

Sygn. akt: KIO/UZP 1777/09

WYROK
z dnia 26 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** protestu z dnia 6 listopada 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka

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 uiszczonego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8749 zł 26 gr (słownie: osiem tysięcy siedemset czterdzieści dziewięć złotych dwadzieścia sześć groszy) przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) Mostostal Warszawa S.A. – lider i Acciona Infraestructuras zarzucił Zamawiającemu, którym jest Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla w Lubelskim Węglu „Bogdanka” S.A. w zakresie obejmującym wykonanie projektów wykonawczych, budowę obiektów, dostawę urządzeń i wyposażenia, montaż na miejscu budowy, uruchomienie, rozruch maszyn i urządzeń oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie” naruszył on przepisy art. 7 ust. 1, art. 22 ust.1 pkt 2, art. 23, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez uznanie, iż Odwołujący nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. „Wykazu wykonanych zamówień” zawierającego zrealizowane zadania inwestycyjne zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Przedstawiając zarzut Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 jako nie mającej podstaw, a tym samym uznania oferty Odwołującego za spełniającą warunki udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że zgodnie z cz. I SIWZ r. V pkt 1 ppkt 3 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy „3) którzy w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania(...) wykonali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Warunek minimalny – wykonanie (budowa lub rozbudowa) minimum jednego obiektu lub zespołu obiektów budowlanych charakterze przemysłowym (...) wraz z montażem maszyn i urządzeń, o wartości nie mniejszej niż 150.000.000,00 zł.”

Odwołujący stwierdził, że na potwierdzenie wskazanego warunku złożył „Wykaz wykonanych zamówień”, w którym wymieniono zadanie inwestycyjne zrealizowane w okresie od 6.11.2000 r. do 23.02.2006 r. pod nazwą „Budowa zakładu odsalania wody morskiej w Kanale Alicante wraz z montażem maszyn i urządzeń” o wartości 67.141.745,14 euro, co stanowi równowartość 271.182.060 zł.

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie wzywającym do uzupełnienia dokumentów oraz w rozstrzygnięciu protestu, w których Zamawiający uznał, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku określonego w cz. I SIWZ r. V pkt 1 ppkt 3.

Odwołujący uznał za bezpodstawne żądanie, aby wykonawca w ciągu 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania rozpoczął i zakończył wykonywanie zamówienia., a także dokonane przez Zamawiającego wyliczenia wartości robót wykonywanych w tym terminie. Wskazując na rozporządzenie w sprawie dokumentów Odwołujący stwierdził, że nie ma konieczności i obowiązku rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania. Zakwestionował działanie Zamawiającego polegające na wyliczeniu wartości robót bez zaliczenia do niej wartości prac wykonanych w latach 2000 – 2003. Odwołujący stwierdził, że prace zostały w całości wykonane w wymaganym okresie, a wartością tej roboty jest kwota wykazana w złożonym wykazie.

Odwołujący uznał także za bezprawne wyliczenie wartości roboty wykonanej przez jednego z członków konsorcjum i zaliczenie do spełniania warunku tylko i wyłącznie wartości odpowiadającej wysokości jego udziału w postępowaniu. Takie działania Zamawiającego uznał za niegodne z SIWZ. W ocenie Odwołującego wykazywanie się przez jednego z partnerów konsorcjum doświadczeniem całego konsorcjum jest jak najbardziej dopuszczalne i potwierdza spełnianie warunku udziału. Na potwierdzenie stanowiska wskazał orzeczenia KIO.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione. Stwierdził, że wykonawca załączył do oferty wskazując na zadanie inwestycyjne pn. „Budowa zakładu odsalania wody morskiej w Kanale Alicante wraz z montażem maszyn i urządzeń” realizowane przez firmę Nesco Entercanales Cubiertas S.A. (obecnie Acciona Infraestructuras S.A.) w konsorcjum z Infilco Espanola S.A., Cadagua S.A. i Ferroviaal Agroman S.A. Zgodnie z zaświadczeniem o wykonaniu robót firma Nesco Entercanales Cubiertas S.A. posiadała 25% udział w

konsorcjum. Kontrakt był realizowany w okresie od 6.11.2000 r. do 23.02.2006 r. W wymaganym okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania (czyli między lipcem 2004 a lipcem 2009, przyjmując także cały 2004 r.) konsorcjum to zrealizowało prace o wartości 24.942.967,09 euro (106.007.610,1 PLN wg kursu 1 euro – 4,25 PLN) Z dokonanego przez Zamawiającego wyliczenia wynika, że Odwołujący wykonał w ramach zadania inwestycyjnego roboty budowlane o wartości około 26.501.902,50 PLN, gdyż udział Entercanales Cubiertas S.A. stanowił 25%. Podtrzymując stanowisko Zamawiający stwierdził, że warunek udziału w postępowaniu winien się odnosić do rzeczywistego wykonania przez danego wykonawcę konkretnego zamówienia. Zauważył, że nie może być tak, że jeden z członków konsorcjum powołuje się na doświadczenie zdobyte przez innego członka konsorcjum czy przez całe konsorcjum. Wykazanie doświadczenia wymaga określenia zakresu prac rzeczywiście wykonywanych w żądanym okresie. W tym kontekście Zamawiający uznaje za uzasadnione żądanie, by Odwołujący wyodrębnił roboty i wykazał, że w okresie lipiec 2004 – lipiec 2009 wykonał roboty budowlane w wartości wymaganej postanowieniami SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, że Odwołujący złożył z ofertą wykaz wykonanych zamówień wymieniając wykonanie robót pod nazwą „Budowa zakładu odsalania wody morskiej w Kanale Alicante wraz z montażem maszyn i urządzeń”. Wskazał cenę kontraktu w zł w wysokości 271.182.062, datę rozpoczęcia i zakończenia: 06.11.2000 – 23.02.2006r., datę uzyskania pozwolenia na użytkowanie dwóch etapów (23.09.2003 i 23.02.2006 r. oraz wskazał na dokument potwierdzający należyte wykonanie – zaświadczenie o wykonaniu robót z dnia 22.02.2007 r. W załączonym zaświadczeniu potwierdzono należyte wykonanie robót przez firmę Czasowe Zrzeszenie Przedsiębiorstw U.T.E. utworzone przez cztery spółki, w tym poprzednika prawnego obecnego członka Odwołującego się Konsorcjum. Wskazano na udział w konsorcjum każdego wykonawcy wynoszący 25%. Zaświadczone ponadto, że całkowita wartość, bez VAT, robót stanowiących Zmodyfikowany Projekt nr 3 wyniosła 67.141.745,14 euro, z których w roku 2001 wartość wykonanych prac wyniosła 10.533.046,18 euro, w 2002 roku 17.680.500,85 euro, w 2003 roku 13.985.231,03 euro, w 2004 roku 4.619.247,11, w 2005 roku 16.974.767,20 i w 2006 roku 3.348.952,78 euro. Na podstawie tej informacji Zamawiający dokonał wyliczenia wartości prac wykonanych począwszy od 2004 r., wyliczył udział w tych pracach członka konsorcjum, a w rezultacie zażądał złożenia dokumentów potwierdzających zakres prac wykonanych przez uczestnika konsorcjum w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania.

Między stronami nie jest sporne, że roboty wykazane odpowiadają rodzajowo wymaganym postanowieniami SIWZ oraz, że uczestnik konsorcjum wykonującego zadanie wyżej wskazane jest obecnie członkiem konsorcjum Odwołującego.

Rozpatrując okoliczności objęte zarzutami i będące przedmiotem sporu, Izba stwierdza, co następuje.

Skład orzekający nie podziela stanowiska Zamawiającego, że członek konsorcjum nie może powoływać się na doświadczenie nabyte przez niego w ramach prac wykonywanych wspólnie z innymi podmiotami. Dopuszczalne jest przy tym wskazywanie doświadczenia podmiotu utworzonego w celu wspólnego wykonania zamówienia. Powyższe stanowisko wynika przede wszystkim z faktu solidarnej odpowiedzialności uczestników konsorcjum za realizację zadania oznaczającej, że zamawiający może żądać wykonania całości lub części od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. Ponadto, aż do całkowitego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków umownych, zobowiązani pozostają wszyscy wykonawcy. Okoliczność solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum wykonujących wyżej wskazane roboty Izba uznała za dowiedzioną.

Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego brak jest podstaw prawnych do ograniczania możliwości wykazywania doświadczenia uczestnika konsorcjum tylko do zakresu faktycznie realizowanych przez niego czynności w ramach danego zamówienia. Tym samym żądanie Zamawiającego, by wykonawca wskazywał, po uprzednim wyodrębnieniu, zakres prac, jakie wykonywał w ramach realizacji wspólnej, nie znajduje podstaw prawnych. Konsekwencją niniejszego stanowiska jest ponadto stwierdzenie o braku podstaw do arytmetycznego dzielenia wartości całości prac proporcjonalnie do udziału w konsorcjum poszczególnych jego członków.

Odnosząc się do kwestii oceny doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania, który to wymóg podany w postanowieniach SIWZ odpowiada treści § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, należy stwierdzić, co następuje. Wskazany warunek udziału w postępowaniu zakłada posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w zakresie wykonanych robót budowlanych w podanym okresie. Określenie „wykonanych” oznacza roboty wykonane, przy czym należy zauważyć, że przepis prawa nie reguluje kwestii okresu realizacji robót, w tym w szczególności nie wskazuje terminu rozpoczęcia robót, których wykonanie może być zaliczone do doświadczenia wykonawcy. Powyższe oznacza, że w sprawie rozpatrywanej Odwołujący miał podstawy wykazać wykonane zadanie, którego realizacja rozpoczęła się w 2000 roku, a zakończenie nastąpiło w 2006 r. Uzasadnione było również wskazanie wartości zrealizowanej inwestycji. Izba nie znajduje tym samym podstaw do wyodrębniania z całości

zadania inwestycyjnego prac które były wykonywane w okresie pięciu lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia i uwzględniania przy ocenie doświadczenia wykonawcy, tylko tej wydzielonej części prac.

W konsekwencji dokonanych ustaleń, skład orzekający uznaje za bezpodstawne żądanie przez Zamawiającego od Odwołującego uzupełnienia dokumentów mających wykazać doświadczenie wymagane postanowieniem części I SIWZ rozdział V pkt 1. 3.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy tj. stosownie wyniku sprawy uwzględniając uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*