

Sygn. akt: KIO 527/11

WYROK
z dnia 23 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Zakład Usługowo-Handlowy REM - BUD Robert Fronczek, 06-460 Grudusk, ul. Szkolna 6**, od czynności zamawiającego, którym jest **Urząd Gminy, 06-316 Krzynowłoga Mała, ul. Kościelna 3**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „II etap rozbudowy budynku Urzędu Gminy w Krzynowłodze Małej ze sfinansowaniem inwestycji przez Wykonawcę w okresie 5 lat”,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Usługowo-Handlowy REM - BUD Robert Fronczek, 06-460 Grudusk, ul. Szkolna 6** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Usługowo - Handlowy REM - BUD Robert Fronczek, 06-460 Grudusk, ul. Szkolna 6**.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W odwołaniu wniesionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759, ze zm.) [ustawa Pzp], na „II etap rozbudowy budynku Urzędu Gminy w Krzynowłodze Małej ze sfinansowaniem inwestycji przez Wykonawcę w okresie 5 lat" przez Zamawiającego - Gmina Krzynowłoga Mała. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego - Robert Fronczek - Zakład Usługowo - Handlowy REM-BUD z Gruduska i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się wykonawcy z postępowania oraz odrzucenie jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej. Względnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ewentualne powtórzenie wszelkich czynności w postępowaniu z pominięciem wskazanych w uzasadnieniu odwołania błędów i uchybień. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest licznymi wadami. Po pierwsze, treść ogłoszenia o zamówieniu jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ w zakresie dokumentów i oświadczeń jakie mają przedstawić wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia wymagań udziału w postępowaniu. Punkt III.4.1) ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11 stycznia 2011 roku nr 11983 - 2011 jest innej treści niż punkt V 1. A) SIWZ. Ogłoszenie nie stawia przed wykonawcami obowiązku złożenia wykazu robót budowlanych sfinansowanych przez wykonawcę poprzez dokonanie wykupu wierzytelności przez bank. Po drugie, żądanie złożenia przez wykonawcę wykazu robót sfinansowanych przez wykup wierzytelności przez bank, nie odpowiada dyspozycji § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Po trzecie, sformułowanie w SIWZ wymagań posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia polegających na uprzednim sfinansowaniu dwóch inwestycji przez wykonawcę „poprzez dokonanie wykupu wierzytelności przez Bank" jest niedookreślone, bowiem nie wiadomo do jakich wierzytelności się odnosi. Co więcej gdyby przyjąć taką wykładnię tego sformułowania, że dotyczy zbycia przez wykonawcę na rzecz banku wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, to wymagania takie są wewnętrznie sprzeczne. Zbycie na rzecz banku wierzytelności z tytułu wynagrodzenia prowadzi do jednoznacznego wniosku, że budowa nie była finansowana przez wykonawcę, lecz przez bank będący nabywcą wierzytelności. W takiej sytuacji bowiem wykonawca jest zaspokojony przez uzyskanie od

banku świadczenia wzajemnego z tytułu zbycia wierzytelności - nie można zatem stwierdzić, że to wykonawca jest podmiotem, który sfinansował inwestycję. Warunek taki nie pozostaje też w żadnym związku z oceną wiedzy, doświadczenia, czy kwalifikacji wykonawcy, a wręcz pozwala stwierdzić, że wykonawca posiłkujący się wpływami ze zbycia wierzytelności posiada mniejsze możliwości finansowe, niż ten, który takimi wpływami się nie posiłkuje. Po czwarte, tak określony warunek udziału w postępowaniu prowadzi do wyboru najkorzystniejszego świadczenia bynajmniej nie od wykonawcy robót budowlanych, lecz od banku finansującego usługę, który nie bierze udziału w postępowaniu. Po piąte, zdaniem odwołującego się, tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu, uczyniony został przez Zamawiającego, wyłącznie po to aby wykluczyć z udziału w postępowaniu inne podmioty niż ten, którego oferta ostatecznie została wybrana przez Zamawiającego. Formuła finansowania inwestycji przez „wykup wierzytelności przez bank” nie jest bynajmniej często spotykana w obrocie. Ponieważ uprzednio korzystał z niej konkurent odwołującego się, celowo wprowadzono ten warunek do SIWZ, aby uniemożliwić udział w postępowaniu innym oferentom, m.in. tym których stać na samodzielne sfinansowanie robót, bez posiłkowania się instytucjami finansowymi. Świadczy o tym przede wszystkim fakt, że niniejsze postępowanie nie jest pierwszym w tym samym zakresie przedmiotowym robót. Postępowanie nr UGKM/ZP/23/2010 w trybie przetargu nieograniczonego na „II etap rozbudowy budynku Urzędu Gminy w Krzynowłodze Małej ze sfinansowaniem inwestycji przez Wykonawcę w okresie 5 lat” (nr ogłoszenia 355293-2010). z udziałem tych samych oferentów, w którym odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę, nie zawierało przedmiotowego warunku i zostało przez Zamawiającego bez uzasadnionej przyczyny unieważnione. Podsumowując wykonawca stwierdził, że jeżeli wymogiem Zamawiającego ma być sfinansowanie inwestycji przez wykonawcę przez określony okres czasu, to wiedza i doświadczenie wykonawcy winno być weryfikowane przez obiektywne okoliczności służące ocenie możliwości wykonawczych i finansowych oferenta. Bez znaczenia powinna być okoliczność, że wykonawca wcześniej sfinansował inwestycje posiłkując się wpływami z banku z tytułu zbycia wierzytelności przysługujących mu względem inwestora. Okoliczności niniejszej sprawy, a w szczególności poprzednio prowadzone w tym samym przedmiocie - unieważnione postępowanie, wskazują na fakt, że zamiarem Zamawiającego nie było bynajmniej wyłonienie wykonawcy najsilniejszego finansowo dla udźwignięcia wymiaru zadania, lecz wybór konkretnego oferenta, który swą finansową „siłę” czerpie z tytułu wykonywania operacji finansowych z osobami nie uczestniczącymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący stwierdził także, że przedstawione w postępowaniu wykazy, oświadczenia i dokumenty nie pozwalają na wykluczenie go z postępowania, bowiem dowodzą spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego i przystępującego do postępowania przedstawione także w toku rozprawy, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak ustaliła KIO, odwołanie zostało wniesione wobec czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Izba stwierdziła, że wykonawca bezzasadność wykluczenia wykonawcy z postępowania oparł na twierdzeniu, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest licznymi wadami, a mianowicie: (1) treść ogłoszenia o zamówieniu jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ w zakresie dokumentów i oświadczeń jakie mają przedstawić wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia wymagań udziału w postępowaniu, albowiem punkt III.4.1) ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11 stycznia 2011 roku nr 11983 - 2011 jest innej treści niż punkt V 1. A) SIWZ i ogłoszenie nie wymaga złożenia wykazu robót budowlanych sfinansowanych przez wykonawcę poprzez dokonanie wykupu wierzytelności przez bank; (2) żądanie złożenia przez wykonawcę wykazu robót sfinansowanych przez wykup wierzytelności przez bank, nie odpowiada dyspozycji § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane; (3) sformułowane w SIWZ wymagania odnośnie posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia polegających na uprzednim sfinansowaniu dwóch inwestycji przez wykonawcę „poprzez dokonanie wykupu wierzytelności przez Bank” jest niedookreślone, bowiem nie wiadomo do jakich wierzytelności się odnosi; (4) określony warunek udziału w postępowaniu prowadzi do wyboru najkorzystniejszego świadczenia nie od wykonawcy robót budowlanych, lecz od banku finansującego usługę, który nie bierze udziału w postępowaniu; oraz (5) tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu, uczyniony został przez Zamawiającego, wyłącznie po to aby wykluczyć z udziału w postępowaniu inne podmioty niż ten, którego oferta ostatecznie została wybrana przez Zamawiającego, albowiem formuła finansowania inwestycji przez „wykup wierzytelności przez bank” nie jest często spotykana w obrocie i uprzednio korzystał z niej konkurent odwołującego się, a zatem celowo wprowadzono ten warunek do SIWZ, aby uniemożliwić udział w postępowaniu innym oferentom, m.in. tym których stać na samodzielne sfinansowanie robót, bez posiłkowania się instytucjami finansowymi.

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzuty w zakresie warunków udziału w tym postępowaniu nie mogą być przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę. Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie – w przypadku zamówień o wartości nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - należy wnieść w terminie 5 dni od dnia powzięcia wiadomości o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Taką czynnością są postanowienia Ogłoszenia o zamówienia publikowanego, w tym przypadku w Biuletynie Zamówień Publicznych, oraz wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na tym etapie postępowania nie jest zatem możliwe skuteczne podnoszenie zarzutów w zakresie wykazywania sprzeczności pomiędzy treścią Ogłoszenia o zamówieniu a treścią specyfikacji, czy też w zakresie niezgodności warunku z dyspozycją § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jak również innych podnoszonych w odwołaniu zarzutów związanych z ustalonym warunkiem udziału w postępowaniu m.in. dotyczącym wyboru najkorzystniejszego świadczenia nie od wykonawcy robót budowlanych, lecz od banku finansującego usługę, który nie bierze udziału w postępowaniu, bądź też, z zamierzonym – zdaniem Odwołującego - wykluczeniem z udziału w tym postępowaniu innych podmiotów niż ten, którego oferta ostatecznie została wybrana. Tak jak ustaliła Izba, publikacja Ogłoszenia o zamówieniu nastąpiła w dniu 11 stycznia 2011 r. i siwz została opublikowana także w tym dniu. Zatem w świetle powołanego art. 182 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie na treść warunku należało wnieść najpóźniej w terminie 10 dni od dnia udostępnienia specyfikacji poprzez jej publikację na stronie internetowej wskazanej w Ogłoszeniu.

Izba, na marginesie, także zwraca uwagę, że przepis art. 180 ust.3 ustawy Pzp, wymaga aby odwołanie wskazywało oprócz okoliczności faktycznych także okoliczności prawne, stanowiące podstawę zarzutu. W tym odwołaniu taka podstawa prawna podnoszonych zarzutów nie została wskazana. Izba zwraca także uwagę, iż w treści Ogłoszenia o zamówieniu w pkt III.2 sformułowano jednoznacznie warunek jakie roboty budowlane są wymagane w tym postępowaniu i następnie ten warunek powtórzono w specyfikacji. Tym samym w ustalonych okolicznościach faktycznych, zdaniem Izby, niewątpliwie Zamawiający wymagał ujęcia w wykazie [pkt III.4.1) takich robót, których sfinansowanie nastąpiło przez wykonawcę poprzez wykup wierzytelności przez Bank.

Niemniej jednak, powyżej wskazane okoliczności nie stanowiły podstawy oddalenia odwołania, albowiem Izba przede wszystkim stwierdziła, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku ustalonego w punkcie III.3.2) Ogłoszenia o zamówieniu, powtózonego

następnie w pkt V 1. A) siwz i tym samym podlegał wykluczeniu z postępowaniu o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów tytułem zastępstwa prawnego przez Izbą, albowiem nie został przedłożony stosowny rachunek wymagany § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

.....