

WYROK
z dnia 24 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Elektromontaż – Poznań" Spółka Akcyjna, 60-166 Poznań, ul. Wieruszowska 12/16** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Bibliotekę Narodową, 02-086 Warszawa, Al. Niepodległości 213** protestu z dnia 20 sierpnia 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **"Elektromontaż – Poznań" Spółka Akcyjna, 60-166 Poznań, ul. Wieruszowska 12/16**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **"Elektromontaż – Poznań" Spółka Akcyjna, 60-166 Poznań, ul. Wieruszowska 12/16,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **"Elektromontaż – Poznań" Spółka Akcyjna, 60-166 Poznań, ul. Wieruszowska 12/16** na rzecz **Biblioteki Narodowej, 02-086 Warszawa, Al. Niepodległości 213,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx** zł **xxx** gr (słownie: **xxx**) przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"Elektromontaż – Poznań" Spółka Akcyjna, 60-166 Poznań, ul. Wieruszowska 12/16.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Biblioteka Narodowa w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na wykonanie modernizacji stacji transformatorowej w budynku A1 Biblioteki Narodowej w Warszawie.

Zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania w dniu 14.08.2008 roku za pośrednictwem faksu (pismo z dnia 13.08.2008 roku). Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Artura Bygara prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Elektromontażowe ELSTAR ELECTRIC A. Bygar z siedzibą w Kielcach (dalej: ELSTAR ELECTRIC), kolejne pozycje zajęły oferty złożone przez wykonawców: Stanisława Jaroszka prowadzącego działalność gospodarczą pod

nazwą Jaroszek Stanisław Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „ELEKTROPAKS” z siedzibą w Łęcznej (dalej: ELEKTROPAKS), Elektromontaż-Poznań S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EnergoProSystem Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i MEGAPOL Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych S.A. z siedzibą w Bydgoszczy.

W dniu 21.08.2008 roku protest za pośrednictwem faksu wniósł Elektromontaż-Poznań S.A. (pismo z dnia 20.08.2008 roku). Protestujący podniósł, że osoby wskazane przez ELSTAR ELECTRIC oraz ELEKTROPAKS na stanowiska kierownika robót nie posiadają uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej i wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert, odrzucenie ofert złożonych przez ELSTAR ELECTRIC oraz ELEKTROPAKS i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu protestu za pośrednictwem faksu w dniu 22.07.2008 roku. śaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający pismem z dnia 29.08.2008 roku (błędnie datowanym na 29.07.2008 roku) rozstrzygnął protest i w tym dniu przekazał rozstrzygnięcie Protestującemu. Zamawiający uwzględnił protest w części dotyczącej braku złożenia przez ELSTAR ELECTRIC oraz ELEKTROPAKS dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej przez osoby przewidziane do pełnienia funkcji kierownika robót. Zamawiający przyznał, że dokumenty dotyczące uprawnień budowlanych złożone w postępowaniu nie potwierdzają, że zarówno Józef K. (wskazany przez ELSTAR ELECTRIC), jak i Krzysztof L. (wskazany przez ELEKTROPAKS) spełniają warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale V pkt 2c specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz). Zamawiający wywiódł jednak, że okoliczność ta nie powoduje obowiązku odrzucenia oferty, gdyż przed dokonaniem tej czynności Zamawiający zobligowany jest do wezwania wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) – dalej: Pzp – do uzupełnienia dokumentów w wyznaczonym terminie. Z tego względu Zamawiający nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem w dniu 13.09.2008 roku (data wpływu bezpośredniego) Elektromontaż-Poznań S.A. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych z zachowaniem warunku jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. Podnosząc zarzut naruszenia przez

Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołujący się podtrzymał stanowisko zawarte w proteście. Dodatkowo Odwołujący się podniósł, że skorzystanie z trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp było dopuszczalne na etapie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. Obecnie wobec wniesienia protestu Zamawiający nie może skorzystać z trybu przewidzianego w przywołanym przepisie. Odwołujący się wskazał ponadto, że żądanie protestu obejmowało dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie ofert nie spełniających warunków siwz. W oparciu o powyższe wywiódł, że Zamawiający zobowiązany jest obecnie do dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, nie zaś do dokonania oceny uzupełnionych na skutek wezwania dokumentów. Odwołujący się podniósł również, że skutki zaniechania przez Zamawiającego wykonania obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp nie mogą być konwalidowane, gdyż byłoby to sprzeczne z *ratio legis* przywołanego przepisu.

Na podstawie dowodu z akt sprawy oraz po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników stron na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16.07.2008 roku pod numerem 162229-2008.

Odwołujący się, którego oferta sklasyfikowana została na trzeciej pozycji w wyniku

czynności oceny ofert, posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie podnoszonych zarzutów i nakazanie przez Izbę czynności objętych żądaniem protestu a następnie odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

Zamawiający wymagał w rozdziale V pkt 2c siwz dysponowania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia kierownikiem robót posiadającym uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej przewidując weryfikację spełnienia tego warunku na podstawie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (rozdział VI pkt 6b siwz).

Okolicznością bezsporną jest, że dokumenty złożone wraz ofertą przez ELSTAR ELECTRIC oraz ELEKTROPAKS nie potwierdzają posiadania przez osoby wskazane na stanowiska kierowników robót uprawnień wymaganych przez Zamawiającego.

4

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że osnowa faktyczna zarzutu nie jest sporna między stronami. Spór dotyczy w istocie konsekwencji prawnych rozstrzygnięcia protestu tzn. czynności, które Zamawiający winien wykonać wskutek uwzględnienia zarzutu braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp.

W argumentacji odwołania Odwołujący się podnosi zarówno argumenty formalne (konieczność zadośćuczynienia wszystkim żądaniom protestu, w tym odrzucenia ofert ELSTAR ELECTRIC oraz ELEKTROPAKS, niedopuszczalność po stronie Zamawiającego, który protest uwzględnił, dokonania czynności innych niż wynikających z żądania protestu) oraz materialnych (niezgodność ofert ELSTAR ELECTRIC oraz ELEKTROPAKS z treścią siwz z powodu braku złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osób przewidzianych na stanowiska kierowników robót).

W pierwszym rzędzie wskazać należy, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, że tak Izba, jak i Zamawiający nie są związani żądaniami, a jedynie zarzutami protestu i odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 8 Pzp protest winien zawierać m.in. żądanie oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów. § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) wśród elementów, które winno zawierać odwołanie wymienia m.in. zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania (§ 1 ust. 1 pkt 7 i 8).

Zarzuty i żądania są w myśl przywołanych przepisów odrębnymi elementami konstytutywnymi środków ochrony prawnej.

Art. 191 ust. 3 Pzp określa granice rozpatrywania odwołania stanowiąc, że Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, za wyjątkiem zarzutów skutkujących unieważnieniem postępowania, które Izba na mocy przywołanego przepisu winna brać pod uwagę z urzędu w każdym stanie sprawy. Izba jest zatem związana zarzutami protestu nie jego żądaniami (arg. *a contrario* z art. 191 ust. 3 zd. 1 Pzp, podobnie wyrok KIO z dnia 26.02.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/102/08).

Dopuszczalne zatem, i usankcjonowane praktyką orzeczniczą, jest wydanie przez Izbę orzeczenia uwzględniającego zarzuty ale nie uwzględniającego żądań odwołania albo nie zadośćuczyniającego wszystkim żądaniom odwołania.

W odniesieniu do czynności rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego brak jest regulacji analogicznej do normy art. 191 ust. 3 Pzp.

Pogląd, że Zamawiający nie jest związany żądaniami protestu wywieść należy jednak z art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu w przypadku

5

uwzględnienia protestu powtórzenie oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeżeli co najmniej jedno z żądań nie zostało uwzględnione. Jeśli, jak podnosi Odwołujący się, zamawiający byłby

związany żądaniem protestu, wówczas nie podzielać stanowiska protestującego w zakresie wszystkich żądań protestu, byłby zobowiązany protest oddalić, a nie jak wskazuje art. 183 ust. 5 uwzględnić.

Przyjąć zatem należy, że przepisy Prawa zamówień publicznych zobowiązują Zamawiającego do dokonania takich czynności w postępowaniu, zadośćuczynienia żądaniom protestu lub odwołania, które zostały potwierdzone w podnoszonych zarzutach. Zarzuty stanowią bowiem w ocenie Izby zespół okoliczności faktycznych i prawnych argumentujących słuszność podnoszonych żądań.

Zamawiający w badanym postępowaniu trafnie dokonał rozstrzygnięcia protestu.

Stanowisko Zamawiającego polegające na potwierdzeniu zarzutu braku złożenia wraz z ofertą przez ELSTAR ELECTRIC oraz ELEKTROPAKS właściwych dokumentów, z których wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale odmawiające dokonania odrzucenia ofert złożonych przez ELSTAR ELECTRIC oraz ELEKTROPAKS, jest zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Również trafnie wskazał Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, że dalszych czynności w postępowaniu dokona po spełnieniu ciężącego na nim obowiązku nałożonego przez art. 26 ust. 3 Pzp.

Nietrafnie wywodzi Odwołujący się, że wezwanie, o którym mowa w przywołanym przepisie może nastąpić wyłącznie przy pierwotnej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze: art. 26 ust. 3 Pzp wskazuje jedynie dwie przesłanki zastosowania trybu w nim przewidzianego tj. nie złożenie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub złożenie dokumentów zawierających błędy, nie zastrzegając dodatkowych warunków, w szczególności nie wskazując etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na którym wezwanie do uzupełnienia dokumentów może zostać dokonane. Ograniczenia takiego nie sposób wywieść również z innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyjąć zatem należy w obecnym stanie prawnym, że Zamawiający jest uprawniony do wezwania zarówno w ramach pierwotnie dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak też w sytuacji, gdy konieczność taka wyniknie na skutek wniesienia przez wykonawców środków ochrony prawnej. Pogląd ten jest zgodny z aktualną praktyką orzeczniczą. Izba w wyrokach wielokrotnie nakazywała zastosowanie trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp (m.in. wyrok z dnia 30.01.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/4/08).

6

Zważyć również należy, że *de lege lata* wyczerpanie trybu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, jest ustawowym obowiązkiem Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się złożenie dokumentów nie potwierdzających przez osoby wskazane przez ELSTAR ELECTRIC oraz ELEKTROPAKS na stanowisko kierownika budowy posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń w zakresie konstrukcyjno-budowlanym, należy uznać za przesłankę do zastosowania przywołanego przepisu. Sprzeczna bowiem z *ratio legis* art. 26 ust. 3 Pzp, dopuszczającego możliwość potwierdzenia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień wyznaczony przez Zamawiającego jako dzień uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, byłaby sytuacja, w której wykonawca, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, byłby wezwany do ich uzupełnienia, a wykonawca, który w złożonych dokumentach nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu zostałby z niego wykluczony. Potwierdza to jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Po drugie: rozstrzygnięcie protestu polegające na uwzględnieniu choćby części podnoszonych zarzutów oraz wyrok Izby uwzględniające odwołanie mają charakter kasatoryjny i prowadzą do unicestwienia wadliwych czynności Zamawiającego celem ich ponownego dokonania w sposób zgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych. W okolicznościach sprawy wadliwie została dokonana czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, która w obecnym stanie prawnym powinna być obligatoryjnie dokonana z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp, do czego zobowiązał się Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu.

W tym miejscu Izba zauważa ponadto, że właściwym działaniem Zamawiającego w razie ustalenia, że wykonawca mimo wezwania nie złożył dokumentów potwierdzających

spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podstawa prawna wskazana przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu – art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – odnosi się do badania oferty nie zaś do oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Na mocy art. 20 ust. 1 Pzp są to odrębne czynności w postępowaniu, o których wynikach na mocy art. 92 ust. 1 Pzp Zamawiający, prowadzący postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego jednocześnie informuje wykonawców.

Zważyć ponadto należy, że powołany jako podstawa prawna zarzutu protestu, a następnie odwołania art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp nie odnosi się do stanu faktycznego sprawy. Przywołany przepis nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści siwz. W orzecznictwie i literaturze ukształtował się pogląd, że art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do badania oferty w jej aspekcie merytorycznym tzn. pod względem zaoferowania w ofercie

7

świadczenia odpowiadającego opisanemu w siwz przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy i oczekiwania zamawiającego. Przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się wyłącznie do treści merytorycznej oferty, a nie jej formy oraz dokumentów składanych dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust.1 zd. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp ograniczając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego do wysokości 3600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 roku 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).

8

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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

9