

Sygn. akt: KIO 1116/13

POSTANOWIENIE
z dnia 23 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **23.05.2013 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13.05.2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1. KMC Administrator - Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o. o (Lider Konsorcjum); 2. W..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” W..... P..... (Członek Konsorcjum); 3. STEKOP S.A. (Członek Konsorcjum), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Plac Staszica 1, 64-920 Piła w postępowaniu prowadzonym przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum Firm: 1. KMC Administrator - Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o. o (Lider Konsorcjum); 2. W..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych**

„Spadochroniarz” W..... P..... (Członek Konsorcjum); 3. STEKOP S.A. (Członek Konsorcjum), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Plac Staszica 1, 64-920 Piła kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „*Remont ogrodzenia w Centralnym Poligonie Sił Powietrznych w Ustce*”, zostało wszczęte przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 123650 – 2013, data zamieszczenia 28.03.2013 r.

W dniu 07.05.2013 r. (faxem) Zamawiający wykluczył na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Firm: 1. KMC Administrator - Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o. o (Lider Konsorcjum); 2. W..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „*Spadochroniarz*” W..... P..... (Członek Konsorcjum); 3. STEKOP S.A. (Członek Konsorcjum), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Plac Staszica 1, 64-920 Piła zwane dalej: „*Konsorcjum KMC Administrator – Nieruchomości i Inwestycje*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 13.05.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp odwołanie Konsorcjum KMC Administrator - Nieruchomości i Inwestycje na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.05.2013 r. (e-mailem). Powyższa czynność Zamawiającego w ocenie Odwołujących była niezgodna z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 23 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Mając na uwadze powyższe wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołujących, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu z uwzględnieniem wniosku złożonego przez odwołujących oraz dopuszczenie odwołujących do udziału w przetargu;
- 2) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł. Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymagał by wykonawcy „*wykonali co najmniej 3 realizacje w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest*

krótszy - w tym okresie o wartości minimum 250.000,00 zł każda realizacja. Za roboty o podobnym charakterze Zamawiający uzna wykonanie ogrodzeń przemysłowych lub ogrodzeń kompleksów wojskowych” (sekcja III rozdział III.3.2. ogłoszenia). Na powyższą okoliczność wykonawcy zobowiązani byli dostarczyć „wykaz co najmniej 3 robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości (minimum 250.000,00 zł każda realizacja), daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Za roboty o podobnym charakterze Zamawiający uzna wykonanie ogrodzeń przemysłowych lub ogrodzeń kompleksów wojskowych, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do niniejszego ogłoszenia” (sekcja III rozdział III.3.2. ogłoszenia). W postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołujący złożyli wniosek o dopuszczenie ich do udziału w przetargu załączając do niego m.in. wykaz zrealizowanych zamówień (wykaz robót budowlanych) w celu potwierdzenia spełniania przez Odwołujących warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. W wykazie tym zamieszczone zostały trzy roboty budowlane, z których dwie pierwsze (opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na potrzeby modernizacji strzelnicy garnizonowej typu B w JW. w Ustce oraz wykonanie remontu i przebudowy i rozbudowy strzelnicy garnizonowej typu B kl I w komp. 4312 Dziwnów) wykonał Odwołujący W..... P....., a trzecią (modernizacja kompleksu technicznego - przebudowa budynku nr 18 i ogrodzenia terenu, budowa sieci uzbrojenia terenu wraz z wykonaniem przyłączy elektrycznych, teletechnicznych (SSWIN, CCTV SKD PPOZ) JW. Nr 2031 Dębina) wykonał Odwołujący STEKOP S.A. W dniu 07.05.2013 r. zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczył Odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia wskazując, iż „[...] wykonawca w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 25.04.2013 r. do godz. 11.00 uzupełnił dokumenty, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Żaden z członków konsorcjum nie wykonał samodzielnie trzech robót”. Co prawda Zamawiający w piśmie doręczonym Odwołującym w dniu 07.05.2013 r. zawiadomił o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia tylko dwóch, z trzech wykonawców, tj. KMC Administrator – Nieruchomości i Inwestycje Spółka z o. o. i W..... P....., ale z uwagi na treść art. 23 ust. 3 Pzp wykluczeniu podlegać mogą wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, a nie tylko niektórzy z nich. Wbrew stanowisku Zamawiającego, odwołujący spełnili wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Po pierwsze, Zamawiający w ogłoszeniu nie wymagał by trzy roboty budowlane były

wykonane przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie, tj. by każdy z członków tzw. „konsorcjum” samodzielnie wykonał wszystkie trzy roboty budowlane. Żądanie takie byłoby zresztą sprzeczne z art. 23 ust. 3 Pzp, gdyż wykonawcy ci traktowani byłiby odmiennie niż wykonawcy składający ofertę samodzielnie, co naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z dnia 11.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2876/12; uchwała KIO z dnia 12.08.2011 r., sygn. akt: KIO/KU 63/11). Po drugie, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, oznacza to, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp (wyrok KIO z dnia 11.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2876/12; wyrok KIO z dnia 24.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2218/12; wyrok KIO z dnia 02.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1308/12). Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 1 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji w świetle art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców takich stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy, a więc również przepisy zapewniające równe traktowanie wykonawców, np. nieróżnicowanie warunków udziału w postępowaniu w zależności od statusu wykonawcy. Zgodnie z utrwaloną już wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp (tzw. warunki negatywne). Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz potencjałem ekonomicznym i finansowym (tzw. warunki pozytywne). Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest w celu łączenia wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego oraz ekonomicznego i finansowego. Potencjały te, co do zasady, podlegają więc sumowaniu. Celem i istotą tworzenia konsorcjów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest pozytywna kumulacja potencjałów „wnoszonych” przez poszczególnych partnerów, umożliwiająca im łącznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, między innymi dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymaganiami zamawiających dokonujących odpowiedniego opisu sposobu dokonania takiej oceny (wyrok KIO z dnia 27.05.2011 r., sygn. akt: KIO 1024/11). Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, oznacza to, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp. (wyrok KIO z dnia 11.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2876/12). W stanie faktycznym sprawy odwołujący wspólnie wykonali co najmniej trzy roboty budowlane wymagane przez zamawiającego. Jednocześnie

biorąc pod uwagę przedstawiony wyżej stan prawny Zamawiający nie miał prawa wymagać by każdy z członków konsorcjum wykonał „samodzielnie trzy roboty”. W konsekwencji przyjęć należy, iż Odwołujący wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym brak było podstaw do ich wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 14.05.2013 r. wezwał (faxem) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca zgodnie z informacją zawartą w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22.05.2013 r.

W dniu 22.05.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Stwierdził, że uwzględnił odwołanie w całości i unieważnił czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego. Dokonał powtórnego badania złożonych wniosków, w wyniku czego Odwołujący został dopuszczony do złożenia oferty.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1116/13 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu

Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....