

Sygn. akt KIO/UZP 1213/08

WYROK
z dnia 14 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Izabela Niedziałek
Barbara Bettman

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, Gródek nad Dunajcem 54, 33-318 Gródek nad Dunajcem** protestu z dnia 7 października 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność unieważnienia postępowania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, Gródek nad Dunajcem 54, 33-318 Gródek nad Dunajcem**

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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7936 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) przez **Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, Gródek nad Dunajcem 54, 33-318 Gródek nad Dunajcem** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu oraz kosztów zastępstwa procesowego,
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rekultywację zbiorników Czchów – Rożnów w miejscowości Tęgoborze Etap III”.

W dniu 05.06.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez WIKAR Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe sp. z o.o., 33-314 Łososina Dolna 108.

W dniu 11.06.2008r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a (zwane dalej Konsorcjum PBW lub odwołującym lub protestującym) – złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 23.06.2008r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 26.06.2008r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

W dniu 12.06.2008r. Firma Haller S.A. 40-833 Katowice ul. Obroki 13 – złożyła protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 23.06.2008r. poprzez jego uwzględnienie. Haller S.A. wniosła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

W dniu 10 lipca 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09.07.2008r. w Warszawie ww. odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2008r. do łącznego rozpoznania wydała wyrok, w którym uwzględniła oba odwołania i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 1.10.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania – odrzucając wszystkie złożone oferty – m.in. oferty wykonawcy konsorcjum Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „EnerGOPOL” S.A. Jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty Konsorcjum PBW wskazano, że w załączniku nr 3 w tabeli oznaczonej lit. C zostało podanych 5 podmiotów, które będą wykonywać zamówienie, pomimo, iż z treści ogłoszenia oraz postanowienia rozdziału II pkt 5 SIWZ jednoznacznie wynikało, że zamawiający nie dopuszczał podwykonawcom wykonania robót a ponadto zostało to potwierdzone w odpowiedziach na zapytanie do SIWZ zawartych w piśmie zamawiającego z dnia 2.05.2008r.

Zamawiający unieważnił postępowanie, wskazując, że odrzucił wszystkie oferty, co zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp musi skutkować takim wynikiem.

W dniu 7.10.2008r. protest złożyło konsorcjum PBW.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zażądał unieważnienia czynności odrzucenia swojej oferty, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania czynności zaniechanej w postaci wyboru swojej oferty jako najkorzystniejszej oraz podjęcia czynności zgodnych z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.07.2008r. sygn. KIO/UZP/637/08 i KIO/UZP/659/08.

W argumentacji wskazano, że czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty protestującego z powodu podania w załączniku nr 3 w tabeli C 9 podmiotów i uznania ich za podwykonawców, pomimo zakazu korzystania z podwykonawców jaki wynikał z SIWZ są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa oraz z wyrokiem KIO z dnia 10.07.2008r. sygn. KIO/UZP/637/08 i KIO/UZP/659/08.

Wskazano, że w uzasadnieniu wyroku KIO stwierdziła, że *„wszelkie dane dotyczące podmiotów będących podwykonawcami, dostawcami lub usługodawcami wykonawcy w zakresie nie objętym bezpośrednim wykonaniem przedmiotu zamówienia będą miały jedynie charakter informacyjny”*.

Wskazano, że w uzasadnieniu wyroku KIO stwierdziła, że należy odróżnić podwykonawcę o podmiotów *„będących jedynie dostawcami lub usługodawcami ale wyłącznie w zakresie nie objętym przedmiotem zamówienia (jego bezpośrednim wykonaniem).”*

Podniesiono, że wykonawca w załączniku nr 3 – potencjał kadrowy, wskazał jedynie dostawców takich materiałów jak kamień, geowłóknina, gabiony, kostka brukowa, oraz usługodawcę, który wykona pomiary geodezyjne. Ponieważ przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a nie dostawa lub usługi geodezyjne, to podmioty je wykonujące nie będą podwykonawcami, gdyż nie będzie to stanowić powierzenia tym podmiotom robót, będących przedmiotem przetargu.

Zamawiający – traktując literalnie wyrok KIO, bezpodstawnie odrzucił ofertę protestującego z uwagi na wskazanie w załączniku nr 3 pkt C podmiotów, które nie będą podwykonawcami przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 17.10.2008r. dokonał rozstrzygnięcia protestu, oddalając go w całości. W argumentacji wskazał, że oferta wykonawcy Konsorcjum PBW została odrzucona z tego powodu, iż wskazał on w jej treści, wbrew postanowieniom SIWZ, że przy realizacji

zamówienia będzie się posługiwał podwykonawcami. Zacytowano wyrok z dnia 10.07.2008r. sygn. KIO/UZP/637/08 str. 7-8 :

„z postanowień SIWZ wynikało, że przedmiotu zamówienia nie można wykonywać przy pomocy podwykonawców (pkt 5 str. 4 SIWZ). W odpowiedzi z dn. 02.05.2008r. (w aktach sprawy) na pytanie jednego z wykonawców odnośnie rozbieżności SIWZ w zakresie możliwości wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców (w projekcie umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ - w pierwotnym brzmieniu - przewidywano powierzenie robót specjalistycznych podwykonawcom), Zamawiający rozstrzygnął dwuznaczność SIWZ w taki sposób, iż wykreślił z projektu umowy postanowienia przewidujące podwykonawców, zatem jednoznacznie przesądził, że przedmiot zamówienia należy wykonać samodzielnie.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, iż stanowisko Zamawiającego, iż skoro wykonawcy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu (nie są w stanie samodzielnie wykonać przedmiotu zamówienia), powinni zaproponować w polu C załącznika nr 3 do oferty podmiot, który takie warunki spełnia – jest nie do przyjęcia na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych, albowiem wyłącznie wykonawcę (a nie – podmiot trzeci) ocenia się w danym postępowaniu pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, ze względu na brak określenia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do uprawnień do wykonywania dokumentacji wykonawczej, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10 Prawa zamówień publicznych uznano za zasadny, wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym zakresie.”

Ponadto zacytowano wyrok z dnia 10.07.2008r. sygn. KIO/UZP/659/08 str. 9-10 :

„Natomiast drugi zarzut wobec oferty złożonej przez Wikar Sp. z o.o. skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał za zasadny. W załączniku nr 3 do oferty złożonej przez Wikar Sp. z o.o. (w aktach sprawy) zadeklarowano, iż wykonawca wykona przedmiot zamówienia przy pomocy podmiotu trzeciego (HYDROPROJEKT Warszawa Sp. z o.o.), wbrew wyraźnemu zakazowi w SIWZ. ...

...zgodnie z art. 36 ust. 5 Prawa zamówień publicznych Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. W SIWZ badanej przez izbę Zamawiający jednoznacznie postanowił, że wykonawca winien samodzielnie wykonać przedmiot zamówienia – czyli żadna część przedmiotu zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Taki

wymóg jest dopuszczalny przez Prawo zamówień publicznych, i nie został skutecznie oprotestowany przez wykonawców na etapie postępowania przed składaniem ofert.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Wikar Sp. z o.o., mimo iż zadeklarowano w niej wbrew zakazowi Zamawiającego wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę, i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w tym zakresie.”

Następnie zamawiający wymienił podmioty ze str. 51-52 oraz str. 87-88 oferty Konsorcjum PBW jako potencjał kadrowy. Wskazał na „oświadczenie o gotowości do współpracy” ze str. 84 oferty Konsorcjum PBW. Podsumował, że te informacje i oświadczenie są ewidentnym naruszeniem postanowień wyroku z dnia 10.07.2008r. sygn. KIO/UZP/637/08, KIO/UZP/659/08.

Zamawiający zacytował wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.07.2008r. o sygn. KIO/UZP/645/08, KIO/UZP/660/08 wydany w postępowaniu prowadzonym przez siebie na „Rekultywację zbiorników wodnych Czchów - Rożnów w miejscowości: Bartkowa etap II”. Wskazał, że KIO w wyroku tym uznała za niedopuszczalne posługiwanie się podwykonawcami na jakimkolwiek etapie realizacji zadania, i w jakiegokolwiek jego części, a wszyscy wykonawcy w załączniku nr 3 – „potencjał kadrowy” w tabeli lit. C „wykaz podmiotów, które będą wykonywać zamówienie” podali podmioty, którymi chcą posłużyć się przy realizacji przedmiotowego zamówienia, to należy uznać to, iż oferty nie odpowiadają treści SIWZ.

Na koniec zamawiający podkreślił, że ponowne badanie i ocenę ofert wykonał w taki sposób, aby ocena ta nie doprowadziła do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W dniu 22.10.2008r. konsorcjum PBW wniosło odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego oraz unieważnienie postępowania. Dodatkowo wskazano na zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności, polegającej na dokonaniu czynności wyboru oferty odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

Wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie dokonania wyboru oferty odwołującego.

W argumentacji wskazano, że zamawiający w rozstrzygnięciu protestu całkowicie pominął ustalenia KIO z wyroku o sygn. KIO/UZP/637/08, KIO/UZP/659/08, natomiast zacytował wyrok wydany w innej sprawie, tj. KIO/UZP/645/08, KIO/UZP/660/08, który zapadł

na gruncie stanu faktycznego rozpoznawanego w tej sprawie – nie mającego jakiegokolwiek związku ze sprawą z przedmiotowym postępowaniu.

Wskazano, że fakt nie dopuszczania przez zamawiającego do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom nie budził wątpliwości, oraz, że wątpliwości nie budził fakt braku tożsamości okoliczności powoływanych w proteście i odwołaniu w tamtym postępowaniu. Wskazano, że KIO uznała, że należy odróżnić podwykonawcę w ścisłym tego słowa znaczeniu, który będzie wykonywał przedmiot zamówienia – od podmiotu, który nie będzie realizował przedmiotu zamówienia, a jedynie będzie dostawcą lub usługodawcą. Powtórzono argumentację zawartą w proteście – dotyczącą odróżnienia przedmiotu zamówienia tj. robót budowlanych od dostaw surowców lub usług geodezyjnych a ponadto niewłaściwego i literalnego potraktowania wyroku przez zamawiającego. Na koniec wskazano, że Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 10.07.2008r. wydała wyrok sygn. /UZP/637/08, KIO/UZP/659/08 na korzyść odwołującego, natomiast zamawiający rozstrzygnął postępowanie na niekorzyść odwołującego, tj. niezgodnie z zaleceniami Krajowej Izby Odwoławczej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Okoliczność zakazu podwykonawstwa w przedmiotowym postępowaniu nie jest sporna – strony zgadzają się co do tego. Spór dotyczy uznania podmiotów wskazanych na str. 52-53 oferty Konsorcjum PBW jako podwykonawców przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po dokonaniu analizy dokumentacji postępowania oraz uwzględnieniu oświadczeń stron na rozprawie uznała, że podmioty wskazane na str. 52-53 oferty Konsorcjum PBW nie mają charakteru podwykonawców w zadaniu „Rekultywacja zbiorników Czchów – Rożnów w miejscowości Tęgoborze Etap III”.

Należy wskazać w szczególności, że dostawcy kamienia, geowłókniny, wyrobów do wykonywania zabezpieczeń skarp i zboczy oraz kostki brukowej będą mieli charakter podmiotów współpracujących z wykonawcą w ściśle określonych zakresach, które w żaden sposób nie mogą stanowić „części zamówienia” w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosunki dostawców materiałów z wykonawcą robót budowlanych nie mają charakteru podwykonawstwa, są zwykłymi stosunkami gospodarczymi pomiędzy przedsiębiorcami w danej branży, opartymi na ogół o umowy sprzedaży lub dostawy.

W odniesieniu do wykonawcy „GEOBUD” Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjno – Kartograficznych Andrzej Godlewski, Konstanty Sławiński, Krzysztof Zamkowski – należy wskazać na to, że usługa geodezyjna którą mieli wykonać, nie została wyodrębniona w opisie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Dokument „Zestawienie ilości robót” nie zawiera pozycji związanej z usługą geodezyjną, w odróżnieniu od wykonania dokumentacji wykonawczej, stanowiącej pozycję 15 tego dokumentu. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostały wskazane następujące kody CPV :

1. Załadowanie terenu - CPV 45244000-9 - wodne roboty budowlane
2. Geowłóknina - CPV 45243000-2 - roboty w zakresie ochrony przybrzeża
3. Budowle siatkowo-kamienne- CPV 45243000-2 - roboty w zakresie ochrony przybrzeża
4. Groble odsączające i przesypki- CPV 45244000-9 - wodne roboty budowlane
5. Zieleń - CPV45112710-5 - roboty w zakresie kształtowania terenów zielonych
6. Schody betonowe skarpowe - CPV 452235001 - konstrukcje z betonu zbrojonego
7. Pochylnia - CPV 45223300-9 - parkingi
8. Kolektor - CPV 45247000-0 - Roboty w zakresie budowy tam , kanałów i akweduktów
9. Chodnik na skarpie - CPV452332221-1 - roboty w zakresie chodników
10. Ścieżka rowerowa + parking - CPV 45223300-9 - parkingi
11. Mała architektura - CPV - 45112710-5 - roboty w zakresie kształtowania terenów zielonych
12. Dolne podbudowy pod boiska - CPV 45236100-1 - wyrównanie nawierzchni terenów obiektów sportowych
13. Droga technologiczna - CPV - 45113000-2 - roboty na placu budowy

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że żaden z nich nie wskazuje na usługi geodezyjne. W wyniku powyższego za ustalony fakt Izba uznała, że opis przedmiotu zamówienia nie zawiera odrębnej pozycji związanej z usługami geodezyjnymi. Tym samym niesłuszne w przedmiotowej sytuacji byłoby uznanie podmiotu mającego wykonać usługi geodezyjne w przedmiotowym postępowaniu za podwykonawcę. Wykona on jedynie specjalistyczne usługi, których zakres w niniejszym postępowaniu nie pozwala na nazwanie ich „częścią zamówienia” w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza po dokonaniu analizy orzeczenia z dnia 10.07.2008r. sygn. KIO/UZP/637/08, KIO/UZP/659/08 stwierdziła, że nie nakazano tam odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani nie odniesiono się bezpośrednio do kwestii definicji podwykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, że dookreślono ją na potrzeby postępowania.

W przedmiotowej sytuacji wskazanie w ofercie konsorcjum PBW na str. 52-53 podmiotów, które będą uczestniczyć w procesie wykonania zamówienia miało charakter

informacyjny i nie stanowiło podstawy do automatycznego potraktowania ich jako podwykonawców.

W wyniku powyższych ustaleń, Izba wskazuje na potrzebę ponownego wykonania badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu – z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako nie podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż udowodnił on, że zamówienie wykona sam, bez udziału podwykonawców, co jest zgodne z zapisami SIWZ.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz koszty dojazdu, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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).

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*