

Sygn. akt KIO/UZP 530/08

WYROK
z dnia 13 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Segi-AT" Sp. z o.o., Warszawa, ul. Baletowa 30** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Olsztyn, Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1** protestu z dnia 19 maja 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Olsztyn, Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1** 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 uiszczonego przez **"Segi-AT" Sp. z o.o., Warszawa, ul. Baletowa 30,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Olsztyn, Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1** na rzecz **"Segi-AT" Sp. z o.o., Warszawa, ul. Baletowa 30,** 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 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"Segi-AT" Sp. z o.o., Warszawa, ul. Baletowa 30.**

Uzasadnienie

W dniu 06.02.2008 r. gmina miejska Olsztyn, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”, wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *„Kontrakt 03A-Budowa i modernizacja systemu kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz rozbudowa sieci wodociągowej w Olsztynie wraz z budową urządzeń do podczyszczania wód deszczowych na wylotach do rzeki Łyny część II”*, z podziałem na trzy zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2008/S 25-032884 z dnia 06/02/2008 oraz w miejscach wskazanych w art. 40 ust. 1 i 5 Pzp.

W dniu 13.05.2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty na zadanie częściowe nr 3, o wyniku postępowania i wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane HYDROBUDOWA 9 S.A. z siedzibą w Poznaniu, PBG S.A., HYDROBUDOWA POLSKA S.A., zwanych dalej „Konsorcjum”.

W dniu 20.05.2008 r. do Zamawiającego wpłynął, datowany na dzień 19.05.2008 r. protest Wykonawcy-POL-AOUA S.A., zwanego „Protestującym”. W proteście tym zawarty został, m.in., zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Wykonawcy – SEGI-AT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (pkt 1 protestu).

Protestujący wskazał, że jego interes prawny „w żądaniu wykluczenia spółki SEGI-AT Sp. z o.o. a w konsekwencji uznania tej oferty za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 4 PZP wyraża się w tym, że – w razie wniesienia przez tę Spółkę protestu wobec dokonania przez Zamawiającego odrzucenia jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i uwzględnienia tego protestu przez Zamawiającego – oferta tej spółki byłaby uznana za najkorzystniejszą, co uniemożliwiłoby Protestującemu uzyskanie niniejszego zamówienia”.

W uzasadnieniu protestu Protestujący zarzucił, iż Wykonawca - SEGI-AT Sp. z o.o. nie wykazał się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej, określonej w rozdziale 7 pkt 4 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), a ponadto nie wykazał się wymaganym doświadczeniem.

Protestujący podniósł, iż: *„W rozdziale 7 pkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się wykonaniem jednej roboty budowlanej polegającej na budowie sieci*

kanalizacyjnej i/lub wodociągowej o wartości co najmniej 2 750 000 PLN. SEGI-AT Sp. z o. o. złożyła List referencyjny Burmistrza Koźuchowa, w którym zostało potwierdzone, że spółka ta wykonała budowę sieci kanalizacji sanitarnej, ale nie została określona w nim wartość tych robót, co uniemożliwia Zamawiającemu ocenę, czy SEGI-AT Sp. z o.o. posiada wymagane doświadczenie czy też nie. Z referencji tych wynika bowiem, że zakres prac, o łącznej wartości 2 850 000 PLN, obejmował również budowę placów i dróg o nawierzchni asfaltowej o pow. 1500 m², odtworzenie nawierzchni ulic o pow. 2850 m², a nawet przebudowę mostu. Biorąc pod uwagę zakres tych prac oraz ich łączną wartość, należy stwierdzić, że wysoce niepewne jest spełnienie przez SEGI-AT Sp. z o.o. warunku odnoszącego się do wymaganego w SIWZ doświadczenia, natomiast z całą pewnością nie został złożony dokument potwierdzający spełnianie tego warunku.

W konsekwencji Zamawiający powinien był uznać, że SEGI-AT Sp. z o.o. nie złożyła odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie przez tę spółkę warunków udziału w postępowaniu. Dlatego Zamawiający powinien był wykluczyć spółkę SEGI-AT Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3 PZP. (...). Zgodnie z art. 24 ust. 4 PZP, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zamawiający zobowiązany jest też do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP. Natomiast z tzw. ostrożności procesowej Protestujący podnosi zarzut nie wezwania tej spółki do uzupełnienia dokumentów – na wypadek, gdyby SEGI-AT Sp. z o.o. wniosła protest na czynność odrzucenia jej oferty i protest ten został uwzględniony’.

Za pismem z dnia 20.05.2008 r. kopię wniesionego protestu Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 23.03.2008 r., którego treść przekazana została Zamawiającemu, za pomocą faksu w tym samym dniu, przystąpienie do protestu zgłosił Odwołujący.

W zgłoszeniu przystąpienia Odwołujący wniósł, m.in., o oddalenie protestu w zakresie zarzutu dotyczącego: zaniechania dokonania czynności wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania, ewentualnie, uwzględnienie protestu w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – w sytuacji, gdyby Zamawiający rozstrzygając protest uznał, iż zarzut Protestującego czyniony względem SEGI-AT Sp. z o.o. w zakresie konieczności jego wykluczenia jest zasadny”.

Rozstrzygnięciem z dnia 29.05.2008 r. Zamawiający postanowił „uwzględnić protest w zakresie:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert.”

Zamawiający stwierdził, iż nie ma podstaw do uwzględnienia żądania dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Z dołączonej do oferty Odwołującego informacji banku wynika bowiem, że Odwołujący posiada wymaganą zdolność kredytową. Jednocześnie, Zamawiający stwierdził, iż w trakcie ponownego badania i oceny ofert złożonych na realizację zamówienia częściowego nr 3, Zamawiający dokona zaniechanej czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunku posiadania wymaganego doświadczenia.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, Odwołujący wniósł w dniu 04.06.2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący zarzucił, iż uwzględnienie protestu wniesionego przez Wykonawcę "POL-AQUA" S.A. dokonane zostało z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 Pzp. Jednocześnie, Odwołujący wniósł:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) ustalenie, iż dokumenty załączone do oferty Odwołującego stanowią potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia.

W dniu 11.06.2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił Protestujący- "POL-AQUA" S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W rozdziale VII – Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, w pkt 2 lit c) Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia częściowego nr 3 w sposób następujący:

„Wykonawca wykaże, iż w ciągu ostatnich 5 lat wykonał 1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci kanalizacyjnej i/lub wodociągowej o wartości co najmniej równej kwocie 2 750 000 PLN.

W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć:

1) wykaz wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej IDW,

2) dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały zakończone i wykonane należyście (opisanie, referencje, protokoły, itp.)”.

Odwołujący załączył do oferty (s. 4 oferty) „Wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (...)", w którym oświadczył, iż zrealizował w okresie od marca 2006 r. do września 2007 r. na rzecz gminy Koźuchów budowę oczyszczalni ścieków w Koźuchowie wraz z budową sieci kanalizacji sanitarnej . Zakres robót budowlanych obejmował:

1. budowę i rozruch oczyszczalni ścieków komunalnych o wydajności 1600 m³ na dobę z punktem zlewnym na ścieki dowożone i wiatą do magazynowania osadu,
2. wykonanie zasilania energetycznego oczyszczalni wraz z budową stacji transformatorowej,
3. budowę sieci kanalizacji sanitarnej.

Określił także wartość robót: 8.500.000,00 PLN.

Na s. 5 oferty Odwołujący zawarł List referencyjny wystawiony przez burmistrza Koźuchowa, z dnia 10.10.2007 r. Zgodnie z treścią tego Listu, Konsorcjum Firm SEGI-AT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - jako Lider oraz Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „INFRA” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie zrealizowało prace budowlane w ramach kontraktu TI-342/14/06 pn. Budowa oczyszczalni ścieków w Koźuchowie wraz z budową sieci kanalizacji sanitarnej” o łącznej wartości: 8.500.000 złotych”

Zakres prac obejmował:

1. budowę i rozruch oczyszczalni ścieków komunalnych o wydajności 1600 m³ na dobę z punktem zlewnym na ścieki dowożone i wiatą do magazynowania osadu o łącznej wartości 5.500.000 złotych,
2. wykonanie zasilania energetycznego oczyszczalni wraz z budową stacji transformatorowej o wartości 150.000 złotych,

3. budowę sieci kanalizacji sanitarnej złożonej z kolektora fi 500 mm o długości 1650 m, przyłączy fi 160 mm o długości 300 m, pompowni ścieków o wydajności 62 m³/godz.

W zakres prac budowy sieci kanalizacji sanitarnej wchodziły również:

- budowa placów i dróg o nawierzchni asfaltowej o pow. 1500 m²,
- odtworzenie nawierzchni ulic o pow. 2850 m²,
- przebudowa mostu.

Łączna wartość tych robót wyniosła kwotę 2.850.000 zł;

W Liście referencyjnym zawarta została ocena, iż prace wykonane zostały w okresie od marca 2006 r. do września 2007 r., z należytą starannością, z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa.

Skład orzekający Izby zważył, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ (lub w zaproszeniu do składania ofert). Zakres niezbędnych dokumentów wynika z art. 26 Pzp i został sprecyzowany w 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).

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 tego Rozporządzenia, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych 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.

Zamawiający może zatem żądać od wykonawcy wykazania się wykonaniem robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący wykazał, iż spełnia warunek w zakresie posiadania doświadczenia, określonego w ogłoszeniu o zamówieniu (III.2.3) oraz w SIWZ. Przedmiot zamówienia Zamawiający określił w części I w rozdz. III SIWZ i uszczegółowił w części III SIWZ. W świetle tego opisu zamówienie dotyczy robót budowlanych i systemu kanalizacji sanitarnej, które rodzajem i wartością odpowiadają

zamówieniu wykazanemu w ofercie Odwołującego. Przedmiotem zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie są nie tylko roboty polegające na położeniu sieci kanalizacyjnej, ale obejmują one również m.in. roboty drogowe – rozbiórkowe i odtworzeniowe. Zamawiający określił warunek poprzez odwołanie się do sformułowania „budowy sieci kanalizacyjnej i/lub wodociągowej”. Jednakże, w ocenie składu orzekającego Izby, uzasadnionym jest odczytywanie tego warunku przez wykonawców przez pryzmat wskazanego wyżej opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, iż w zakres budowy sieci kanalizacyjnej i/lub wodociągowej nie wchodzi jedynie prace związane z demontażem rurociągu i montażem kanałów z rur, ale także inne typowe dla budowy sieci kanalizacyjnej prace, w szczególności odtworzenie nawierzchni ulic i chodników. Wobec faktu, że Zamawiający nie dokonał rozróżnienia udziału poszczególnych rodzajów prac co do ich wartości, należy przyjąć, że udział ten mógł być dowolny, a znaczenie kluczowe należy przypisać całkowitej wartości zrealizowanego zamówienia. Jeśli intencją Zamawiającego rzeczywiście było, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem o żądanej wartości wyłącznie w zakresie demontażu i montażu rur winien to wyartykułować w sposób nie budzący wątpliwości np. poprzez odwołanie się do opisu tych czynności jak w przedmiarze robót. Jako regułę należy traktować sytuację, w której położenie sieci kanalizacyjnej odbywa się łącznie z ingerencją w już istniejącą zabudowę (chodniki, jezdnie, mosty).

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Zamawiającego, iż wykonawca nie może wykazać, jako posiadanego doświadczenia do zrealizowania zamówienia roboty zrealizowanej przez konsorcjum firm, którego był uczestnikiem (liderem). Możliwość powoływania się na wcześniej zdobyte doświadczenie jako członek konsorcjum zgodne jest z utrwalonym orzecznictwem Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej. W takim przypadku Odwołujący mógł wykazać doświadczenie zdobyte w ramach działania konsorcjum.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*