

POSTANOWIENIE
z dnia 19 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 19 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. **Zakład Budowlany „KADET” Feruga, Taranek, Wasiewicz, Spółka jawna, 41-500 Chorzów, ul. Składowa 30B, 2. Termo-Klima MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, 40-749 Katowice, ul. Tartaczna 12, 3. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „SANEL” Spółka jawna Piotr Kaczmarczyk i Jan Płuciennik, 41-500 Chorzów, ul. Składowa 30B, 4. Biuro Rozwoju Miasta „KATOWICE” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-093 Katowice, ul. Słowackiego 14, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Świętochłowice, 41-600 Świętochłowice, ul. Katowicka 54,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. **Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna, 44-101 Gliwice, Plac Piastów 10, 2. Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe BUDOWLANI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-902 Bytom, ul. Dworska 2, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,**

orzeka:

1) odrzuca odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakład Budowlany „KADET” Feruga, Taranek, Wasiewicz, Spółka jawna, 41-500 Chorzów, ul. Składowa 30B, 2. Termo-Klima MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, 40-749 Katowice, ul. Tartaczna 12, 3. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „SANEL” Piotr Kaczmarczyk i Jan Płuciennik, Spółka jawna, 41-500 Chorzów, ul. Składowa 30B, 4. Biuro Rozwoju Miasta „KATOWICE” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-093 Katowice, ul. Słowackiego14 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - 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.*

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.10.2012 r., pozycja 426098.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Zakład Budowlany „KADET” Feruga, Taranek, Wasiewicz Sp. j., 2. Termo-Klima MK Sp. z o.o. Sp. k., 3. P.P.U.H. „SANEL” Piotr Kaczmarczyk i Jan Płuciennik Sp. j., 4. Biuro Rozwoju Miasta Katowice Sp. z o.o. - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegającej 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,

czym 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 .

Odwołujący 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 spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
a w konsekwencji do:
- 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 Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

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-Produkcyjno-Handlowe BUDOWLANI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą 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 dnia 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.

Izba ustaliła w tym zakresie, co następuje: odwołujący został zawiadomiony o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu jego oferty w dniu 31 stycznia 2013 r. (pismo z dnia 30 stycznia 2013 r. - podstawa prawna: art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 5 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Odwołujący 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.

(data wpływu).

Do odwołania wniesionego do Prezesa Izby odwołujący dołączył dowody, na które powołał się na 8 str. odwołania, tj. *opinia prawna 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 wskazanych dowodów.

Zamawiający zapoznał się z dokumentami na posiedzeniu Izby. Podniósł, że dokumenty zostały wymienione w odwołaniu, nie jako 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 wskazane na str. 8 odwołania, jako potwierdzenie merytorycznego uzasadnienia stanowiska odwołującego przedstawionego w odwołaniu. Zamawiający podniósł, że nie znał stanowiska organu właściwego w sprawie uprawnień budowlanych, nie mógł przygotować swojego stanowiska w kontekście stanowiska organu i stwierdził, że zaniechanie czynności odwołującego narusza wskazane na wstępie przepisy ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, co skutkuje odrzuceniem odwołania, zgodnie z przykładowo wskazanymi orzeczeniami Izby: z dnia 4 maja 2011 r., sygn. akt KIO 833/11 i z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1129/10. Wskazał też, że opinie, o których mowa zostały wydane na potrzeby prowadzonego postępowania i są istotne z tego powodu, że dotyczą sprawy Adama Tomanek i Jana Płuciennika, którzy zostali wskazani w ofercie odwołującego, jako osoby legitymujące się uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń. Z uwagi na fakt, że nie posiadają tych uprawnień, wykonawca został wykluczony z postępowania.

Odwołujący uzasadnił niedopełnienie właściwego przesłania kopii odwołania zamawiającemu tym, że w dniu 4 lutego 2013 r. nie dysponował omawianymi dowodami. Wskazane pisma zostały przekazane odwołującemu przez osoby do których były adresowane w dniu 4 lutego 2013 r. w godzinach popołudniowych, już po przesłaniu kopii odwołania zamawiającemu.

Na wniosek przewodniczącej składu orzekającego o wyjaśnienie przyczyny zamieszczenia na str. 8 odwołania informacji o treści: *Odwołujący niezwłocznie wystąpił do Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach o wyjaśnienie zakresu uprawnień budowlanych (...)*, gdy w istocie takiego wystąpienia nie było, odwołujący wyjaśnił, że w odwołaniu popełniono błąd, bo wystąpienia zostały dokonane przez osoby zainteresowane.

Izba uwzględniła wniosek zamawiającego, jako znajdujący uzasadnienie w przepisach art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy.

Przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Przepis ten stanowi gwarancję dysponowania przez strony w toku postępowania odwoławczego, informacjami stosownymi dla prowadzenia sporu w związku z zaskarżeniem czynności zamawiającego podjętych czy zaniechanych w postępowaniu o udzielone zamówienia, na równych zasadach.

W ocenie Izby, stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu, że - w wyniku *powzięcia informacji o wątpliwościach dotyczących zakresu uprawnień wykazanych w „wykazie osób” p. Adama Tomanka oraz p. Jan Pluciennika, Odwołujący niezwłocznie wystąpił do Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach o wyjaśnienie zakresu uprawnień budowlanych, którymi legitymują się te osoby (dowód: opinia prawna Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach)*. Tym bardziej, że *Odwołujący na potrzeby niniejszego postępowania zamierzał zawrzeć umowy cywilnoprawne z osobami posiadającymi właściwe uprawnienia i bez znaczenia dla Odwołującego było z kim zawrzemy te umowy. Nie było bowiem najmniejszej wątpliwości, że Zamawiający przeanalizuje zakres uprawnień osób wpisanych do wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia. Nie byłoby zatem sensu wpisywać osoby nieposiadające uprawnień wymaganych postanowieniami SIWZ. Nadto Odwołujący bez problemu mógł i w dalszym ciągu posiada taką możliwość zawrzeć umowy cywilnoprawne z osobami posiadającymi pełny zakres uprawnień budowlanych, wymagany przez Zamawiającego i zobowiązuje się te osoby wpisać do dokumentu - „Wykaz osób” - uzasadniało oczekiwanie zamawiającego na przedstawienie wraz z kopią odwołania, wskazanej w odwołaniu opinii organu właściwego do stanowienia w przedmiocie uprawnień budowlanych.*

Zdaniem Izby, nie było żadnych przeszkód po stronie odwołującego, by wobec dysponowania opinią Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach w dniu 4 lutego 2013 r. w godzinach popołudniowych, przesłać opinię zamawiającemu niezwłocznie, co pozwoliłoby uznać, że obowiązek wynikający z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w związku z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, został spełniony.

W tej sytuacji, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a 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: