

Sygn. akt KIO/UZP 359/08

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Emil Kuriata**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: POL-DRÓG KONIN S.A., POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o., Konin, ul. Marantowska 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w Turku, Turek, ul. Kolska Szosa 64** protestu z dnia 25 marca 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Powiatowych w Turku, Turek, ul. Kolska Szosa 64**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: POL-DRÓG KONIN S.A., POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o., Konin, ul. Marantowska 13.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Turku, Turek, ul. Kolska Szosa 64** na rzecz **Konsorcjum: POL-DRÓG KONIN S.A., POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o., Konin, ul. Marantowska 13,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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: POL-DRÓG KONIN S.A., POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o., Konin, ul. Marantowska 13.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Turku, ul. Kolska Szosa 64, 62-700 Turek – wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie pn. „Budowa sygnalizacji świetlnej wraz z przebudową skrzyżowania ulic powiatowych 3-go Maja, Chopina, Kączkowskiego i Milewskiego w Turku”.

30.01.2008 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie w BZP, poz. 19972.

08.02.2008 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacji lub s.i.w.z.).

22.02.2008 r. termin składania ofert. Złożono 4 oferty. Odczytano kwotę – 2 406 303,94 zł netto (*ok. 2 940 000 zł brutto, bez wartości robót uzupełniających*).

04.03.2008 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. (Żuki 48A, 62-700 Turek) i Zakład Usług Telekomunikacyjnych, Ireneusz Wiliński (ul. Hiacyntowa 3B/15, 62-500 Konin). Odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) VILIS Sp. z o.o. (ul. Modrzewiowa 8A, 62-081 Przeźmierowo) i Zakład Projektowo-Usługowy ZNAK s.c. (ul. Żeromskiego 5, 26-700 Zwoleń).

11.03.2008 r. Konsorcjum POL-DROG Konin SA (ul. Marantowska 13, 62-510 Konin) i POL-DROG Piła Sp. z o.o. (ul. Wawelska 106, 64-920 Piła) złożyło protest na to, że Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, ew. art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 4 i art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz uznania za odrzuconą oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą. W konsekwencji dokonany przez Zamawiającego ponowny wybór oferty najkorzystniejszej jest wadliwy. Protestujący wnoszą o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie kwalifikacji (badania) Wykonawców i w jej wyniku wykluczenie Wykonawcy: Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. Żuki 48A, 62 — 700 Turek, i Zakład Usług Telekomunikacyjnych Ireneusz Wiliński ulica Hiacyntowa 3B/15, 62 — 502 Konin (dalej Konsorcjum) z udziału w postępowaniu na podstawie dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz uznania złożonych przez nich ofert za odrzucone zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, po ewentualnym wezwaniu tych Wykonawców do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp;
- 3) dokonanie powtórnej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i uznanie za taką oferty złożonej przez Protestującego.

14.03 .2008 r. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 2) powtórzenia kwalifikacji wykonawców biorących udział w postępowaniu;
 - 3) dokonania powtórnej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej
- i powtórzył czynności kwalifikacji (badania) ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

26.03.2008 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. (Żuki 48A, 62-700 Turek) i Zakład Usług Telekomunikacyjnych, Ireneusz Wiliński (ul. Hiacyntowa 3B/15, 62-500 Konin). Zamawiający odrzucił oferty: VILIS Sp. z o.o. i Zakład Projektowo-Usługowy ZNAK s.c. (zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp) oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych TURDROG Zygmunt Kucharski (ul. Górnicza 10, 62-700 Turek) (zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

26.03.2008 r. Konsorcjum POL-DROG Konin SA i POL-DROG Piła Sp. z o.o. złożyło wniosek o udostępnienie niektórych dokumentów i 27.03.2008 r. otrzymało ich kopie.

01.04.2008 r. Konsorcjum POL-DROG Konin SA i POL-DROG Piła Sp. z o.o. złożyło protest na to, że Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, ew. art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz uznania za odrzuconą oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą. W konsekwencji dokonany przez Zamawiającego ponowny wybór oferty najkorzystniejszej jest wadliwy, gdyż w przypadku dokonania zaniechanych bezprawnie czynności wykluczenia ww. Wykonawcy z postępowania, to jego oferta musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Protestujący wnosi o:

- 1) unieważnienie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie kwalifikacji Wykonawców i w jej wyniku wykluczenie Wykonawcy Konsorcjum Wykonawców: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. Żuki 48A, 62-700 Turek, i Zakład Usług Telekomunikacyjnych Ireneusz Wiliński ulica Hiacyntowa 3B/1 5, 62-502 Konin z udziału w postępowaniu na podstawie dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz uznania złożonej przez Konsorcjum oferty za odrzuconą zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 ustawy, po ewentualnym wezwaniu tych Wykonawców do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp;
- 3) dokonanie powtórnej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i uznanie za taką oferty złożonej przez Odwołującego.

14.04.2008 r. Zamawiający oddalił protest.

16.04.2008 r. Konsorcjum POL-DROG Konin SA i POL-DROG Piła Sp. z o.o. złożyło odwołanie na to, że w badanym postępowaniu Zamawiający ponownie naruszył przepisy art. 7 ust. 1, 24 ust. 1 pkt 10, ew. 26 ust. 3, 24 ust. 4, 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz uznania za

odrzuconą oferty złożonej przez Konsorcjum, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą. W konsekwencji dokonany przez Zamawiającego ponowny wybór oferty najkorzystniejszej jest wadliwy, gdyż w przypadku dokonania zaniechanych bezprawnie czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania, to oferta Odwołującego musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie kwalifikacji Wykonawców i w jej wyniku wykluczenie Wykonawcy Konsorcjum Wykonawców: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. Żuki 48A, 62-700 Turek, i Zakład Usług Telekomunikacyjnych Ireneusz Wiliński ulica Hiacyntowa 3B/1 5, 62-502 Konin z udziału w postępowaniu na podstawie dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz uznania złożonej przez Konsorcjum oferty za odrzuconą zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 ustawy, po ewentualnym wezwaniu tych Wykonawców do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy;
- 3) dokonanie powtórnej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i uznanie za taką oferty złożonej przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, ofert i przesłuchania stron. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający wymagał w pkt 6.2.1 (str. 6) specyfikacji istotnych warunków zamówienia aby Wykonawca załączył do oferty **wykaz wykonanych robót budowlanych (co najmniej dwóch) w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie[...]**. Jednocześnie Zamawiający wskazał w pkt 11 tiret 6 (str. 11) specyfikacji, że w przypadku ofert składanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia, Zamawiający *uwzględni łącznie uprawnienia, posiadaną wiedzę i doświadczenie, a także potencjał techniczny i osobowy oraz sytuację ekonomiczną i finansową wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wymogi te wykonawcy mogą spełniać łącznie.*

W kwestionowanej ofercie, opiewającej na cenę brutto – 2 409 996,10 zł, został załączony wykaz wykonanych robót na kwoty w trzech przypadkach około 1 300 000 zł i mniejsze (str. 46 i n. oferty nr 2) oraz w zakresie robót branżowych na kwoty około 700 000

zł, 500 000 zł, 350 000 zł i mniejsze (str. 94 i n. oferty nr 2). Do oferty zostały załączone dokumenty potwierdzające, że wykazane roboty zostały wykonane należycie.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że w przypadku, gdy Zamawiający nie wskazał w specyfikacji granicznej kwoty spełnienia warunku właściwego doświadczenia to należy wartość wykazanych robót odnosić do wartości zamówienia wpisanej do protokołu na druku ZP-1 albo ZP-2. Natomiast przedstawione w ofercie roboty opiewały na wartości mniejsze niż 60% tej sumy, a także były w podobnym stosunku mniejsze do ceny oferty złożonej przez tego Wykonawcę.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że istotą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez Wykonawców (art. 23 ust. 1 Pzp) jest możliwość m.in. spełnienia tak postawionego warunku właściwego doświadczenia wykazaniem przez każdego z członków konsorcjum po jednym wykonanym zamówieniu lub prawo do wykazania przez jednego z członków konsorcjum dwóch wykonanych zamówień. Jednak każde z wykazanych zamówień musi opiewać na kwotę odpowiadającą wartości i zakresowi zamówienia, jak zostało to uregulowane w § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Z art. 23 ust. 3 Pzp wynika, że każdy z członków konsorcjum jest traktowany jak Wykonawca, z tą różnicą, że członkowie konsorcjum składają wspólną ofertę, a obowiązek spełniania warunków udziału odnosi się do konsorcjum jako całości, a nie do poszczególnych członków konsorcjum. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zauważa jednak, że nie można dzielić spełnienia konkretnego warunku udziału w postępowaniu pomiędzy kilku członków konsorcjum. Podobnie Paweł Granecki „Komentarz” str. 101. W rozpatrywanym stanie faktycznym zatem wymóg wykazania się właściwym doświadczeniem w postaci przedstawienia co najmniej dwóch robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia winien być spełniony przez jednego członka konsorcjum w całej rozciągłości bądź przez dwóch przez wykazanie po jednym wykonanym zadaniu o odpowiednim zakresie i wartości. Zatem, jeżeli Zamawiający wymagał wykazania się zrealizowaniem co najmniej dwóch robót odpowiadających zakresem i wartością przedmiotowi zamówienia, to – w ocenie składu orzekającego Izby – nie stanowi spełnienia warunku wykazanie się przez obu członków konsorcjum realizacją robót o różnych zakresach i zdecydowanie mniejszych wartościach, gdyż wartość robót nie podlega sumowaniu, a zakres robót łączeniu.

Określenie, iż wykonawcy mają się wykazać realizacją: *robót odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia* jest określeniem ogólnym i może skutkować niewłaściwą oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie przedmiotu

zamówienia, w szczególności zamówienia którego przedmiot stanowią roboty budowlane, gdzie w jego zakres zawsze wchodzi duża ilość pozycji (elementów), określonych w dokumentacji technicznej. Przyjęcie takiego opisu warunku udziału w postępowaniu oznacza, że ten warunek w zakresie wykazania się doświadczeniem odpowiadającym rodzajem przedmiotu zamówienia należałoby odnosić do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, a powyższe skutkuje uznaniem, że wykonawcy muszą się wykazywać doświadczeniem niemal identycznym, co przedmiot zamówienia w danym postępowaniu. Takie działanie doprowadziłoby z kolei do znacznego i nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Ponadto, także ogólne określenie warunku udziału pozwala na dowolną ocenę przez zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dopiero na etapie oceny ofert zamawiający mógłby w takiej sytuacji indywidualnie, biorąc pod uwagę konkretne doświadczenia zaprezentowane przez poszczególnych wykonawców określać, że jakieś konkretne elementy wskazane w opisie przedmiotu zamówienia mają dla niego znaczenie, a inne nie. Takie działanie jest niedopuszczalne i prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (KIO/UZP 356/08 i 371/08 z dnia 29 kwietnia 2008 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza widzi możliwość zastosowania unormowania art. 26 ust. 3 Pzp, jak wskazał to Odwołujący i zażądania od Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*