

Sygn. akt KIO/UZP 315/09

WYROK
z dnia 26 marca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Ewa Jankowska
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 marca 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o. o., ul. Opolska 11 – 19 / 1, 52 – 010 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o., ul. Na Grobli 14/16, 50 – 421 Wrocław** protestów z dnia **18.02.2009r.**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o. o., ul. Opolska 11 – 19 / 1, 52 – 010 Wrocław 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 **Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o. o., ul. Opolska 11 – 19 / 1, 52 – 010 Wrocław;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Biura Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o. o., ul. Opolska 11 – 19/ 1, 52 – 010 Wrocław**

Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na wykonanie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych i kosztorysów inwestorskich oraz sprawowanie nadzoru autorskiego przy realizacji robót budowlanych dla zadania dotyczącego budowy i przebudowy infrastruktury wodno-kanalizacyjnej we Wrocławiu. Przedmiot zamówienia został podzielony na części oznaczone literami od A do I. W dniu 22.02.2009 r. za pośrednictwem faksu zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania m.in. o wyborze w częściach C i G oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: PPU "DOMED" Sp. z o. o z siedzibą we Wrocławiu oraz Teodora Świąteckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WODROL z siedzibą w Kiełczowie (dalej: Konsorcjum DOMED).

Wobec powyższego rozstrzygnięcia pismem z dnia 18.02.2009 r. (*presentata* zamawiającego z dnia 19.02.2009r.) protest wniosło Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. zarzucając zaniechanie wykluczenia Konsorcjum DOMED mimo niespełnienia warunków art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. – dalej: Pzp). Nie wykluczając Konsorcjum DOMED zamawiający naruszył również art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 7 Pzp traktując na równych zasadach wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu oraz wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu..

Zdaniem protestującego usługi wskazane przez Konsorcjum DOMED nie spełniają wymagań zamawiającego, ponieważ albo były one wykonane wcześniej, niż na 3 lata przed dniem wszczęcia postępowania (pozycja nr 1 w wykazie), albo ich zakres nie odpowiada wymaganiom zamawiającego (pozycje od 2 do 6 wykazu), ponieważ nie dotyczą terenów miejskich ani osiedli o ilości mieszkańców nie mniejszej, niż 5000, lub też dotyczą odcinka wodociągu krótszego, niż wymagał Zamawiający (350 m zamiast co najmniej 500 m w

pozycji nr 6 wykazu). W przypadku pozycji nr 7 z wykazu, dotyczącej wykonania dokumentacji projektowej wodociągu o długości 550 m w Oławie protestujący zakwestionował załączone do wykazu referencje uważając, że są one niepełne (część ich treści miałyby być zamazana korektorem przed skserowaniem). Protestujący podniósł również kwestię autorstwa projektu - jego wykonawcą była firma gpOMEGA z Oławy.

W odniesieniu do projektu kanalizacji sanitarnej na terenie gminy Wiślica (poz. 3 wykazu) protestujący wskazał dodatkowo, że z załączonych do wykazu referencji wynika, iż dotyczą one przepompowni ścieków o przepływie maksymalnym sekundowym mniejszym, niż 20 l/s, gdy tymczasem Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem dokumentacji przepompowni o przepływie co najmniej 20 l/s. Z referencji wystawionych przez Urząd Gminy w Wiślicy nie wynika wprost, czy warunek udziału w postępowaniu został spełniony, bowiem jego zdaniem zapis „5,3 l/s -21,5 l/s” wskazuje raczej na sumaryczny -minimalny i maksymalny -przepływ sekundowy, podany dla wszystkich trzech przepompowni.

Zdaniem Protestującego polisa załączona do oferty przez Konsorcjum DOMED nie spełnia warunków określonych w siwz ponieważ przedmiotem zamówienia jest usługa projektowania, więc polisa powinna obejmować ubezpieczenie od ewentualnych błędów prowadzonej działalności projektowania, a nie wyłącznie ubezpieczenie od błędów podczas projektowania (delikt) bez odpowiedzialności cywilnej za efekt.

Protestujący wniósł o uchylenie czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum DOMED jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, wykluczenie Konsorcjum DOMED, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 2.03.2009 r. (tego dnia przekazany protestującemu) rozstrzygnął protest w ten sposób, że uwzględnił część jego zarzutów a część oddalił.

Zamawiający oświadczył, że powtórzy czynność badania i oceny ofert. Zamawiający stwierdził, że wystawcą dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia mogą być nie tylko bezpośredni zamawiający, gdyż umowy wykonywane mogą być również na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, zatem wystawienie referencji przez wykonawcę na rzecz podwykonawcy jest prawidłowe. Zamawiający stwierdził, że w celu zbadania wiarygodności referencji wystawionych przez gpOmega wezwie Konsorcjum DOMED do: przedstawienia oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii referencji oraz do oświadczenia, czy w ramach dokumentacji projektowej wykonanej dla gminy w Wiślicy zaprojektował co najmniej jedną przepompownię ścieków o przepływie maksymalnym sekundowym wynoszącym co najmniej 20 l/s. Ponadto Zamawiający zwróci się w tej sprawie z zapytaniem do Urzędu w Wiślicy.

Zamawiający podniósł, że załączona do oferty polisa potwierdza, że PPU DOMED Sp. zo.o jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności

Zamawiający żądał tych dokumentu zgodnie z § 1 ust. 3 pkt. 3 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. z dnia 24 maja 2006 r. ze zm.). Zamawiający oddalił protest w tym zakresie

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem zamawiającego Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego wniosło w dniu 11.03.2009 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, z zachowaniem warunku jednoczesności przekazani kopii treści odwołania zamawiającemu. Podtrzymując zarzuty i żądania protestu odwołujący się podniósł ponadto, że projekt wodociągu przy ul. Sikorskiego w Oławie (poz. 7 wykazu) nie mógł być zrealizowany przez DOMED Sp. z o.o., gdyż zgodnie z przepisami prawa budowlanego (art. 12 ust. 2) wykonawcą projektu nie może być osoba prawna. Zdaniem odwołującego się właściwym działaniem zamawiającego winno być zwrócenie się o wyjaśnienia analogicznie jak w przypadku dokumentu wystawionego przez gminę Wiślica.

.

.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 11.11.2008 r. pod numerem 2008/S 219-292139.

Zamawiający, w siwz, część instrukcja dla wykonawców, ustalił warunki udziału w postępowaniu powtarzając brzmienie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp oraz wskazując, że w szczególności wykonawca musi się wykazać (str. 5 siwz):

Rozdział II pkt 2:

1. Należywym wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy lub przebudowy lub remontu sieci kanalizacyjnej lub

b) co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy lub przebudowy lub remontu sieci wodociągowej

o łącznej długości sieci wynoszącej co najmniej 500 m w terenie miejskim lub dla osiedla o liczebności mieszkańców nie mniejszej, niż 5 tys. mieszkańców (dotyczy wszystkich zadań). Przez teren miejski należy rozumieć teren zabudowany, posiadający uzbrojenie podziemne, położony w granicach administracyjnych miasta.

2) Należywym wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy, przebudowy lub remontu przepompowni ścieków o przepływie maksymalnym sekundowym co najmniej 20 l/s (dotyczy zadań: A, C, D, E, F, G, H, I).

Zamawiający nakazał złożenie wykazu wykonanych usług sporządzonego wg załącznika nr 3 do siwz.

Rozdział II pkt 3 ppkt 2 nakazywał wykazanie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na minimalną kwotę 300.000 zł lub 30.000 zł za jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń.

Konsorcjum DOMED złożyło ofertę zawierającą wykaz sporządzony zgodnie z wymaganiami zamawiającego, w którym ujętych zostało 8 usług w oryginale (błędna numeracja 2 razy poz. 5):

1. projekt kanalizacji sanitarnej dla 6 dzielnic na terenie Częstochowy;
2. projekt przyłączy kanalizacyjnych w 6 dzielnicach na terenie Częstochowy;
3. projekt kanalizacji sanitarnej na Terenie gminy Wiślica w miejscowościach Wiślica, Jurków, Gorysławice wraz z projektem oczyszczalni ścieków i doprowadzeniem wody oraz budową oczyszczalni ścieków;
4. projekt kanalizacji sanitarnej w Lipnicy Wielkiej i Kiczorach wraz z oczyszczalnią ścieków;
5. projekt kanalizacji sanitarnej dla 4 miejscowości w gminie Kocmyrzów;
6. projekt kanalizacji sanitarnej dla 5 miejscowości na terenie gminy Jadów;
7. projekt wodociągu ul. Zdrowa we Wrocławiu;
8. projekt wodociągu ul. Sikorskiego w Oławie

Konsorcjum DOMED złożyło również polisę nr OCD-F 025311 wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Oddział we Wrocławiu potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności lub posiadania mienia. Treść polisy jako działalność podlegająca ubezpieczeniu wskazuje m.in. projektowanie np. sieci kanalizacyjnej, obejmuje zakres podstawowy a suma ubezpieczenia wynosi 850.000 zł.

Bezsporne jest między stronami, że poz.1-2 oraz 4-7 wykazu wykonanych usług nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

Odwołujący się złożył ofertę ocenioną przez zamawiającego, jako trzecia w kolejności, jednak oferta złożona przez BPBK Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (oceniona jako druga) została odrzucona przez zamawiającego i decyzja ta jest ostateczna.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania i nakazanie wykluczenia KONSORCJUM DOMED da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KONSORCJUM DOMED spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Warunek wskazany w Rozdziale II pkt 2 ppkt 1 lit. b) SIWZ wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy lub przebudowy lub remontu sieci wodociągowej o łącznej długości sieci wynoszącej co najmniej 500 m w terenie miejskim lub dla osiedla o liczebności mieszkańców nie mniejszej, niż 5 tys. mieszkańców, jest spełniony przez wykazanie wykonania projektu wodociągu przy ul. Sikorskiego w Oławie (poz. 3 wykazu).

Nietrafnie wywodzi odwołujący się, że Pracownia Projektowa „gpOmega” nie mogła być odbiorcą usługi wykonanej przez PPU DOMED Sp. z o.o.

Rację należy przyznać zamawiającemu, że ustawodawca w § 1 ust. 2 pkt 2 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, nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Ze sformułowania użytego przywołanym przepisem „odbiorca” wywieść należy, że uprawnionym do wystawienia dokumentów jest podmiot, który bezpośrednio te usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy.

W okolicznościach sprawy, odnosząc przedmiot sporu na grunt przepisów kodeksu cywilnego stwierdzić należy, że podmiotem, który może wykazać należyte wykonanie usługi, wykonanie projektu wodociągu przy ul. Sikorskiego w Oławie jest nie tylko wykonawca Pracownia Projektowa „gpOmega” przez dokument wystawiony przez gminę Oława, ale również podwykonawca PPU DOMED Sp. z o. o. przez dokument wystawiony przez Pracownię Projektową „gpOmega”. Przeciwnie rozumienie prowadziłoby do

nieuzasadnionego ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, praktyki o charakterze dyskryminacyjnym.

Wskazanie, że projekt podpisał mgr inż. Piotr Adam Peregudowski nie wyklucza możliwości podzlecenia jego wykonania przez PPU DOMED Sp. z o.o. bez obrazy przepisów prawa w tym również art. 12 ust. 2 Prawa Budowlanego. Odwołujący się nie wykazał, że PPU DOMED Sp. z o. o. nie wykonał spornego projektu.

Wskazać też należy, że ustawodawca w przywołanym § 1 ust. 2 pkt 2 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, nie sformułował katalogu dokumentów potwierdzających fakt należytego wykonania usług, zatem wykonawca jest uprawniony do wykazywania należytego wykonania wskazanych przez siebie usług dowolnym dokumentem, a co do zasady zamawiający nie jest uprawniony do narzucania wykonawcom ograniczeń w tym względzie.

Żądanie odwołującego się wskazania w treści wykazu finalnego odbiorcy projektu oraz żądanie przez zamawiającego konkretnych dokumentów nie znajduje podstaw prawnych i w okolicznościach sprawy jest chybione. Posiadany przez zamawiającego oryginał referencji wystawionych przez Pracownię Projektową „gpOmega” potwierdza w sposób nie budzący wątpliwości spełnianie wymagań określonych w rozdziale II pkt 2 ppkt 1 lit. b) siwz .

Wskazany w rozdziale II pkt 2 ppkt 2 siwz warunek należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy, przebudowy lub remontu przepompowni ścieków o przepływie maksymalnym sekundowym co najmniej 20 l/s KONSORCJUM DOMED spełnia przez wykazanie należytego wykonania usługi zrealizowanej na rzecz gminy Wiślica (poz.3 wykazu). Wątpliwości, co do spełniania przez zaprojektowaną przepompownię wymaganego parametru przepływu maksymalnego sekundowego co najmniej 20 l/s, zostały rozwiane przez oświadczenie złożone przez PPU DOMED Sp. z o. o. z dnia 5.03.2009 r. oraz dodatkowe referencje wystawione przez gminę Wiślica w dniu 2.03.2009 r. Z dokumentów tych wynika spełnianie przez zaprojektowaną przepompownię wymaganego parametru. Odwołujący się nie zakwestionował na rozprawie tych dokumentów.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut dotyczący polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

KONSORCJUM DOMED złożyło dokument zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w rozdziale II pkt 2 ppkt 3 siwz.

Żądanie odwołującego dotyczące konieczności ujęcia w treści polisy również odpowiedzialności o charakterze cywilnym nie znajduje oparcia w treści przywołanego

postanowienia siwz, ani też w § 1 ust. 3 pkt. 3 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. Przywołany przepis nie nakazuje wskazania zakresu odpowiedzialności cywilnej, zatem co do zasady, zamawiający nie powinien formułować dodatkowych wymagań w tym względzie.

Dokument polisy jest żądany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczność spełniania przez wykonawcę wymagań podmiotowych - znajdowania się przez niego w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp) i ma na celu danie zamawiającemu wiedzy o sytuacji finansowej wykonawcy, aby mógł oczekiwać wykonania zamówienia przez wykonawcę z należyłą starannością. Spełnianie warunku daje skutek w postaci dopuszczenia oferty wykonawcy do badania pod względem formalnym i jej oceny merytorycznej.

Ewentualne posiadanie polisy przewidującej również odpowiedzialność o charakterze kontraktowym może mieć dla zamawiającego znaczenie na późniejszym etapie - realizacji zamówienia i ma znaczenie dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu..

Zatem ten zarzut odwołującego się nie tylko nie znajduje oparcia w przepisach prawa, zgodnym z nimi brzmieniu siwz ale też jest nieadekwatny do okoliczności faktycznych.

Reasumując Izba stwierdza, że zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

Zamawiający prawidłowo dokonał rozstrzygnięcia protestu.

Wskazać należy, że zamawiający dokonał czynności wskazanych w rozstrzygnięciu protestu przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, gdyż wobec wniesienia odwołania winien się z nimi wstrzymać do dnia wydania wyroku przez Izbę (art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp). Jednak naruszenie art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp przez zamawiającego nie pociąga za sobą skutku w sferze oceny zarzutów odwołania i nie ma wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Izba nie przyznała kosztów dojazdu pełnomocników zamawiającego, z uwagi na fakt, że wniosek w tej sprawie został złożony po zamknięciu rozprawy. Nakazanie odwołującemu się zwrotu kosztów stanowiłoby obrazę § 24 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327)

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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*