

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

Przewodniczący: SSO Krystyna Fańciszevska Rąba (spr)

Sędziowie: SSO Maria Kozubska Maciąga

SSO Blanka Zorębska

Protokolant: st. sekr. sądowy Iwona Zdebel

na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2013 r. w Katowicach rozpoznał sprawę
z odwołania

Konsorcjum:

1. Zakładu Budowlanego "Kadet" Feruga, Taranek, Wasiewicz Spółki Jawnej w Chorzowie,
2. Termo-Klima MK Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej w Katowicach,
3. P.P.U.H. SANEL Spółki Jawnej P. Kaczmarczyk J. Płuciennik Spółki Jawnej w Chorzowie
4. Biura Rozwoju Miasta Katowice w Katowicach
przeciwko Gminie Świętochłowice

przy uczestnictwie przystępującego po stronie zamawiającego:

Konsorcjum :

1. Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Spółki Akcyjnej w Gliwicach
2. Przedsiębiorstwa Usługowo -Produkcyjno-Handlowego BUDOWLANI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie
od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 19 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 252/13

1. zmienia zaskarżone postanowienie w punkcie 1 w ten sposób, że oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakładu Budowlanego "Kadet" Feruga, Taranek, Wasiewicz Spółki Jawnej w Chorzowie, Termo-Klima MK Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej w Katowicach, P.P.U.H. SANEL Spółki Jawnej P. Kaczmarczyk J. Płuciennik Spółki Jawnej w Chorzowie, Biura Rozwoju Miasta Katowice
2. odstępuje od obciążenia odwołującego kosztami postępowania skargowego.

Sygn. akt XIX Ga 179/13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Budowlany „Kadet” Feruga, Taranek, Wasiewicz Spółka jawna w Chorzowie, Termo-Klima MK spółka z o.o. Spółka Komandytowa w Katowicach, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Sanef” Spółka jawna P.Kaczmarczyk i J.Płuciennik w Chorzowie, Biuro Rozwoju Miasta Katowice Sp. zo.o. w Katowicach, oraz obciążyła odwołujących się wykonawców kosztami postępowania odwoławczego w kwocie 10.000 zł.

W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia wskazała KIO, iż Zamawiający tj. Gmina Świętochłowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla zadania pn: Remont i przebudowa budynku przy ul. Polaka 1 w Świętochłowicach z przeznaczeniem na siedzibę Muzeum Powstań Śląskich w Świętochłowicach wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad jego realizacją.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakład Budowlany „Kadet” Feruga, Taranek, Wasiewicz Spółka jawna w Chorzowie, Termo-Klima MK spółka z o.o. Spółka Komandytowa w Katowicach, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Sanef” Spółka jawna P.Kaczmarczyk i J.Płuciennik w Chorzowie, Biuro Rozwoju Miasta Katowice Sp. zo.o. w Katowicach - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegające na:

1. wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz;
2. odrzuceniu oferty odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 w zw. z art. 90 ust. 3 zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp;
3. art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur

udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z 2004, nr 134 z późn. zm.- Dyrektywa klasyczna).

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

1. wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. wykluczenia odwołującego z postępowania;
3. odrzucenia oferty odwołującego,
oraz wezwania odwołującego do:
 4. złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów (wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia),
 5. uzupełnienia „wykazu osób”, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
 6. dokonania czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego - Gminy Świętochłowice na rzecz odwołującego, kosztów postępowania przed KIO.

Izba stwierdziła na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia 1. Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, 2. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe BUDOWLANI Spółka z o.o. w Bytomiu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w wyniku spełnienia przesłanek ustawowych warunkujących skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań uzasadniając wniosek niedopełnieniem obowiązku przez odwołującego przesłania zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwolujący został zawiadomiony o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu jego oferty w dniu 31 stycznia 2013 r. (pismo z dnia 30 stycznia 2013 r. - art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 5 oraz art. 90 ust. 3 Pzp).

Odwolujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2013 r. w ostatnim dniu 5 dniowego terminu ze względu na wartość zamówienia i sposób przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania. Kopię odwołania odwołujący przesłał zamawiającemu w dniu 4 lutego 2013 r.

Do odwołania wniesionego do Prezesa Izby odwołujący dostarczył dowody, na które powołał się na 8 str. Odwołania, tj. opinię prawną Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach. W istocie są to 2 wnioski z dnia 19 grudnia 2012 r. - Adama Tomanka i Jana Płuciennika (osób wskazanych w wykazie dołączonym do oferty odwołującego), wniesione w tym dniu do Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach - o weryfikację uprawnień budowlanych oraz 2 odpowiedzi z dnia 14 stycznia 2013 r. Przewodniczącego Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach adresowane do Adama Tomanka i Jana Płuciennika. W odpowiedziach wskazano, że uprawnienia budowlane obu osób są uprawnieniami w

ograniczonym zakresie. Do kopii odwołania przesłanej zamawiającemu odwołujący nie dołączył tych dowodów.

Zamawiający zapoznał się z dokumentami na posiedzeniu Izby. Podniósł, że dokumenty zostały wymienione w odwołaniu, niejako załączniki na str. 14 odwołania (wykaz załączników o których stanowi § 4 ust. 2 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań), lecz jako dowody w sprawie na str. 15 odwołania oraz wskazanie na str. 8 odwołania. Zamawiający nie znając stanowiska tego organu nie mógł przygotować starannej odpowiedzi, a to winno skutkować odrzuceniem odwołania,

Odwołujący podał, iż nie dopełnił właściwego przesłania kopii odwołania zamawiającemu ponieważ w dniu 4 lutego 2013 r. nie dysponował omawianymi

dowodami. Wskazane pisma przekazane odwołującemu przez osoby do których były adresowane w dniu 4 lutego 2013 r. w godzinach popołudniowych, już po przesłaniu kopii odwołania zamawiającemu.

Zdaniem KIO nie było żadnych przeszkód po stronie odwołującego, by po otrzymaniu opinii Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach 4 lutego 2013 r. w godzinach popołudniowych, przesłać opinię zamawiającemu co stanowiłoby wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w związku z ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

W konsekwencji KIO orzekła jak w sentencji postanowienia.

Skargę od powyższego postanowienia wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U nr 48, poz. 280) poprzez bezpodstawne odrzucenie odwołania w sytuacji, gdy dokumenty, których odwołujący nie dołączył do kopii odwołania przekazanej zamawiającemu, nie stanowiły merytorycznej treści odwołania, a zatem ich nie dołączenie nie mogło skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ust. 7 ustawy Pzp.

W oparciu o podniesione zarzuty domagał się skarżący zmiany zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego tj. konsorcjum: Zakład Budowlany „Kadet” Feruga, Taranek, Wasiewicz Spółka jawna w Chorzowie, Termo-Klima MK spółka z o.o. Spółka Komandytowa w Katowicach, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Sanel” Spółka jawna P.Kaczmarczyk i J.Pluciennik w Chorzowie, Biuro Rozwoju Miasta Katowice Sp. zo.o. w Katowicach, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art.198f ust. 5 in fine ustawy Pzp oraz nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W szczególności zarzucił skarżący, iż od czynności zamawiającego - Gminy Miasto Świętochłowice w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego za wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla zadania pn. „Remont i przebudowa budynku przy ul. Polaka 1 w Świętochłowicach z przeznaczeniem na siedzibę Muzeum Powstań Śląskich w Świętochłowicach wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad jego realizacją”, polegającej na wykluczeniu konsorcjum wykonawców Zakład Budowlany „Kadet” Feruga, Taranek, Wasiewicz Spółka jawna w Chorzowie, Termo-Klima MK spółka z o.o. Spółka Komandytowa w Katowicach, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Sanel” Spółka jawna P.Kaczmarczyk i J.Pluciennik w Chorzowie, Biuro Rozwoju Miasta Katowice Sp. zo.o. w Katowicach o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty konsorcjum w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 w zw.z

art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, konsorcjum Kadet wniosło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE z 2004, nr 134 z późn. zm. Oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów wykazu osób, które będą

W uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia), uzupełnienia „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w konsekwencji do dokonania czynności pozwanego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

KIO ustaliła, iż do odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej dołączył dowody, na które powołał się na stronie 8 odwołania w postaci tzw. opinii prawnych Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach z dnia 14 stycznia 2013 r. dotyczące zakresu uprawnień budowlanych panów Adama Tomanka i Jana Pluciennika, tj. osób wskazanych przez odwołującego w wykazie osób, które

będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Jednakże co do kopii odwołania przesłanej zamawiającemu odwołujący nie dołączył tych dokumentów. Na rozprawie odwoławczej, odwołujący wskazał, iż w/w pisma zostały przekazane przez osoby, do których były adresowane w dniu 4 lutego 2013 r. w godzinach popołudniowych, już po przesłaniu kopii odwołania zamawiającemu. Co zdaniem KIO skutkowało odrzuceniem odwołania.

Jednakże odrzucając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U nr 48, poz. 280),

Przesłanki odrzucenia odwołania o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp należy interpretować ściśle, gdyż odrzucenie tego środka ochrony prawnej zamyka wykonawcy drogę do merytorycznego rozpoznania zarzutów wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający zobowiązany jest przepisami ustawy Pzp.

Zdaniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej po myśli art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp odwołanie podlega odrzuceniu z uwagi na nie przekazanie jego kopii zamawiającemu przed terminem określonym dla wniesienia odwołania w taki sposób, że zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Obowiązkiem odwołującego jest przekazanie zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby nie mógł on zapoznać się z jego treścią.

Ponieważ przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie „kopii odwołania”, to należy przyjąć, że nie chodzi tu o tożsamą formę odwołania przekazanego Prezesowi KIO oraz zamawiającemu, lecz o zgodność merytoryczną obu dokumentów, a więc przekazanie pism o tej samej treści.

Jednocześnie w celu ustalenia pojęcia treści odwołania należy posiłkować się przepisem art. 180 ust. 3 ustawy i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, które wymieniają zasadnicze elementy odwołania. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań,

odwołanie zawierać musi wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych

okoliczności. Rolą Krajowej Izby Odwoławczej w toku weryfikacji formalnoprawnej odwołania jest dokonanie oceny, czy kopia odwołania przekazana zamawiającemu pozwala na nadanie prawidłowego biegu odwołaniu, co z kolei warunkuje dokonanie merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów w nim zawartych.

W niniejszej sprawie KIO odrzuciła odwołanie uznając, iż wyodrębnione formalnie z treści odwołania dokumenty w postaci pism Śląskiej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 14 stycznia 2013 r. (znak SLK/OKK/2205/12 oraz SLK/OKK/2206/12) zaadresowanych do osób wskazanych przez odwołującego do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, stanowiły informacje istotne dla prowadzenia sportu, a wobec tego, że zamawiający winien mieć zagwarantowaną możliwość zapoznania się z ich treścią w ustawowo określonym terminie, w ocenie izby ziszcila się przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Jednakże zdaniem skarżącego nie sposób uznać, iż wskazane pisma Śląskiej Izby Inżynierów Budownictwa kreowały treść odwołania w rozumieniu § 4 ust. 1 pkt. 8 rozporządzenie w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań i stanowiły jego merytoryczną treść. Nie sposób również zaaprobować stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, iż zaniechanie ich dołączenia do kopii odwołania przekazanej zamawiającemu mogło skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Zwrócił też uwagę skarżący, że przedmiotowe opinie Śląskiej Izby Inżynierów Budownictwa potwierdzają, iż osoby wskazane do realizacji zamówienia nie posiadają wymaganych kwalifikacji, gdyż posiadają uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie.

Skoro więc nie było podstaw do odrzucenia odwołania, odwołanie winno być rozpoznane merytorycznie.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów za postępowanie przed Sądem Okręgowym.

Na rozprawie w dniu 11.04.2013 r. przed Sądem Okręgowym w Katowicach wskutek postępowania przystępujący po stronie zamawiającego tj. Konsorcjum firm: Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego i Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe Budowlani Spółka z o.o. w Bytomiu wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Rozpoznając skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Skarga jest zasadna i podlega uwzględnieniu.

Bezspornym jest, że Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie Konsorcjum Firm Zakładu Budowlanego „Kadet” Feruga, Taranek, Wasiewicz spółki jawnej w Chorzowie, Termo-Klima MK Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej w Katowicach, PPUH Sanel Spółki Jawnej P. Kaczmarczyk, J. Pluciennik Spółki Jawnej w Chorzowie, Biuro Rozwoju Miasta Katowice w Katowicach, uznając, że odwołujący nie przesłał kopii odwołania zamawiającemu w taki sposób aby mógł się on zapoznać z jego treścią.

Nie budzi wątpliwości, że zgodnie z przepisem art. 180 ust. 5 ustawy p.z.p. obowiązkiem odwołującego jest przesłanie zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Wymogom jakim musi odpowiadać odwołanie określa przepis art. 180 ust. 3 ustawy pzp oraz § 4 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U z 29.03.2010 r. nr 48 poz. 280 z późn. zm.)

Wymogami formalnymi odwołania jest m.in. wskazanie okoliczności faktycznych i

prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Ponadto § 4 ust 2 cyt rozporządzenia nakazuje dołączenie do odwołania: dowodu uiszczenia wpisu od odwołania w wymagalnej wysokości, dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz wypisu z KRS, pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Ma rację skarżący, iż ustawa p.z.p nakazująca odwołującemu przesłanie kopii odwołania, nie ma stanowić o jego załącznikach.

Zgodnie z ukształtowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej np. w postanowieniu KIO z 1.04.2008 KIO/UZP 239/08.

KIO Uznawała, iż „przekazanie treści odwołania bez załącznika wypełnia dyspozycja przepisu art. 184 ust. 2 ustawy p.z.p”

Wydaje się, iż taka też była intencja ustawodawcy, który w uzasadnieniu nowelizacji z dnia 2.12.2009 r. wskazał, że „obowiązek przesłania kopii odwołania będzie spełniony w przypadku nieprzesłania załączników do odwołania” (druk sejmowy nr 2310, Sejm RP VI Kadencji).

W wyroku z dnia 5.11.2012 r. sygn. akt KIO 2293/12 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż określone dokumenty, a w szczególności dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu, pomimo ich redakcyjnego wyodrębnienia jako załączniki mogą być uznane jako statuujące treść odwołania, o których stanowi art. 180 ust 3 in fine p.z.p. oraz wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania i dowody na poparcie przytoczonych okoliczności, o których mowa w rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U nr 226 poz. 1817). Konieczne jest dołączenie do odwołania tych załączników, które są niezbędne do merytorycznego ustosunkowania się zamawiającego do zarzutów.

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy stwierdzić należało, iż dołączone przez odwołującego do odwołania przesłanego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej dwa pisma Przewodniczącego Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach skierowanie do panów Adama Tomanka i Jana Pluciennika, nie stanowiły dowodów na poparcie przytoczonych w odwołaniu okoliczności. Stanowiły one potwierdzenie faktu, iż osoby do których były skierowane jako odpowiedzi na wniosek o weryfikacji uprawnień budowlanych, panowie A.Tomanek i J.Pluciennik nie posiadają uprawnień budowlanych w nieograniczonym zakresie.

Zatem nie dołączenie tych pism do kopii odwołania przesłanego zamawiającemu, pozostawało bez wpływu na treść odwołania i absolutnie nie uniemożliwiało

zamawiającemu zapoznania się z treścią odwołania i zajęciem merytorycznego stanowiska.

Przyjęcie zatem przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż w okolicznościach niniejszej sprawy ziszczy się przesłanki do odrzucenia odwołania było błędne.

Pisma te, jak wyżej wskazano, potwierdzały nie kwestionowaną przez odwołującego okoliczność, iż pan Adam Tomanek i Jan Pluciennik, a więc osoby które zostały wskazane w ofercie odwołującego jako osoby legitymujące się uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń, w istocie takich uprawnień nie miały.

Odrzucenie odwołania, bez rozważenia rzeczywistego wpływu nie dołączonych zamawiającemu przy kopii odwołania dowodów na treść odwołania jest niczym nie uzasadnionym formalizmem w szczególności nie znajdującym poparcia w przepisach regulujących postępowanie w sprawie zamówień publicznych.

Zarzutami braku przesłania dowodów wskazanych w odwołaniu, a pozostałych bez wpływu na merytoryczne zarzuty odwołania z nie przesłaniem zamawiającemu kopii odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy p.z.p. i w konsekwencji odrzucenia odwołania, pozbawia odwołującego uprawnienia do ochrony przez ocenę zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy skoro odrzucenie odwołania nie było prawidłowe, ocenić i zbadać należało zasadność i trafność wniesionego odwołania.

Rozpoznając zatem odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Okolicznością bezsporną jest, że Gmina Świętochłowice ogłosiła i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie projektu nieograniczonego na wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla zadania p.n. „Remont i przebudowa budynku przy ul. Poloka 1 w Świętochłowicach z przeznaczeniem na siedzibę Muzeum Powstań Śląskich w Świętochłowicach wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad jego realizacją”.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający w sekcji III.3.4 „osoby zdolne do wykonania zamówienia” określił warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi uprawnienia budowlane wymagał aby:

- kierownik budowy posiadał uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów i posiadał dziesięcioletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w tym minimum jedną przebudowę obiektu o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia i kubaturze min. 5.000 m³,
- kierownik robót budowlanych posiadał uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające, im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, posiadał 2-letnią praktykę na budowie przy zabytkach nieruchomych,
- kierownik robót posiadał uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia instalacyjne, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, posiadał pięcioletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- kierownik robót posiadał uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych,

W wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia instalacyjne, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, posiadał pięcioletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

- kierownik robót posiadał uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia instalacyjne, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, posiadał pięcioletnie doświadczenie zawodowe w

kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych,

Dla potwierdzenia spełnienia tego warunku Wykonawca zobowiązany był do przedłożenia:

1. wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami,
2. oświadczenia, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,
3. oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu odwoławczym przedłożył oświadczenie, że może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie i że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. osobami z uprawnieniami bez ograniczeń. Przedłożył wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia: pana Adama Tomanek jako kierownika robót budowlanych posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, posiadającym 2-letnią praktykę na budowie przy zabytkach nieruchomości oraz pana Jana Pluciennik jako kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia instalacyjne, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, posiadającym pięcioletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, oraz oświadczenie, że wykazane osoby posiadają przygotowanie zawodowe do

pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz wymagane uprawnienia budowlane w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia. Odwołujący został też wezwany do uzupełnienia wykazu osób, i przedstawił identyczny skład osobowy osób, którymi dysponuje i które będą wykonywać zamówienie.

Pierwotnie oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza lecz następnie uczestnik niniejszego postępowania po stronie zamawiającego, przekazał informację o niezgodności z prawem czynnościach zamawiającego polegających na zaniechaniu wykluczenia wybranego wykonawcy czyli odwołującego z uwagi na brak wykazania osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz podania w ofercie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący przyznał się, że osoby panowie Adam Tomanek i Jan Pluciennik nie posiadają uprawnień budowlanych w takim zakresie jak wymagał tego zamawiający, lecz składając oświadczenie o posiadaniu wymaganych ustawą uprawnień nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd. W istocie była to omyłka dlatego też zamawiający winien wezwać go-w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wykazu osób, gdyż przedłożony do oferty wykaz jest jedynie błędny. Odwołujący ma prawo zastąpienia go innym, nie obciążonym błędem, dokumentem, tym bardziej, że zamierzał zawierać umowy cywilnoprawne z osobami posiadającymi wymagane przez zamawiającego uprawnienia, a przecież dla zamawiającego nie ma znaczenia z kim takie umowy będą zawarte.

Uznał więc w konsekwencji zamawiający, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania bowiem złożył oświadczenie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia i posiadających uprawnienia budowlane bez ograniczeń gdy tymczasem w przedłożonym wykazie zostały wskazane dwie

osoby: pan Adam Tomanek i Jan Pluciennik, którzy tych wymogów nie spełniali. Takiego przedłożonego wykazu osób jako osób posiadających przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń, gdy tymczasem dwie ze wskazanych osób takich uprawnień nie posiada, nie można traktować jako omyłki odwołującego.

Sąd Okręgowy w niniejszym składzie zgadza się z tym poglądem zamawiającego.

Uprawnienia pana Adama Tomanka i Jana Pluciennika były uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie tj. „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych”.

W istocie odwołujący tego faktu nie kwestionował.

Zarzucał jedynie zamawiającemu, iż ten nie wezwał odwołującego do przedłożenia prawidłowego dokumentu tj. zarówno wykazu osób jak i decyzji, a w konsekwencji wykazu innych osób spełniających wymagania zamawiającego wskazane zapisami SIWZ (vide str. 9 odwołania). Odwołujący bowiem stał na stanowisku, że obowiązek składania wykazu osób i oświadczenia w posiadanych uprawnieniach, nie zwalnia zamawiającego z wymogu stosowania art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p., nawet wtedy gdy błędy w oświadczeniach i dokumentach są stwierdzone po wyborze najkorzystniejszej decyzji, a przed podpisaniem umowy. Działanie odwołującego nie zmierzało do wprowadzenia zamawiającego w błąd, nie było zawinione. Była to zwykła pomyłka.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. stanowi, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei przepis art. 26 ust. 4 ustawy pzp stanowi, że zamawiający wzywa także w wyznaczonym terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów.

Nie budzi wątpliwości, że przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładający na zamawiającego wymóg wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia.

Dokumenty i oświadczenia z których nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w zamówieniu mogą być uznane za oświadczenia i dokumenty „zawierające błąd” mimo, iż nie ma wątpliwości co do ich treści. W takim przypadku zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 i 4 ustawy pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości, iż odwołujący wymieniając w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia Pana Adama Tomanek i Jana Pluciennika, mimo iż nie posiadali oni uprawnień budowlanych w zakresie wymaganym przez zamawiającego, nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w zamówieniu.

W związku z tym zamawiający uznał, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje o posiadanych uprawnieniach tych osób, a złożenia takich nieprawdziwych informacji nie można zakwalifikować jako błędu czy pomyłki mieszczącej się w granicach profesjonalnego działania

W szczególności zamawiający powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, iż informacje nieprawdziwe, składane w toku postępowania nie podlegają

uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3 ustawy pzp, gdyż nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą.

Podkreślenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Zatem dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodną z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości. Zatem pojęcie „nieprawdziwych informacji” może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli.

Złożone przez odwołującego wykonawcę wyjaśnienia potwierdziły, że podane w ofercie informacje co do zakresu uprawnień budowlanych panów A. Tomanka i J. Pluciernika (bez ograniczeń) są nieprawdziwe.

Jednak nawet uznając za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.07.2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, że nieprawdziwa informacja była skutkiem omyłki odwołującego, a nie działania umyślnego i tak nie mogła być sprostowania w trybie art. 26 ust 3 i 4 pzp bowiem oferta i tak podlegała odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

W dniu 4.01.2013 r. na skutek powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ze wskazaniem, iż te wyjaśnienia muszą opierać się na obiektywnych czynnikach, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązaniach technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonania zamówienia dostępnych dla odwołującego, oryginalności projektu oraz wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący złożył stosowane wyjaśnienie, przede wszystkim uzasadniając brak podstaw do uznania podanej w ofercie ceny za rażąco niską, porównywał ceny m² za wykonanie powierzchni użytkowej i instalacji w niniejszym postępowaniu do cen m² innych wykonanych i wykonywanych obiektów.

Oceniając te wyjaśnienia stwierdził zamawiający, że wskazane ceny porównawcze za m dotyczyły tylko jednego z konsorcjantów, a nie konsorcjum, wyjaśnienia były ogólnikowe, a ich część miała charakter deklaracji.

Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustawa prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji „rażąco niskiej ceny”.

Powszechnie przyjmuje się, że rażąco niska cena, to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

Podkreślenia jednak wymaga, że na chwilę oceny oferty, jedynym rzeczywiście obiektywnym miernikiem tego, czy cena jest niska, jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Zakładając, iż zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia na kwotę 10 595.246,62 zł brutto zaoferowana przez odwołującego cena 6 513.333,46 zł niższa od wartości szacunkowej o 4 081 913,16 zł uprawniała

zamawiającego do uruchomienia procedury określającej przepisy art. 90 ustawy pzp

Złożone przez odwołującego wyjaśnienia uznane zostały przez zamawiającego za nieprecyzyjne, niekonkretne, ogólnikowe.

Sąd Okręgowy oceniając te wyjaśnienia, podzielił stanowisko zamawiającego,

iż odwołujący nie wykazał okoliczności wskazujących na realność podanej ceny.

W szczególności odwołujący nie podał ani szczególnych sposobów wykonania zamówienia czy rozwiązań technicznych czy innych danych mających rzeczywisty wpływ na wysokość ceny.

Te wyjaśnienia odwołującego w żadnej mierze nie rozwiały wątpliwości co do rzetelnego skalkulowania ceny bowiem nie były konkretne i precyzyjne.

Słusznie zatem zamawiający, kierując się tymi wyjaśnieniami i obiektywnymi przesłankami nie uznał, aby cena podana w ofercie przez odwołującego była ukształtowana prawidłowo, realnie a więc nie nosiła znamion „rażąco niskiej ceny”

Reasumując powyższe ustalenia stwierdzić należało, że odwołanie nie mogło odnieść zamierzonego skutku i dlatego podlegało odrzuceniu po myśli art. 192 ust.

1 ustawy pzp w związku z art. 198 f ust 2 zd. 2 ustawy pzp.

Koszty postępowania skargowego zniesiono wzajemnie po myśli art. 102 k.p.c. w związku z art. 198 a ust 2 ustawy pzp.

u1

V,