

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Izabela Kuciak

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**ABM SOLID**” S. A. w Tarnowie, 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **BIOM Sp. z o.o., 19-124 Jaświły, Dolistowo Stare I 144** protestu z dnia 16.02.2010 r.

przy udziale **Poszukiwania Naftowe „Diament” sp. z o.o., 65-705 Zielona Góra, ul. Naftowa 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „ABM SOLID” S. A. w Tarnowie, 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3 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 „**ABM SOLID**” S. A. w Tarnowie, 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3;
- 2) 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 „**ABM SOLID**” S. A. w Tarnowie, 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3.

Uzasadnienie

Zamawiający – **BIOM Sp. z o.o., Dolistowo Stare I 144; 19-124 Jaświły**, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Budowę Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Koszarówce gm. Grajewo zlokalizowanego na terenie istniejącego i znajdującego się jednocześnie w fazie rozbudowy składowiska odpadów innych niż niebezpieczne obojętne w Koszarówce - etap I.*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 grudnia 2009 r. pod numerem 2009/S 231 331310.

Dnia 10 lutego 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę **Poszukiwania Naftowe „Diament” sp. z o.o., 65-705 Zielona Góra, ul. Naftowa 3**.

Dnia 16 lutego 2010 roku wykonawca **ABM SOLID S.A. w Tarnowie, 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3** wniósł do Zamawiającego protest na:

1. Czynność bezprawnego 2 krotnego wezwania wykonawcy **Poszukiwania Naftowe DIAMENT Sp. z o.o.** do uzupełnienia materiałów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
2. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy **Poszukiwania Naftowe DIAMENT Sp. z o.o.**, jako

nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych,

3. Zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę wykonawcy Diament zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp.

4. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Diament zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawo zamówień publicznych, jako niezgodnej z SIWZ.

5. Wybór wykonawcy Diament na wykonawcę zamówienia pomimo, iż została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp (art. 24 ust. 4 Pzp).

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5, ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pkt. 4.8 ust. 1 pkt. 2 a), ust. 22 pkt. 2, ust. 31 s.i.w.z.

Wniósł o uznanie protestu, unieważnienie czynności dwukrotnego wezwania wykonawcy Diament do uzupełnienia materiałów, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków

udziału w postępowaniu i wyboru oferty Diament, ponowną ocenę ofert, wykluczenie wykonawcy Diament i odrzucenie jego oferty, a także o wybór oferty ABM Solid S.A. jako najkorzystniejszej i jednocześnie spełniającej wymagania Zamawiającego.

Niezgodny z ustawą wybór oferty wykonawcy Diament pomimo faktu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i innych naruszeń ustawy Pzp, utrudnił Protestującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, wskutek czego uszczerbku doznał interes prawny i faktyczny ABM Solid S.A.

Dnia 18 lutego 2010 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 22 lutego 2010 roku wykonawca Poszukiwania Naftowe „Diament” sp. z o.o., 65-705 Zielona Góra, ul. Naftowa 3, zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający, dnia 23 lutego 2010 roku protest rozstrzygnął przez jego oddalenie. Uzasadniając wskazał, na następujące okoliczności.

Zamawiający w pierwszym wezwaniu do uzupełnienia materiałów z dnia 14.01.2010 r. prosił o wyjaśnienie zakresu specjalności zawodowej Pana Marka J. wskazanego w ofercie na stanowisko kierownika robót sanitarnych. Dopiero po otrzymaniu uzupełnienia z dnia 21.01.2010 r. stwierdził, że proponowana osoba nie spełnia warunków kwalifikacyjnych i wezwał w dniu 1.02.2010 r. do uzupełnienia oferty.

Zamawiający przyjął do wiadomości wyjaśnienia Przystępującego do protestu, że data 3.02.2010 r. jest datą przedłożenia powyższego oświadczenia dla Zamawiającego w ramach uzupełnienia oferty, a nie datą podpisania oświadczenia przez Pana Adama S. W związku z brakiem daty przy podpisie Pana Adama S. na powyższym oświadczeniu, Zamawiający uznał za wiarygodne jego wyjaśnienie, że udostępnił swoją osobę dla wykonawcy w dniu 12.01.2010 r. (oświadczenie z dnia 19.02.2010 r.).

Zamawiający załączył do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzór załącznika Nr 3 na potwierdzenie kwalifikacji zawodowych jako „proponowany” przez Zamawiającego. Zmiana treści załącznika poprzez wykreślenie jednego wersa „Projekt/zadanie”, nie spowodowało niemożności dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. oceny kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia niezbędnego do wykonania

zamówienia, a także zakresu wykonywanych czynności przez Pana Artura J. - proponowanego na stanowisko kierownika budowy.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 4 marca 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych, podtrzymując dotychczasową argumentację wniósł o uznanie odwołania, unieważnienie czynności dwukrotnego wezwania wykonawcy Diament do uzupełnienia materiałów, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wyboru oferty Diament, ponowną ocenę ofert, wykluczenie wykonawcy Diament i odrzucenie jego oferty, a także o wybór oferty ABM Solid S.A. jako najkorzystniejszej i jednocześnie spełniającej wymagania Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego, pismem z dnia 19 lutego 2010 roku przystąpił wykonawca Poszukiwania Naftowe „Diament” sp. z o.o., 65-705

Zielona Góra, ul. Naftowa 3.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba, w pełni popiera stanowisko Zamawiającego, jak i Przystępującego, a dodatkowo uzasadnia, jak poniżej.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych – Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – punkt 4.8 wskazał, iż cyt. *„Wykonawca może wykazać doświadczenie zawodowe załączając do oferty proponowany przez Zamawiającego wzór CV według wzoru stanowiącego załącznik Nr 3.1 do niniejszej IDW (...)”*.

Przystępujący, w zakresie CV odnoszącego się do osoby Pana Artura J., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów złożył CV, w którym w odniesieniu do świadczenia usługi dla Wojskowej Agencji Mieszkaniowej Oddział Regionalny w Zielonej Górze nie zawarł wiersza odnoszącego się do projektu/zadania.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli przedstawić CV osób, które ze strony wykonawcy przeznaczone będą do realizacji przedmiotowego zamówienia, z którego to dokumentu wynikać będzie doświadczenie zawodowe tych osób.

W ocenie Izby, po pierwsze z tak przedstawionego CV wynika doświadczenie zawodowe, jakiego wymagał Zamawiający. Po drugie propozycja Zamawiającego skorzystania ze wzoru opracowanego przez niego, czy też niedostosowanie się wykonawcy do tej propozycji, nie stanowi o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Powyższe można rozpatrywać dwojako. Jako niedostosowanie się do wzoru proponowanego przez Zamawiającego przez opracowanie własnego wzoru – bez żadnych sankcji, lub dostosowanie się do propozycji Zamawiającego, z uchybieniem, co do formy – bez żadnych sankcji. Tym samym zarzut Odwołującego należało ocenić negatywnie.

Zarzut dwukrotnego wzywania Przystępującego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych – Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający, pismem z dnia 14 stycznia 2010 roku wezwał Przystępującego do uzupełnienia materiałów. Z samego tytułu wezwania nie można wywnioskować, czy Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów, czy też złożenia wyjaśnień. Bliższa analiza przedmiotowego dokumentu prowadzi do wniosku, iż jednym pismem Zamawiający wezwał Przystępującego zarówno do złożenia wyjaśnień, jak i uzupełnienia brakujących dokumentów. W tym względzie Izba przyznała rację Przystępującemu, co do prawidłowej interpretacji tego wezwania.

Przedmiotowe wezwanie w punkcie 1 zawierało żądanie w treści *„Załączony CV uzupełnić o informację potwierdzającą spełnienie wymogu doświadczenia na stanowisku (...)”*. W tym

też względnie Przystępujący wypełnił żądanie Zamawiającego, w sposób go satysfakcjonujący.

Punkt 2 wezwania zawierał prośbę, w treści, cyt. *„Prosimy o wyjaśnienie zakresu specjalności zawodowej Pana Marka J., wskazanego na stanowisko (...)”*, dlatego też, w tym zakresie wezwanie zawierało żądanie do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Na powyższe, Przystępujący odpowiedział pismem z dnia 21 stycznia 2010 roku załączając, w zakresie żądania uzupełnienia dokumentów – odpowiednie CV, a w zakresie wyjaśnień – pismo z Lubuskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 13 października 2009 roku, znak: LBS/OKK/161/2009.

W zakresie wyjaśnień, Zamawiający uznał, że Pan Marek J. nie spełnia warunków kwalifikacyjnych, dlatego też pismem z dnia 1 lutego 2010 roku wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – w odniesieniu do kierownika robót sanitarnych.

Odpowiadając na powyższe, pismem z dnia 3 lutego 2010 roku, Przystępujący wskazał nową osobę – Pana Adama S. – na stanowisko kierownika robót sanitarnych.

W związku z powyższymi ustaleniami Izba nie stwierdziła, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych w zakresie dwukrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, gdyż z dokumentów postępowania wynika bezspornie, iż pierwsze wezwanie, z dnia 14 stycznia 2010 roku w odniesieniu do kierownika robót sanitarnych dotyczyło wyjaśnienia dokumentów (uprawnień) – art. 26 ust. 4 Pzp, zaś wezwanie z dnia 1 lutego 2010 roku stanowiło faktyczne żądanie do uzupełniania dokumentów w zakresie kierownika robót sanitarnych – art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu, iż z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę Diament w odpowiedzi na wezwanie wynika jednoznacznie, iż moment, na który zostały one wystawione to 3.02.2010 r., natomiast nie poświadczają one, iż Przystępujący dysponował Panem Adamem S. na dzień 14 stycznia 2010r. tj. w terminie składania ofert – Izba uznała za niezasadny.

W celu dokonania prawidłowej oceny stawianego zarzutu, Izba zwraca uwagę na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 4.8.

Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w następującej treści: *„Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu: (...) 2) posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W szczególności wykonawca musi spełniać następujące warunki (...) a) wskazać do uczestniczenia w wykonaniu niniejszego zamówienia następujące osoby wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności: (...). W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku wykonawcy zobowiązani są przedłożyć: wykaz osób (...), wraz z informacjami nt. kwalifikacji zawodowych, doświadczenia (...).”*

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający może żądać pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w pkt 5, wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował.

Jak wynika z oświadczenia, stanowiącego załącznik do pisma – odpowiedzi Przystępującego na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wykonawca – wskazał, załączając dodatkowy wykaz, iż do realizacji zakresu zamówienia – kierownik robót sanitarnych – będzie posiłkował się doświadczeniem innego wykonawcy – Adama S.

prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Projektowe i Nadzory z siedzibą w Wolsztynie. Realizując postanowienie § 1 ust. 2 pkt 5a w/w rozporządzenia Przystępujący załączył pisemne zobowiązanie wskazanego przez siebie podmiotu – do udostępnienia osób zdolnych do wykonania tego zakresu zamówienia.

Wykaz wraz z oświadczeniem podpisały osoby reprezentujące Przystępującego, wskazując miejsce i datę składanego dokumentu (Z. Góra, 03.02.2010).

Wątpliwości Odwołującego dotyczą daty, na którą zostało złożone przedmiotowe oświadczenie, gdyż zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych 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.

Faktem jest, że z oświadczenia wykonawcy, który na rzecz Przystępującego będzie wykonywał zakres czynności przewidzianych dla kierownika robót sanitarnych wprost nie wynika data, na którą to oświadczenie zostało złożone.

W tym zakresie, w ocenie Izby Zamawiający miał prawo do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Jednakże z uwagi, że treść takiego wyjaśnienia pozostałaby w zbieżności, lub wręcz byłaby tożsama z treścią informacji pozyskanych z przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, w celu sprawnego przeprowadzenia postępowania Izba odstąpiła od nakazania Zamawiającemu dokonania powyższych czynności, które doprowadziłyby do tego samego efektu końcowego.

Przesądzającym w tej kwestii jest fakt złożenia oświadczenia z dnia 19 lutego 2010 roku, w którym wykonawca Adam S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Projektowe i Nadzory z siedzibą w Wolsztynie oświadczył, że swoje oświadczenie zawierające zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy – Poszukiwania Naftowe „Diament” sp. z o.o. w Zielonej Górze osób zdolnych do wykonania zamówienia publicznego (...), tj. kierownika robót (...) wraz z dokumentami potwierdzającymi posiadane kwalifikacje złożył spółce Diament w dniu 12 stycznia 2010 roku.

Tym samym Przystępujący udowodnił, iż dysponował podmiotem już na dzień składania ofert.

Odwołujący dowodu przeciwnego nie wskazał.

Izba, bez rozpoznania pozostawiła zarzut postawiony w odwołaniu dotyczący Pana Adama S., iż osoba ta jest Kierownikiem Budowy na 4 aktualnie trwających budowach - co

wzbudziło u Odwołującego poważne wątpliwości pod względem jego możliwości czasowych nadzorowania i dopilnowania 4 równoległych budów - nie mówiąc już o kolejnej, będącej przedmiotem tego postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, a zarzutu takiego Odwołujący na etapie postępowania protestacyjnego nie stawiał.

Uwzględniając powyższe, jak i brzmienie przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....