ocenie Izby utożsamiane z podaniem nieprawdziwych informacji.

W konsekwencji nie stwierdzono naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Przystępujący nie podał nieprawdziwych informacji co do uprawnień posiadanych przez wskazane osoby, a jedynie mylnie był przekonany, że uprawnienia posiadane przez dane osoby warunek ten spełniają.

Jednak Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych, ponieważ została za najkorzystniejszą uznana oferta wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ten nie był do tej pory wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, powinien zatem zostać wezwany do dokonania takiego uzupełnienia w ramach powtórnej oceny ofert. Ponieważ Izba jest związana zarzutami odwołania, a nie jego żądaniami, Izba uznała, że wykluczenie Przystępującego z postępowania bez uprzedniego wezwania go do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych byłoby przedwczesne i niezgodne z obowiązującymi przepisami, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....