

Sygn. akt: KIO/UZP 940/09

**WYROK**  
**z dnia 30 lipca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Ewa Jankowska**

**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI-EKO Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Usług Brukarskich ADROG Sp. j. A. Dybcio, E. Dybcio, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Wojska Polskiego 122** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Piotrków Trybunalski, 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Rudowskiego 10** protestu z dnia 18 czerwca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI-EKO Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Usług Brukarskich ADROG Sp. j. A. Dybcio, E. Dybcio, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Wojska Polskiego 122**

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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI-EKO Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Usług Brukarskich ADROG Sp. j. A. Dybcio, E. Dybcio, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Wojska Polskiego 122,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3200 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI-EKO Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Usług Brukarskich ADROG Sp. j. A. Dybcio, E. Dybcio, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Wojska Polskiego 122** na rzecz **Miasta Piotrków Trybunalski, 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Rudowskiego 10** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI-EKO Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Usług Brukarskich ADROG Sp. j. A. Dybcio, E. Dybcio, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Wojska Polskiego 122.**

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

Zamawiający - Miasto Piotrków Trybunalski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa ulic wraz z kanalizacją deszczową na osiedlu Jeziorna I.

Wartość zamówienia wynosi 2 281 890, 17 zł, co stanowi równowartość 588 555, 92 euro.

W dniu 12 czerwca 2009 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunku w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego.

Czynność ta stała się przedmiotem protestu złożonego w dniu 18 czerwca 2009 roku, w którym Odwołujący - Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI – EKO Sp. z o. o. wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 23 ust. 3 oraz 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 4 czerwca 2009 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył stosowne dokumenty w dniu 9 czerwca 2009 roku, jednakże w ocenie Zamawiającego nie potwierdzały one spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej brak wskazania uzasadnienia faktycznego, została przywołana jedynie podstawa prawna, co narusza art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

W ocenie Odwołującego oczywistym jest, że celem art. 23 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp jest umożliwienie grupie wykonawców połączenia ich potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego, finansowego, w sytuacji gdy każdy z osobna nie jest w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu. W przypadku konsorcjum należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy, jaki wykazują podmioty tworzące konsorcjum, łączne ich doświadczenie, sytuację finansową i ekonomiczną. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przytoczył szeroko orzecznictwo zespołu arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Wskazał także na ugruntowane orzecznictwo w kwestii możliwości posłużenia się przez każdego z członków konsorcjum doświadczeniem zdobytym przy realizacji konkretnego zamówienia w ramach konsorcjum. Jako podstawę takiego twierdzenia wskazał na art. 141 ustawy pzp, w myśl którego wykonawcy tworzący konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie należytego zabezpieczenia umowy. Powołał stanowisko Komisji Europejskiej.

Podniósł, że Zamawiający nie odniósł się i nie doprecyzował kwestii wspólnego udziału wykonawców, zatem nie może przerzucać aktualnie negatywnych skutków swojego zaniechania na wykonawców.

W dniu 29 czerwca 2009 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o oddaleniu protestu, wskazując, że do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odnoszą się takie same wymagania jak do pojedynczego wykonawcy. W przypadku Odwołującego tylko jeden z członków konsorcjum posiada jedną realizację z wymaganych trzech, którą należało przedstawić by potwierdzić spełnienie warunków określonych w rozdziale IX pkt 2 a siwz, tj. wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej trzy zamówienia odpowiadające zakresowi i złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia i o wartości co najmniej 1 500 000 zł brutto każda, w tym w zakresie:

-robót instalacyjnych firma powinna przedłożyć wykaz realizacji z referencjami nie mniej niż 3 wykonanych prac w ciągu ostatnich pięciu lat polegających na budowie Sieci kanalizacji deszczowej o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każda,

-robót drogowych firma powinna przedłożyć wykaz realizacji z referencjami nie mniej niż 3 wykonanych prac w ciągu ostatnich pięciu lat polegających na budowie ulic o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto każda.

W ocenie Zamawiającego łączenie doświadczenia w ramach konsorcjum polega na tym, aby każdy z wykonawców posiadał choćby jedną realizację, która spełniałaby warunki postawione przez Zamawiającego, w przypadku niespełnienia warunku przez jednego w całości. Zamawiający po zsumowaniu doświadczenia dwóch członków konsorcjum nie uzyskał wyniku świadczącego o spełnieniu warunków. Tylko jeden z członków konsorcjum może pochwalić się realizacją zadania dot. budowy kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ul. Biało-brzeskiej w Tomaszowie Mazowieckim.

Zamawiający nie naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy pzp, bowiem ocenił wszystkich wykonawców wg tych samych kryteriów.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 3 lipca 2009 roku złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopię przekazał Zamawiającemu tego samego dnia.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności polegającej na bezprawnym wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp,
2. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, czego konsekwencją będzie wybór oferty Odwołującego.

**Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty Odwołującego, a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W rozdz. IX pkt 2 lit. a siwz Zamawiający postawił wymóg, że wykonawcy winni wykazać się spełnieniem m.in. następującego warunku w zakresie doświadczenia zawodowego - wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej trzech zamówień odpowiadających zakresowi i złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia i o wartości co najmniej 1 500 000 zł brutto każda, w tym w zakresie:

-robót instalacyjnych firma powinna przedłożyć wykaz realizacji z referencjami nie mniej niż 3 wykonanych prac w ciągu ostatnich pięciu lat polegających na budowie Sieci kanalizacji deszczowej o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każda,

-robót drogowych firma powinna przedłożyć wykaz realizacji z referencjami nie mniej niż 3 wykonanych prac w ciągu ostatnich pięciu lat polegających na budowie ulic o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto każda.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Odwołujący złożył wykaz robót, w którym wymieniono 7 pozycji:

1. budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ul. Białobrzeskiej w Tomaszowie Mazowieckim na rzecz Gminy Tomaszów Mazowiecki o wartości 4 924 546,95 zł. W ramach tej inwestycji wykonano roboty instalacyjne na kwotę 2 356 385,75 zł, roboty drogowe na kwotę 2 090 136,80 zł;
2. modernizacja ulicy Pruszkowskiej na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, o wartości 3 037 800 zł, w tym roboty drogowe 2 437 807,44 zł, roboty pozostałe 599 992,56 zł;
3. przebudowa ul. Marii Dąbrowskiej oraz ul Fontanny w Warszawie na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, o wartości 1 263 465,20 zł, w tym roboty drogowe 1 009 496,18 zł, pozostałe roboty 253 969,02 zł;
4. budowa sieci kanalizacji deszczowej wraz z przebudową sieci wodociągowej na os. 1000 –lecia w Wolborzu na rzecz PRD PEUK o wartości 941 213,93 zł, w tym roboty kanalizacyjne – 520 940,13 zł, roboty pozostałe 420 273,80 zł;
5. budowa ul. Podleśnej w Tomaszowie Mazowieckim wraz z kanalizacją deszczową i odwodnieniem na rzecz Gminy Tomaszów Mazowiecki o wartości 674 550 zł;

6. budowa sieci kanalizacji deszczowej w ul. Armii Krajowej od ul. Sikorskiego do ul. Wojska Polskiego, na rzecz PRD PEUK o wartości 819 814,84 zł;
7. rewitalizacja starego Miasta w Piotrkowie Trybunalskim w zakresie przebudowy i budowy nowych odcinków kanalizacji sanitarnej, deszczowej i wodociągu na rzecz Miasta Piotrków Trybunalski, o wartości 2 100 627,10 zł, w tym kanalizacja deszczowa 1 364 841,72 zł, kanalizacja sanitarna 393 787,85 zł, wodociąg 341 997,53 zł.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót załączono stosowne referencje.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 czerwca 2009 roku, Odwołujący przedstawił uzupełniony wykaz robót, w którym określił rodzaj i wartości wykonanych robót wchodzących w skład robót ujętych w wykazie.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że Odwołujący jako podmiot, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniającym go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 187 ust. 4 ustawy pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania i rozpoznała merytorycznie zgłoszone zarzuty.

Należy zgodzić się co do zasady z Odwołującym, że celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zawiązania konsorcjum jest połączenie potencjałów technicznych, ekonomicznych i finansowych członków konsorcjum, tak aby spełnić określone przez Zamawiającego wymagania. Okoliczność ta nie jest również kwestionowana przez Zamawiającego.

Oceniając spełnienie przez Odwołujące Konsorcjum wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego Izba wzięła pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu określoną w rozdz. IX pkt 2 lit. a siwz, z którego wynika, że wykonawcy winni wykazać się realizacją co najmniej 3 zamówień odpowiadających zakresowi i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia o wartości min. 1 500 000 brutto każda. Jednocześnie Zamawiający doprecyzował, że za zamówienia o zakresie i złożoności porównywalnej uzna zamówienia w zakresie: robót instalacyjnych nie mniej niż 3 prace o wartości min. 500 000 zł każda oraz robót drogowych – nie mniej niż 3 o wartości min. 1 000 000 zł każda.

W ocenie Izby z treści warunku udziału w postępowaniu wynika wprost, że w ramach każdego z trzech zamówień przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku wymaganego doświadczenia należało wskazać roboty, w zakres których (każdej roboty)

wchodziło wykonanie zarówno robót instalacyjnych jak i robót drogowych o określonych wartościach. Innymi słowy, każda z robót potwierdzająca spełnienie warunku udziału w postępowaniu winna obejmować swoim zakresem roboty budowlane oraz roboty instalacyjne i tylko taka robota może być uznana za porównywalną do złożoności i zakresu z przedmiotem zamówienia.

Biorąc pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia należy uznać, że jedynie robota wykazana w pkt 1 polegająca na budowie kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ul. Białobrzeszkiej w Tomaszowie Mazowieckim spełnia określony przez Zamawiającego warunek, bowiem obejmuje zarówno wykonanie robót instalacyjnych o wartości przewyższającej kwotę 500 000 zł oraz roboty drogowe o wartości ponad 1 000 000 zł.

Pozostałe roboty nie obejmują swoim zakresem robót instalacyjnych i robót drogowych, zatem nie mogą być wzięte pod uwagę do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Z uwagi na okoliczność, że Odwołujący był już wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie jest możliwe nakazanie ponownego zastosowania dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp, który zgodnie z orzecnictwem ma charakter wyjątkowy i może być stosowany jednokrotnie.

Izba ustaliła także, iż informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została sporządzona zgodnie z treścią przepisów oraz zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp, w zw. 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 oraz z 2008, Nr 182, poz. 1122), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 200 zł.

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 w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....