

Sygn. akt: KIO/UZP 776/08

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Członkowie: **Grzegorz Mazurek**
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Dorota Witak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 11 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Częstochowska 12** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Świdnica, 58-100 Świdnica, ul. Armii Krajowej 49** protestu ~~/protestów*~~ z dnia 14 lipca 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Świdnica, 58-100 Świdnica, ul. Armii Krajowej 49**

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 uiszczonego przez **Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Częstochowska 12;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 503 zł 16 gr** (słownie: osiem tysięcy pięćset trzy złote szesnaście groszy) przez **Miasto Świdnica, 58-100 Świdnica, ul. Armii Krajowej 49** na rzecz **Świdnickiego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Częstochowska 12**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów podróży;
- 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Świdnickiego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Częstochowska 12.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto Świdnica Ul. Armii Krajowej 49 58-100 Świdnica tel. (074) 856-28-00; faks (074) 856-87-21, adres strony internetowej na której umieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia: www.swidnica.bip-goy.info.pl zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Rozbudowa cmentarza komunalnego przy ul. Słowiańskiej w Świdnicy – ETAP I (część A)”. Ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ukazało się 06.05.2008 r. Nr 2008, poz. 93554.

08.07.2008 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty – Przedsiębiorstwo WGW Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Piekarskiej 9 w Świdnicy.

14.07.2008 r. Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp z o.o. (ŚPBDiM) złożyło protest na wybór najkorzystniejszej oferty.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 21 ust. 4 w zw. z art. 17 ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

Zamawiający sprecyzował warunek udziału w postępowaniu w pkt 6 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia cyt.: „zrealizowanie w ostatnich pięciu latach co najmniej dwóch zamówień o łącznej wartości robót netto 2 000 000 zł. na budowę lub przebudowę infrastruktury technicznej typu kanalizacja deszczowa, sieć wodociągowa oraz oświetlenie ulic i placów (...)”.

Do oferty wybranego wykonawcy WGW nie dołączono odpowiednich dokumentów potwierdzających wykonanie co najmniej dwóch robót o wymaganej skali złożoności (kanalizacja deszczowa, sieć wodociągowa i oświetlenie ulic) i wartości min. 2 000 000 zł.

Zamawiający wystosował żądanie uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, jednak zdaniem Protestującego uzupełnione dokumenty tylko potwierdzają brak spełnienia przez wykonawcę WGW wyżej przytoczonego warunku. Tak uznała to Komisja Przetargowa, jednak kierownik Zamawiającego postąpił inaczej i powołał biegłego i na podstawie jego opinii kierownik Zamawiającego podjął decyzję o wyborze oferty WGW, cyt.: „Na podstawie wniosku zawartego w opinii sporządzonej przez p. [Janusza] R. uważam wybranie oferty WGW za właściwe.”. Na podstawie takiej wytycznej komisja podejmuje ostateczną decyzję o wyborze oferty WGW.

Protestujący stwierdza, że opiniujący, a następnie komisja bez należytej precyzji odnieśli się do przedmiotu zamówienia i wykazanych przez wykonawcę WGW robót budowlanych, gdyż wzięli pod uwagę nie kody CPV, ale Polską Klasyfikację Obiektów Budowlanych. W tej klasyfikacji w tej samej sekcji znajdują się roboty dotyczące przedmiotu zamówienia (2222 i 2223 PKOB) i np. elektrowni wodnych (2302 PKOB) czy wesołych miasteczek (2412 PKOB).

23.07.2008 r. (pismo z 21.07.2008 r.) Zamawiający oddalił protest. Zamawiający podnosi, że postawił warunek (pkt 6 lit. b specyfikacji) cyt.: „zrealizowanie w ostatnich pięciu latach co najmniej dwóch zamówień o łącznej wartości robót netto 2 000 000 zł. na budowę lub przebudowę infrastruktury technicznej typu kanalizacja deszczowa, sieć wodociągowa oraz oświetlenie ulic i placów” i Zamawiający nie wskazał, iż któreś prace związane z kanalizacją deszczową, siecią wodociągową oraz oświetleniem ulic i placów winny być zrealizowane na konkretną kwotę, a jedynie wszystkie te roboty powinny być zrealizowane ogólną kwotą 2 000 000 zł. Wykonawca WGW zaprezentował się doświadczeniem w wykonaniu przedmiotowych robót na sumę 7 063 045,45 zł. Dlatego ten wykonawca nie może zostać wykluczony, a w konsekwencji Jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

25.07.2008 r. Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp z o.o. (ŚPBDiM) złożyło w placówce pocztowej operatora publicznego odwołanie i jednocześnie przekazało kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący w odwołaniu stwierdził, że w kwestionowanej ofercie zostały wykazane zadania pod nazwami:

- 1) „Przebudowa ulicy Świerkowej w Świątoszowie” (który to dokument wystawiony został ponadto dla firmy WGW z siedzibą w Świebodzicach przy ul. Siennej 15);
- 2) „Budowa drogi łączącej ul. Kościuszki z ul. Modłową w Bolesławcu;
- 3) „Wybrukowanie powierzchni rynku wraz z projektem małej architektury oraz zagospodarowanie ul. Prusa na pasaż pieszy wybrukowany kostką granitową w Bolesławcu”;
- 4) „Restrukturyzacja lewobrzeżnej części miasta Dzierżoniowa – obszaru aktywności gospodarczej” – przebudowa i modernizacja drogi gminnej wraz z oświetleniem i kanalizacją deszczową: wymiana sieci wodociągowej z przyłączami”.

Zdaniem Odwołującego żadna z tych robót, ani żaden z dokumentów załączonych do oferty na potwierdzenie należytego wykonania tych robót nie potwierdza wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na „budowie lub przebudowie infrastruktury

technicznej typu kanalizacja deszczowa, sieć wodociągowa oraz oświetlenie ulic i placów o wartości min. 2.000.000 Pln.”.

Podobnie uznała pierwotnie Komisja Przetargowa Zamawiającego nakazując wykonawcy uzupełnić dokumenty lub oświadczenia, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Faktycznie kierownik Zamawiającego powołał biegłego. Biegły w swojej opinii nie odnosił się do kodów CPV (obowiązującej w Rzeczypospolitej Polskiej od 01.05. 2004 r.), a do starej PKOB.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający – formułując warunki udziału w postępowaniu – poszukiwał wykonawcy robót budowlanych takich, jakie objęte są przedmiotem zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia pkt 6 lit. b specyfikacji. Jednak biegły abstrahuje od powyższego, posługując się stwierdzeniem, iż zamawiający w specyfikacji nie zdefiniował typu robót budowlanych jakich wykonania oczekiwał od wykonawcy (str. 3 akapit 3 opinii). W ocenie autora opinii skutkuje to koniecznością posłużenia się brzmieniem Rozporządzenia Rady Ministrów z 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. PKOB jest klasyfikacją czteropoziomową, obejmującą: 2 sekcje, 6 działów, 20 grup i 46 klas.

Wszystkie obiekty budowlane grupowane są więc w dwóch jedynie sekcjach: „Budynki i „Obiekty inżynierii wodnej”. Autor opinii wywodzi, iż to co determinuje spełnianie przez wykonawcę WGW warunków udziału w postępowaniu to fakt, iż zarówno roboty jakich wykonaniem winien legitymować się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia – a więc roboty wymienione w pkt 6 lit. b specyfikacji (sklasyfikowane pod numerem 2222 i 2223 PKOB) jak i zamówienia wykonane w rzeczywistości przez WGW (a więc de facto roboty „drogowe”, sklasyfikowane pod numerem 2112 PKOB) znajdują się w tej samej sekcji (Nr 2) PKOB pod nazwą „Obiekty Inżynierii lądowej i wodnej” (str. 4 akapit 2 opinii). Do takiego wniosku prowadzi fakt, iż „sekcja” jest jedynym wspólnym mianownikiem dla robót „drogowych” (wg klasyfikacji PKOB: sekcja 2, dział 1, grupa 1, klasa 1) oraz robót wymienionych w pkt 6 lit. b specyfikacji (wg klasyfikacji PKOB: sekcja 2, dział 2, grupa 2, klasa 2 lub 3).

Odwołujący podnosi, że posługując się taką argumentacją, warunki udziału w postępowaniu spełniali by również wykonawcy robót budowlanych polegających na budowie elektrowni wodnych (2302 PKOB), stoczni (2151 PKOB) a nawet wesołych miasteczek czy pól golfowych (2412 PKOB). Każda z wymienionych robót budowlanych znajduje się w sekcji 2 PKOB i przy każdej z nich wykonany być musi odcinek kanalizacji.

Zdaniem Odwołującego autor opinii mylił się wnioskując na przykład, iż skoro wykonawca zrealizował chociażby zamówienie pod nazwą „Przebudowa ulicy Świerkowej w Świętoszowie”, w skład którego wchodziło m.in. wykonanie 53 (słownie: pięćdziesięciu

trzech) metrów kanalizacji deszczowej, determinuje to spełnić warunek zawarty w pkt 6 lit. b specyfikacji.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie wskazuje, iż wykonawca WGW cyt.: „zaprezentowała doświadczenie w zakresie budowy infrastruktury technicznej, na którą składają się prace kanalizacyjne, wodociągowe oraz roboty elektryczne na łączną kwotę 7.063.045,45 zł”. Odwołujący nie jest w stanie określić, jak Zamawiający doszedł do takich wniosków ani też skąd wzięła się owa kwota, nie znajduje ona bowiem odzwierciedlenia ani w sumie wartości „referencji” złożonych przez wykonawcę WGW, ani w „obliczeniach” dokonanych przez biegłego.

Na podstawie opinii biegłego Komisja zmieniła stanowisko i wybrała jako najkorzystniejszą ofertę, ofertę wykonawcy WGW. Biegły jednak nie złożył oświadczenia wynikającego z art. 17 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wnosi o dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy WGW a w efekcie powyższego odrzucenia Jego oferty oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób zgodny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku potwierdzenia się naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) przez Zamawiającego oferta Odwołującego będzie mogła być uznana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników stron. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż podczas ostatecznego badania ofert i sprawdzania czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający brał pod uwagę opinię biegłego. Na biegłego został powołany po upływie terminu składania i otwarcia ofert Pan dr Janusz R. Pan dr Janusz R. jest współautorem m.in. książki „Roboty budowlane w systemie Zamówień Publicznych”. Jednak Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła w oryginale dokumentacji sprawy oświadczenia zgodnego z art. 17 ust. 1 Pzp sporządzonego przez osobę sporządzającą opinię.

Zamawiający w celu uznania, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu wystosował 01.07.2008 r. prośbę o wydanie opinii do dra Janusza R. Następnie Zamawiający wziął tę opinię pod uwagę w trakcie badania ofert i przychylił się do

wyrażonych tam poglądów. W trakcie badania ofert Zamawiający nie wymagał od biegłego, sporządzającego opinię, aby złożył oświadczenie zgodne z art. 17 ust. 1 Pzp. Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie może stwierdzić, czy osoba ta nie powinna podlegać wyłączeniu. W związku z tym, nie mając do dyspozycji podpisanego oświadczenia na druku ZP-11 należy potraktować tę osobę, jak osobę podlegającą wyłączeniu, a więc zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp Zamawiający ma obowiązek powtórzyć czynność sporządzenia opinii i powierzyć dokonanie tej czynności osobie, która nie podlega wyłączeniu.

Jak wynika z dokumentacji opinia o możliwości wykluczenia wykonawcy była bardzo istotna w trakcie postępowania Zamawiającego i w żadnym razie nie można jej potraktować jako czynności faktycznej nie wpływającej na wynik postępowania, której Zamawiający nie powtarza, zgodnie z art. 17 ust. 3 *in fine* Pzp. Dopiero następnie Zamawiający może dokonać czynności badania ofert.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie treści postanowienia pkt 6 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie można wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy choć w minimalnym zakresie wykazali się wykonaniem którejkolwiek z żądanych do wykazania robót: budowy lub przebudowy infrastruktury technicznej typu kanalizacja deszczowa, sieć wodociągowa oraz oświetlenie placów i ulic. Ponadto, Zamawiający żądał wykazania wykonania przynajmniej dwóch zamówień o łącznej wartości netto 2 000 000 zł, jednak Zamawiający nie podał żadnych szczegółów dotyczących zakresu czy udziału procentowego tych robót w całości wykazanych zamówień. Dlatego Zamawiający musi zaklasyfikować jako spełniających warunki udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nabyli doświadczenia w zakresie każdej z tych specjalności choćby nawet w minimalnym zakresie, jednak łączna wartość tych robót musiała być nie mniejsza od wartości 2 000 000 zł netto. A w badanym przypadku wykonawca WGW wykazał, że spełnia warunek postawiony w pkt 6 lit. b specyfikacji.

Zamawiający nie może obciążać wykonawców odpowiedzialnością za swój brak precyzji w formułowaniu specyfikacji i w związku z tym nie może wykluczyć wykonawców, którzy spełniają ogólnie postawione warunki udziału w postępowaniu. Jednakże nie było kwestią sporną, czy postawienie ogólnych, niedoprecyzowanych warunków było błędem postępowania, czy zamiarem Zamawiającego. Jak wykazał to Zamawiający roboty budowlane przy budowach i rozbudowach cmentarzy zdarzają się rzadko. Dlatego Zamawiający musiał stawiać warunki o większym stopniu ogólności i nie precyzować ich jako wykonywanie robót na cmentarzach, gdyż mogłoby to być uznane za działania sprzeczne z zasadą zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o czym stanowi art. 7 ust. 1 Pzp.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie wystąpiła przesłanka do obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy WGW.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia i kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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).

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) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*