

Sygn. akt: KIO/UZP 777/10

WYROK
z dnia 13 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Katarzyna Ronikier-Dolańska
Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze (lider konsorcjum) i Sławomira Grzesika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Wielobranżowy” Sławomir Grzesik z siedzibą w Andrychowie, ul. Wolfa 4, 34-120 Andrychów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Bukowno – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Bukownie, ul. Spacerowa 1, 32-332 Bukowno** protestu z dnia 14 kwietnia 2010 r.

orzeka:

1.uwzględni odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,

2.kosztami postępowania obciąża Gminę Bukowno – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Bukownie, ul. Spacerowa 1, 32-332 Bukowno i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze (lider konsorcjum) i Sławomira Grzesika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Wielobranżowy” Sławomir Grzesik z siedzibą w Andrychowie, ul. Wolfa 4, 34-120 Andrychów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 344 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy trzysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Bukowno – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Bukownie, ul. Spacerowa 1, 32-332 Bukowno** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze (lider konsorcjum) i Sławomira Grzesika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Wielobranżowy” Sławomir Grzesik z siedzibą w Andrychowie, ul. Wolfa 4, 34-120 Andrychów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Izby,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze (lider konsorcjum) i Sławomira Grzesika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Wielobranżowy” Sławomir Grzesik z siedzibą w Andrychowie, ul. Wolfa 4, 34-120 Andrychów.**

Uzasadnienie

Gmina Bukowno, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę kąpieliska miejskiego z przebudową budynku zaplecza MOSiR w Bukownie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 grudnia 2009 r., poz. 248667.

W dniu 7 kwietnia 2010 r. (pismem z dnia 6 kwietnia 2010 r.) Zamawiający poinformował konsorcjum firm: Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel z siedzibą w miejscowości Klucze, Krzywopłoty (lider konsorcjum) i Sławomira Grzesik prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Wielobranżowy” Sławomir Grzesik z siedzibą w Andrychowie, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „wykonawcą „Śląsk” jako najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, iż wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V ust. 1 pkt 3b SIWZ (budowę lub przebudowę basenów odkrytych ze stali nierdzewnej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 1.000 m² w jednym zadaniu inwestycyjnym).

Pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania oraz wyboru oferty wykonawcy Śląsk jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy „Śląsk” i wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 3, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i wnosząc o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy „Śląsk” jako oferty najkorzystniejszej,
3. odrzucenie oferty wykonawcy „Śląsk” i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania,
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej,
5. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
6. podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z Odwołującym.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż pismo informujące o wykluczeniu go z postępowania jest bezpodstawne i jako takie

potwierdza wadliwość czynności Zamawiającego w postaci wykluczenia go z postępowania, a tym samym o odrzuceniu jego oferty. Przedłożył on bowiem wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty i oświadczenia, jak również wyjaśnił treść złożonej oferty oraz uzupełnił – na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wskazane przez niego dokumenty. Uzasadnienie przedmiotowego pisma nie zawiera merytorycznego uzasadnienia, a Zamawiający w toku tego postępowania dwukrotnie zaakceptował złożone przez niego dokumenty, uznając spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca „Śląsk” otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 16 kwietnia 2010 r. wykonawca „Śląsk” przystąpił do protestu (pismem z tej samej daty), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2010 r. (wpływ do Odwołującego w dniu 26 kwietnia 2010 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc m. in., iż Odwołujący nie wykazał się wykonaniem budowy lub przebudowy basenów odkrytych, a tylko częścią robót związanych z taką inwestycją. Natomiast z przedłożonych faktur i protokołów odbioru wynika, iż Zakład Remontowo-Budowlany „Wielobranżowy” Sławomir Grzesik z siedzibą w Andrychowie nie był wykonawcą robót związanych z wykonaniem niecki basenu ze stali nierdzewnej, a był jedynie wykonawcą fundamentów i konstrukcji wsporczych ze stali nierdzewnej pod nieckę basenu ze stali nierdzewnej, a więc był wykonawcą tylko części robót związanych z budową basenu ze stali nierdzewnej.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 4 maja 2010 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 26 kwietnia 2010 r.; data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 26 kwietnia 2010 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przede wszystkim skład orzekający Izby ustalił, że w związku z tym, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie wszczęto w dniu 28 listopada 2009 r., a którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, tj. w dacie przed wejściem w życie przepisów ustawy

z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, a więc sprzed wejścia w życie wskazanych wyżej przepisów.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w SIWZ postawił warunek, że „o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...) wykażą się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat (...) budową lub przebudową basenów odkrytych ze stali nierdzewnej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 1.000 m² w jednym zadaniu inwestycyjnym”. Na potwierdzenie powyższego wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych robót budowlanych według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ oraz przedłożyć referencje potwierdzające należyte wykonanie robót wyszczególnionych w przedmiotowym wykazie z podaniem okresu realizacji i zakresu ilościowego robót.

Odwołujący w załączeniu do oferty złożył „Wykaz zrealizowanych robót”, w poz. 4 którego wskazał „Kompleks basenów odkrytych w Strzegomiu” zrealizowanych na rzecz Urzędu Miejskiego w Strzegomiu, na potwierdzenie powyższego przedkładając referencje wystawione przez Urząd Miejski w Strzegomiu, w którym Urząd Miejski w Strzegomiu zaświadcza, że „Zakład Remontowo-Budowlany „Wielobranżowy” Sławomira Grzesika z siedzibą w Andrychowie (...) zrealizował inwestycję pn. „Przebudowa basenów odkrytych w Strzegomiu”.

Nadto Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedłożył „Wykaz zrealizowanych robót”, w którym w poz. 4 ponownie wskazał „Kompleks basenów odkrytych w Strzegomiu”, załączając także referencje określające zakres zrealizowanych robót w ramach przedmiotowego zadania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż Zamawiający żądał legitymowania się przez wykonawców wykonaniem budowy lub przebudowy basenów odkrytych. Niemniej jednak w rozdziale V ust. 2 pkt 3 litera b) SIWZ, opisując warunek udziału w postępowaniu, nie zdefiniował w jego treści – wbrew twierdzeniom złożonym na rozprawie - pojęcia „budowa”. Budowa dla potrzeb niniejszego postępowania – zdaniem Zamawiającego - to wykonanie całości robót i przekazanie inwestorowi gwarancji na cały obiekt. Pojęcie budowy, które było decydujące dla oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu nie zostało więc nigdzie wcześniej przez niego zdefiniowane. Tak więc Zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, rozszerzył opisany warunek, poprzez postawienie wykonawcy, w tym przypadku Odwołującemu, dodatkowego wymogu. Tymczasem warunek, już w treści ogłoszenia, jak i treści SIWZ, musi być sformułowany w sposób jasny i precyzyjny, aby na tym właśnie etapie postępowania wykonawcy mogli jednoznacznie stwierdzić, czy są w stanie ów warunek spełnić, a tym samym ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Warunek postawiony w niniejszym postępowaniu inaczej jest rozumiany przez Zamawiającego, który z jego treści wywodzi dodatkowe wymogi, chociażby dotyczące gwarancji, inaczej zaś przez Odwołującego, który odczytuje go w sposób zgodny z jego literalnym brzmieniem. Zamawiający, dokonując badania i oceny oferty Odwołującego – jak podniósł na rozprawie - oparł się na definicji pojęcia „budowa”, utożsamiając ją z zobowiązaniem do wykazania się wykonaniem całości robót (budowy), jak i udzieleniem inwestorowi gwarancji na cały obiekt. I to właśnie okoliczność, iż był on – w ocenie Zamawiającego – w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Strzegom wykonawcą jedynie części określonych robót i nie mógł udzielić gwarancji na cały zrealizowany obiekt, zdecydowała o wykluczeniu go z niniejszego postępowania. Tymczasem Odwołujący oświadczył na rozprawie, iż z treści umowy, która nie była przedmiotem oceny Zamawiającego, zawartej przez głównego wykonawcę z członkiem konsorcjum Odwołującego wynika, iż to właśnie członek konsorcjum Odwołującego udzielił zamawiającemu 36 miesięcznej gwarancji na realizację całego zamówienia.

W ocenie Izby z warunku opisanego w rozdziale V ust. 2 pkt 3 litera b) SIWZ absolutnie nie wynika obowiązek powiązania wykonania inwestycji z następnie udzieloną gwarancją, a tym samym udokumentowania tego faktu przez wykonawcę. Skoro więc taki wymóg nie został wcześniej w sposób jasny i precyzyjny wyartykułowany przez Zamawiającego nie może on wykluczyć Odwołującego na skutek jego niespełnienia, gdyż wykonawca nie może ponosić ujemnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełnienia. Jednocześnie stwierdzić należy, iż gdyby istotnie przedmiotowy warunek został sformułowany przez Zamawiającego w taki sposób jak przedstawił to Zamawiający na rozprawie, a czego w treści ogłoszenia i SIWZ nie uczynił, to nawet wtedy Odwołujący ów

warunek by spełnił. Niemniej jednak warunek o takiej treści nie był wykonawcom postawiony. Tak więc Zamawiający nie może żądać jego spełnienia w takim znaczeniu jak to przedstawił na rozprawie.

Kolejnym argumentem za wykluczeniem – jak wynika z treści pisma informującego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania - było zrealizowanie przez wykonawcę jedynie fundamentów i konstrukcji wyporczych ze stali nierdzewnej, a więc – jak podniósł Zamawiający - tylko części robót związanych z budową basenu. Istotnie, jak podkreślił sam Odwołujący, a co wynika także z przedłożonego na rozprawie pisma firmy BERNDORF BADERBAU Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworzu - producenta niecek basenowych, to właśnie ta firma własnymi siłami wykonała wszelkie prace polegające na produkcji, dostawie i montażu dostarczonych niecek basenowych dla Gminy Strzegom, niemniej jednak czynności takich dokonywała także w innych postępowaniach, w których montowano niecki basenowe jej produkcji. Natomiast Odwołujący (członek konsorcjum Odwołującego) uczestniczył w realizacji całego zadania („Kompleks basenów odkrytych w Strzegomiu”), będąc podwykonawcą konsorcjum realizującego zamówienie, w ramach którego wykonywał roboty ogólnobudowlane, co wynika także z treści przedłożonych faktur i protokołów odbioru.

Skoro więc z treści złożonych wykazów, referencji, faktur i protokołów odbioru wynika, że wykonawca (w niniejszym postępowaniu członek konsorcjum Odwołującego) zrealizował określony zakres prac, potwierdzając tym samym posiadanie w tym zakresie doświadczenia dla oceny posiadania wymaganego doświadczenia (wykonania określonych prac) istotnym jest jedynie wykonanie odpowiednich prac, a nie to, kto był stroną umowy z zamawiającym. Jak bowiem udowodnił Odwołujący montaż niecek basenowych dokonują wyłącznie ich producenci, a wykonawcy realizujący zadania obejmujące budowę lub przebudowę basenów, czy też ich kompleksów dokonują wszelkich innych czynności związanych z procesem realizacji całego zadania. Oznacza to więc, iż dodatkowe nigdzie wcześniej nie określone żądanie, aby wykonawcy legitymujący się doświadczeniem w budowie lub przebudowie basenów, samodzielnie dokonywali montażu niecek basenowych, także w świetle wyjaśnień firmy BERNDORF BADERBAU Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworzu są nieuprawnione. Za powyższym przemawia i to, że sam Zamawiający – jak oświadczył na rozprawie – dopuszcza udział podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia. Tak więc montaż niecek basenowych dokonają - w świetle wyjaśnień producenta – dokonają podwykonawcy.

Tym samym zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty potwierdził się.

Zarzut dotyczący wyboru oferty wykonawcy „Śląsk” jako najkorzystniejszej z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy Pzp nie może zostać przez Izbę rozpatrzony, gdyż – zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp – w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od wskazanych enumeratywnie w tym przepisie czynności, a więc nie dotyczy zarzutów dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, w tym przypadku wykonawcy „Śląsk”. Powyższych zarzutów nie można także potraktować jako naruszenia art. 7 ustawy Pzp, gdyż w istocie sprowadzałyby się do merytorycznej oceny oferty wykonawcy „Śląsk”, a to na gruncie postępowań podprogowych jest niedopuszczalne.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumenty przedłożone przez Odwołującego na rozprawie, uznając przedmiotowe dokumenty jako oświadczenie strony postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i ograniczając je do w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie Izby, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 z późn. zm.).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....