

Sygn. akt KIO/UZP 86/07

WYROK
z dnia 18 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Izabela Kuciak
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie* w dniu / w ~~dniach~~* 18.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Gen. J. Bema 23/29, 87-100 Toruń** protestu / protestów* z dnia 12.12.2007 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz .XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie pod nazwą „Urządzenie terenów sportowych przy ul. Szosa Chełmińska 75 w Toruniu – Etap Budowa Boiska do piłki nożnej z nawierzchnią syntetyczną’ zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.12.2007r. pod pozycją 245373 przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji ul. Gen. J. Bema 23/29, 87-100 Toruń zwany dalej „Zamawiającym”.

W dniu 12.12.2007 r. został złożony protest przez TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa zwany dalej „Odwołującym” na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w zakresie ustalonych warunków posiadania wiedzy i doświadczenia zawodowego w punkcie III- 2 –b siwz z żądaniem jednoznacznego sformułowania tego warunku albo jednoznacznego sposobu oceny spełnienia tego warunku przez wykonawców samodzielnych jak i konsorcjalnych. Odwołujący przywołał zapis siwz o treści : „ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 boiska z nawierzchnią syntetyczną o pow. powyżej 7.000 m kw. i oświetleniem o natężeniu min. 250 lux, w tym 1 o wartości minimum 3.000.000. zł. brutto. Odnosnie wykonawców ubiegających się wspólnie w ostatnim akapicie pkt III Zamawiający zapisał „...” Wykonawcy muszą udokumentować, że łącznie spełniają warunki określone w art. 22 ust.1 oraz każdy z wykonawców, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1, 2 prawa zamówień publicznych.”

Według oceny Odwołującego tak sformułowany warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia narusza art.7 ust.1, art. 22 ust.2 oraz art. 29 ust.2 ustawy, ponieważ po złożeniu oferty umożliwia dowolną interpretację spełnienia przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu, a zwłaszcza konsorcjów.

Według Odwołującego z zapisów siwz nie wiadomo czy kwota 3 mln. zł. odnosi się do boiska, czy do oświetlenia. Poza tym nie wiadomo czy Zamawiający wymaga wykonania 3 boisk wraz z instalacją oświetleniową, czy wykonania 3 boisk i 3 instalacji oświetleniowych. Ponadto nie wiadomo jak mają spełnić ten warunek wykonawcy pojedynczy, a jak wykonawcy występujący wspólnie.

Wątpliwość Odwołującego budzi okoliczność, że w poprzednim postępowaniu umorzonym na podstawie wyroku zespołu arbitrów w sprawie UZP/ZO/0-1160/07 Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z dnia 04.09.2007r. w sprawie MOSiR/2887/07 napisał, że wykonawcy występujący wspólnie mogą złożyć oferty, jeżeli łącznie spełniają warunki to jest mogą odrębnie posiadać doświadczenie w budowie boisk i odrębnie w budowie oświetlenia. Wobec powyższego Odwołujący wniósł do Zamawiającego o rozstrzygnięcie jak we wstępie protestu.

Zamawiający pismem z dnia 19.12.2007r. protest oddalił.

Zdaniem Zamawiającego według siwz dopuszcza się w przypadku składania oferty przez wykonawców występujących wspólnie do przedstawienia odrębnego doświadczenia w zakresie budowy boisk i w zakresie budowy oświetlenia tzn. łącznego spełnienia warunków .

Z kolei warunek postawiony w rozdz. III pkt 2b siwz jest precyzyjny. Wynika, z niego obowiązek posiadania doświadczenia w zakresie budowy 3 boisk o powierzchni powyżej 7 tys. m. kw. i oświetlenia o natężeniu od 250 lux, w tym 1 o wartości min. 3 mln zł. brutto.

Zamawiający żąda, aby wykonawca wykonał co najmniej trzy boiska o pow. z nawierzchnią syntetyczną powyżej 7 tys. m. kw. i oświetleniem o natężeniu powyżej 250 lux., przy czym wartość jednego z boisk powinna wynosić min. 3 mln. zł. brutto. Podane w wykazie roboty budowlane mają obejmować wykonanie boiska wraz z oświetleniem.

Wskazana wartość robót 3 mln. zł. odpowiada wartości robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

Z dokumentacji przetargowej wynika, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi na zapytanie z dnia 28.12.2007r.: jak mają spełnić warunek samodzielni wykonawcy, a jak mają spełnić ten warunek wykonawcy występujący wspólnie. Zamawiający udzielił w dniu 28.12.2007r. następującej odpowiedzi.

W przypadku wykonawców występujących samodzielnie oznacza to, że muszą przedstawić wykonanie co najmniej trzech obiektów boisk o pow. syntetycznej powyżej 7 tys. m. kw. i oświetleniu co najmniej 250 lux, oba te warunki muszą być spełnione łącznie. Przy czym jeden obiekt musi być o wartości co najmniej 3 mln. zł. brutto.

W przypadku konsorcjum, Zamawiający będzie oceniał łączne doświadczenie członków konsorcjum. Przez łączną ocenę Zamawiający rozumie, że poszczególni wykonawcy występujący wspólnie mogą mieć oddzielne doświadczenie w zakresie budowy boisk i oddzielne doświadczenie w zakresie budowy oświetlenia. Do spełnienia warunków doświadczenia Zamawiający będzie sumował doświadczenie poszczególnych członków konsorcjum w budowie boisk i w budowie oświetlenia.

Odwołujący pismem z dn.20.12.2007r. wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście. Ponadto Odwołujący zażądał unieważnienia postępowania wobec dokonania zawężającej modyfikacji warunku udziału w postępowaniu dokonanej z naruszeniem art. 38 ust.5 ustawy. Zdaniem Odwołującego dowolna interpretacja warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz oceny spełnienia tego warunku może spowodować nieuzasadnione wykluczenie z postępowania.

Nieuzasadnione interpretacja dokonana przez Zamawiającego warunku spełnienia wymagań siwz przez wykonawców występujących wspólnie w stosunku do wykonawców

występujących samodzielnie narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji określonych w art.7 ust.1 ustawy.

Zamawiający w dniu 10.01.2007 r. udzielając odpowiedzi na wniesione odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania. Zamawiający wyjaśnił, że różnice pomiędzy poprzednim unieważnionym postępowaniem sprowadzają się tylko do zmiany wymogu w zakresie doświadczenia co do budowy oświetlenia. W poprzednim postępowaniu warunek ten wynosił"oświetlenie o natężeniu od 300 lux..." , a obecnie wynosi"oświetlenie o natężeniu od 250 lux...". Z kolei w poprzednim postępowaniu Odwołujący złożył ofertę, która nie spełniała warunku udziału w postępowaniu. Przy czym Odwołujący nie zgłaszał żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Aktualnie oferta Odwołującego jest ważna po uzupełnieniu przez niego dokumentów. Złożone zostały trzy oferty, w których oferta Odwołującego jest najdroższa. Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie ofert składanych wspólnie zgodnie z którym, wykonawcy mogą składać skutecznie oferty, w których wykażą odrębne doświadczenie na budowę boisk i odrębne doświadczenie na budowę oświetlenia, do czego uprawnia ich zapis pkt III-2 b siwz.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje :

Warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego Zamawiający określił jednolicie zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarówno dla podmiotów występujących indywidualnie jak i wspólnie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy występujący indywidualnie lub w ramach konsorcjum w zakresie doświadczenia zawodowego powinni spełnić następujące warunki :"zrealizowali w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie co najmniej 3 boiska z nawierzchnią syntetyczną o powierzchni powyżej 7.000 metrów kwadratowych i oświetleniem o natężeniu min. 250 lux, w tym 1 o wartości minimum 3.000.000 zł. brutto...." - sekcja III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym cz. II pkt 2 warunki udziału pkt 2 lit b ogłoszenia o zamówieniu.

Identycznej treści znalazł się zapis w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w cz. III Opis warunków udziału w postępowaniu pkt 2 lit b. "zrealizowali w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie co najmniej 3 boiska z nawierzchnią syntetyczną o powierzchni powyżej 7.000 metrów kwadratowych i oświetleniem o natężeniu min. 250 lux, w tym 1 o wartości minimum 3.000.000 zł. brutto...."

Przy czym w siwz zawarto regulację dotyczącą wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia o następującej treści : Wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie

zamówienia, w takim przypadku złożona oferta spełniać musi m.in. następujące wymagania: w odniesieniu do wymagań postawionych przez Zamawiającego, wykonawcy muszą udokumentować, że łącznie spełniają warunki określone w art.22 ust.1 oraz każdy z wykonawców, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art.24 ust.1, 2 prawa zamówień publicznych.

Na podstawie takich uregulowań w Ogłoszeniu jak i w siwz Zamawiający udzielając odpowiedzi na zapytanie i rozstrzygając protest Odwołującego zawarł następujące stanowisko.

...” Zdaniem Zamawiającego w SIWZ dopuszczona jest możliwość wspólnego złożenia oferty przez wykonawców, którzy posiadają odrębne doświadczenie zawodowe w zakresie wykonawstwa boisk i odrębne w zakresie wykonawstwa instalacji oświetleniowych tzn. łącznie spełniają warunki postawione w SIWZ.”.....

“Zdaniem Zamawiającego warunek zawarty w rozdz. III pkt 2b SIWZ sformułowany jest precyzyjnie : 3 boiska z nawierzchnią syntetyczną o pow. powyżej 7.000 m kw. i oświetleniem o natężeniu od 250 lux, w tym 1 o wartości min.3.000.000.zł. brutto . Oznacza to, że w wykazie , o którym mowa w rozdz. IV pkt 5 SIWZ Zamawiający żąda aby Wykonawca wykonał co najmniej trzy boiska z nawierzchnią syntetyczną o pow. powyżej 7.000 m kw. I oświetleniem o natężeniu od 250 lux, przy czym wartość jednego z boisk powinna wynosić min.3.000.000. zł. brutto. Ponadto podane w wykazie roboty budowlane mają obejmować wykonanie boiska z oświetleniem. Tak postawiony warunek jest zgodny z przedmiotem zamówienia, a wartość wskazana w warunku, w kwocie 3.000.000.zł. odpowiada wartości robót stanowiących przedmiot zamówienia.”

pismo Zamawiającego z dnia 19.12.2007r. - rozstrzygnięcie protestu.

Dodatkowo w odpowiedzi na zapytanie w dniu 28.12.2007r, Zamawiający ponownie wyjaśnił :” w przypadku samodzielnych oferentów oznacza to wykonanie 3 robót obejmujących łącznie wybudowanie 3 boisk z nawierzchnią syntetyczną i wykonanie na nich oświetlenia o natężeniu min.250 lux na każdym z nich , w tym 1 o wartości min 3.000.000. zł. brutto.

W przypadku wykonawców działających w ramach konsorcjum , Zamawiający zgodnie z SIWZ , oceniając spełnienie przedmiotowego warunku będzie brał pod uwagę łączne doświadczenie podmiotów tworzących konsorcjum. Zamawiający dopuszcza więc jako spełniającą warunki udziału w przetargu ofertę konsorcjum, którego członkowie posiadają odrębne doświadczenie zawodowe w zakresie wykonawstwa boisk i odrębne w zakresie wykonawstwa instalacji oświetleniowych tzn. łącznie spełniają warunki postawione w SIWZ.”

Zdaniem składu orzekającego Izby powyżej przedstawione wyjaśnienia Zamawiającego oraz stanowisko w sprawie nie może nasuwać wątpliwości interpretacyjnych Odwołującego przedstawionych w proteście, w odwołaniu, jak i na rozprawie. Nie zachodzi bowiem wbrew twierdzeniom Odwołującego wątpliwość co do tego, że wykonawcy indywidualni muszą przedstawić wykaz robót, które w każdym z trzech przypadków (wymóg trzech robót) zawierają

wykonanie nawierzchni boiska jak i jednocześnie oświetlenia tych boisk. Z żadnych wyjaśnień oraz zapisów siwz nie wynika, że indywidualni wykonawcy przedstawiając doświadczenie zawodowe mogą wykazać odrębnie wykonane roboty w zakresie nawierzchni boisk jak i odrębne roboty w zakresie wykonania oświetlenia boisk. Ponadto nie może budzić wątpliwości zgłoszonych przez Odwołującego na rozprawie fakt, że oświetlenie powinno dotyczyć nawierzchni syntetycznej, ponieważ należy przywołać zapis siwz pkt IV pkt 5 ...” robót budowlanychodpowiadających swoim rodzajem.....robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia .”

Z powyżej przedstawionych wyjaśnień i stanowiska Zamawiającego zarówno, w rozstrzygnięciu protestu, wyjaśnieniu z 28.12.2007 r. oraz odpowiedzi na odwołanie i stanowiska na rozprawie nie wynika, aby istniała wątpliwość co do tego czy wykonawcy konsorcjalni mają spełnić warunki łącznie czy indywidualnie każdy z konsorcjantów.

Zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający zarówno w rozstrzygnięciu protestu, jak i w wyjaśnieniu z 28.12.2007 r. nie dokonał modyfikacji siwz, a jedynie dokonał jej wyjaśnienia, interpretacji i to zgodnej z przepisami ustawy. Tym samym nie naruszył art. 38 ust. 5 ustawy.

W tym miejscu przywołuje się stanowisko komentatora Józefa Edmunda Nowickiego zgodnie z którym “oczywistym jest, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być względem siebie komplementarni. Celem art. 23 ust.1 Pzp jest zatem umożliwienie grupie wykonawców połączenia ich potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego w sytuacji, gdy każdy z osoba nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego. (wyroki ZA 28.01.2005r. sygn. UZP/ZO/O-119/05). W orzecznictwie i piśmiennictwie co do zasady przyjmuje się, że warunki określone w art.22 ust.1 pkt 2,3 Pzp mogą spełniać wspólnie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (suma potencjałów wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) - Zamówienia publiczne Doradca Nr 10/2007r. – str. 36

W tym stanie rzeczy w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający przy określeniu warunków spełnienia doświadczenia zawodowego zarówno wykonawców występujących indywidualnie jak i łącznie w ogłoszeniu, siwz oraz przy udzielaniu wyjaśnień i interpretacji tych warunków nie naruszył art.7 ust.1,art.22 ust.2, art.29 ust.2 oraz 38 ust. 5 ustawy .Tym samym wniosek Odwołującego o zmianę warunków siwz bądź nakazanie unieważnienia postępowania, bądź unieważnienie postępowania z urzędu nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując nie potwierdził się zarzut braku jednoznacznego i precyzyjnego zapisu ogłoszenia i siwz, w zakresie wymogów doświadczenia zawodowego wykonawców indywidualnych jak i konsorcjalnych. Należy podkreślić, że zasadą wykonawców konsorcjalnych jest łączenie ich doświadczeń zawodowych, co nie przysługuje wykonawcom występującym indywidualnie w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*