

Sygn. akt: KIO/UZP 542/10

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Członkowie: Izabela Niedziątek - Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Budkop sp. z o.o., 41-400 Mysłowice, ul. K. Miarki 36** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 03 marca 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- 1) unieważnienie dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) dokonanie czynności wezwania Wykonawcy, jakim jest Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, celem ustalenia, czy uczestnik Konsorcjum, jakim jest Bytomskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Budowlanych i Górniczych sp. z o.o. posiadał na dzień składania ofert wdrożony i certyfikowany przez jednostkę akredytowaną system zarządzania jakością w zakresie prowadzonej działalności zgodny z rodzajem zamówienia,

3) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowaniu wszystkich Wykonawców.

2. kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** 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 uiszczonego przez **Budkop sp. z o.o., 41-400 Mysłowice, ul. K. Miarki 36,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **Budkop sp. z o.o., 41-400 Mysłowice, ul. K. Miarki 36,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Budkop sp. z o.o., 41-400 Mysłowice, ul. K. Miarki 36.**

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

Izba ustalił następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie obsługi przenośników odstawy urobku z eksploatowanych ścian i drażonych chodników w KW S.A. Oddział KWK Bolesław Śmiały.

Zamawiający w wyniku czynności badania i oceny ofert wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy: Konsorcjum firm: Bytomski Zakład Usług Górniczych sp. z o.o., Bytomskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Budowlanych i Górniczych sp. z o.o. i Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Ar-Go" sp. z o.o. (zwane dalej "Konsorcjum").

Odwołujący w niniejszym postępowaniu firma Budkop sp. z o.o. zarzuca Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp postępowanie przy badaniu i ocenie ofert, w szczególności wskazując na następujące uchybienia Zamawiającego:

- 1) zaniechanie przez Zamawiającego czynności żądania od wybranego wykonawcy, jakim jest Konsorcjum, uzupełnienia dokumentu wskazującego, że jeden z partnerów Konsorcjum - Bytomskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Budowlanych i Górniczych sp. z o.o. na dzień 23.11.2009r. posiadało wdrożony i certyfikowany przez jednostkę akredytowaną system zarządzania jakością w zakresie prowadzonej działalności zgodny z rodzajem zamówienia,
- 2) zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy, jakim jest Konsorcjum, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków określonych w SIWZ, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i uznania tej oferty za odrzuconą,
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum, który zmienił ofertę, a zmiana dokonana została po otwarciu ofert.
ewentualnie:
- 4) zaniechanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący, wskazując na podstawę prawną, zarzuca, że Zamawiający swoim postępowaniem naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji;
2. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności żądania uzupełnienia oraz wyjaśnienia dokumentów;
3. art. 24 ust. 2 pkt. 3) w zw. z art. 22. ust. 1 pkt. 2) PZp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy; Konsorcjum, jak i odrzucenia oferty w sytuacji, gdy Wykonawca jakim jest Konsorcjum, nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków określonych w SIWZ, a to potwierdzających posiadanie przez Bytomskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Budowlanych i Górniczych sp. z o.o. wdrożonego i certyfikowanego przez jednostkę akredytowaną systemu zarządzania jakością w zakresie prowadzonej działalności zgodnego z rodzajem zamówienia;
4. art. 24 ust. 4 w związku z art. 22 ust.1. pkt 4) i art. 24 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty Wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu za odrzuconą, pomimo zaistnienia ustawowych przesłanek do tej czynności;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt. 1 i pkt. 5 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że:
 - jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym oferta złożona została przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
 - oferta ta została zmieniona po otwarciu ofert (art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 84 ust.

1 i 87 ust. 1).

Odwołujący wnosi o:

„1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp;

2) nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum, wobec jej zmiany w trakcie postępowania; po otwarciu ofert;

3) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, w tym oferty Odwołującego, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania wszystkich Wykonawców;

4) nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

ewentualnie:

5) nakazanie wezwania Wykonawcy, jakim jest Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust.3. i 4. ustawy Pzp, a to celem ustalenia, czy uczestnik Konsorcjum, jakim jest Bytomskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Budowlanych i Górniczych sp. z o.o. posiadał na dzień 23.11.2009r. wdrożony i certyfikowany przez jednostkę akredytowaną system zarządzania jakością w zakresie prowadzonej działalności zgodny z rodzajem zamówienia,

a w przypadku nie uzupełnienia przez Konsorcjum powyższego braku, wykluczenie Wykonawcy, jakim jest Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie jego oferty;

6) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w tym oferty Odwołującego z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowaniu wszystkich Wykonawców;

7) nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

ewentualnie:

nakazanie unieważnienia postępowania z tej przyczyny, że wynagrodzenie Wykonawcy wskazane zarówno ofertą Konsorcjum, jak i ofertą Odwołującego przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia.”

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający w dziale X specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił warunki udziału w postępowaniu, które powinni spełnić Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne. W dziale X ust. 2 pkt 4 specyfikacji Zamawiający zapisał, że o zamówienie publiczne ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy posiadają wdrożony i certyfikowany przez jednostkę akredytowaną system zarządzania jakością w

zakresie prowadzonej działalności zgodny z rodzajem zamówienia. W celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawcy mieli złożyć dokumenty, określone w dziale XIV specyfikacji. Zgodnie z treścią działu XIV ust 5 specyfikacji "wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać, że warunki określone w punkcie X ust. 2 pkt 1, 2, 3 i ust. 3 spełniają łącznie i na tę okoliczność załączyć dokumenty wymienione w punkcie XII oraz XIII SIWZ. Jeżeli jeden z Wykonawców spełnia określone przez Zamawiającego warunki, można przedłożyć tylko dokumenty jego dotyczące"). Odwołujący stwierdza, że z postanowienia tego działu (XIV ust. 5) SIWZ wynika (a contrario), że w zakresie warunku określonego w dziale X ust 2 pkt 4 każdy z wykonawców wchodzących w skład podmiotu wspólnie ubiegającego się o zamówienie musi wykazać się spełnieniem (na dzień składania ofert) tego warunku i każdy z tych wykonawców (partnerów) powinien załączyć dokumenty potwierdzające spełnienie warunku.

W niniejszym postępowaniu wymagany w SIWZ warunek spełniło tylko dwóch spośród trzech wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum, tj. Bytomski Zakład Usług Górniczych sp. z o.o. oraz Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Ar- Go" sp. z o.o. Trzeci z wykonawców, Bytomskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Budowlanych i Górniczych sp. z o.o., nie przedłożył w ofercie dokumentu potwierdzającego spełnienie przedmiotowego warunku.

W sytuacji takiej, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, obowiązkiem Zamawiającego było zażądanie uzupełnienia przez trzeci z podmiotów Konsorcjum z dokumentu wskazanego w dziale X ust. 2 pkt 4, potwierdzającego spełnienie warunku posiadania na dzień składania ofert wdrożonego i certyfikowanego przez jednostkę akredytowaną systemu zarządzania jakością w zakresie prowadzonej działalności, a w przypadku braku lub niezłożenia w wymaganym terminie takiego dokumentu, zdaniem Odwołującego Wykonawca - Konsorcjum winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Zdaniem Zamawiającego w przedmiotowej sytuacji, gdy wykonawcą jest konsorcjum przedsiębiorców wystarczającym jest aby powyższy wymóg spełniali wyłącznie uczestnicy konsorcjum faktycznie wykonujący zleczone czynności wynikające z przedmiotu zamówienia, co w przedmiotowej sprawie miało miejsce. Zamawiający w swej argumentacji wskazuje na istotę konsorcjum, zgodnie z którą Wykonawcy łączą się w jeden podmiot ubiegający się o zamówienie, gdyż jedynie łącznie mogą spełnić wszystkie warunki wymagane w danym postępowaniu, a nie jest to możliwe dla każdego z Wykonawców z osobna.

Konsorcjum w załączniku nr 3 do oferty zawarło oświadczenie, że udział każdego z uczestników Konsorcjum w realizacji zadania będzie udziałem częściowym. Każdy z trzech wykonawców wykonywać miał na rzecz zamawiającego usługi stanowiące przedmiot zamówienia, tj. usługi w zakresie obsługi przenośników odstawy urobku z eksploatowanych ścian i drażonych chodników w KW S.A. Oddział KWK Bolesław Śmiały.

Pismem z dnia 14.12.2009r, Zamawiający - w trybie art. 87 ust. 1 ustawy - zwrócił się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnienia zakresu uczestnictwa każdego z Wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum poprzez określenie rodzaju prac oraz procentowego udziału w zamówieniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum przedłożyło pisemne wyjaśnienie, zgodnie z którym, Bytomski Zakład Usług Górniczych sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze był odpowiedzialny za świadczenie usług w zakresie obsługi przenośników odstawy urobku z eksploatowanych ścian i drażonych chodników w KWK „Bolesław Śmiały” w wysokości 40% dobowego obłożenia przy obsłudze oraz za zapewnienie narzędzi i odzieży roboczej, zaś Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Ar-Go” sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu odpowiedzialne jest za świadczenie usług w zakresie obsługi przenośników odstawy urobku z eksploatowanych ścian i drażonych chodników w KWK „Bolesław Śmiały” w wysokości 60% dobowego obłożenia przy obsłudze oraz zapewnienie koordynatora robót na szczeblu Nadsztygara Górniczego natomiast uczestnik trzeci, Bytomskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Budowlanych i Górniczych sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, pełnić ma funkcje obsługi ekonomiczno - finansowej.

Zgodnie z zarzutem sformułowanym przez Odwołującego „przewidziana przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty (z wyjątkiem poprawiania omyłek pisarski i rachunkowych). Wyjaśnienia muszą (i wyłącznie mogą) ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać.”

Zdaniem Odwołującego, wykonawca czyli Konsorcjum zmieniło treść swego oświadczenia stanowiącego załącznik nr 3 do oferty.

Z takim stanowiskiem nie zgodził się Zamawiający. Uznał, że Konsorcjum złożyło prawidłowo wyjaśnienie w przedmiocie zakresu uczestnictwa każdego z Wykonawców składających ofertę wspólną i brak jest podstaw do uznania złożonych wyjaśnień za zmianę złożonej oferty po terminie otwarcia ofert.

W niniejszym zakresie Przystępujący po stronie Zamawiającego – firma Bytomski Zakład Usług Górniczych sp. z o.o. podkreślał kwestię dotyczącą istoty konsorcjum, z której wywodziła kwestię odpowiedzialności solidarnej w zakresie podziału realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku potwierdzenia się, że czynności dokonane przez zamawiającego są niezgodne z prawem oraz uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu sytuacja prawna odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegałaby zmianie, dając odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia decyduje, jakich dokumentów oczekuje od Wykonawców w celu wykazania przez nich potwierdzenia spełniania określonych przez niego warunków. W niniejszym przypadku treść SIWZ jest jednoznaczna. Zamawiający bardzo szczegółowo opisał wszystkie wymagania co do warunków, jak i sposobu potwierdzenia ich spełnienia. Szczegółowo określił także wymagania w dziale/punkcie XIV, gdzie opisany został sposób potwierdzania warunków poprzez składanie dokumentów do oferty, w sytuacji gdy kilka podmiotów składa wspólnie ofertę. Ustęp 5 niniejszego działu brzmi: „Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać, że warunki określone w punkcie X ust. 2 pkt 1,2,3 i ust. 3 spełniają łącznie i na tą okoliczność załączyć dokumenty wymienione w punkcie XII oraz XIII SIWZ.(...)” Oznacza to, jeśli Wykonawca, w skład którego wchodzi kilka podmiotów, wykazał, że chociaż jeden z jego podmiotów spełnia określone warunki, na co przedłoży dokumenty do oferty, wystarczy to Zamawiającemu do uznania, że Wykonawca spełnia warunki określone w SIWZ. Oznacza to także, że w zakresie pozostałych warunków określonych w punkcie X SIWZ taka możliwość nie zachodzi. Trudno więc nie zgodzić się z Odwołującym, że w zakresie działu X ust. 2 pkt 4 należy wykazać, że każdy z podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum powinien spełnić warunek określony przez Zamawiającego, tj. posiadać wdrożony i certyfikowany przez jednostkę akredytowaną system zarządzania jakością w zakresie prowadzonej działalności zgodny z rodzajem zamówienia.

Nie ma natomiast racji Zamawiający powołując się na treść działu XIV ust. 4 lit. b), który brzmi: „W przypadku, kiedy kilku Wykonawców składa ofertę wspólnie, do oferty należy

załączyć: (...) b) dokumenty wymienione w punkcie XI SIWZ (z wyłączeniem pkt 1,2 i 3) wystawione dla każdego z Wykonawców,”. Jak słusznie wykazywał Odwołujący na rozprawie cytowany zapis SIWZ dział - XIV ust. 4 lit. b - reguluje konieczność złożenia w ofercie przez wszystkich Wykonawców dokumentów wymienionych w dziale XI, natomiast przytoczony wyżej punkt/dział XIV ust. 5 odnosi się do warunków określonych w punkcie X SIWZ.

Słusznie wspomniał Zamawiający, że z istoty konsorcjum wynika, że wystarczy, aby jeden z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum wypełniał warunek, by zamawiający mógł uznać, że wykonawca – konsorcjum spełnia warunek. Dlatego właśnie podmioty łączą się w konsorcjum, gdyż pojedynczo nie zawsze mają możliwość wypełnić wszystkie warunki SIWZ. Jednak to ostatecznie zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia decydują, w jaki sposób Wykonawcy, w tym Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mają wypełnić warunki i w jaki sposób mają potwierdzić ich wypełnianie, w jaki sposób mają złożyć dokumenty. Zamawiający w niniejszym przypadku bardzo dokładnie uregulował kwestię złożenia dokumentów, także dla podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia.

Dlatego Zamawiający w niniejszym przypadku powinien wezwać Wykonawcę Bytomskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Budowlanych i Górniczych sp. z o.o. - partnera Konsorcjum do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 dokumentu w zakresie spełnienia warunku opisanego w dziale X ust. 2 pkt 4 SIWZ, tj. warunku posiadania wdrożonego i certyfikowanego przez jednostkę akredytowaną systemu zarządzania jakością w zakresie prowadzonej działalności zgodnego z rodzajem zamówienia, a w przypadku nie uzupełnienia przez Konsorcjum powyższego braku, wykluczenie Wykonawcy, jakim jest Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie jego oferty.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że kolejny zarzut się nie potwierdził.

Trudno bowiem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Wykonawca – Konsorcjum zmienił treść oferty po terminie otwarcia ofert. Odwołujący bowiem za zmianę uważa wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego. Wyjaśnienia w niniejszym przypadku miały stanowić informację dla Zamawiającego, który podmiot – partner Konsorcjum będzie odpowiedzialny za wykonywanie zadania i w jakiej części. Z treści udzielonych wyjaśnień Zamawiający mógł ponadto zorientować się, który z podmiotów będzie odpowiedzialny za potencjał kadrowy, za sprzęt oraz za potencjał ekonomiczny. Załącznik nr 3 do oferty złożony do oferty treść wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę – Konsorcjum nadal wskazują, że są trzy te same podmioty wchodzące w skład Konsorcjum –

tj. Bytomski Zakład Usług Górniczych sp. z o.o., Bytomskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Budowlanych i Górniczych sp. z o.o., Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Ar-Go” sp. z o.o. Nie zmienia to faktu oraz wynika to również z istoty samego Konsorcjum, na które Strony niniejszego postępowania wielokrotnie się powoływały, że każdy z partnerów Konsorcjum jest odpowiedzialny solidarnie za wykonanie całości zadania.

W ocenie Izby treść wyjaśnień w niniejszym przypadku nie stanowi zmiany treści oferty. Nie można więc tutaj mówić o naruszeniu art. 89.

Izba uznała, że stwierdzone w toku postępowania naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co stosownie do art. 191 ust. 1a ustawy Pzp stanowi przesłankę uwzględnienia odwołania.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 i ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie Izby i poniesionej opłaty skarbowej, stosownie do brzmienia § 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. 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 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 **Katowicach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....