

Sygn. akt: KIO 1208/14

WYROK
z dnia 2 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Ordysińska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2014 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SPORTSYSTEM Sp. z o.o., D. G. Roboty Drogowe i Brukarskie, Budowa Kortów Tenisowych, ul. Kościelna 9a, 87-700 Aleksandrów Kujawski w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Gminę Miejską Ciechocinek, ul. Kopernika 19, 87-720 Ciechocinek

przy udziale **Wykonawcy** - Limba Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Ciechocinek, ul. Kopernika 19, 87-720 Ciechocinek i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SPORTSYSTEM Sp. z o.o., D. G. Roboty Drogowe i Brukarskie, Budowa Kortów Tenisowych, ul. Kościelna 9a, 87-700 Aleksandrów Kujawski tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Miejskiej Ciechocinek, ul. Kopernika 19, 87-720 Ciechocinek na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SPORTSYSTEM Sp. z o.o., D. G. Roboty Drogowe i Brukarskie, Budowa Kortów

Tenisowych, ul. Kościelna 9a, 87-700 Aleksandrów Kujawski kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zastępstwa prawnego i kwotę 268 zł 00 gr (słownie: dwieście sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu (łącznie 13 868 zł 00 gr; słownie: trzynaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Włocławku**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1208/14

Uzasadnienie

I. Gmina Miejska Ciechocinek (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „II etap rewitalizacji Parku Zdrojowego w Ciechocinku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 marca 2014 r., poz. 69095-2014 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 (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 13 czerwca 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SPORTSYSTEM Sp. z o.o. w Aleksandrowie Kujawskim oraz D. G., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D. G. Roboty Drogowe i Brukarskie, Budowa Kortów Tenisowych w Odrzywole (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych - poprzez jego zastosowanie w sytuacji potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów służących potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji pojawienia się wątpliwości co do zakresu przedmiotowego robót.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo wykluczył i odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dysponował wystarczającym materiałem, załączonym do oferty, pozwalającym Wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku. W konsekwencji Odwołujący wnosił o powtórzenie badania i oceny ofert uwzględnieniem jego oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Limba Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Pismem z dnia 23 maja 2014r. wezwano Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych „dowodów dotyczących najważniejszych robót określających czy roboty zostały wykonane w zakresie zgodnym z wymaganiami SIWZ oraz wskazujących czy zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki

budowlanej i prawidłowo ukończone; należy wykazać min. 2 zrealizowane i odebrane zadania o podobnym charakterze i wartości nie mniejszej niż wartość zamówienia w powiązaniu z punktem 4.4. SIWZ i wyjaśnieniami z dnia 8 kwietnia 2014r.

- w ofercie załączono dokumenty z których nie wynika jednoznacznie potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie robót związanych z wykonaniem nawierzchni kostki betonowej lub granitowej, alejek z kruszywa, boisk lub kortów, oświetlenia parkowego lub ulicznego, instalacji i sieci wod-kan, zagospodarowania zabytkowych terenów zielonych i prac związanych z obiektami zabytkowymi. **Dowodami mogą być w szczególności referencje, potwierdzenia wykonania robót, protokoły odbioru zawierające dane o których mowa w specyfikacji oraz wyjaśnieniach z dnia 8 kwietnia. Oświadczenie wykonawcy o wykonaniu określonego zakresu robót nie jest dokumentem spełniającym wymogi specyfikacji**” (pogrubienie - tak jak w oryginalnym piśmie Zamawiającego).

2. Odwołujący udzielił odpowiedzi w wyznaczonym terminie. W piśmie z dnia 30.05.2014r. wniósł o unieważnienie czynności wezwania w tym zakresie przedkładając jedynie – jak podnosił – z ostrożności ponownie wykaz robót z dodatkowymi zadaniami oraz dowodami wskazującymi, iż załączone do wykazu referencje, protokoły odbioru potwierdzają, że roboty zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W ocenie Odwołującego treść wezwania wskazywała na konieczność uzupełnienia dowodów dotyczących najważniejszych robót, wskazując jednocześnie co zostanie uznane jako dowód oraz podkreślając, że oświadczenie wykonawcy o wykonaniu określonego zakresu nie jest dokumentem spełniającym wymogi SIWZ. W piśmie wskazano również, iż taki sposób potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz orzecnictwem. Nie można zgodzić się z prawidłowością wezwania w zakresie uzupełnienia oferty o nowe (dedykowane) dowody z których wynikać ma zakres przedmiotowy wykonanych robót, skoro powyższe zostało wyraźnie określone w wykazie. Odwołujący w ww. piśmie wskazał ponadto, że zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U poz. 231), Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia dla robót budowlanych zobowiązany jest przedłożyć wykaz robót oraz dowody potwierdzające, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Skoro z przedstawionych do oferty dokumentów (wykazu) bezsprzecznie wynikało jaki zakres prac został wykonany przez Wykonawcę w ramach poszczególnych zadań inwestycyjnych, to dowody w postaci poświadczeń, referencji czy

protokołów odbioru miały jedynie potwierdzać należyte ich wykonanie, zgodne z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie.

3. Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2014r., opisującym podstawy wykluczenia, wskazał, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku określonego w pkt. 4.4. SIWZ z późniejszymi zmianami, opisując, jakie braki stwierdził w dokumentach Odwołującego załączonych do oferty i złożonych w ramach uzupełnienia.

4. Odwołujący w odwołaniu podnosił, że z wezwania z dnia 23 maja 2014r. wywnioskował, że Zamawiający w istocie nie podważał spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu i nie wzywał do uzupełniania wykazu robót wraz z dowodami, a jedynie wnosił o załączenie (uzupełnienie) dowodów z których wynikać będzie zakres przedmiotowy (część pisma Zamawiającego, odnosząca się do dowodów, została pogrubiona). W odwołaniu i na rozprawie Odwołujący także wskazywał, że w wezwaniu nie sprecyzowano, co do jakich robót – w kontekście potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu - Zamawiający ma zastrzeżenia.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w konsekwencji został on nieprawidłowo wykluczony z postępowania (co najmniej przedwcześnie).

Wezwanie do uzupełniania dokumentów powinno szczegółowo, precyzyjnie, w sposób jednoznaczny wskazywać, co do jakich dokumentów (bądź braków dokumentów) załączonych do oferty Zamawiając ma zastrzeżenia. W przypadku niewykazania w ofercie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien określić, jakiego dokumentu brakuje, na potwierdzenie którego z warunków, bądź w jakim dokumencie jest błąd, względnie czy dokument nie potwierdza spełnienia danego warunku. Zamawiający powinien wskazać, czy błąd/nieścisłość/brak upatruje w wykazie prac, czy w dokumentach go poświadczających. Jedynie precyzyjne wezwanie, w razie braku satysfakcjonującej odpowiedzi, może prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Precyzyjnym wezwaniem nie jest przytoczenie opisu spełnienia warunków udziału z SIWZ czy opis formy dokumentów, które Zamawiający uzna za dowody na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu; za prawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie może być zatem uznane pismo Zamawiającego z dnia 23 maja 2014r.

Skoro Odwołujący nie wiedział, jakie dokumenty konkretnie ma uzupełnić Zamawiającemu, nie mógł uczynić zadość wezwaniu. Dla oceny powyższego nie ma znaczenia, że inny wykonawca (Przystępujący) w odpowiedzi na analogicznie skonstruowane wezwanie (jak sam Przystępujący podnosił na rozprawie) udzielił

satysfakcjonującej Zamawiającego odpowiedzi. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być oparte na zasadach przypadkowości, a pewności. Odwołujący nie może domyślać się, o co konkretnie chodzi Zamawiającemu w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

W konsekwencji Zamawiający nie miał prawa wykluczyć Odwołującego z postępowania w związku z nieuzupełnieniem dokumentów na wezwanie z dnia 23 maja 2014r.; z tego powodu odwołanie jest zasadne i należało je uwzględnić. Okoliczność, czy Odwołujący ma pełną informację, jakie dokumenty powinien uzupełnić, ma (może mieć) oczywisty wpływ na wynik postępowania. Rację miał Odwołujący podnosząc, że okoliczności, które Zamawiający podał dopiero opisując podstawy wykluczenia, powinny się wcześniej znaleźć w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

W ocenie Izby, jeżeli Zamawiający nadal twierdzi, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien wezwać Odwołującego, tym razem precyzyjnie, do uzupełnienia požądanych przez siebie dokumentów (skoro wcześniejsze wezwanie było nieprawidłowe, to nowego wezwania nie będzie można uznać za powtórne wezwanie, naruszające zasady równego traktowania), z pominięciem tych dokumentów, które Zamawiający już otrzymał, i które go upewniły, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Na rozprawie wyniknął między stronami spór co do rozumienia zakresu jednego z warunków udziału w postępowaniu – Izba nie mogła dokonać rozstrzygnięć w tym zakresie, ponieważ nie było to objęte odwołaniem (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). Okoliczność, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, będzie można ocenić dopiero po udzieleniu przez niego odpowiedzi (uzupełnieniu dokumentów) na prawidłowo sformułowane wezwanie Zamawiającego w tym zakresie. W tym miejscu należy jedynie zauważyć, że fakt, że realizacja kilku zadań (zadanie opisano, wskazując warunek udziału w postępowaniu) objęta była jedną umową nie musi stać na przeszkodzie ocenie każdego z zadań; istotne jest jedynie, czy zadanie odpowiada wymogowi Zamawiającego (tj. w tym przypadku - czy posiada konstrukcję drewnianą).

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

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 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....