

Sygn. akt: KIO/UZP 250/08

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Ewa Marcjoniak
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., 83-200 Starogard Gdański, ul. Ceynowy 27** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Medyczna, 80-210 Gdańsk, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3a** protestu z dnia 3 marca 2008r.

przy udziale **Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o., 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego- po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Akademię Medyczną, 80-210 Gdańsk, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3a

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 **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., 83-200 Starogard Gdański, ul. Ceynowy 27,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Akademię Medyczną, 80-210 Gdańsk, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3a** na rzecz **Starogardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A., 83-200 Starogard Gdański, ul. Ceynowy 27,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 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 **Starogardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A., 83-200 Starogard Gdański, ul. Ceynowy 27.**

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

Zamawiający, Akademia Medyczna z siedzibą w Gdańsku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Roboty wykończeniowe budowy Centrum Naukowo-Badawczego Medycyny Laboratoryjnej Akademii Medycznej w Gdańsku – bud. Nr 27, Gdańsk ul. Dębinki 7”, które zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. W dniu 14 stycznia 2008r. nastąpiła publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 19 poz. 9915.

W dniu 4 marca 2008 r. Odwołujący Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A. (zwane dalej również „Przedsiębiorstwem S-Bud”) wniósł protest wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i uznania jego oferty za odrzuconą oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Powyższe czynności Zamawiającego uniemożliwiły Odwołującemu udział w przetargu oraz wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej, ponieważ była to jedyna oferta z ceną niższą niż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 3 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez dokonanie wykluczenia Odwołującego pomimo złożenia wykazu robót spełniającego wymagania siwz
- art. 24 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niepodanie w informacji o wykluczeniu wykonawcy (pismo z dnia 26.02.2008 r.) uzasadnienia faktycznego wykluczenia,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą pomimo braku podstawy faktycznej wykluczenia,
- art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania przed upływem terminu na wniesienie protestu oraz przed ostatecznym jego rozstrzygnięciem, podczas gdy uwzględnienie protestu mogłoby prowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzut dotyczący wykluczenia z postępowania Odwołujący uzasadnił poprzez wskazanie, że z treści załączonego do oferty wykazu wykonanych robót oraz referencji wynika, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprecyzyjnie określił warunek dotyczący doświadczenia, ponieważ zapis „roboty równoważne z zakresem robót objętych niniejszym zamówieniem” dopuszcza możliwość różnorakiego interpretowania jego treści. Zamawiający nie wskazał w siwz czy ocenie podlegać będzie wartość netto czy brutto zrealizowanych zamówień, a także nie wziął pod uwagę wpływu zmiany stawki VAT w ciągu 5 lat na wartość zrealizowanych robót budowlanych. W wezwaniu do uzupełnienia wykazu (pismo z dnia 21 lutego 2008 r.) Zamawiający podając, że Odwołujący wykazał dwie roboty budowlane spełniające warunki siwz nie wyjaśnił które z robót uznał za spełniające powyższy warunek. Ponadto w informacji o wykluczeniu Zamawiający nie wskazał, które z wykazanych robót spełniają warunek dotyczący doświadczenia, a które nie spełniają i dlaczego.

Odwołujący wniósł w proteście o:

1. dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego,
2. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
3. uchylecia czynności unieważnienia postępowania

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu przyłączył się w dniu 7 marca 2008r. Wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.

W dniu 12 marca 2008 r. Zamawiający oddał protest (pismo z dnia 11 marca 2008 r.). Zamawiający stwierdził, iż określając w specyfikacji warunek dotyczący doświadczenia wymagał wykazania wykonania minimum 3 robót budowlanych w okresie 5 lat, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Odwołujący wykazał tylko dwie roboty budowlane spełniające ten warunek, co stanowiło podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Trzecia z wskazanych przez

Odwołującego robót nie została uznana za spełniającą warunek z uwagi na wartość, ponieważ Zamawiający uznał za niedopuszczalną indeksację wartości robót zrealizowanych w latach wcześniejszych, jak domagał się tego Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że w informacji o wykluczeniu Odwołującego wskazał podstawę faktyczną i prawną wykluczenia, a czynność unieważnienia postępowania została dokonana zgodnie z ustawą Pzp, która nie zakazuje dokonania tej czynności przed rozstrzygnięciem protestu. Natomiast zarzut dotyczący nieprecyzyjności zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający uznał za spóźniony, zważywszy, że termin na wniesienie protestu na treść siwz upłynął w dniu 21 stycznia 2008r.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 17 marca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty, wskazane w proteście tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 3 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a także wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 183 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w rozstrzygnięciu protestu faktycznej podstawy wykluczenia.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,
2. unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
3. dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu argumentację zawartą w proteście.

W dniu 31 marca 2008 r. Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. wniosła do Prezesa UZP zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że wniosek Odwołującego zawarty w odwołaniu o „nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego - uznania oferty Odwołującego za odrzuconą”, obejmuje czynność wykluczenia wykonawcy, pomimo iż nie została ona wprost zawarta w treści wniosku. Uznanie oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp jest możliwe wyłącznie na skutek wykluczenia wykonawcy.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu, dotyczący posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia w pkt II. 2. lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści ww. zapisu wynika, że Zamawiający wymagał wykazania wykonania „minimum 3 robót budowlanych, które muszą być równoważne z zakresem robót

objętych niniejszym zamówieniem". W tym samym punkcie siwz Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia tego warunku należy złożyć „wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat [...] odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie". W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że tak określony warunek oznacza, że wykonawcy muszą wykazać się realizacją minimum trzech robót wykończeniowych „w rozumieniu budowlanym”, których zakres pokryje się z zakresem robót opisanych w projektach technicznych, załączonych do siwz. Ponadto, wartość wykazanych robót wykończeniowych musi być równa lub przewyższać cenę za realizację zamówienia, określoną w ofercie danego wykonawcy.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uznając dwie roboty (pozycja 9 i 11 „Wykazu”) za spełniające warunek doświadczenia, co wynika z treści wezwania do uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 21 lutego 2008r.). Natomiast z treści pisma z dnia 26 lutego 2008r. „Informacja o wykluczeniu wykonawcy” nie zawiera uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W ocenie Izby treść warunku, określonego w pkt II. 2. lit. a siwz wskazuje, że Zamawiający wymagał wykazania trzech zrealizowanych zamówień na roboty budowlane o charakterze związanym z przedmiotem zamówienia, a zatem na roboty wykończeniowe odpowiadające rodzajem przedmiotowi zamówienia. Nie można jednakże uznać, że zgodne z przepisem § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605) jest żądanie wykazania robót, które ściśle pokrywają się z zakresem prac określonych w projektach wykonawczych. Nie wynika to z treści opisu warunku, a ponadto w świetle zapisów specyfikacji, nie jest możliwe obiektywne dokonanie przez Zamawiającego oceny spełnienia takiego „warunku”. W ocenie Izby, określenie w specyfikacji, że zrealizowane roboty muszą odpowiadać „wartości robót stanowiących przedmiot zamówienia” nie daje podstaw do wywodzenia, że spełnieniem warunku będzie wykazanie robót o wartości równej lub wyższej od ceny oferty danego wykonawcy.

W świetle powyższego Izba uznała, że sformułowany przez Zamawiającego warunek nie precyzuje wymagań, zawartych w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, które Zamawiający jest zobowiązany uszczegółowić odpowiednio do zakresu i specyfiki zamówienia. Zamawiający nie wskazał w treści warunku, dotyczącego wymaganego doświadczenia wykonawcy, minimalnej wartości robót, którą uzna za spełniającą określony przez niego warunek. Izba

zważyła, że brak sprecyzowania warunku poprzez nie zakreślenie minimalnej wartości robót, nie może uzasadniać zastosowania uznaniowego sposobu oceny jego spełnienia.

Ponadto w ocenie Izby ustalenie warunku, który de facto jest inny dla każdego wykonawcy (uzależniony od wysokości ceny oferty) jest niezgodny z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców. W ten sposób Zamawiający, niezgodnie z ustawą Pzp, przenosi na wykonawcę ciężący na nim obowiązek skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu w celu zapewnienia, że wykonawcy uczestniczący w postępowaniu są zdolni do należytego wykonania zamówienia.

Izba uznała, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełnienia.

W świetle powyższego, Izba nie stwierdziła okoliczności, które stanowiłyby podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt II. 2. lit. a siwz.

Zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należało uznać za uzasadniony.

W zakresie zarzutu, dotyczącego niepodania przez Zamawiającego, w informacji o wykluczeniu wykonawcy, uzasadnienia faktycznego tj. naruszenia art. 24 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała, że treść pisma z dnia 26 lutego 2008 r. („Informacja o wykluczeniu wykonawcy”) nie wypełnia dyspozycji powyższego przepisu. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, że wykaz robót złożony przez Odwołującego wraz z ofertą „nie spełnił [...] warunku udziału w postępowaniu”. Zamawiający dodał ponadto, że nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu uzupełniony przez wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykaz robót. W ocenie Izby, powyższa treść nie wyczerpuje obowiązku wskazania podstawy faktycznej wykluczenia wykonawcy. Wykonawca ma prawo do rzetelnej informacji, w jakim zakresie przedłożone przez niego dokumenty i / lub oświadczenia nie zostały uznane przez zamawiającego za odpowiadające wymaganiom siwz. Informacja powyższa ma istotne znaczenie w kontekście korzystania ze środków ochrony prawnej.

W ocenie Izby zastosowanie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający podjął decyzję dotyczącą wykluczenia wykonawcy z postępowania nie stanowi naruszenia tego przepisu. Ofertę wykonawcy, który został wykluczony z postępowania uznaje się za odrzuconą z mocy prawa na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający zatem nie ma obowiązku dodatkowego odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten powinien mieć zastosowanie wówczas, gdy ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowi osobny etap w procedurze udzielenia zamówienia. W praktyce często jednak przepis ten jest stosowany dla potwierdzenia, iż Zamawiający w pierwszej

czynności wykluczył wykonawcę, a następnie odrzucił jego ofertę. Zarzut w tym zakresie Izba uznała za niezasadny.

Izba uznała także za nieuzasadniony zarzut, dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezprawne dokonanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania przed upływem terminu na wniesienie protestów i przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestów. Należy zauważyć, że jedyną czynnością, której dokonania ustawa Pzp zakazuje przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestów, jest czynność zawarcia umowy (art. 182 ust. 1 ustawy Pzp). Zważyć przy tym należy, że każda czynność Zamawiającego podlega kontroli w drodze korzystania przez wykonawców z prawa do protestu i odwołania. Ze względu na tę możliwość dokonywanie kilku czynności przez Zamawiającego, nawet w tym samym czasie, nie ogranicza prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Rozpoznając powyższy zarzut Izba dodatkowo ustaliła, co nie było podnoszone przez Odwołującego, że Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie dokonując wcześniej wyboru najkorzystniejszej oferty. Jest to niezgodne z treścią powyższego przepisu, który wymaga, aby czynność unieważnienia postępowania na tej podstawie była poprzedzona wyborem najkorzystniejszej oferty.

Stosownie do oświadczenia Odwołującego złożonego na rozprawie, Izba nie rozpoznawała jako zarzutu, naruszenia przez Zamawiającego art. 183 ust. 4 ustawy Pzp wskazanego w odwołaniu, uznając, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, że stanowi to dodatkowy argument dotyczący braku uzasadnienia wykluczenia.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*