

Sygn. akt: KIO/UZP 449/09

**WYROK**  
**z dnia 20 kwietnia 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Rakowska Małgorzata**

**Stanisław Sadowy**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum wykonawców: REM-SANIT Tadeusz Remiś (Lider Konsorcjum) i PRI RIMEX Janusz Frelek z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Przemysłowa 20, 09-400 Płock** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Płock, Stary Rynek 1, 09-400 Płock**, protestu z dnia 19 marca 2009 r.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum wykonawców: REM-SANIT Tadeusz Remiś (Lider Konsorcjum) i PRI RIMEX Janusz Frelek z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Przemysłowa 20, 09-400 Płock** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum wykonawców: REM-SANIT Tadeusz Remiś (Lider Konsorcjum) i PRI RIMEX Janusz Frelek z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Przemysłowa 20, 09-400 Płock**;

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum wykonawców: REM-SANIT Tadeusz Remiś (Lider Konsorcjum) i PRI RIMEX Janusz Frelek z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Przemysłowa 20, 09-400 Płock.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ulicy Skrajnej (wraz z sięgaczami) i Brzoskwiniowej oraz budowa nawierzchni ulicy Skrajnej (odcinek od ulicy Sielskiej do tzw. Żwirowni) na osiedlu Imielnica”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum wykonawców: REM-SANIT Tadeusz Remiś (Lider Konsorcjum) i PRI RIMEX Janusz Frelek z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Płocku, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 stycznia 2009 r. (nr ogłoszenia: 27901). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*” Gmina Miasto Płock, zwana dalej „*Zamawiającym*”.

We wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w dniu 13 marca 2009 r. poinformował *Odwołującego* o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że *Odwołujący* nie spełnił jednego z warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tj. wykonali co najmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i o wartości nie niższej niż zaoferowana cena. Z przedłożonego przez *Odwołującego* wykazu robot wynika, że każde ze zrealizowanych zamówień miało wartość niższą niż zaoferowana cena.

W piśmie z dnia 13 marca 2009 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 17 marca 2009 r. *Odwołujący* zwrócił się do Zamawiającego o zwrot wadium zabezpieczającego jego ofertę. Pismem z dnia 17 marca 2009 r. doręczonym *Odwołującemu* w dniu 18 marca 2009 r. Zamawiający odmówił zwrotu kwoty wadium, wskazując na obowiązek jego zatrzymania w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe czynności Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 19 marca 2009 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 20 marca 2009 r., złożył protest, w którym wskazał na naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, że spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, o których stanowi przepis art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz postanowienia SIWZ.
- 3) § 1 ust. 2 pkt 5 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 (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), zwanego dalej: „rozporządzeniem”, poprzez błędną interpretację wskazanego przepisu.

W proteście tym Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu,
- dokonanie w postępowaniu ponownej oceny oferty złożonej przez Odwołującego,
- zwrot uiszczanego wadium.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący wskazywał przede wszystkim na to, że spełnił kwestionowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 3 SIWZ. Wskazywał na zapisy SIWZ dotyczące wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie (pkt 4 SIWZ), z których wynikało – w jego ocenie - że warunek określony w pkt 1 i 2 SIWZ musi spełnić każdy z wykonawców, natomiast określony w pkt 3 i 4 – muszą spełniać łącznie wszyscy wykonawcy. Odwołujący podkreślał zastosowanie przez Zamawiającego określenia „łącznie”, które wskazuje na możliwość zbiorczego, sumarycznego określenia wartości i potencjału niezbędnego do wykonania zamówienia. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Odwołujący złożył wspólny dla wykonawców tworzących Konsorcjum wykaz robót oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Ocena Zamawiającego, że zadana z wykazanych w wykazie robot nie odpowiada wartości ceny oferty był – jak podniósł Odwołujący – niesłuszna z uwagi na zapisy SIWZ, określenie ustawowe warunków udziału w postępowaniu oraz przepisy rozporządzenia, które określa katalog dokumentów, których Zamawiający może żądać w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przede wszystkim w oparciu o dokumenty załączone do

oferty. Jeśli uznał, że nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału powinien ofertę Odwołującego odrzucić na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, a nie wzywać do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że swoim działaniem Zamawiający naruszył także przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zamawiający formalnie nie rozstrzygnął przedmiotowego protestu, tym samym go oddalił.

Od milczącego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 3 kwietnia 2009 r. (nadanie w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył odwołanie, kierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W tej samej dacie kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

W odwołaniu zostały podtrzymane zarzuty, żądania i argumentacja zawarte w proteście. Formalnie doprecyzowano naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,
- 3) § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia,
- 4) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Podnosząc wskazane zarzuty i podtrzymując dotychczasową argumentację Odwołujący wskazał ponadto, że w postępowaniu doszło do rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp, bowiem Zamawiający dopuścił w SIWZ ocenę w ramach warunku udziału w postępowaniu, prowadzącą do nierównego traktowania wykonawców poprzez uzależnienie warunku podmiotowego od wartości oferowanej ceny.

Wskazał również na bardzo restrykcyjny charakter przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, który powinien być interpretowany przez Zamawiającego w sposób ścisły, tj. powinien on mieć zastosowanie wyłącznie w przypadku tzw. zmów wykonawców. Zamawiający nie wziął również pod uwagę, że Odwołujący dostarczył mu, na jego żądanie, wymagany dokument (oświadczenie), a Zamawiający nadużywa swego prawa, czyniąc z dyspozycji przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp dodatkowe źródło przychodów.

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, braku wiedzy o tym, czy inni wykonawcy przedłużyli swoje wadia w postępowaniu.

W trakcie rozprawy pisemne stanowisko odnośnie złożonego odwołania przedłożył Zamawiający (pismo z dnia 20 kwietnia 2009 r.). W piśmie tym Zamawiający przede wszystkim wskazywał na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego do składania

odwołania. Jego oferta bowiem cenowo jest sklasyfikowana na dalszej pozycji, a poprzez brak zaskarżenia ofert cenowo korzystniejszych od oferty Odwołującego nie ma on żadnych szans na uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego. Zamawiający podniósł również, że kwestionowany przez niego warunek udziału w postępowaniu, polegający na konieczności wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu 1 zamówienia i wymogu łącznego wypełnienia tego warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oznacza, że wystarczającym jest, jeśli jeden z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum spełni ten warunek. W takiej sytuacji pozostali „konsorcjanci” nie muszą wykazywać się podobnym zamówieniem.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty Odwołującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień i uzupełnień dokumentów na skutek wezwania przez Zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę treść protokołu z postępowania (druk ZP 2) oraz oświadczenia i stanowiska stron, zawarte w proteście, odwołaniu, pisemnych wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2009 r. oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wartość szacunkowa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, wynosi: 3 432 683,47 zł netto, tj. 885 373,98 euro. Wskazana wartość zamówienia mieści się poniżej progu wartości kwot, o których stanowią przepisy wydane na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich - Dz. U. Nr 241, poz. 1762). Tym samym, uwzględniając powyższe, w postępowaniu będzie miał zastosowanie przepis art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp, pozwalający na zaskarżenie w trybie odwoławczym wyłącznie określonych czterech czynności zamawiającego (wybory trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę oraz opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, bądź odrzucenia jego oferty).

Ze wskazanych przyczyn przedmiotem oceny przez skład orzekający Izby nie może być zatem zarzut dotyczący zatrzymania wadium, nieobjęty dyspozycją przywołanego przepisu art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp. Uwzględniając obowiązujący stan prawny, który nie pozwala na częściowe odrzucenie odwołania, skład orzekający Izby uznając, iż zachodzi we

wskazanym zakresie przesłanka określona w przepisie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp, pozostawił ten zarzut bez rozpoznania, uznając, że podlega on odrzuceniu.

Skład orzekający Izby wyraża również opinię, że zatrzymanie wadium przez Zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie jest *sensu stricte* czynnością podejmowaną przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmierzająca do zakończenia tego postępowania, poprzez zawarcia umowy. Tym samym to działanie zamawiającego może być rozpatrywane w kategoriach roszczenia cywilnoprawnego, składanego do właściwego sądu powszechnego.

Biorąc powyższe pod uwagę przedmiotem oceny przez skład orzekający Izby jest zatem zarzut dotyczący bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym przedmiocie nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również, że została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wskazująca na interes prawny po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie, co umożliwiła odniesienie się do podniesionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego nie spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego – wbrew twierdzeniom Zamawiającego - wyraża się bowiem w tym, że Odwołujący jest wykonawcą, ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym pozbawienie go przez Zamawiającego szans na potencjalne uzyskanie zamówienia poprzez wykluczenie z udziału w postępowaniu, którą to czynność kwestionuje, jednocześnie z negatywnymi skutkami finansowymi w postaci zatrzymania wadium, jest wystarczające – szerokim rozumieniu pojęcia interesu prawnego – do uznania, że ów uszczerbek w tym interesie miał faktycznie miejsce.

W przeciwnym bowiem razie w przypadku zamówień poniżej wartości progów UE mielibyśmy do czynienia z brakiem racjonalności ustawodawcy, który z jednej strony daje formalnie możliwość zaskarżenia zasadności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu bądź odrzucenia jego oferty, a nie dając jednocześnie możliwości zaskarżenia innych ofert złożonych w postępowaniu i sklasyfikowanych przed tą ofertą. Tworzyłoby to swego rodzaju fikcję prawną uniemożliwiającą każdorazowe rozpoznanie zarzutów dotyczących zasadności odrzucenia oferty wykonawcy, bądź wykluczenia go z udziału w postępowaniu z uwagi na brak interesu prawnego, w sytuacji gdyby

w postępowaniu były bardziej korzystne oferty od oferty tego wykonawcy. Tym bardziej to szerokie rozumienie interesu prawnego w tym przypadku będzie miało szczególne znaczenie z punktu widzenia konsekwencji związanych z taką czynnością bezzasadnego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu nieuzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w postaci zatrzymania wadium, która to okoliczność w niniejszej sprawie nie podlega rozpoznaniu ze wskazanych powyżej przyczyn, może być jednak – w ocenie Izby, co potwierdził również na rozprawie Zamawiający - objęta odrębnym powództwem cywilnoprawnym.

Odnosząc się zatem do zarzutu spełniania warunku udziału w postępowaniu skład orzekający Izby ustalił następujące okoliczności faktyczne w sprawie:

- 1) Zamawiający w SIWZ pkt 3.1, uwzględniając również zmianę tego warunku dokonaną w wyniku modyfikacji SIWZ i treści ogłoszenia w dniu 2 lutego 2009 r., zażądał spełnienia warunku doświadczenia, poprzez wykazanie jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia i o wartości nie niższej niż zaoferowana cena. Przy czym warunek ten w odniesieniu do wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie musieli spełniać łącznie wszyscy wykonawcy.
- 2) Odwołujący w swojej ofercie zaproponował cenę: 2 553 460,00 zł brutto za realizację zamówienia.
- 3) W dwóch odrębnych (dla każdego z „konsorcjantów” oddzielnie) wykazach wykonanych prac załączonych do oferty Odwołującego - złącznik nr 4 wykazał 11 robót, których wartości brutto kształtowały się od 113 285,64 zł do 2 050 000,00 zł brutto.
- 4) Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2009 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
- 5) Odwołujący uzupełnił żądane dokumenty poprzez dołączenie tych samych dokumentów z małą korektą w zakresie wartości brutto wykazywanych robót w jednym z wykazów, co nie zmieniło zasadniczo wartości progowych tych zamówień, pod kątem oceny spełniania warunku. Do dołączonych dokumentów przedłożone zostały wyjaśnienia, w których Odwołujący wskazywał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu i nie jest w stanie dostarczyć innych w tym zakresie dokumentów.

Skład orzekający Izby orzekając w tym zakresie stwierdził, na podstawie ustalonego stanu faktycznego oraz dowodów zgromadzonych w sprawie, że podnoszony zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie. Słuszne jest - w ocenie składu orzekającego Izby - stanowisko Zamawiającego, że wskazanego warunku udziału nie można interpretować w sposób proponowany przez Odwołującego, tj. w ten sposób, że każde zamówienie wykazywane przez wszystkich „konsorcjantów” może podlegać sumowaniu, aby spełnić określony wymóg Zamawiającego co do oczekiwanej wartości zamówienia. W takim przypadku mogłoby nawet dojść do sytuacji, w której kilku, bądź kilkunastu wykonawców będzie ubiegać się o zamówienie wyłącznie po to, aby dokonać szumowania drobnych wykonywanych przez nich zamówień, które jednak nie będą potwierdzać, że wykonawca jako cały „zbiorowy podmiot” jest w stanie wykonać zamówienie, ponieważ ma takie doświadczenie. Czym innym z punktu widzenia oceny doświadczenia, jest bowiem realizacja roboty budowlanej o określonej wartości na określonym poziomie, a czym innym realizacja kilku, kilkunastu, bądź kilkudziesięciu drobnych inwestycji, których dopiero łączna wartość jest w stanie wypełnić warunek Zamawiającego. Określenie „łącznie” użyte w przez Zamawiającego – w ocenie Izby – w przypadku wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie należy interpretować w tym przypadku w ten sposób, że to każdy z wykonawców może wykazać się realizacją takiego zamówienia o danej wartości, a wykazanie się tą umiejętnością przez jednego z wykonawców zwalnia pozostałych z tego obowiązku.

Odnosząc się do zarzutu związanego z nierównym traktowaniem wykonawców ubiegających się o zamówienie w związku z odnośnieniem tego warunku udziału w postępowaniu do ceny ofertowej każdego z wykonawców, skład orzekający Izby uznał ten zarzut za spóźniony. Odwołujący powinien był podnosić go na etapie wcześniejszym, po modyfikacji SIWZ w dniu 2 lutego 2009 r. Uwzględniając powyższe zarzut ten nie podlegał rozpatrzeniu, a stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Ppz podlegał odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze oraz działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Ppz orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Ppz, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Płocku.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....