

WYROK
z dnia 24 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Andrzej Niwicki

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23.07.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dominika Nawarę (lider) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TKD”, 25-671 Kielce, ul. Batalionów Chłopskich 153, Tomasza Gadzalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Handlowo Usługowy „TOM BUD”, Kielce, ul. Jasna 31 oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne „SANMEL” Sp. z o.o., 87-300 Brodnica, ul. Świerkowa 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Państwową Szkołę Muzyczną I i II stopnia im. Ludomira Różyckiego w Kielcach, 25-368 Kielce, ul. Głowackiego 7** protestu z dnia 8 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Państwową Szkołę Muzyczną I i II stopnia im. Ludomira Różyckiego w Kielcach, 25-368 Kielce, ul. Głowackiego 7 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 uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dominika Nawarę (lider) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TKD”, 25-671 Kielce, ul. Batalionów Chłopskich 153, Tomasza Gadzalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Handlowo Usługowy „TOM BUD”, Kielce, ul. Jasna 31 oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne „SANMEL” Sp. z o.o., 87-300 Brodnica, ul. Świerkowa 3;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złotych zero groszy) przez **Państwową Szkołę Muzyczną I i II stopnia im. Ludomira Różyckiego w Kielcach, 25-368 Kielce, ul. Głowackiego 7** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dominika Nawarę (lider) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TKD”, 25-671 Kielce, ul. Batalionów Chłopskich 153, Tomasza Gadzalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Handlowo Usługowy „TOM BUD”, Kielce, ul. Jasna 31 oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne „SANMEL” Sp. z o.o., 87-300 Brodnica, ul. Świerkowa 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dominika Nawarę (lider) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TKD”, 25-671 Kielce, ul. Batalionów Chłopskich 153, Tomasza Gadzalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Handlowo Usługowy „TOM BUD”, Kielce, ul. Jasna 31 oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne „SANMEL” Sp. z o.o., 87-300 Brodnica, ul. Świerkowa 3;**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *rozbudowę i przebudowę budynku szkoły na siedzibę PSM I i II st. Im. L. Różyckiego w Kielcach* (numer sprawy ZP/4/2009), ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 maja 2009 r., poz. 70593.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Instalacji Budowlanych „Unimax” S.A., odrzucając ofertę najtańszą złożoną przez konsorcjum firm: PW „TKD” Dominik Nawara, Zakład Handlowo Usługowy „TOM BUD” Tomasz Gadzalski, Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne „SANMEL” Sp. z o.o (dalej odwołujący). Zamawiający poinformował wykonawców o dokonanych czynnościach pismem z dnia 28 maja 2009 r., otrzymanym przez odwołującego w dniu 2 czerwca 2009 roku. W dniu 8 czerwca odwołujący wniósł protest do zamawiającego, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3, art. 26 ust 3 i 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez wykluczenie odwołującego z postępowania bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i bezprawne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, była błędna, gdyż opierała się na uznaniu, iż odwołujący nie spełnia warunku ekonomicznego, posiadania zdolności kredytowej w wysokości minimum 5 milionów złotych. Ocena zamawiającego wynikała z uznania, iż zaświadczenie wystawione na rzecz PW TKD Dominik Nawara potwierdza zdolność kredytową do kwoty 5.000.000,00 PLN, natomiast zaświadczenie dotyczące PBI SANMEL Sp. z o.o. zostało wystawione w terminie niezgodnym z zapisami siwz. Dodatkowo, zamawiający uznała, iż konsorcjum nie posiada wymaganego doświadczenia, gdyż załączona referencja dla PBI SANMEL Sp. z o.o. nie potwierdza, że firma jako wykonawca spełnia warunek, bowiem referencja dotyczy bliżej nie określonego konsorcjum, którego SANMEL jest liderem. Abstrahując od prawidłowości oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał, iż stwierdzone przez zamawiającego błędy mogły ewentualnie stanowić podstawę do wykluczenia konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 lub art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, natomiast nie mogły prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W ocenie odwołującego, zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp w zakresie kwestionowanej wysokości zdolności kredytowej, a także wezwać do uzupełnienia dokumentu wystawionego w dacie przekraczającej 3 miesięczny termin ważności na podstawie art. 26 ust.3 pzp.

W odniesieniu do nie uznanej przez zamawiającego referencji odwołujący stwierdził, iż zamawiający był zobowiązany uznać zdobyte doświadczenie w wykonaniu roboty w odniesieniu do całego konsorcjum, które ją wykonało.

Odwołujący wniósł o anulowanie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania ofert oraz wezwanie go do uzupełnienia zaświadczenia z banku o posiadanej zdolności kredytowej i uznanie wykazanej roboty budowlanej, jako potwierdzającej posiadanie doświadczenia.

Zamawiający rozstrzygnął protest w piśmie z dnia 18 czerwca 2009 roku, doręczonym odwołującemu w dniu 19 czerwca 2009 r., oddalając go w całości jako bezzasadny. W uzasadnieniu stanowiska zamawiający podtrzymał swoją decyzję o uznaniu, iż konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, co nie pozostawiało żadnych wątpliwości mając na uwadze treść zaświadczenia, które nie zawierało błędu, jak również datę wystawienia drugiego z kwestionowanych zaświadczeń. Zamawiający uznał, iż nie miał podstaw do wzywania konsorcjum do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, a stwierdziwszy, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmuszony był ofertę konsorcjum odrzucić. W zakresie braku możliwości uznania doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum, zamawiający powołał się na wyjaśnienia UZP z dnia 04.05.2009, z których wynika, że członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów. Zamawiający na tej podstawie nie uznał doświadczenia zdobytego przy hali widowiskowo-sportowej, jako zgodnego z siwz i odrzucił ofertę konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu odwołujący wniósł w dniu 24 czerwca 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego treść zamawiającemu.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał i ponowił zarzuty oraz żądania podniesione w proteście.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym oryginałów ofert, wyjaśnień wykonawców, stanowisk stron i uczestnika postępowania, a także oświadczeń złożonych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Interes prawny odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia znajduje uzasadnienie w tej okoliczności, iż oferta odwołującego jest najtańszą złożoną w

postępowaniu, a na skutek czynności jej odrzucenia odwołujący traci możliwość uzyskania zamówienia. Izba nie uznała stanowiska zamawiającego przedstawionego w piśmie z dnia 13 lipca 2009 r., iż wykonawca utracił interes prawny, gdyż jego oferta była nie zabezpieczona wadium w dniach 28 i 29 czerwca 2009 r. Skład orzekający stwierdził, iż do dnia rozprawy przed KIO odwołujący nie utracił statusu wykonawcy w związku z wykluczeniem go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp., a zatem podnoszona okoliczność nie była podstawą żadnych czynności zamawiającego i jej ocena nie mieści się w zakresie czynności zaskarżonych przez odwołującego.

W zakresie zarzutu braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający uznał, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego wskazując w uzasadnieniu decyzji przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, czyli na niezgodność oferty odwołującego z treścią siwz. Niezgodność ta wynikać miała z załączenia dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezgodnych z wymogami zamawiającego. Powołane przez zamawiającego błędy w dokumentach z siwz nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. Mogły ewentualnie stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Niezależnie od błędnej decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, koniecznym było dokonanie oceny dokumentów złożonych wraz z ofertą, w celu ustalenia, czy zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, lub wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp.

W zakresie dokumentów mających potwierdzić spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał wykazania między innymi posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN (pkt 7 lit c siwz), na potwierdzenie czego wykonawcy mieli złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (pkt 8 ppkt 9 siwz). Odwołujący złożył w ofercie informacje z banków prowadzących rachunki dwóch spośród trzech konsorcjantów, z których jeden wystawiony został w dniu 12 stycznia 2009 r., a więc wcześniej niż na trzy miesiące przed upływem składania ofert, wyznaczonym na dzień 27 maja 2009 r. (zaświadczenie Banku Spółdzielczego w Brodnicy). Tym samym nie mógł on stanowić podstawy do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający mógł jedynie oceniać zaświadczenie Banku DnB NORD Polska S.A. Oddział w Katowicach z dnia 18 marca 2009r.

dotyczącego PW TKD Dominik Nawara. Treść oświadczenia banku, iż „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TKD- Dominik Nawara posiada zdolność kredytową w Banku DnB NORD POLSKA S.A. do kwoty 5 000 000,00 PLN”, w ocenie składu orzekającego potwierdza, iż wykonawca posiada zdolność kredytową w minimalnej kwocie wymaganej przez zamawiającego, tj. 5 000 000,00 PLN. Użycie sformułowania „do kwoty ..”, obejmuje również tę kwotę, jako maksymalną wysokość kredytu, którą bank może udzielić wykonawcy. Dopiero kwota 5 000 000,01 PLN przekracza wskazaną wysokość zdolności kredytowej. Opis warunku udziału w postępowaniu należy czytać w ten sposób, iż kwota poniżej 5 000 000,00 PLN byłaby niewystarczająca dla uznania spełniania warunku udziału w postępowaniu. A zatem zdolność kredytowa, jaką posiada lider konsorcjum (PW TKD Dominik Nawara), odpowiada minimalnym oczekiwaniom zamawiającego. Potwierdza to również treść przedłożonego przez odwołującego na rozprawie pisma, w którym bank potwierdził, iż zaświadczenie o zdolności kredytowej do kwoty 5 mln zł. dotyczy tej kwoty włącznie. Wprawdzie nie były one podstawą rozstrzygnięcia Izby, to jednak wskazuje na błąd zamawiającego przy ocenie dokumentu. W ocenie Izby nie jest dopuszczalne zastępowanie treści dokumentu wyjaśnieniami wykonawcy, jeżeli pismo nie pochodzi od tego wykonawcy. Tym samym zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 pzp nie mógł się ostać. Nie zmienia to jednak stanowiska KIO, iż przedłożona wraz z ofertą informacja z banku dotycząca lidera konsorcjum potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W tych okolicznościach wzywaniem wykonawcy na podstawie art. 26 ust 3 pzp do uzupełnienia dokumentu nie znajduje uzasadnienia.

Odnosząc się do drugiej wskazanej przez zamawiającego niezgodności dotyczącej dokumentu referencji, skład orzekający ustalił, iż warunek udziału w postępowaniu określony przez zamawiającego w siwz (pkt 7 lit d) dotyczył wykonania z należytą starannością jednego obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN brutto. Zamawiający nie kwestionował oświadczenia wykonawcy złożonego na załączniku nr 5 (wykaz wykonanych obiektów kubaturowych), natomiast uznał, iż treść referencji wskazuje na bliżej nie określone konsorcjum, którego liderem była firma SANMEL, z czego nie wynika, że firma, jako wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wartość zadania inwestycyjnego nie budziła wątpliwości zamawiającego, natomiast w toku rozprawy podnosił, iż nie było możliwe, aby jeden z trzech wykonawców realizujących inwestycję, wykonał część robót, których wartość wynosiłaby 15 000 000,00 PLN, przy całkowitej wartości określonej na kwotę 15 184,7 tys. zł. Skład orzekający uznał, iż treść referencji potwierdza posiadanie przez lidera konsorcjum wymaganego do realizacji przedmiotowego zamówienia, doświadczenia. Izba nie przychyliła się do powołanej przez zamawiającego interpretacji UZP wydanej w odmiennym stanie faktycznym, chociaż dotyczącej spornego zagadnienia. W ocenie składu orzekającego dla ustalenia spełniania warunku udziału w postępowaniu należy każdorazowo

odnosić się do opisu warunku w konkretnym postępowaniu. W niniejszej sprawie zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu przez wskazanie wartości inwestycji jako całości, wykonanej na obiekcie kubaturowym. W ocenie składu orzekającego nie budzi wątpliwości, iż realizacja tak dużych inwestycji często wiąże się z koniecznością udziału w realizacji części prac, podwykonawców. W takiej sytuacji wykonawca nie wykonuje w całości prac, co jednak w opinii UZP nie stoi na przeszkodzie wykazania się zdobytym przy realizacji obiektu, doświadczeniem. Różnica pomiędzy realizacją przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawców, a realizacją zamówienia przez konsorcjum, sprowadza się w zasadzie do odmiennego określenia stron umowy. W obu przypadkach wykonawca odpowiada solidarnie za prace wykonane, czy to przez podwykonawców, czy też konsorcjantów. Wprowadzanie sztucznych przeszkód dla wykonawców, którzy wykonywali zamówienie wspólnie z innymi podmiotów nie znajduje uzasadnienia prawnego. Przede wszystkim należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych zrównuje sytuację wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, z samodzielnie występującymi podmiotami, stwarzając tym samym możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy indywidualnie nie byłiby w stanie sprostać wymaganiom zamawiającego, co wpływa na zwiększenie konkurencyjności. Ocenianie doświadczenia zdobytego przy realizacji zamówień wspólnie z innymi podmiotami, powinno odbywać się na tych samych zasadach. W przeciwny wypadku mniejsi przedsiębiorcy, tworzący konsorcja nie mogliby często ubiegać się skutecznie o uzyskanie dużych zamówień, gdyż bez doświadczenia zdobytego indywidualnie, nie potwierdziliby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tym samym należało uznać, iż Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne SANMEL Sp. z o.o. wykazało się doświadczeniem w zakresie wykonania z należytą starannością obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN – Halę Widowiskowo-sportową wraz z infrastrukturą techniczną w Brodnicy o wartości 15.184,7 tys. zł.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty droższej.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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), kosztami Odwołującego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła Zamawiającego.

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, 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 w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*