

Sygn. akt: KIO/UZP 886/08

WYROK
z dnia 8 września 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Marzena Teresa Ordysińska Anna Packo
Protokolant:	Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tadeusza Pióro prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano-Remontowa, ul. Maciejowa 98, 33-336 Łabowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Karpacki Oddział Straży Granicznej im. I Pułku Strzelców Podhalańskich w Nowym Sączu, ul. I Pułku Strzelców Podhalańskich 5, 33-306 Nowy Sącz** protestu z dnia 4 sierpnia 2008r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Jana Konstantego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „KONSBUD”, ul. B.A.Konstanty 29/20 (lider konsorcjum) oraz Jana Cabaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „EKO-REM-BUD, Łabowa 185, 33-336 Łabowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

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

2. kosztami postępowania obciąża **Karpacki Oddział Straży Granicznej im. I Pułku Strzelców Podhalańskich w Nowym Sączu, ul. I Pułku Strzelców Podhalańskich 5, 33-306 Nowy Sącz** 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 **Tadeusza Pióro prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Budowlano-Remontowa, ul. Maciejowa 98, 33-336 Łabowa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Karpacki Oddział Straży Granicznej im. I Pułku Strzelców Podhalańskich w Nowym Sączu, ul. I Pułku Strzelców Podhalańskich 5, 33-306 Nowy Sącz** na rzecz **Tadeusza Pióro prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano-Remontowa, ul. Maciejowa 98, 33-336 Łabowa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **Tadeusza Pióro prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano-Remontowa, ul. Maciejowa 98, 33-336 Łabowa.**

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

Karpacki Oddział Straży Granicznej im. I Pułku Strzelców Podhalańskich w Nowym Sączu, zwany 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), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę budynku garażowo -magazynowo-warsztatowego na terenie Karpackiego Oddziału Straży Granicznej w Nowym Sączu”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 czerwca 2008 r., nr 1, poz. 144891.

Zamawiający w dniu 29 lipca 2008 r. (pismem z dnia 30 lipca 2008 r.) poinformował Tadeusza Pióro prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano-Remontowa, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Jana Konstantego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budowlane „KONSBUD” (lider konsorcjum) oraz Jana Cabaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „EKO-REM-BUD, zwane dalej „KONSBUD” oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, tym samym o odrzuceniu jego oferty, ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jako podstawę wykluczenia wskazał, iż „ w wykazie wykonanych robót budowlanych załącznik nr 6 do SIWZ – w poz. 1 wykazano całość robót, wykonywanych przez konsorcjum, którego udziałowcem był wykonawca, w poz. 3 wykazano roboty o charakterze termomodernizacyjnym, które nie dopowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, (...) w poz. 4 nie określono terminu realizacji zamówienia (...)”.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów,
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,
4. oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu protestu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert,
4. wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów,
5. wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż Zamawiający błędnie wykluczył go z niniejszego postępowania, uznając iż nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu, tj. nie potwierdził - w przedłożonym wykazie - wymaganego doświadczenia. Dodatkowo podniósł, iż na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą miał on prawo wykazać roboty wykonywane przez konsorcjum, którego był jednym z konsorcjantów, tym samym w złożonej ofercie wykazał się wykonaniem dwóch robót budowlanych. Nadto dodał, że - w

przypadku uznania braku spełnienia tego warunku - Zamawiający, zobowiązany był wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2008 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 KONSBUD otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 8 sierpnia 2008 r. KONSBUD przystąpił do protestu (pismem z dnia 8 sierpnia 2008 r.), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 19 sierpnia 2008 r.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski wskazane w proteście oraz wniósł o ewentualne unieważnienie postępowania.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 sierpnia 2008 r. (pismem z dnia 26 sierpnia 2008 r.) KONSBUD przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

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:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” pkt 2.4 zamieścił postanowienie, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a „w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia: rozpatrywane będą oferty, w których wykazano wykonanie nie mniej niż 2-ch robót budowlanych o podobnym charakterze (roboty remontowo-budowlane obiektów biurowo - administracyjnych lub mieszkalnych o kubaturze nie mniejszej niż 2 000 m³ każda i wartości brutto każdego

zamówienia, za które wykonawca był odpowiedzialny nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto), wykonanych w ciągu ostatnich 5-ciu lat przed wszczęciem zamówienia. Wskazane zamówienia należy udokumentować referencjami (minimum dwie referencje wystawione przez inwestora bezpośredniego)". Na potwierdzenie powyższego wykonawcy zostali zobowiązani – zgodnie z rozdziałem VII SIWZ „Informacja o oświadczeniach i dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” litera B, pkt 7 i 8 – do załączenia „ Wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5-ciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, 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, według wzoru określonego w załączniku nr 6 do specyfikacji”, a przy sporządzaniu wykazu należy uwzględnić wymagania zawarte w rozdziale VI, pkt 2.4” oraz „referencji (dokumentów) potwierdzających, że roboty budowlane, o których mowa w pkt 7 zostały wykonane należycie. Treść referencji winna zawierać określenie rodzaju wykonywanych robót, kubaturę obiektów, na których te roboty były wykonywane oraz ogólną wartość robót”.

Odwołujący wraz z ofertą złożył:

1. „Wykaz wykonanych robót budowlanych” (według wzoru formularza – załącznik nr 6) zawierający 4 pozycje zrealizowanych robót (s. 24 oferty), tj.:
 - a) pod poz. 1. „Budowę hali sportowej” dla Starostwa Powiatowego w Nowym Sączu,
 - b) pod poz. 2. „Dobudowę pawilonu dydaktycznego” dla Urzędu Miasta i Gminy Uzdrowskiej Muszyna,
 - c) pod poz. 3. „Termomodernizację budynków szpitala” dla Szpitala Specjalistycznego w Nowym Sączu,
 - d) pod poz. 4. „Roboty budowlane” dla Urzędu Gminy w Łabowej,
2. 5 referencji (s. 25-29 oferty), tj.:
 - a) list referencyjny wystawiony przez Starostwo Powiatowe w Nowym Sączu,
 - b) referencje wystawione przez Urząd Miasta i Gminy Uzdrowskiej Muszyna,
 - c) dwa dokumenty referencji wystawione przez Szpital Specjalistyczny w Nowym Sączu,
 - d) referencje wystawione przez Urząd Gminy w Łabowej.

Zamawiający uznał, iż roboty wykazane w pozycji 1., tj. „Budowa hali sportowej” wykonywana na rzecz Starostwa Powiatowego w Nowym Sączu nie mogą być uznane, gdyż wykonywało je konsorcjum, którego Odwołujący był udziałowcem. Natomiast roboty wskazane w pozycji 3. są termomodernizacją, a w stosunku do robót wskazanych w poz. 4. nie określono terminu realizacji zamówienia.

Skład orzekający Izby uznał za nieuprawnione twierdzenie Zamawiającego, jakoby roboty wskazane przez Odwołującego w poz. 1. „Wykazu (...)” nie mogły być uznane, gdyż były wykonywane przez konsorcjum, którego Odwołujący był udziałowcem, tym samym, iż wykonanie roboty budowlanej wspólnie z innymi konsorcjantami nie potwierdza, iż posiada on wymaganą wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny do wykonania zamówienia.

Odwołujący wykonywał w okresie od 6 czerwca 2006 r. do 30 listopada 2006 r., jak ustalono na podstawie „Listu referencyjnego” z dnia 30 stycznia 2007 r., wystawionego przez Starostwo Powiatowe w Nowym Sączu, będąc w konsorcjum firm, roboty budowlane polegające na „Budowie Hali Sportowej przy Zespole Szkół Ponadgimnazjalnych w Krynicy Zdroju” oraz budowie przeładunku łączącej halę sportową z istniejącym budynkiem szkolnym, których kubatura wynosiła 9.765,0 m³.

Istotą konsorcjum jest wspólne działanie wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, a w przypadku wyboru oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, konsekwencją którego jest zawarcie wspólnej umowy, także odpowiedzialność solidarna wykonawców, którzy wspólnie ubiegali się o udzielenie zamówienia. Tak więc niemożność wykazania się przez wykonawcę wykonanymi robotami, które faktycznie wykonywał, tyle że w konsorcjum, byłoby sprzeczne z jego ideą, logiką, ale i z zasadami prawa zamówień publicznych, w tym również zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Tym samym Izba w pełni podziela dotychczasowe orzecznictwo, zgodnie z którym „skoro konsorcjant odpowiada solidarnie za należyte wykonanie całego zamówienia, to logiczną konsekwencją tego faktu jest możliwość posługiwania się dokumentami (referencjami), poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które ponosi odpowiedzialność. Wnioskowanie przeciwne stanowiłoby całkowite zaprzeczenie idei konsorcjum i czyniłoby to tę instytucję de facto bezcelową” (wyrok ZA z dnia 21 czerwca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1752/06).

Dlatego też Izba stwierdziła, iż Odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia mógł posłużyć się referencjami wystawionymi na rzecz konsorcjum, którego był konsorcjantem i, w ramach którego wykonywał zamówienie. Natomiast kolejną kwestią, której Zamawiający – jak wynika z materiałów postępowania – nie badał, jest okoliczność, czy przedłożone referencje potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagane przez Zamawiającego, czy też nie, a co Zamawiający zapewne uczyni dokonując ponownego badania i oceny ofert.

Potwierdził się także zarzut zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający wzywa 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, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, a co za tym idzie, iż mamy do czynienia z dwoma sytuacjami, tj. niezłożeniem dokumentu bądź też złożeniem dokumentu zawierającego błędy.

Celem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest umożliwienie takiego uzupełnienia dokumentów, które będą podstawą decyzji o niewykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Izba stoi na stanowisku, iż nie należy ograniczać zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jedynie do jej literalnego brzmienia, gdyż doprowadziłoby to do naruszenia art. 7 ustawy Pzp, bowiem wykonawca, który w ogóle nie przedłożył określonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, byłby w lepszej sytuacji niż ten wykonawca, który udokumentował spełnienie warunków udziału w postępowaniu jedynie w części (skoro wykonawca może uzupełnić cały dokument to może uzupełnić jego część).

Uzupełnienie dokumentów dotyczy bowiem zarówno sytuacji błędu w istniejących, złożonych dokumentach lub oświadczeniach, jak i braku oświadczeń lub dokumentów, a przymiot braku odnosi się także do dokumentu, który nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepisy nie przewidują natomiast zakazu przedłożenia, w wyniku wezwania, brakujących dokumentów, jeżeli wcześniej przedłożone nie potwierdziły spełnienia wymogów określonych w SIWZ. Tym bardziej, iż zdanie drugie przywołanego przepisu wyraźnie wskazuje, iż spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazać można również na dzień uzupełnienia dokumentów. Powyższe oznacza, iż złożenie dokumentu, z treści którego wynika niespełnianie warunków udziału w postępowaniu zobowiązuje Zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Poza tym z treści powyższego przepisu nie wynika wniosek, że Zamawiający może żądać tylko poprawienia błędów formalnych, a nie merytorycznych (*lege non distinguende*).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż Zamawiający uznając, iż wykonawca nie przedłożył dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązany był do wezwać go do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nadto Izba ustaliła, iż brak uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej – podnoszony przez Przystępującego w przystąpieniu, jak i na rozprawie – nie stanowił powodu odrzucenia oferty Odwołującego i jako taki nie był objęty przedmiotem protestu i odwołania. Tym samym nie może być rozpatrzony przez Izbę, gdyż Izba – zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp - nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający, dokonując ponownej czynności powinien przestrzegać art. 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. 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).

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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

^{*} niepotrzebne skreślić