

Sygn. akt KIO/UZP 473/09

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Ewa Jankowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w 24 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „PROMOST” Sp. z o.o., 26-110 Skarżysko-Kamienna, ul. 1 Maja 75/2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28** protestu z dnia 27 marca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Aspekt Sp. z o.o., 43-600 Jaworzno, ul. Chopina 96** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „PROMOST” Sp. z o.o., 26-110 Skarżysko-Kamienna, ul. 1 Maja 75/2

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe, „PROMOST” Sp. z o.o., 26-110 Skarżysko-Kamienna, ul. 1 Maja 75/2,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe, „PROMOST” Sp. z o.o., 26-110 Skarżysko-Kamienna, ul. 1 Maja 75/2.**

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

Zamawiający - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na wykonanie przeglądów rozszerzonych obiektów mostowych i przepustów drogowych zlokalizowanych w ciągu dróg wojewódzkich województwa dolnośląskiego: - Przeprowadzenie przeglądów rozszerzonych 381 obiektów mostowych, - Przeprowadzenie przeglądów rozszerzonych 212 przepustów drogowych o \emptyset =>1,50 m. CPV 71631450-9".

Zamawiający w dniu 24 marca 2009 roku (pismo z tej samej daty przekazane faksem) wykluczył Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „Promost” Sp. z o. o. z siedzibą w Skarżysku Kamiennej z postępowania z powodu nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Aspekt Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie.

Czynność wykluczenia stała się przedmiotem odwołania poprzedzonego protestem złożonego przez Przedsiębiorstwo – Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „Promost” Sp. z o.o.

Odwołujący się stwierdził, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IV, punkcie 1.3. specyfikacji istotnych warunków, dalej z skrócie: siwz, zgodnie z którym

wykonawcy powinni wykazać, że wykonali „min. 1 usługę polegającą na wykonaniu przeglądów rozszerzonych, szczegółowych, ekspertyz lub badań nośności obiektów mostowych na kwotę min. 250 000,00 zł. brutto ...”. Odwołujący się podniósł, że zamawiający nie sprecyzował jednoznacznie, czy wskazana kwota jest wartością każdej lub przynajmniej jednej wykazanej usługi czy też jest sumą wartości wszystkich wykazanych usług. Zarzucił również, że stanowisko zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu zmienia treść warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący się wskazał, że w przypadku bardziej precyzyjnego brzmienia swiz nie przystąpiłby do postępowania przetargowego, gdyż nie wykonywał usługi, której wartość przekraczałaby 250.000 zł brutto.

W proteście podniósł brak przesłanek do wykluczenia go postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Na potwierdzenie swego stanowiska odwołujący się złożył opinię naukową specjalisty w zakresie logiki matematycznej, z której wynika, że brak użycia w przywołanym postanowieniu siwz słowa „każda” powoduje błąd logiczny w postaci „wieloznaczności” wypowiedzi. Odwołujący się wniósł o anulowanie decyzji o wykluczeniu oświadczając, iż w przypadku przywrócenia go do postępowania jest w stanie własnymi siłami, rzetelnie i terminowo wykonać przedmiot zamówienia.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych – protest w dniu 27 marca 2009 roku za pośrednictwem faksu (potwierdzony przez nadanie listu poleconego), odwołanie za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego w dniu 10 kwietnia 2009 roku. Spełniony został wynikający z art. 184 ust. 2 Pzp warunek przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 7 kwietnia 2009 roku (przekazując tego dnia pismo za pośrednictwem faksu i potwierdzając drogą pocztową) oddalił protest stwierdzając, że kwota wskazana w siwz dotyczy jednego wykonanego zadania a wyraz "każda" jest w tym przypadku zbędny. Zamawiający wywiódł, że określając sporny warunek nie użył sformułowania "łącznie", co jasno wskazuje, iż jego intencją nie było ustalenie kwoty minimalnej 250000,00 zł ogółem dla wszystkich usług wskazanych w Załączniku Nr 5 - Doświadczenie Zawodowe, przez wykonawców.

Zamawiający wskazał, że odwołujący się nie wykazał zadania odpowiadającego warunkowi udziału w postępowaniu, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, co stanowiło podstawę do wykluczenia z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Aspekt Sp. z o.o. uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wniósł o oddalenie odwołania wskazując na podniesione na wcześniejszym etapie: jednoznaczność

sformułowania użytego w rozdziale IV, pkt 1.3 siwz wskazującego, że zawarta w nim wartość dotyczy jednej usługi oraz konieczność wykazania doświadczenia w wykonaniu robót odpowiadających swoim zakresem i wielkością przedmiotowi zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 49752-2009 w dniu 4 marca 2009 roku.

W rozdziale IV, punkcie 1.3. siwz zamawiający stwierdził, że wykonawcy powinni wykazać, że wykonali „min. 1 usługę polegającą na wykonaniu przeglądów rozszerzonych, szczegółowych, ekspertyz lub badań nośności obiektów mostowych na kwotę min. 250 000,00 zł. brutto ...”. Potwierdzenie spełniania warunku zgodnie z rozdziałem V pkt 4.f siwz nastąpi przez złożenie wykazu usług wg Załącznika Nr 5 do siwz – zawierającego wzór wykazu ustalony przez zamawiającego.

Odwołujący się wraz z ofertą złożył wykaz wg wzoru – Załącznika Nr 5 do siwz – str. 17 oferty. Żadna z wykazanych usług nie posiada wartości nie mniejszej niż 250.000 zł brutto.

Pismem z dnia 18 marca 2009 roku zamawiający wezwał odwołującego się w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia nowego wykazu z wskazaniem, że wymagał co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 250.000 zł brutto oraz dokumentów potwierdzających fakt należytego wykonania wskazanych usług wyznaczając termin 20 marca 2009 roku.

Odwołujący się w wyznaczonym terminie nie złożył nowego wykazu W piśmie przekazanym zamawiającemu w dniu 20 marca 2009 roku wskazał jedynie, że wezwanie zamawiającego uważa za bezzasadne, gdyż brzmienie rozdziału IV pkt 1.3 siwz pozwala przyjąć, że odwołujący się spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 24 marca 2009 roku zamawiający poinformował odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2pkt 3 Pzp.

Odwołujący się złożył ofertę z ceną 303.780 zł brutto, Aspekt Sp. z o. o. (przystępujący) z ceną 438.663, 20 zł. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 493.307 zł.

Cena jest jedynym kryterium oceny ofert – rozdział XIII pkt 1 siwz.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie protokołu postępowania, siwz, ofert wykonawców złożonych w postępowaniu, wezwania zamawiającego z dnia 18 marca 2009 roku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz odpowiedzi odwołującego się z dnia 20 marca 2009 roku.

Izba nie uznała za dowód w rozumieniu art.188 ust. 3 Pzp opinii doc. Dr Kazimiery Dyrdy o specjalności naukowej logika matematyczna. Przywołaną opinię Izba uznała za oświadczenie strony w sprawie. Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego złożone na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, zatem potwierdzenie zarzutu odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się nie spełnia warunku udziału w postępowaniu ustalonego w rozdziale IV, punkcie 1.3. siwz.

Nie budzi wątpliwości Izby, że kwota 250.000 zł brutto, wskazana w przywołanym postanowieniu siwz, odnosi się do wartości jednej usługi polegającej na wykonaniu przeglądów rozszerzonych, szczegółowych, ekspertyz lub badań nośności obiektów mostowych. Skoro zamawiający uznał, że wystarczające jest wykazanie się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jedną usługą o wymaganej wartości, to użycie słowa „każda” jest, z punktu widzenia treści postanowienia zawartego w rozdziale IV pkt 1.3 siwz, zbędne. Gdyby intencją zamawiającego było dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy doświadczenie nabyli wykonując kilka usług o łącznej wartości 250.000 zł brutto, to zamysł swój zamawiający wyraziłby w treści siwz, choćby przez użycie przysłówka „łącznie”, bądź wyrażenia lub zwrotu równoważnego znaczeniowo.

Pogląd wyrażony w opinii specjalisty z zakresu logiki matematycznej nie podważa powyższej oceny.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prawidłowość działania zamawiającego oceniana jest na podstawie przepisów prawa z uwzględnieniem zasad wykładni przepisów. Brak użycia słowa „każda” w rozdziale IV, punkcie 1.3. siwz nie powoduje, wbrew stanowisku odwołującego się, wieloznaczności sformułowania. Sporny warunek udziału w postępowaniu został przez zamawiającego sformułowany jednoznacznie i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 22 ust. 1 pkt 3 *in initio* Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie.

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE zamawiający może określić „minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego”. Odpowiednio § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.) mówi o usługach

odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Wskazane przepisy wskazują na związek warunków stawianych wykonawcom biorącym udział w postępowaniu z przedmiotem zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne, w zależności od okoliczności sprawy, do wartości, zakresu lub stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia.

Dotychczasowa ugruntowana linia orzecznicza wskazuje, że zamawiający ma prawo i obowiązek takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację celu postawionego w postępowaniu tzn. wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i będzie w stanie wykonać z należytą starannością umowę w sprawie zamówienia publicznego. Granicę kompetencji zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1, art. 22 ust. 2 Pzp). Izba stwierdza, że przy ustaleniu warunku udziału w postępowaniu stanowiącego podstawę faktyczną sporu, zasady te nie zostały naruszone. W szczególności wymagana wartość zrealizowanych usług 250.000 zł, wobec szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia 404.350 zł netto (493.307 zł brutto) i jego zakresu, nie jest nadmierna.

Z powyższego wynika, że zarówno literalna, jak i celowościowa wykładnia przepisów prawa, odniesiona do spornego warunku udziału w postępowaniu, nie przynosi skutku w postaci potwierdzenia stanowiska odwołującego się.

Zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie oświadczeń i dokumentów wymaganych w siwz. Stwierdzenie braku złożenia wymaganego dokumentu (z którego wynika spełnianie ustalonego warunku udziału w postępowaniu) powoduje obowiązek zamawiającego dokonania wykluczenia wykonawcy, jednak po zastosowaniu trybu wskazanego w art. 26 ust.3 Pzp.

Zamawiający dokonał wezwania, o którym mówi przywołany przepis. Odwołujący się w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wskazanych w nim dokumentów, powołując się jedynie na przyjętą przez siebie interpretację rozdziału IV, punktu 1.3. siwz.

Czynność wykluczenia odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp została dokonana przez zamawiającego prawidłowo.

Odnosząc się do pytania zadane zamawiającemu na rozprawie, Izba stwierdza, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy odróżnić czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od czynności oceny ofert. Jakość spełniania warunków udziału w postępowaniu, to że niektórzy wykonawcy posiadają doświadczenie przewyższające ustalone w siwz wymagania zamawiającego, nie ma znaczenia na etapie oceny ofert, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, które nie zachodzą w okolicznościach sprawy. Zamawiający w razie

stwierdzenia braku posiadania wymaganego doświadczenia lub braku złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 lub art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest też dokonanie, odrębnej od oceny spełniania warunków, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie spośród ofert złożonych przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art.191 ust. 1 Pzp Izba oddaliła odwołanie

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....