

Sygn. akt: KIO/UZP 31/09

WYROK
z dnia 23 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Sylwester Kuchnio
Członkowie:	Izabela Kuciak Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Czechanowicz Ekologia i Zieleń Sp. z o.o., ul. Tarnogórska 1A, 41-902 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Mysłówice, ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłówice** protestu z dnia 24 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne dokonanie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Mysłówice, ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłówice

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Czechanowicz Ekologia i Zieleń Sp. z o.o., ul. Tarnogórska 1A, 41-902 Bytom,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Mysłowice, ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłowice** na rzecz **Czechanowicz Ekologia i Zieleń Sp. z o.o., ul. Tarnogórska 1A, 41-902 Bytom** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, zaliczonych w poczet kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Czechanowicz Ekologia i Zieleń Sp. z o.o., ul. Tarnogórska 1A, 41-902 Bytom.**

U z a s a d n i e

W dniu 13.11.2008 r. zamawiający, Gmina Miasto Mysłowice umieścił w BZP pod nr 310413 ogłoszenie informujące o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o zamówienie pn. "Modernizacja boisk przy Gimnazjum nr 2". Szacunkową wartość zamówienia ustalono na kwotę 569 928,04 zł co stanowi równowartość 146 998,54 euro.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu wniósł najtańszą ofertę, jedynym kryterium oceny ofert była cena.

W dniu 17.12.2008 odwołujący został poinformowany o wyniku postępowania i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w związku z wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Jako podstawę wykluczenia podano, iż przedłożone przez wykonawcy dokumenty, zarówno wraz z ofertą, jak i po uzupełnieniu, nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt. 5.1.2.1) siwz, który wymagał wykonania

co najmniej dwóch robót budowlanych dotyczących budowy boisk sportowych o nawierzchni poliuretanowej, o wartości co najmniej 200 000 zł każda.

W dniu 24.12.2008 r. (pismo z dnia 23.12.2008 r.) wykonawca wniósł protest na ww. czynność zamawiającego.

W proteście podniesiono zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

- przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 roku Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty wykonawcy Czechanowicz Ekologia i Zieleń Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Tarnogórskiej 1A, jako oferty wykonawcy, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
- przepisu art. 26 ust. 4 ustawy poprzez brak wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w przedmiocie warunków udziału w postępowaniu,
- przepisu art. 7 ust. 1 ustawy poprzez brak zapewnienia przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- przepisu art. 7 ust. 3 ustawy poprzez nie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp.

Protestujący wniósł o:

- uchylenie decyzji Zamawiającego z dnia 17.12.2008 r. w przedmiocie wyboru oferty złożonej przez Hemet Sp. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 23A, jako oferty najkorzystniejszej,
- uchylenie decyzji Zamawiającego z dnia 17.12.2008 r. w przedmiocie wykluczenia Wykonawcy Czechanowicz Ekologia i Zieleń Sp. z o.o. z postępowania.

W uzasadnieniu protestu wykonawca podniósł, iż nie może się zgodzić z interpretacją przedłożonych w uzupełnieniu dokumentów. Budowa boiska sportowego to wykonanie prac związanych z przygotowaniem terenu pod budowę, wszelkich prac ziemnych np. korytowanie wraz z profilowaniem i zagęszczeniem podłoża, ułożeniem podbudowy, warstw odsączających, wykonaniem odwodnienia, ułożeniem nawierzchni boiska, wykonaniem nawierzchni utwardzonych oraz trawników wokół boiska, montażem niezbędnego oświetlenia, wykonaniem ogrodzenia, dostawą i montażem wyposażenia sportowego.

Większość z wymienionych wyżej czynności przewidział również zamawiający do wykonania w ramach realizacji robót dla zadania będącego przedmiotem toczącego się postępowania pn. "Modernizacja boisk przy Gminazjum nr 2 w Mysłowicach" zgodnie z załączonymi do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Specyfikacjami Technicznymi.

Protestujący wykazał wykonanie prac zagospodarowania terenu Ogrodu Jordanowskiego w Kozienicach na kwotę 803 982,00 zł netto, z czego wartość prac dotycząca, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, budowy boisk sportowych, to nie tylko jak wskazał zamawiający 104 183,07 zł, ale łączna wartość robót w zakresie budowy boiska o nawierzchni poliuretanowej zlokalizowanego na terenie Ogrodu Jordanowskiego w Kozienicach, czyli suma wartości netto wykonania: alejek wokół boiska, nawierzchni poliuretanowej boiska, trawnika wokół boiska, ogrodzenia i oświetlenia boiska oraz robót ziemnych, na łączną kwotę 402427,94 zł.

Protestujący dodatkowo podniósł, iż w przypadku wątpliwości związanych z treścią przedłożonego w dniu 09.12.2008 r. uzupełnienia do referencji z dnia 12.03.2004 r. zamawiający winien był wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy PZP.

W dniu 02.01.2009 r. zamawiający protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, uznano m.in. za całkowicie bezzasadny zarzut rzekomego naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania protestującego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zarzut ten stoi bowiem w krańcowej opozycji do dokumentacji postępowania oraz faktu wezwania protestującego wykonawcy pismem z dnia 5 grudnia 2008 r. właśnie do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Na to pismo protestujący obecnie wykonawca odpowiedział i właśnie ta odpowiedź ostatecznie ujawniła to, iż nie spełnia on wymogów stawianych wykonawców w niniejszym postępowaniu.

Poddana szczegółowej analizie treść pisma Urzędu Miejskiego w Kozienicach z dnia 8 grudnia 2008 r., przedstawionego w ramach uzupełnienia dokumentów w dniu 09.12.2008 r. jednoznacznie wskazuje, iż wykonana przez wykonawcę robota – boisko o nawierzchni poliuretanowej jest niewystarczająca do uznania go za wykonawcę spełniającego wymogi siwz. Wartość roboty wyniosła bowiem 104.183,07 zł. Nawet gdyby podejść nad wyraz liberalnie do podanych przez wykonawcę informacji i potraktować jako budowę boiska także robotę – wykonanie nawierzchni poliuretanowej pod urządzenia, to jej wartość 94.750,31 zł wespół z wartością roboty przy boisku wyniosłyby łącznie 198.933,38 zł wobec wartości 200.000 zł podanej przez zamawiającego w nieoprotestowanej - w tym także przez

protestującego obecnie wykonawcę - siwz, i okazałoby się wartością zbyt małą. Według zamawiającego to właśnie takie liberalne podejście mogłoby zostać odczytane jako naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez faworyzowanie danego wykonawcy w wyniku korzystnej dla niego interpretacji zapisów oferty.

W dniu 07.01.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcie protestu z dnia 24.12.2008 r. Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania protestu.

Uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę odwołującego wraz z załączonymi do niej dokumentami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie – wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w siwz oraz wykazał spełnianie ww. warunków w przewidziany ustawą sposób winien zostać dopuszczony do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W świetle literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w pkt. 5.1.2.1) siwz nie powinno budzić wątpliwości przyjęcie, iż zamawiający wymagał wykonania dwóch robót wartości m.in. 200 000 zł netto każda dotyczących wykonania boiska sportowego, a nie samej nawierzchni boiska. To całość prac związanych z wykonaniem boiska rozumianego jako funkcjonalna i techniczna całość, na którą oprócz nawierzchni składają się wszystkie inne urządzenia potrzebne do korzystania z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 Nr 87 poz. 605 oraz Dz. U. z 2008 Nr 188 poz. 1155) na potwierdzenie spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wymagać można złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych

odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie, co zresztą zamawiający w pkt. 6.1.2.1) siwz uczynił.

Oceniając, iż wskazane w załączeniu do oferty odwołującego informacje nie pozwalają określić wartości robót dotyczących wykonania boisk sportowych będących przedmiotem warunku udziału w postępowaniu, a wykonywanych w ramach większego zadania inwestycyjnego, zamawiający mógł i powinien zwrócić się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów o wykaz zawierający niezbędne informacje.

W odpowiedzi na takie wezwanie z dnia 05.12.2008 r. wykonawca przedstawił „Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat robót budowlanych...” zawierający informacje, iż całość wartości robót związanych z wykonaniem boiska sportowego wybudowanego w ramach zagospodarowania Ogrodu Jordanowskiego w Kozienicach (w tym nawierzchni poliuretanowej) wynosiła 402 427,94 zł. W ten sposób odwołujący jednoznacznie, zgodnie z przepisami cytowanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów oraz wymogami siwz, potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. wykonanie odpowiednich robót budowlanych o wartości powyżej 200 000 zł.

Przedstawione wraz z ww. wykazem uzupełnione referencje wystawione w dniu 08.12.2008 r. przez Urząd Miejski w Kozienicach, co do zasady służyć mogą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania robót, co oczywiście nie wyklucza możliwości czerpania z nich informacji na temat zakresu i wartości wykonanych prac – w powołanych referencjach wskazano, iż wartość poliuretanowego boiska wynosiła 104 183,07 zł. Co prawda, nie oznacza to jednak, iż informacje podane w referencjach nie mogą podlegać weryfikacji, interpretacji czy wyjaśnieniu. Jednakże, w szczególności gdy podane w referencjach informacje zdają się nie odpowiadać informacjom podawanym przez wykonawcę w wykazie, zamawiający powinien skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp i powstałe różnice wyjaśnić. Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął zapisy załączonego uzupełnienia referencji, jako przesądzające o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Tym bardziej wątpliwości zamawiającego, co do przyjętych przez niego wniosków, budzić powinna okoliczność, iż jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawca wraz z uzupełnianym wykazem wcale nie musiał przedstawiać referencji, które posłużyły zamawiającemu do przyjęcia, iż roboty polegające na wykonaniu boiska sportowego w ramach zagospodarowania Ogrodu Jordanowskiego w Kozienicach były wartości mniejszej niż 200 000 zł. Trudne do przyjęcia (choć oczywiście nie wykluczone) jest założenie, iż wykonawca zechciał złożyć w ramach postępowania dokument jednoznacznie

potwierdzający brak spełniania warunku udziału w postępowaniu, którego w ogóle przedkładać nie musiał.

Odwołujący wyjaśnił, iż wskazana w pkt 2 referencji kwota 104 183.07 zł. dotyczy jedynie kosztu wykonania nawierzchni boiska wraz z podbudową, a nie obejmuje całości robót związanych z boiskiem, których koszt został rozbity i pomieszczony w pozostałych pozycjach wymienianych w ww. dokumencie, np. robotach ziemnych, ogrodzeniu... etc... Na dowód powyższy na rozprawie przedstawił kosztorysy wykonania i odbioru robót z zagospodarowania Ogrodu Jordanowskiego w Kozienicach, z których wynika wyższa wartość wszystkich dotyczących boiska robót.

W opinii składu orzekającego Izby, w świetle przedstawionych przez odwołującego na rozprawie wyjaśnień i informacji oraz argumentacji protestu i odwołania, fakt spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu należy uznać za udowodniony i potwierdzony, a sprzeczność pomiędzy kwotami wskazanymi w przedstawionym wykazie i w załączonych doń referencjach, za pozorną. Zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych, aby jedynie na podstawie informacji zawartych w otrzymanych referencjach bez próby ich wyjaśnienia i tym samym uzgodnienia z informacjami przedstawionymi w wykazie, przyjąć, iż wykonawca podlega wykluczeniu z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W związku z powyższym uznać należy, iż potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty naruszeń przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz zaniechania zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp, a tym samym w związku z naruszeniem powołanych przepisów naruszono zasady wyrażone w art. 7 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 191 ust.1,1a i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego do kwoty 3600,00 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*