

Sygn. akt: KIO/UZP 1124 /08

WYROK
z dnia 30 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 30 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Marek Gajewski REMONT –EX Firma Prywatna, Lech Pastuszka PUH LECHBUDEX, 44-200 Rybnik, ul. Larysza 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Zebrzydowice, 43-410 Zebrzydowice, ul. Ks. A. Janusza 6** protestu ~~protestów~~* z dnia 16 września 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum: Grupa Kapitałowa WONAM S.A., PPU WONAM Sp. z o.o., DROMOT s.j., 40-064 Katowice, ul. Kopernika 26** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego. po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Zebrzydowice, 43-410 Zebrzydowice, ul. Ks. A. Janusza 6

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Marek Gajewski REMONT –EX Firma Prywatna, Lech Pastuszka PUH LECHBUDEX, 44-200 Rybnik, ul. Larysza 11,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Zebrzydowice, 43-410 Zebrzydowice, ul. Ks. A. Janusza 6** na rzecz **Konsorcjum: Marek Gajewski REMONT –EX Firma Prywatna, Lech Pastuszka PUH LECHBUDEX, 44-200 Rybnik, ul. Larysza 11,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Marek Gajewski REMONT – EX Firma Prywatna, Lech Pastuszka PUH LECHBUDEX, 44-200 Rybnik, ul. Larysza 11.**

U z a s a d n i e n i e

Protest z dnia 11 czerwca 2008 r. złożony przez Odwołującego się w niniejszej sprawie na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PPUH ARKOM sp. z o.o. oraz na zaniechanie wezwania Konsorcjum firm: Grupa Kapitałowa WONAM S.A. w Katowicach, PPU WONAM sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju oraz DROMOT sp. j. w Pszczynie, zwane dalej Konsorcjum WONAM, do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu został rozstrzygnięty przez Zamawiającego m.in. poprzez uwzględnienie protestu w części dotyczącej: „zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 PZP w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum Przystępującego .

18 czerwca 2008 r. Konsorcjum WONAM przystąpiło do postępowania protestacyjnego podnosząc, że dokumenty załączone do oferty potwierdzają wymaganą treścią SIWZ warunki udziału.

Konsorcjum WONAM przystąpiło jednak tylko w zakresie zarzutów dotyczących przedstawienia przez to Konsorcjum warunków udziału, a nie przyłączyło się do zarzutów dotyczących zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy PUH ARKOM sp. z o.o.

Powyższe spowodowało, iż Konsorcjum WONAM nie posiadało interesu prawnego w przystąpieniu do protestu.

Pismem z 19 czerwca 2008 r. Odwołujący zwrócił się o pozostawienie przystąpienia do postępowania protestacyjnego bez rozpoznania.

Dnia 20 czerwca 2008 Zamawiający rozstrzygnął protest m.in. uznając go w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum WONAM. W treści uzasadnienia rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, iż uznając tę część protestu Zamawiający dokonał powtórnie czynności oceny ofert pod kątem posiadania przez wykonawców uprawnień oraz doświadczenia zawodowego niezbędnych do realizacji zadania będącego przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołując wywodzi dalej, że Zamawiający uznając protest z dnia 11 czerwca 2008 r. w zakresie zarzutów dotyczących WONAM podzielił stanowisko Odwołującego, iż dokumenty dołączone do oferty Konsorcjum WONAM nie potwierdzają spełnienia przez to Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Żaden z uczestników postępowania nie odwołał się od rozstrzygnięcia protestu w wyżej opisanym zakresie. W związku z powyższym, protest w tym zakresie jest już ostatecznie rozstrzygnięty, co wynika z przepisu art. 182 ust 2 pkt 2 pzp.

Po wezwaniu Zamawiającego skierowanym do Konsorcjum WONAM dnia 20 czerwca 2008 r. o uzupełnienie dokumentów, które to dokumenty miały być dostarczone Zamawiającemu do dnia 24 czerwca 2008 r., godz. 10.00, wezwane Konsorcjum WONAM nie uzupełniło dokumentów lecz w dniu 20 czerwca wystosowało do Zamawiającego pismo, w którym podjęło merytoryczną polemikę z zasadnością wezwania.

W tej sytuacji Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust 3 ustawy. Zamawiający dokonując wyboru oferty Konsorcjum WONAM postąpił niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, co stanowi naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na jego wynik, może być także kwalifikowane jako rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, iż w oparciu o decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 września 2008 r. nie może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 146 ust. 1 pkt 5 zPzp).

Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum WONAM miało możliwość podjęcia obrony przeciwko zarzutom zawartym w proteście z dnia 10 czerwca 2008 r. poprzez skuteczne wniesienia

przystąpienia do protestu, a następnie odwołania. Zaniechanie z tego spowodowało, że decyzja Zamawiającego, bez względu na to, jak może być merytorycznie oceniana, stała się ostateczna.

Jedynie z ostrożności procesowej, Odwołujący podniósł, że dokumenty dołączone do oferty Konsorcjum WONAM nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu i podtrzymał w tym zakresie swoje stanowisko wyrażone w proteście z dnia 10.06.08 r., uznanym przez Zamawiającego.

Zgodnie z pkt 5.1.2 SIWZ wykonawcy powinni wykazać się wykonaniem co najmniej 3 robót brukarskich o powierzchni nie mniejszej niż 1000 m² każda, 3 robót kubaturowych /remont, modernizacja, nadbudowa lub budowa/ o wartości porównywalnej z nadbudową Sali widowiskowej. Dokumenty załączone do oferty przez Konsorcjum WONAM nie pozwalały na ustalenie, czy wykonawcy ci spełniają warunki udziału w postępowaniu.

W przedstawionym przez Konsorcjum wykazie znalazły się m. in. następujące zadania:

- 1) zadanie pn. „Modernizacja zewnętrznego budynku kesonowego szybu III celem dostosowania go do transportów elementów wielkogabarytowych” zrealizowane na zlecenie JSW. Wskazana w referencji wartość robót kubaturowych wynosiła 800.003,26 zł netto. Wartość ta nie może zatem być porównywalna z wartością za rozbudowę Sali widowiskowej wskazaną przez Konsorcjum w kosztorysie ofertowym i wynoszącą 1.731.503,24 zł netto;
- 2) zadanie pn. „Opracowanie projektu technicznego, zakup, dostawa, montaż i uruchomienie klimatyzacji centralnej dla składowania wyrobisk dołowych w KWK Budryk S.A.”. Również w tym wypadku wartość wykonanych robót kubaturowych nie może być uznana za porównywalną z wartością przedmiotu zamówienia – wynosiła bowiem 550.000 zł netto.

Odwołujący wskazał również, że w wykazie znajdującym się na stronach 24 – 25 oferty Konsorcjum WONAM wskazano zadanie pn. „Roboty budowlane związane z zakończeniem budowy budynku socjalno – technicznego w Chudowie przy ul. Dworcowej Szyb VI”. Treść referencji nie wskazuje, co dokładnie było przedmiotem zamówienia, a tym samym niemożliwe jest ustalenie, czy zadanie to spełnia warunki określone w pkt 5.1.2 co do jego zakresu. Niezależnie od powyższego wartość tego zadania wynosiła jedynie 860.000 zł, co oznacza, że nie może być wartością porównywalną z wartością przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum wskazało w wykazie również zadanie pn. „Zagospodarowanie terenów sportowo – rekreacyjnych przy Zespole Szkół nr 2 w Pszczynie przy ulicy Staromiejskiej”. Jednakże w treści referencji dotyczących tego zadania nie wskazano, iż obejmowało ono roboty brukarskie lub kubaturowe, a ponadto dołączony do oferty protokół odbioru robót z dnia 7.10.2005 roku wskazuje, że roboty wykonane przez uczestnika Konsorcjum – spółkę DROMET, zawierały usterki, co oznacza, iż brak jest dowodów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście.

Jak wskazuje odwołujący, pismem z dnia 20.06.2008 r. Zamawiający zażądał od Konsorcjum uzupełnienia referencji – protokołów odbioru (3 sztuki) świadczących o wykonaniu obiektów kubaturowych o wartości porównywalnej z wartością zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 20.06.08 Konsorcjum odmówiło uzupełnienia dokumentów. Zdaniem Konsorcjum wartość robót kubaturowych wskazana w wykazie podlega sumowaniu tak, iż ich łączna wartość musi odpowiadać wartości robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. Konsorcjum podniosło, że nie można twierdzić, że wymóg osiągnięcia wartości odpowiadającej wartości nadbudowy Sali widowiskowej dotyczy każdej z robót przedstawionych w wykazie. Wartość ta powinna odpowiadać sumie przedstawionych dostaw, jako że obrazuje ona fakt, że dany Wykonawca (lub Wykonawcy) posiada doświadczenie na stosowną skalę. Zdaniem Konsorcjum suma wartości robót wykazana w referencjach przekracza wartość robót kubaturowych ujętych w ofercie.

Argumenty Konsorcjum Odwołujący uznaje za błędne z powodów niżej wskazanych..

1. Prawidłowa wykładnia treści SIWZ prowadzi do wniosku, iż wykonawcy byli zobowiązani do wykazania 3 robót kubaturowych z których każda musiała być porównywalna z nadbudową Sali widowiskowej. Okoliczność, iż Zamawiający nie posłużył się sformułowaniem „każda” robota, nie przekreśla w tym zakresie jednoznacznego zapisu SIWZ.
2. Wykładnia dokonana przez Konsorcjum pozostaje w sprzeczności z treścią zapisu § 1 ust. 2 pkt 1 rozp. PRM z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów...
Treść przywołanego rozporządzenia wskazuje, iż istotne z punktu widzenia doświadczenia posiadanego przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia są jedynie roboty odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Przepis ten nie mówi o tym, iż roboty te łącznie powinny odpowiadać przedmiotowi zamówienia. Jest także oczywistym, iż w przypadku, gdy dopiero łączna wartość kilku robót odpowiada wartości przedmiotu zamówienia, to żadna z tych robót samodzielnie wartości tej nie odpowiada i nie może być uznana za istotną dla oceny posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.
3. Konsorcjum WONAM błędnie określiło przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu, gdyż przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, a nie dostawy. O ile zatem suma wartości dostaw zrealizowanych przez danego wykonawcę może stanowić o posiadanym przez niego doświadczeniu, o tyle w przypadku robót budowlanych „przełożenia” takiego nie można zastosować.”
4. Nawet w przypadku przyjęcia za prawidłową wykładni postanowienia pkt 5.1.2. SIWZ dokonanej przez Konsorcjum WONAM, wykonawcę ten podlegałby wykluczeniu z udziału w postępowaniu, gdyż przedstawione przez niego dokumenty nie wskazują, jaka była łączna wartość prawidłowo wykonanych przez niego i zakończonych robót

kubaturowych. Tym samym Zamawiający nie miał możliwości ustalić, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Zamawiający powinien po upływie terminu wykluczyć Konsorcjum WONAM z udziału w postępowaniu, a zaniechanie dokonania tej czynności stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp. Uchybienia Zamawiającego uniemożliwiają zatem Odwołującemu zawarcie umowy z Konsorcjum WONAM.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący domaga się uchylenia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i nakazanie mu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem, iż Konsorcjum firm WONAM podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przypomniał treść rozstrzygnięcia protestu z 11 czerwca 2008 r. i stwierdził, że w wyniku analizy treści specyfikacji po rozstrzygnięciu protestu i otrzymaniu pisma Przystępującego z 20 czerwca 2008 r. doszedł do przekonania, że oferta Przystępującego jest poprawna, pomimo wcześniejszego uwzględnienia protestu. Oferta ta jest jednocześnie ofertą najkorzystniejszą na obecnym etapie. Zamawiający wskazał na prawo poprawiania błędów w toku postępowania i stwierdził, że dołożył najwyższej staranności przy badaniu doświadczenia Przystępującego. Przy odmiennym rozumowaniu Zamawiający musiałby dokończyć postępowanie z naruszeniem przepisów ustawy.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego oraz argumentację zawartą w pismach (w aktach sprawy). Przypomniał, że po rozstrzygnięciu protestu Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i Przystępujący nie miał na tamtym etapie powodu, aby korzystać ze środków ochrony prawnej. Przystępujący powołał treść pkt 5.1.2. SIWZ i wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W zakresie zarzutu odwołania, skład orzekający Izby uznał, iż zasługuje ono na uwzględnienie.

Należy zauważyć, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp była zgodna z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, w którym Zamawiający uznał zasadność zarzutu braku dokumentów potwierdzających spełnianie przez

Przystępującego warunków udziału w postępowaniu określonych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca wezwany do uzupełnienia referencji, co do których sformułowano zarzuty w proteście, zaniechał dokonania takiego uzupełnienia, argumentując, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba nie podziela przy tym poglądu Przystępującego, że nie miał on interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej skoro Zamawiający nie wykluczył go z postępowania, gdyż okoliczność ta nie miała wpływu na treść rozstrzygnięcia protestu. W ewentualnym odwołaniu, którego Przystępujący nie złożył, mógłby on podnieść argumenty ujęte w korespondencji kierowanej do Zamawiającego, jednakże pisma te nie spowodowały zmiany treści rozstrzygnięcia protestu, która dla Przystępującego była niekorzystna. Należy podkreślić, że Zamawiający jest związany rozstrzygnięciem protestu, jest ponadto faktem, że wbrew treści rozstrzygnięcia, które się stało ostateczne, dokumenty nie zostały uzupełnione. Krajowa Izba Odwoławcza nie może również na obecnym etapie postępowania rozstrzygać w sprawie zarzutów ostatecznie rozstrzygniętych we wcześniejszym postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu z dnia 11 czerwca 2008 r.

Tym samym, w okolicznościach rozpatrywanej sprawy ma zastosowanie art. 181 ust 6 ustawy Pzp zakazujący wykonawcy wezwanemu do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, dalszego korzystania ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wobec nie wniesienia odwołania, omawiane rozstrzygnięcie stało się ostateczne.

Mimo to Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wbrew treści ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

W konsekwencji dokonanego ustalenia należy stwierdzić, że Zamawiający w toku ponownej oceny ofert jest zobowiązany wykluczyć Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako że czynność taka jest zgodna z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł 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), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3 600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

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 **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*