

WYROK

z dnia 5 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BAU-POL W..... S....., Firma Instalacyjno - Budowlana "Bieniek" M..... B....., ul. M. Reja 10, 33-300 Nowy Sącz** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu, ul. Młyńska 10, 33-300 Nowy Sącz.**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BAU-POL W..... S....., Firma Instalacyjno - Budowlana "Bieniek" M..... B....., ul. M. Reja 10, 33-300 Nowy Sącz** 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 BAU-POL W..... S....., Firma Instalacyjno - Budowlana "Bieniek" M..... B....., ul. M. Reja 10, 33-300 Nowy Sącz** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BAU-POL W..... S....., Firma Instalacyjno - Budowlana "Bieniek" M..... B....., ul. M. Reja 10, 33-300 Nowy Sącz** na rzecz **Szpital Specjalistyczny im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu, ul. Młyńska 10, 33-300 Nowy Sącz** kwotę **4247 zł** (słownie: cztery tysiące dwieście czterdzieści siedem złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „modernizację kotłowni, montaż solarów oraz termomodernizację budynków Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu”

Odwołujący BAU-POL W..... S..... i Firma Instalacyjno - Budowlana „BienieK” M..... B....., zwani dalej Odwołującym, wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego, odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania. Zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 181 ust. 2 pzp poprzez powtórzenie czynności, na które nie została wniesiona informacja Odwołującego o niezgodnych z przepisami prawa czynnościach Zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2012r, art. 7 ust. 1 pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust.4 pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na nie wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty, mimo, że Odwołujący warunki te spełnia; art. 24 ust. 3 pzp poprzez brak przedstawienia pełnych informacji o podstawach wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania oraz odrzucenia jego oferty - zaniechanie przez Zamawiającego wskazania pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty; art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp poprzez unieważnienie postępowania, mimo braku ku temu podstawy.

Wnieśli o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, a co za tym idzie odrzucenia ich oferty oraz o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego oraz dokonania jej wyboru.

W dniu 31 lipca 2012 roku Zamawiający poinformował o wynikach postępowania. Oferta Odwołującego została uznana za zgodną z SIWZ. Uzyskała 226,17 pkt, plasując się na drugiej pozycji po ofercie wybranego wykonawcy „Kan-Bud” M..... K.....

Odwołujący w piśmie z dnia 3 sierpnia 2012r., na podstawie art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych poinformował Zamawiającego o dokonanych przez niego czynnościach niezgodnych z przepisami ustawy. Przedmiotem informacji było „zaniechanie weryfikacji wykazu robót i referencji przedstawionych przez innego wykonawcę M. K.....”, „zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na skutek podania przez niego w

ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania" oraz „bezpodstawne dokonanie wyboru oferty złożonej przez M. K.....”.

Zamawiający uznał zasadność przedmiotowej informacji. W celu zweryfikowania oferty wykonawcy Kan-Bud, Zamawiający poinformował Wykonawców o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Zamawiający, jak wskazał w treści odpowiedzi na odwołanie, w toku podjętych czynności powziął także informację, iż przeoczył istotne braki w ofercie Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający przy ponownej ocenie ofert powinien ograniczyć się wyłącznie do powtórzenia tych czynności, które były przedmiotem zarzutów Odwołującego podniesionych w piśmie z dnia 3 sierpnia 2012 r. Natomiast, zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego polegające na dalszych czynnościach, w tym na dalszej weryfikacji oferty Odwołującego oraz wzywaniu go do jej uzupełnienia, wykracza poza czynności podlegające powtórzeniu, a tym samym narusza przepis art. 181 ust.2 pzp. Zamawiający bowiem dokonał wcześniej oceny warunków udziału w postępowaniu Odwołującego i uznał, iż Odwołujący spełnia warunki.

Zamawiający w SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawca w ofercie przedłożył wykaz robót budowlanych, w którym wykaże wykonanie min. 1 roboty budowlanej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, tj. za robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Warunkiem uznania spełnienia warunku było spełnienie przez wskazaną robotę budowlaną spełnienia łącznie następujących wymagań: robota budowlana o wartości 1.500.000 zł. brutto; robota budowlana związana z przedmiotem zamówienia - modernizacja kotłowni, montaż solarów, roboty remontowo-budowlane w tym termomodernizacja budynków (*część II. SIWZ: Wymagania wobec wykonawców*).

Zamawiający dodatkowo w części III. SIWZ: Instrukcja dla wykonawców wskazał, iż w przypadku oferty składanej przez konsorcjum, Zamawiający, dokonując oceny, czy konsorcjum spełnia wymagania określone w SIWZ, uwzględni uprawnienia, posiadaną wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny członków konsorcjum.

Odwołujący w celu wykazania się posiadaną wiedzą i doświadczeniem w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w części II SIWZ, wskazał w wykazie robót załączonym do oferty 6 różnych zamówień na roboty budowlane zrealizowanych na rzecz 6 Zamawiających. Na potwierdzenie tego, że prace te wykonał należycie przedstawił łącznie

sześć dokumentów referencyjnych na okoliczność wykonania prac na rzecz Związku Gmin Ziemi Gorlickiej, SPZOZ w Brzesku, Urzędu Miejskiego w Krynicy-Zdroju, Monter s.c. w Rzeszowie, W..... P..... oraz ZET-TRANSPORT. Odwołujący zauważył, że wszystkie te roboty, biorąc pod uwagę je łącznie, spełniają warunki Zamawiającego stawiane w SIWZ, w związku z czym trudno domyślić się rzeczywistej przyczyny, dla której wezwano Wykonawcę do uzupełnienia oferty w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w toku ponownej czynności badania i oceny ofert wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że w jego ocenie, z wezwania do uzupełnienia oferty nie wynika, które ze wskazanych robót Zamawiający zakwestionował, lub których nie uwzględnił, jak również nie wynika z niego, w jakim konkretnie zakresie i w jaki sposób Wykonawca miałby uzupełnić swoją ofertę. Odwołujący wskazał, iż domyśla się, że Zamawiający wymagał w zakresie wiedzy i doświadczenia, aby wszystkie te prace wykonane zostały w jednej umowie.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający powinien oceniać spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku wiedzy i doświadczenia sformułowanego w art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp, wspólnie dla wszystkich członków konsorcjum. Żądanie spełnienia wymogów w zakresie posiadania doświadczenia odrębnie dla wszystkich podmiotów składających ofertę wspólną podważałoby sens tworzenia konsorcjum. Odmienne interpretacja wymogu doświadczenia byłaby sprzeczna z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także z samym brzmieniem SIWZ, w którym Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zakresie robót obejmujących modernizację kotłowni, montaż solarów, roboty remontowo-budowlane w tym termomodernizację budynków, nie wskazując jednocześnie, iż roboty te mają zostać wykonane w jednym zadaniu inwestycyjnym (w jednej umowie) lub tylko przez jednego członka konsorcjum.

W ocenie Odwołującego, nie ma w związku z tym przeszkód do tego, aby wykonawca wykazał się wymaganym doświadczeniem w dwóch lub większej liczbie przedsięwzięć.

Dodatkowo Odwołujący podkreślał, że w jego ocenie wymaganie wykazania się wykonaniem w ramach jednej umowy robót budowlanych takich jak modernizacja kotłowni, montaż solarów, roboty remontowo-budowlane w tym termomodernizacja budynków byłoby warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, naruszającym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez ograniczenie dostępności zamówienia dla wykonawców, którzy realizowali wiele takich inwestycji w ramach różnych umów.

W toku postępowania padło zapytanie odnośnie wyjaśnienia treści SIWZ w zakresie wymogu doświadczenia, czy Zamawiający uzna referencje z różnych robót budowlanych, których łączna wartość stanowić będzie kwotę 1.500.000 zł. Zamawiający udzielił odpowiedzi: „zgodnie z zapisami SIWZ”. Odwołujący stwierdził, że gdyby Zamawiający interpretował treść SIWZ w ten sposób, że wymaga wykazania się tymi pracami w jednej umowie lub robocie budowlanej, dałby temu wyraz w odpowiedzi na przedmiotowe zapytanie.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający w uzasadnieniu nie przedstawił Odwołującemu pełnych informacji o podstawach jego wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust.2 pkt 4 pzp.

Zamawiający ograniczył się jedynie do podania podstawy prawnej wykluczenia, odrzucenia ofert oraz unieważnienia postępowania, Nie wyjaśnił jednak i nie wskazał, dlaczego Odwołujący nie spełnia wymogu doświadczenia, mimo złożonego do oferty wykazu robót budowlanych oraz pozostałych dokumentów. Odwołujący wskazywał, że domyśla się, iż Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wskazywane prace budowlane wykonane były na podstawie jednej umowy lub zadania inwestycyjnego, a nie może być tak, że wykonawca zmuszony jest domyślać się, jaka była rzeczywista intencja Zamawiającego.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu jest sposób dokonania przez Zamawiającego oceny spełnienia przez Odwołującego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby zapisy SIWZ w zakresie powyższego warunku są jednoznaczne i nie budzą wątpliwości. Zamawiający sformułował warunek wskazując, że „uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, gdy wykonawca przedstawi

w wykazie, iż wykonał minimum jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Za robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna robotę budowlaną spełniającą łącznie następujące wymagania - warunki: robota budowlana o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto robota budowlana związana z przedmiotem zamówienia - modernizacja kotłowni, montaż solarów, roboty remontowo budowlane w tym termomodernizacja budynków. Wykazane zamówienie (robotę budowlaną) należy udokumentować dokumentem potwierdzającym, że ta (robota) została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona (np. listy referencje) oraz zawierającymi potwierdzenie łącznego spełnienia wskazanych powyżej warunków."

Zamawiający użył liczby pojedynczej dla wyrażenia „robota budowlana”, a także wyraźnie określił, iż oczekuje łącznego spełnienia określonych wymagań, co wprost wskazywać miało, iż oczekuje, aby wykonawca wykazał, że jedną umową objęte zostały wszystkie prace spełniające łącznie wymagania opisane w warunku SIWZ. Takie sformułowanie warunku w ocenie Izby świadczy jednoznacznie, iż Zamawiający wymagał, aby wszystkie przedstawione przez niego wymagania opisane w tym warunku skupione były w jednej umowie na robotę budowlaną. Odwołujący nie wykazał, jaki zapis SIWZ wskazywałby na to, iż Zamawiający dopuścił możliwość innego rozumienia tego warunku.

W ocenie Izby nie dowodzi tego także wskazywane przez Odwołującego pytanie jednego z potencjalnych wykonawców odnośnie wyjaśnienia treści SIWZ w zakresie wymogu doświadczenia, tj. czy Zamawiający uzna referencje z różnych robót budowlanych, których łączna wartość stanowić będzie kwotę 1.500.000 zł. Zamawiający udzielił odpowiedzi: „zgodnie z zapisami SIWZ”. Nie można powiedzieć, aby odpowiedź Zamawiającego na tak zadane pytanie była twierdząca. Tym samym powyższa okoliczność również nie dowodzi, aby Zamawiający dopuścił możliwość uznania spełnienia warunku poprzez przedstawienie kilku różnych zrealizowanych zamówień na roboty budowlane, które dopiero po zsumowaniu będą spełniały warunek SIWZ.

Odwołujący, jak sam podkreślił w odwołaniu, przedstawił 6 dokumentów referencyjnych, a więc 6 pojedynczych robót spełniających - jak sam stwierdził „łącznie” - warunki. Jednak Zamawiający w treści SIWZ nie wymagał wielu robót, z których wszystkie mogą łącznie składać się na opisane warunki, ale wymagał minimum 1 roboty budowlanej, która będzie spełniała łącznie wszystkie te warunki.

W ocenie Izby nie budzi także wątpliwości treść wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oraz informacja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Z treści wezwania wynika wprost, jakiego dokumentu oczekuje od wykonawcy Zamawiający. Zamawiający napisał, iż oczekuje przedstawienia wykazu wykonanych robót budowlanych, jednocześnie wskazał na treść postawionego warunku. Nieuzasadniony zatem, zdaniem Izby, jest zarzut Odwołującego, iż z treści wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów nie wynikało, w jakim konkretnie zakresie i w jaki sposób Wykonawca miałby uzupełnić swoją ofertę.

Natomiast w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał zarówno podstawę faktyczną, jak i prawną wykluczenia. Bezspornym był fakt, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego nie złożył we wskazanym terminie wykazu wykonanych robót i tę właśnie okoliczność przedstawił Zamawiający w podstawie wykluczenia. Podał, że Odwołujący nie wykazał wykonania roboty budowlanej spełniającej łącznie wskazane warunki. Nie jest zatem prawdziwe stwierdzenie Odwołującego, aby musiał domyślać się, z jakiego powodu został wykluczony z postępowania.

Odwołujący podkreślał, że w jego ocenie wymaganie wykazania się wykonaniem w ramach jednej umowy robót budowlanych takich jak modernizacja kotłowni, montaż solarów, roboty remontowo-budowlane w tym termomodernizacja budynków byłoby warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Izba zauważa, że formułowanie zarzutu wobec warunków określonych w treści SIWZ i sposobu oceny tych warunków na tym etapie postępowania jest zarzutem spóźnionym. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że stosownie do art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wobec czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo należy wskazać treść artykułu 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, na którą nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. Nie jest więc prawdą, że Odwołującemu nie przysługiwały środki ochrony prawnej wobec treści SIWZ na wcześniejszym etapie postępowania.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Katalog okoliczności, które mogą być zaskarżone w odwołaniu w postępowaniach, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, został ograniczony. Podnoszone przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu zarzuty wobec innych

czynności Zamawiającego, jak np. powtórzenie przez Zamawiającego czynności, na które nie została wniesiona informacja Odwołującego o niezgodnych z przepisami prawa czynnościach Zamawiającego są poza możliwością zaskarżenia w odwołaniu, a tym samym rozpatrzenia przez Izbę. Dlatego Izba jedynie na marginesie wskazuje, że zgodnie z artykułem 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wybór oferty powinien więc nastąpić po zastosowaniu właściwego badania i oceny ofert, z zastosowaniem wszelkich procedur przewidzianych w tej ustawie. Wybranie oferty najkorzystniejszej bez poddania jej badaniu (w całości) wskazanemu w ustawie Prawo zamówień publicznych (w tym także zaniechanie dokonania czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty) stanowi wybór z naruszeniem przepisów tej ustawy, a zatem jest to wybór wadliwy. Celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy. Czynności Zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia ważnej umowy). Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie ma prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającemu wykluczeniu.

Zamawiający ma w każdym stadium postępowania obowiązek czuwania nad jego prawidłowym i zgodnym z przepisami prawa przebiegiem i ma obowiązek podejmować wszelkie czynności (w tym unieważnienie czynności i ich powtarzanie), żeby nie doprowadzić do naruszenia przepisów ustawy i zawarcia umowy dotkniętej sankcją nieważności.

W niniejszej sprawie Zamawiający (po otrzymaniu od Odwołującego informacji złożonej na podstawie art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych), aby dokonać wykluczenia oferty złożonej przez innego wykonawcę, dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert, jednocześnie w toku tego postępowania dopełniając procedurę badania i oceny ofert także w zakresie oferty Odwołującego, czym nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego należy uznać, iż nie potwierdziły się wskazywane przez Odwołującego naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsekwencją powyższego jest także uznanie za bezpodstawny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....