

Sygn. akt KIO 506/10

Sygn. akt KIO 534/10

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. wykonawcę ELCOR Dariusz Czajczyński, Krzysztof Dąbrowski Sp. j., ul. Przemysłowa 10, 42-714 Lisów (sygn. akt KIO 506/10),

B. wykonawcę RPM S.A., ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec (sygn. akt KIO 534/10),

od czynności zamawiającego **Gminy Boronów, ul. Dolna 2, 42-283 Boronów,**

przy udziale wykonawcy **Budownictwo Urządzeń Gazowniczych GAZOBUDOWA Sp. z o.o., ul. Wolności 339, 41-800 Zabrze** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 506/10 po stronie Odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględni oba odwołania i nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 1.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Boronów, ul. Dolna 2, 42-283 Boronów i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tj. kwotę wpisu uiszczonego przez wykonawcę **ELCOR Dariusz Czajczyński, Krzysztof Dąbrowski Sp. j., ul. Przemysłowa 10, 42-714 Lisów,**
 - B. koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tj. kwotę wpisu uiszczonego przez wykonawcę **RPM S.A., ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **27 200 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) przez **Gminę Boronów, ul. Dolna 2, 42-283 Boronów** na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A. kwoty **13 600 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **ELCOR Dariusz Czajczyński, Krzysztof Dąbrowski Sp. j., ul. Przemysłowa 10, 42-714 Lisów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B. kwoty **13 600 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **RPM S.A., ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Gmina Boronów, ul. Dolna 2, 42-283 Boronów (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z oczyszczalnią ścieków dla sołectw Hucisko i Grójec.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24.02.2010 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W postępowaniu, dla zadania nr 1, zostało złożonych sześć ofert. W dniu 23.03.2010 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania - trzech wykonawców zostało wykluczonych z postępowania w związku z identyczną podstawą faktyczną i prawną – Zamawiający uznał, że nie spełnili oni warunków udziału w postępowaniu.

Od takiego wyniku postępowania w dn. 26 i 29 marca 2010 odwołali się dwaj wykonawcy - ELCOR Dariusz Czajczyński, Krzysztof Dąbrowski Sp. J., ul. Przemysłowa 10, 42-714 Lisów (postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 506/10) i RPM Spółka Akcyjna, ul. Niegolewskich 7, 42 - 700 Lubliniec (postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 534/10). Do postępowania odwoławczego KIO 506/10 przystąpił wykonawca Budownictwo Urządzeń Gazowniczych GAZOBUDOWA Sp. z o.o., ul. Wolności 339, 41-800 Zabrze - trzeci z wykluczonych wykonawców.

Odwołujący podnosili, że inaczej rozumieli warunek udziału w postępowaniu, określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, niż Zamawiający – a jego intencja co do rozumienia warunku udziału w postępowaniu została dopiero wyjawiona w decyzji o wykluczeniu wykonawców z postępowania. Ponadto Odwołujący w sprawie KIO 506/10 podnosił, że został nieprawidłowo wezwany do uzupełnienia dokumentu, którego Zamawiający nie żądał w SIWZ oraz wskazywał na rozbieżności pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie. Izba nie rozpatrywała zastrzeżeń dotyczących samej SIWZ i ewentualnych rozbieżności pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu, ponieważ niewątpliwie były to zarzuty wniesione po terminie (który biegł od daty opublikowania ogłoszenia i SIWZ).

Obaj Odwołujący mają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołań, i powtórzenia czynności badania i oceny ofert - w związku z czym obaj Odwołujący zostaliby uznani za niepodlegających wykluczeniu - oferta jednego z nich miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, a oferta drugiego – znalazłaby się na trzecim miejscu w rankingu ofert, co znacząco zwiększa szansę wykonawcy na uzyskanie zamówienia.

Izba nie rozpatrywała zarzutu, podniesionego w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 506/10, dotyczącego nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentu, który nie był wskazany w SIWZ, ponieważ sam Odwołujący podniósł, że uzupełnił ten dokument, a wykluczenie go nie nastąpiło z tego powodu – więc jeżeli nawet nastąpiło jakieś uchybienie w tym zakresie ze strony Zamawiającego, to po pierwsze nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania, a po drugie, Odwołujący nie poniósł żadnego uszczerbku, który wskazywałby na naruszenie jego interesu prawnego w związku z żądaniem dokumentu.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

W zakresie rozpatrywanego zarzutu – nieprawidłowego wykluczenia wykonawców z postępowania w zakresie zadania nr 1, na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, Izba ustaliła co następuje:

1. W sekcji III pkt III.3 ogłoszenia o zamówieniu „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” Zamawiający żądał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia „wykonali roboty budowlane w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia tj. - minimum 2 roboty budowlane z zakresu budowy kanalizacji sanitarnej, o następującym minimalnym zakresie rzeczowym: sieć kanalizacji sanitarnej PVC min. Ø 200 - 4000 m, przepompownia ścieków - 1 szt. oraz załączą dokumenty potwierdzające że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.
2. Wykonawcy ELCOR, RPM i Gazobudowa do swoich ofert załączyli wykazy wykonanych robót wraz z referencjami – z wykazów RPM i Gazobudowy wynikało, że każdy z tych wykonawców wykonał co najmniej jedną kanalizację o min Ø 200 i długości ponad 4000m, i jedną przepompownię ścieków. Natomiast ELCOR potwierdził wykonanie kanalizacji o min. Ø 200 o długości poniżej 4000m (oryginały ofert Zamawiający okazał na rozprawie, do akt zrobiono kopie z wykazów oraz referencji ELCOR, RPM i Gazobudowa).

2. Zamawiający wezwał wykonawców do uzupełnienia dokumentów, wskazując, że ELCOR wykazał w dokumentach składanych wraz z ofertą „zbyt krótką sieć kanalizacji”, natomiast wykonawca –RPM i Gazobudowa „zbyt krótką sieć kanalizacji” oraz „brak przepompowni ścieków”.
3. Wszyscy wykonawcy odpowiedzieli na wezwanie zamawiającego w terminie. RPM i Gazobudowa wyjaśnili, że ze z opisu warunku udziału w postępowaniu nie wynikało, że każda z dwóch wymaganych robót ma obejmować równocześnie i kanalizację, i przepompownię, a ponadto nie wynikało, że każda z tych robót ma obejmować kanalizację o dł. 4000m. Wykonawca ELCOR uzupełnił dokument – referencje potwierdzające, że wykonał kanalizację o min. Ø 200 i długości ponad 4000 m (List referencyjny Gminy Lipie z dn. 25.07.2007 r., kopia w aktach sprawy).

Biorąc pod uwagę wszystkie dokumenty złożone w sprawie (oferty wraz z uzupełnieniami) każdy z wykonawców – RPM, ELCOR i Gazobudowa – wykazali się wykonaniem nie mniej, niż dwóch robót, z których co najmniej jedna polegała na budowie przepompowni ścieków i co najmniej jedna – na budowie kanalizacji o dł. ponad 4000 m i o min Ø 200.

Zamawiający – jak się okazało dopiero w zawiadomieniu o wyniku postępowania – wymagał, aby każda z dwóch robót, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, polegała i na budowie przepompowni ścieków, i na budowie kanalizacji o dł. ponad 4000 m i o min Ø 200.

Zatem Izba musiała rozstrzygnąć, jaki sposób rozumienia warunku był właściwy: czy zakres prac do wykonania w ramach jednej roboty miał być wykonany łącznie, czy każdy z podanych zakresów miał być wykonany w ramach osobnej roboty.

Wobec tak postawionego problemu, Izba zajęła stanowisko, że rzeczywiście warunek udziału w postępowaniu sformułowany przez Zamawiającego można rozumieć w co najmniej dwojaki sposób: tak, jak rozumiał to Zamawiający (łączny zakres prac do wykonania w ramach każdej roboty) i tak, jak rozumieli to wykonawcy ELCOR, RPM i Gazobudowa (osobny zakres prac do wykonania w ramach dwóch osobnych robót), przy czym ten drugi sposób rozumienia warunku jest korzystniejszy dla wykonawców – i dlatego, zgodnie z utartą linią orzeczniczą, iż wątpliwości co do postanowień SIWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawców, należy przyjąć go za obowiązujący. Oczywiście, wykazanie warunku rozumianego w sposób postulowany przez Zamawiającego również wypełnia warunek

w postępowaniu rozumiany w sposób postulowany przez Odwołujących (argumentum a maiori ad minus).

Warunek rozumiany na sposób wykonawców jest w ocenie Izby adekwatny do przedmiotu zamówienia zadania nr 1, w którym należy wykonać 3 kanały grawitacyjne, w tym jeden o min. \varnothing 200 i dł 5102 m, i trzy przepompownie ścieków, a Zamawiający nie wykazał, że dla zapewnienia wykonawcy zdolnego do realizacji niniejszego zamówienia konieczne jest wykonanie obu rodzajów robót łącznie - tj. nie wykazał, że wykonawca, który wykonał osobno kanalizację o min. \varnothing 200 i dł. 4000 m i osobno przepompownię ścieków, nie jest wykonać zadania będącego przedmiotem zamówienia.

Gdyby Zamawiający chciał w sposób niebudzący wątpliwości zażądać wykonania pełnego zakresu robót w ramach każdej z dwóch wymaganych robót, powinien ten zamiar jednoznacznie wyrazić w SIWZ, przez użycie co najmniej określenia „każda z nich” (robót) bądź „łącznie”. Tymczasem w opisie warunku („minimum 2 roboty budowlane z zakresu budowy kanalizacji sanitarnej, o następującym minimalnym zakresie rzeczowym: sieć kanalizacji sanitarnej PVC min. \varnothing 200 - 4000 m, przepompownia ścieków - 1 szt.) Zamawiający nie tylko nie użył takiego określenia, ale i spójnika wskazującego na koniunkcję („i”, „oraz”). Przyjąć również należy, że gdyby wykonawcy powzięli jakiegokolwiek wątpliwości co do zakresu warunku udziału w postępowaniu, usiłowałiby je zakwestionować w drodze wnoszenia środków ochrony prawnej albo co najmniej wyjaśnić w drodze pytań do SIWZ. O tym, że wykonawcy nie mieli żadnych wątpliwości, świadczy nie tylko powyższa okoliczność, ale również to, że co najmniej trzech wykonawców (uczestnicy postępowania odwoławczego) zrozumiało warunek udziału w identyczny sposób.

Wobec powyższego stwierdzono naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak sentencji.

Skoro nie zaistniała podstawa do wykluczenia wykonawców z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, nie zaistniała również podstawa do zatrzymania wadium.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, że wobec tak podniesionych zarzutów, nawet gdyby się okazało, że wykonawcy niewłaściwie zrozumieli warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego, to w takich okolicznościach wątpliwa byłaby podstawa do zatrzymania wadium (nieuzupełnienie dokumentów nie wynikałoby z przyczyn leżących po stronie wykonawców).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 ust 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Uwzględniono koszty zastępstwa obu Odwołujących do wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z rachunkami, które złożyli do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....