

Sygn. akt: KIO/UZP 948/08

WYROK
z dnia 22 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

**Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 22 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych i Wodno-Melioracyjnych EKOMEL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów DROMO Sp. z o.o., ławskie Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane Sp. z o.o., 14-100 Ostróda, ul. Kopernika 8a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Pasłęk, 14-400 Pasłęk, Pl. Św. Wojciecha 5** protestu ~~protestów~~* z dnia 14 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowo - Handlowego „MEL-KAN” Sp. z o.o., 86-300 Grudziądz, ul. Ossowskiego 26** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Pasłęk, 14-400 Pasłęk, Pl. Św. Wojciecha 5**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064. zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych i Wodno-Melioracyjnych EKOMEL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów DROMO Sp. z o.o., Ławskie Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane Sp. z o.o., 14-100 Ostróda, ul. Kopernika 8a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Pasłęk, 14-400 Pasłęk, Pl. Św. Wojciecha 5** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych i Wodno-Melioracyjnych EKOMEL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów DROMO Sp. z o.o., Ławskie Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane Sp. z o.o., 14-100 Ostróda, ul. Kopernika 8a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz 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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych i Wodno-Melioracyjnych EKOMEL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów DROMO Sp. z o.o., Ławskie Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane Sp. z o.o., 14-100 Ostróda, ul. Kopernika 8a.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pasłęk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę uzbrojenia terenu pod budownictwo jednorodzinne przy ul. Partyzantów w Pasłęku”.

W dniu 13.08.2008r. dokonano wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowo – Handlowego MEL – KAN sp. z o.o.

W dniu 18.08.2008r. protest dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty wniosło Konsorcjum w składzie :

- Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych i Wodno – Melioracyjnych „EKOMEL” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „DROMO” sp. z o.o. oraz Ławskie Przedsiębiorstwo Instalacyjno – Budowlane sp. z o.o. – zwane dalej Konsorcjum Ekomel.

Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty Mel – Kan pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Ponadto wskazano na naruszenie art. 91 w zw. z art. 72 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie wyboru oferty z najkorzystniejszą ceną będące skutkiem nieodrżucenia oferty Mel – Kan. Na koniec zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, obiektywizmu i bezstronności, mające swój wyraz w tym, że Zamawiający nie wybrał oferty Protestującego, a wybrał ofertę Mel – Kan.

Wniesiono o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Mel – Kan i dokonanie wyboru oferty protestującego.

W argumentacji wskazano, że wykonawca Mel – Kan nie spełnił warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, gdyż w jego ofercie nie występowało potwierdzenie wykonania przez to przedsiębiorstwo ani jednego zadania sieci kanalizacji deszczowej o długości min. 1500 mb. Wymagania Zamawiającego określone w SIWZ i doprecyzowane w odpowiedzi z dnia 25.07.2008r. odnosiły się do konieczności wykonania co najmniej 3 zamówień w zakresie kanalizacji deszczowej o długości min. 1500 mb każda.

W dniu 19.08.2008r. przystąpienie do protestu wniósł wykonawca Mel – Kan opowiadając się po stronie Zamawiającego. Wskazano na to, że od wielu lat wykonawca realizuje zadania inwestycyjne związane z wykonaniem kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej oraz sieci wodociągowej. Ponadto podniesiono, że technologia wykonania kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej jest identyczna z technologią wykonania kanalizacji deszczowej,

a jedyną różnicą jest medium które przepływa przez sieć i nie ma żadnego wpływu na technologię wykonywanych robót.

W dniu 18.08.2008r. przystąpienie do protestu wniósł wykonawca – „Konsorcjum Pasłek” w składzie ELTOR Spółka Akcyjna oraz Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne Budownictwa „ALFA” sp. z o.o. Wniesiono o powtórzenie czynności oceny ofert i odrzucenie oferty Mel – Kan.

Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu w dniu 22.08.2008r. dostarczając je protestującemu w dniu 28.08.2008r. Wskazał na nie uwzględnienie protestu.

W dniu 29.08.2008r. Konsorcjum Ekomeł wniosło odwołanie. Podtrzymano zarzuty zawarte w proteście w tym w jego uzasadnieniu i zażądano unieważnienia czynności wyboru oferty Mel – Kan, nakazanie Zamawiającemu podjęcia czynności powtórnego badania i oceny ofert, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Mel – Kan oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach ustawy Prawo zamówień publicznych.

W argumentacji wskazano na to, że Odwołującemu przysługuje prawo wniesienia odwołania w przedmiotowym postępowaniu pomimo nieprawidłowego pouczenia zawartego w rozstrzygnięciu protestu. Wskazano na wartość postępowania oraz na treść przepisu art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto podniesiono, że z treści protestu wynika naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1.

Wskazano na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ odnośnie wymaganego doświadczenia wykonawców. Ponadto stwierdzono, że udzielone w dniu 25.07.2008r. wyjaśnienie treści SIWZ nie zmieniło warunku określonego w SIWZ i ogłoszeniu. Stwierdzono, że oferta wybrana została złożona przez wykonawcę, który nie dysponuje wymaganym doświadczeniem. Następnie zacytowano treść Komentarza do ustawy Pzp pod red. T. Czajkowskiego. Stwierdzono następnie, że niedopuszczalna jest interpretacja prowadząca w konsekwencji do złagodzenia lub zaostrzenia postawionych pierwotnie warunków.

Odwołujący następnie wskazał na tabelę zamieszczoną w treści odwołania obrazującą jego ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Mel – Kan.

Odwołujący zacytował wyroki – Zespołu Arbitrów o sygn. UZP/ZO/0-1757/06 oraz wyrok KIO – o sygn. KIO/UZP/108/08 wskazując następnie, że potwierdzają one żądania i uzasadnienie odwołującego dotyczące konieczności wykluczenia wykonawcy Mel – Kan z postępowania.

Następnie Odwołujący wskazywał na to, że postępowanie Zamawiającego prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uprzednie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10.

Na koniec stwierdzono, że Zamawiający prowadzi postępowanie z rażącym naruszeniem ustawy Prawo zamówień Publicznych, a umowa zawarta z wykonawcą Mel – Kan będzie umową nieważną z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W dniu 15.09.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego złożył wykonawca Mel – Kan. Wskazano na bezzasadność protestu i odwołania i na konieczność oddalenia protestu przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania postanowiła uwzględnić odwołanie.

W kwestii orzekania w niniejszej sprawie w związku z brzmieniem art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – KIO stwierdza, że protest wniesiony przez Konsorcjum Ekomel zawierał zarzuty dotyczące nie wykazania doświadczenia w zakresie wykonania wymaganych przez Zamawiającego kanalizacji deszczowych przez wykonawcę Mel - Kan. Protest złożony był wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Całe uzasadnienie oparte jest o kwestię braku wykazania się przez wykonawcę Mel - Kan wykonaniem kanalizacji deszczowej o długości min. 1500 mb. W tej sytuacji nie można stwierdzić, że zarzuty te nie były zawarte w proteście. Brak wskazania właściwej podstawy prawnej – w tym przypadku art. 24 ust. 1 pkt 10, jak również sformułowanie żądania w zakresie odrzucenia oferty a nie wykluczenia wykonawcy – nie ma w tym stanie faktycznym skutku w postaci nie zawarcia zarzutu w proteście. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że stan opisany w przepisie art. 191 ust. 3 zd. 1 dotyczy sytuacji, kiedy dany zarzut nie został sformułowany w całej treści protestu. W przedmiotowej sytuacji zarzut został ujęty w proteście w uzasadnieniu – całe uzasadnienie merytoryczne protestu oparte jest o ten zarzut – dotyczące nie wykazania wymaganego doświadczenia przez wykonawcę Mel Kan.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Zamawiający bardzo wyraźnie określił warunki udziału w postępowaniu i sposób ich spełniania. Odnośnie doświadczenia wymagał wykonania co najmniej trzech zamówień każdego z czterech rodzajów :

- 3 zamówienia w zakresie kanalizacji sanitarnej o długości 1500 mb każda,
- 3 zamówienia w zakresie pompowni ścieków wraz z zasileniem energetycznym,
- 3 zamówienia w zakresie kanalizacji deszczowej o długości 1500 mb każda,
- 3 zamówienia w zakresie sieci wodociągowych o długości 1500 mb każda.

Wynika to z treści SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu jak również z odpowiedzi jakiej udzielił na pytanie wykonawcy w dniu 25.07.2008r. Zamawiający.

Oferta wykonawcy Mel – Kan zawiera wykaz zamówień zrealizowanych w ciągu ostatnich 5 lat o charakterze, złożoności i wartości porównywalnej z zakresem zadania będącego przedmiotem zamówienia. Wykaz ten zawiera 24 pozycje obejmujące – budowy i przebudowy sieci wodociągowych, budowy stacji uzdatniania wody, budowy kanalizacji sanitarnych i tłocznych wraz z przepompowniami oraz porządkowanie gospodarki wodno – ściekowej w zlewni rzeki Symsarny. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca Mel Kan nie zawarł w żadnej pozycji wykazu - informacji odnośnie wykonania zamówień w zakresie kanalizacji deszczowej. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający powinien stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, jeśli zawierał on błędy lub w przypadku jego braku. Jeśli ten wykonawca nie wykaże spełniania wymaganego doświadczenia – wtedy nastąpi sytuacja, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i Zamawiający będzie musiał postąpić zgodnie z dyspozycją tego przepisu. Argumentacja związana z podobieństwem technologii budowy grawitacyjnych sieci kanalizacji sanitarnych i grawitacyjnych sieci kanalizacji deszczowych nie może w tym przypadku mieć znaczenia, gdyż Zamawiający wyraźnie żądał od wszystkich wykonawców, aby wykonali w ciągu ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania co najmniej 3 zamówienia w zakresie kanalizacji deszczowej o długości 1500 mb każda - rozróżniając je wyraźnie od kanalizacji sanitarnej, której żądał w innej pozycji.

Zamawiający miał prawo określić warunki w postępowaniu w sposób, w jaki to uczynił, ale w wyniku powyższego powinien respektować narzucone przez siebie reguły i nie dopuszczać do naruszenia zasad wynikających z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy powinni mieć świadomość stosowania się Zamawiającego do reguł, które sam ustanowił.

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, 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 /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*