

WYROK
z dnia 24 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Diringer & Scheidel Polska Sp. z o.o.**

ul. Zygmunta Chmielewskiego 22A, 70-028 Szczecin oraz

Diringer & Scheidel Rohrsanierung GmbH & Co KG

Wilhelm – Wundt – Strasse 19, 2168199 Mannheim Niemcy

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.

ul. Na Grobli 14/16 50-421 Wrocław

protestu z dnia 26 czerwca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie Odwołującego oraz **NURT Sp. z o.o. ul. Pasterska 2, 50-304**

Wrocław po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. ul. Na Grobli 14/16 50-421 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Diringer & Scheidel Polska Sp. z o.o. ul. Zygmunta Chmielewskiego 22A, 70-028 Szczecin oraz Diringer & Scheidel Rohrsanierung GmbH & Co KG Wilhelm – Wundt – Strasse 19, 2168199 Mannheim Niemcy;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 388 zł 44 gr** (słownie: osiem tysięcy trzysta osiemdziesiąt osiem złotych czterdzieści cztery grosze) przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. ul. Na Grobli 14/16 50-421 Wrocław na rzecz wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Diringer & Scheidel Polska Sp. z o.o. ul. Zygmunta Chmielewskiego 22A, 70-028 Szczecin oraz Diringer & Scheidel Rohrsanierung GmbH & Co KG Wilhelm – Wundt – Strasse 19, 2168199 Mannheim Niemcy, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) 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 wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Diringer & Scheidel Polska Sp. z o.o. ul. Zygmunta Chmielewskiego 22A, 70-028 Szczecin oraz Diringer & Scheidel Rohrsanierung GmbH & Co KG Wilhelm – Wundt – Strasse 19, 2168199 Mannheim Niemcy.

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Zadanie C5 – sieć wodociągowa ul. Nowowiejska, Piastowska /Renowacja magistrali wodociągowej w ul. Nowowiejskie, Piastowskiej*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 kwietnia 2008 r. pod numerem 79619. Wartość zamówienia Zamawiający ustalił na 6.701.981,30 zł, tj. 1.728.606,77 euro.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez NURT Sp. z o.o., Odwołujący otrzymał 20 czerwca 2008 r. Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert.

26 czerwca 2008 r. Odwołujący złożył protest wobec zaniechania wykluczenia NURT Sp. z o.o., a w konsekwencji uznania jej oferty za odrzuconą zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i żądając dokonania ponownej oceny ofert a w jej rezultacie wykluczenia NURT Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jej oferty oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie o unieważnienie postępowania.

Zdaniem Odwołującego wybór NURT Sp. z o.o. został dokonany z rażącym naruszeniem szeregu przepisów ustawy, m.in. art. 7 ust. 1 art. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem 8.1. ppkt 3 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali, iż dysponują kierownikiem budowy pełniącym również obowiązki kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającego m.in. co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej 3 lata

doświadczenia na stanowisku kierownika budowy robót budowlanych polegających na wykonywaniu sieci wodociagowych i kanalizacyjnych.

Na stanowisko to NURT Sp. z o.o. przewidziała pana Marcina Ś., jednak na podstawie załączonego do oferty życiorysu zawodowego nie można jednoznacznie stwierdzić, że posiada on wymagane 3-letnie doświadczenie – NURT Sp. z o.o. podała jedynie nazwy projektów, przy realizacji których p. Ś. pełnił funkcję kierownika budowy, jednak już z samych tych nazw można jednoznacznie wyczytać, iż nie polegały one na wykonaniu sieci i wodociagowych, i kanalizacyjnych, lecz były realizowane wyłącznie roboty kanalizacyjne. W związku z powyższym NURT Sp. z o.o. nie spełniła powyższego warunku udziału w postępowaniu i powinna zostać z tego postępowania wykluczona, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem 8.1. ppkt 4 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia przedłożyli informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których posiadają rachunek potwierdzający wysokość posiadanych przez nich środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1.000.000 zł.

NURT Sp. z o.o. przedstawiła informację, z której nie wynika, iż spełnia ona ten warunek – bank podaje tylko informacje o tym, jak kształtowały się średniomiesięczne obroty w okresie od 1 maja 2007 r. do 30 kwietnia 2008 r., a także informacje o korzystaniu z kredytu z terminem spłaty 8 kwietnia 2008 r. Nie są to informacje tożsame z posiadaniem środków finansowych i zdolności kredytowej. Również ze stwierdzenia, iż „w przypadku przyznania Kontraktu naszemu Klientowi, bank rozpatrzy wniosek o przyznanie kredytu w wysokości 1.000.000 PLN, który może zostać przekazany wyłącznie na realizację kontraktu objętego tym przetargiem” to nie wynika – jedynie, iż bank rozpatrzy wniosek, co nie jest jednoznaczne ze zdolnością do otrzymania kredytu w wymaganej wysokości. W związku z powyższym NURT Sp. z o.o. nie spełniła powyższego warunku udziału w postępowaniu i powinna zostać z tego postępowania wykluczona, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdza też, iż nie jest możliwe wezwanie NURT Sp. z o.o. do uzupełnienia tych dokumentów, ponieważ zaistniały stan faktyczny nie mieści się w hipotezie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie jest możliwe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, jeżeli wykonawca złożył wraz z ofertą wymagany dokument, lecz dokument ten nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Oferta NURT Sp. z o.o. nie została również prawidłowo zabezpieczona wadium – Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 10 IDW) wymagał, aby gwarancje wadium były bezwarunkowe, a jedynym warunkiem wypłaty kwoty gwarantowanej było wezwanie do zapłaty kwoty wadium wraz ze wskazaniem powodu utraty wadium.

Tymczasem § 2 ust. 1 gwarancji złożonej przez NURT Sp. z o.o. wskazuje, iż gwarant zobowiązuje się do zapłaty wadium tylko przy założeniu, że zobowiązany składa ofertę zgodną z wymogami ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jest sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ubezpieczyciel nie wskazał przy tym, iż chodzi o ofertę nie podlegającą odrzuceniu, lecz o ofertę spełniającą wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jest to pojęciem szerszym niż „oferta nie podlegająca odrzuceniu” ponieważ chodzi o spełnienie jakiegokolwiek wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zatem oferta NURT Sp. z o.o. nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i w związku z tym NURT Sp. z o.o. powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niemożność wezwania NURT Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów wynika także z faktu, iż podlega ona wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania – oświadczyła ona bowiem, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu pomimo tego, że tych warunków nie spełnia.

3 lipca 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiła NURT Sp. z o.o. stwierdzając m.in., iż niesłuszne jest twierdzenie, iż Zamawiający, w punkcie 8.1. ppkt 3 lit. b) specyfikacji

istotnych warunków zamówienia wymagał wykazania się 3-letnim doświadczeniem oddzielnie w kierowaniu robotami w zakresie sieci wodociągowych i oddzielnie w zakresie sieci kanalizacyjnych, a użycie spójnika „i” oznacza, że łączy on wzajemnie uzupełniające się przymiotniki odnoszące się do sieci. Sformułowanie sieć wodociągowa i kanalizacyjna jest terminem powszechnie używanym i odnosi się do ogólnego pojęcia „sieci wodno-kanalizacyjnych”. Przystępujący nie zgadza się też ze stwierdzeniem Odwołującego, iż z samych nazw można jednoznacznie wyczytać, że nie polegały one na wykonywaniu i sieci kanalizacyjnych, i wodociągowych. Nazwy projektów nie pokazują całego zakresu robót, a wymienione roboty, również te przy budowie kolektora ogólnospławnego w Poznaniu i kolektorów w Toruniu (poz. 1 i 2), z uwagi na kolizję z kolektorem obejmowały również przebudowę kolidujących z projektowanymi kolektorami i komorami sieci wodociągowych. Jednak wykonawcy nie byli zobowiązani, na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do przedstawienia tak szczegółowych informacji. Natomiast jest to okoliczność, którą ewentualnie można wyjaśnić lub uzupełnić zgodnie z art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7 lipca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest „częściowo go uwzględniając, a częściowo oddalając”, o czym powiadomił Odwołującego 8 czerwca 2008 r.

Zdaniem Zamawiającego p. Ś. posiada 5-letnie doświadczenie zawodowe w zakresie wykonywania robot budowlanych polegających na wykonywaniu sieci wodociągowych i kanalizacyjnych na stanowisku kierownika budowy w zakresie sieci, instalacji i urządzeń zarówno wodociągowych, jak i kanalizacyjnych – zatem protest w tym zakresie został oddalony.

Zamawiający stwierdził również, iż przyłączając się do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu NURT Sp. z o.o. przedstawiła opinię bankową, z której wynika, iż posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości 1.000.000 zł.

Z treści § 3 gwarancji wadialnej wynika, iż wykona świadczenie na rzecz beneficjenta bezwarunkowo, a jedynym wymogiem jest skierowanie wezwania

do zapłaty o określonej treści. Oczywiście jest, iż jeśli wykonawca złoży ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta ta będzie podlegała odrzuceniu i oświadczenie woli wykonawcy nie wywoła skutku w postaci zobowiązania do zawarcia umowy, nie znaczy to jednak, iż ubezpieczyciel wyłączył lub ograniczył przyjęty na siebie obowiązek zapłaty powołując się na zarzuty wynikające z treści złożonej oferty. Dlatego gwarancja jest ważna i w tym zakresie protest został oddalony.

Zamawiający natomiast powtórzył czynność badania ofert i ponownie dokonał wyboru oferty NURT Sp. z o.o.

Wobec powyższego oddalenia protestu 11 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 14 lipca 2008 r.), w którym powtórzył zarzuty, argumenty i żądania zawarte w proteście dotyczące braku zabezpieczenia zawodowego pana Ś. oraz gwarancji wadialnej.

21 lipca 2008 r. do odwołania przystąpiła, po stronie Zamawiającego, NURT Sp. z o.o.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że Odwołujący wykazał swój interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu poszczególnych zarzutów stwierdzić należy co następuje.

W odniesieniu do zarzutu, iż z dokumentów załączonych do oferty NURT Sp. z o.o. nie wynika, iż p. Ś. posiada 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy robót budowlanych polegających na wykonywaniu zarówno sieci wodociągowych, jak i kanalizacyjnych skład

orzekający Izby nie zgodził się z argumentacją Przystępującego i uznał, iż z brzmienia warunku wynika jednoznacznie, że wykazane doświadczenie powinno obejmować obydwie sieci: wodociągową i kanalizacyjnych (jakkolwiek niekoniecznie w ramach jednych robót budowlanych). Wynika to z zasad języka polskiego i logiki (koniunkcja), gdzie „i” oznacza, że każdy z elementów połączonych „i” musi zostać spełnione. Dla możliwości wyboru jednego z elementów powinien być zastosowany spójnik „lub” (alternatywa). Zgodnie z wymaganiami wynikającymi z punktu 8 ppkt 3 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) wykaz osób oraz CV zawodowe (dokumentujące doświadczenie) miały zawierać informacje potwierdzające stawiane warunki. Tymczasem z treści dokumentów przedstawionych przez Przystępującego wraz z ofertą – życiorysu pana Śmietany oraz „Wykazu osób” nie wynika jednoznacznie potwierdzenie spełnienia tego warunku. Zamawiający powinien był więc wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający powinien dokonać zaniechanej czynności.

W odniesieniu do zarzutu, iż oferta NURT Sp. z o.o. nie została w należyty sposób zabezpieczona wadium, ponieważ w jej treści znajduje się postanowienie, że „biorąc pod uwagę fakt, że Oferent składa Beneficjentowi ofertę zgodną z wymogami ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia...” skład orzekający Izby uznał, iż Odwołujący nie dowiódł, iż ubezpieczyciel powyższe zdanie potraktował jako warunek zaistnienia samej gwarancji (warunek zawieszający). Zapis taki należy interpretować w aspekcie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i uznać za zgodny z obecnym stanem prawnym, tj. możliwością zatrzymania wadium przez Zamawiającego tylko w stosunku do oferty, która została uznana za najkorzystniejszą (art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych). Natomiast stwierdzenia „oferta zgodna z wymogami ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” nie można interpretować w oderwaniu od brzmienia i konsekwencji wynikających z art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym przy interpretacji postanowień gwarancji należy brać pod uwagę całą jej treść, a nie tylko część jednego zdania. Sporne zdanie ust. 1 § 2 należy czytać również w kontekście § 1 ust. 1 oraz § 2 ust. 2 które są równoznaczne z postanowieniem § 2 ust. 1 – gwarant udzielił gwarancji i wypłaci sumę gwarancyjną zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż wykonawca podlega wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania, który to wniosek złożył Odwołujący podczas rozprawy – uchybienia dotyczące nieprawidłowej informacji o przysługującym odwołaniu oraz o przedwczesne powtórzenie czynności wynikających z protestu są błędami Zamawiającego, które nie stanowią wad postępowania skutkujących nieważnością umowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania i zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886) uwzględniając koszty dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości wynikającej z przedstawionych faktur.

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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....