

Sygn. akt: KIO/UZP 605/08

WYROK
z dnia 02.07.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

**Członkowie: Izabela Niedziałek
Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02.07.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: EKOL-UNICON Sp. z o.o., Joanna Borowczyk Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOROWCZYK, 80-067 Gdańsk, ul. Równa 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Polkowice, 59-100 Polkowice, Rynek 1** protestu z dnia 05.06.2008 r.

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Gmina Polkowice, 59-100 Polkowice, Rynek 1**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: EKOL-UNICON Sp. z o.o., Joanna Borowczyk Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOROWCZYK, 80-067 Gdańsk, ul. Równa 2**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) przez **Gmina Polkowice, 59-100 Polkowice, Rynek 1** na rzecz **Konsorcjum: EKOL-UNICON Sp. z o.o., Joanna Borowczyk Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOROWCZYK, 80-067 Gdańsk, ul. Równa 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: EKOL-UNICON Sp. z o.o., Joanna Borowczyk Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOROWCZYK, 80-067 Gdańsk, ul. Równa 2**

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

Odwołując się od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu z dnia 5 czerwca 2008 r. wykonawca - konsorcjum firm zwane dalej Konsorcjum lub Odwołującym, uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę urządzeń do podczyszczania wód deszczowych i roztopowych w terenie miasta Polkowice” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie

przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawiając zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie wykluczył Go z postępowania i odrzucił ofertę, dokonał wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza oraz zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Kwestionując stanowisko Zamawiającego, że w złożonej przez konsorcjum ofercie znalazły się nieprawdziwe dane zawarte w dołączonych referencjach wystawionych na firmę uczestnika konsorcjum, Odwołujący wskazał, że w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy wyraźnie określono, że podstawą wykluczenia nie jest jedynie złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych danych, ale również muszą owe dane mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ofercie złożonej przez Konsorcjum oprócz zakwestionowanych, zamieszczono inne referencje, które spełniają w pełni warunki stawiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do kwestii posiadani przez wykonawcę, stosownego doświadczenia. W związku z tym zakwestionowane referencje z Żukowa i Piły zamieszczone na str. 35 i 36 oraz na s. 30 oferty nie są istotne z punktu widzenia spełniania lub nie warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność ta została również przyznana w rozstrzygnięciu protestu z dnia 16 czerwca 2008 r.

Odwołujący podniósł przy tym, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie publiczne mogą, wbrew stanowisku Zamawiającego, wykazać, że łącznie spełniają ustanowione wymogi siwz w zakresie doświadczenia zawodowego. Tym samym Zamawiający powinien dokonać oceny spełniania przez uczestników konsorcjum warunków siwz w oparciu o wszystkie wybrane dokumenty sumując posiadany przez uczestników konsorcjum zakres ich doświadczenia. Powołał orzecznictwo zespołów arbitrów i stanowisko piśmiennictwa na poparcie tezy o możliwości sumowania spełniania warunków podmiotowych wykazanych przez członków konsorcjum w zakresie wynikającym z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy.

Wskazując powyższe zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty, dokonanie czynności wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oraz dokonanie czynności powtórnego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się zarzutów stwierdził, że są one niezasadne.

Zamawiający podniósł, że wykonawca nie spełnia warunku realizacji co najmniej dwóch zadań dotyczących remontu, budowy lub przebudowy nawierzchni utwardzonych, np. z kostki betonowej w ilości min. 1500 m² łącznie, gdyż żadna z firm wspólnie składających ofertę, bez uwzględnienia dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje, nie spełnia wymogu wykonania min. dwóch zadań związanych z remontem, budową lub przebudową nawierzchni utwardzonych o łącznej powierzchni 1500 m². Wskazał, że w złożonej wspólnie ofercie jeden z wykonawców wykazał się realizacją zadania o powierzchni 1370 m², a drugi o pow. 861,62 m². Powołał się przy tym na pogląd zawarty w poradniku „Zamówienia na roboty budowlane” o niemożności sumowania doświadczenia wykonawców wspólnie składających ofertę w zakresie określonej branży. Oświadczył jednocześnie, że w świetle postanowień siwz, gdyby choć jeden członek konsorcjum lub wykonawca składający samodzielnie ofertę wykazał się realizacją zadań wyżej opisanych, warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie zostałby przez niego uznany za spełniony.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron przedstawionymi na rozprawie ustaliła, co następuje. Oceniając zarzut braku złożenia przez wybranego wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, należy stwierdzić, że mimo lakoniczności przepisów ustawy, dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy), jest rzeczą naturalną, że doświadczenie wykonawców - uczestników konsorcjum oceniane jest łącznie na podstawie doświadczenia członków konsorcjum. Wynika to z istoty i celu przepisu, który umożliwia podmiotom, które nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, skorzystać z możliwości złożenia wspólnej oferty z jednoczesnym legitymowaniem się wiedzą, doświadczeniem oraz dysponowaniem wymaganym potencjałem technicznym i osobowym ocenianym łącznie. (por. par. 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów... (Dz.U. Nr 87, poz. 605)). „W świetle piśmiennictwa i orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1-9. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2, tj. dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.) Powyższa zasada znalazła również odzwierciedlenie w samej treści

siwz w pkt XI. „Sposób przygotowania oferty”, akapit „Uwaga” pkt 12.3. w której Zamawiający wskazał, które warunki udziału w postępowaniu wskazane w pkt 12.2 a, b, c d i e, każdy uczestnik konsorcjum winien spełniać i udokumentować odrębnie. Do warunków tych nie włączył wymogu doświadczenia zawodowego opisanego w pkt 12.2 g. Późniejsza interpretacja omawianego warunku podmiotowego, dokonana przez Zamawiającego w toku oceny ofert, nie wynika z treści powołanych postanowień siwz.

Skład orzekający Izby nie podziela przy tym, odosobnionego w piśmiennictwie i nieprecyzyjnego stanowiska zawartego w poradniku powołanym przez Zamawiającego. Pogląd auterek poradnika Haliny Strzelczyk i Beaty Chojeckiej zawarty opracowaniu „Zamówienia na roboty budowlane. Poradnik” Warszawa 2004 wyd. UZP, nie jest stanowiskiem wydawcy tj. Urzędu Zamówień Publicznych.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę dopuszczalność sumowania doświadczenia zawodowego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz brak odmiennego zapisu w postanowieniach siwz, Izba uwzględniła odwołanie uznając, że Odwołujące Konsorcjum wykazało się wymaganymi realizacjami robót, a tym samym zostało bezzasadnie wykluczone z postępowania.

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 **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*