

Sygn. akt: KIO/UZP 460/10

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk

Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jarosława Nowaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa NOWAK, 57-500 Bystrzyca Kłodzka, ul. Gagarina 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Gminy Lewin Kłodzki, 57-343 Lewin Kłodzki, ul. Nad Potokiem 4** protestu z dnia **5 marca 2009 r.**

przy udziale **Konsorcjum firm w składzie: Jatax Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Wodno - Melioracyjne Sp. z o.o., Zakład Inżynierii Sanitarnej „Winian” Sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum 57-300 Kłodzko, ul. Świerkowa 24,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Urząd Gminy Lewin Kłodzki, 57-343 Lewin Kłodzki, ul. Nad Potokiem 4**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Jarosława Nowaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa NOWAK, 57-500 Bystrzyca Kłodzka, ul. Gagarina 10,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 541 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy pięćset czterdzieści jeden złotych zero groszy) przez **Urząd Gminy Lewin Kłodzki, 57-343 Lewin Kłodzki, ul. Nad Potokiem 4** na rzecz **Jarosława Nowaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa NOWAK - Jarosław Nowak, 57-500 Bystrzyca Kłodzka, ul. Gagarina 10,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jarosława Nowaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa NOWAK, 57-500 Bystrzyca Kłodzka, ul. Gagarina 10.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę kolektorów sanitarnych w Jeleniowie” wykonawca - Jarosław Nowak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „NOWAK” (dalej „protestujący” lub odwołujący”) złożył protest na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia protestującego z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenia oferty, dokonane przez zamawiającego - Gminę Lewin Kłodzki, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 2 pkt 5, art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (dalej „ustawa” Pzp).

W uzasadnieniu protestu podał, że zamawiający zakwestionował złożone przez protestującego dokumenty, tj.

- wykaz wykonanych w okresie pięciu lat robót budowlanych odpowiadających robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia,
- zaświadczenie z BS w Kłodzku

i wskazał jako podstawę prawną czynności wykluczenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania), zaś w uzasadnieniu faktycznym zamawiający stwierdził m.in., że: „z uzyskanych na stronie internetowej Urzędu Miasta i Gminy w Międzyzlesiu informacji (...) wynika, że roboty budowlane, które wykonawca wskazał jako etap II budowy sieci kanalizacji sanitarnej w Międzyzlesiu w rzeczywistości realizowane były na rzecz Zamawiającego w ramach odrębnego zamówienia publicznego”.

Protestujący podniósł, że ustawodawca w Prawie zamówień publicznych jednoznacznie określił wymogi związane z dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ustalając zakres badania zgodności złożonej oferty (w tym dokumentów) z wymaganiami, wskazując, iż podstawę żądania zakwestionowanych dokumentów stanowi Rozporządzenie 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. 2006 Nr 87, poz. 605 z późn. zm.) wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 3 ustawy Pzp i zauważył, że informacje pojawiające się na stronach internetowych nie stanowią podstawy do rozstrzygnięcia wiarygodności składanych dokumentów i jako taka forma badania złożonych ofert nie jest dopuszczona w świetle ustawy Pzp. Wyjaśnił, że wynika to z faktu, iż pojawiające się na stronach internetowych dane, sformułowania i informacje mają jedynie charakter informacyjny, są trudno weryfikowalne i jako takie nie mają wartości dowodowych w całym obowiązującym systemie prawnym.

Podał, że zamawiający na str. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) określił, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym: „w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wybudowali co najmniej jedną sieć kanalizacyjną o długości nie mniejszej niż 8000 mb wraz z przyłączami”. Dodał, że jednocześnie na str. 5 SIWZ zamawiający określił, że w celu wykazania spełnienia powyższego warunku wykonawca ma obowiązek złożyć „wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania

o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie".

W ocenie odwołującego z przytoczonych powyżej zapisów wynika, że warunki udziału w postępowaniu spełni wykonawca, który wykaże się wybudowaniem jednej sieci kanalizacyjnej rozumianej jako całość funkcjonalna (ujęto obowiązek wykazania wybudowania sieci wraz z przyłączami) nie w rozumieniu ilości prowadzonych postępowań.

Wyjaśnił, że na potwierdzenie spełnienia w/w warunku złożył referencje podpisane przez Zastępcę Burmistrza Urzędu Miasta i Gminy w Międzyzlesiu, potwierdzające realizację z należytą starannością sieci kanalizacyjnej o łącznej długości 8156 mb, podkreślając, że podstawę realizacji powyższej sieci kanalizacyjnej stanowiło jedno pozwolenie na budowę, wydane na podstawie zatwierzonego projektu wykonawczego.

Odnosząc się do drugiego z zakwestionowanych dokumentów złożonego w celu potwierdzenia wymaganej zdolności kredytowej, protestujący wyjaśnił, że zamawiający w dokumentacji przetargowej wymagał, aby „wykonawca posiadał rachunek, potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości 3.000.000,00 zł”.

Wskazał, że kwestionowane zaświadczenie podaje, że bank może udzielić protestującemu kredytu do wysokości 3.000.000,00 zł, a nie jak uzasadnia w wykluczeniu zamawiający, że może się ubiegać o taki kredyt.

W ocenie protestującego stawianie znaku równości przez zamawiającego pomiędzy powyższymi sformułowaniami nie jest uprawnione, gdyż nie są one tożsame. Podniósł, że fakt, że można ubiegać się o stosowny kredyt nie oznacza wprost możliwości jego otrzymania, zaś deklaracja wskazująca możliwość udzielenia kredytu jednoznacznie potwierdza wiarygodność finansową firmy. Dodał, że BS w Kłodzku w ostatnim zdaniu dokumentu stwierdził, że: „na dzień wydania zaświadczenia posiada zdolność kredytową”, co jest zbieżne z wymogiem zamawiającego.

Protestujący wyjaśnił, że od dnia otwarcia ofert (05.01.2010 r.) do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej (26.02.2010 r.) to jest przez okres 51 dni kalendarzowych zamawiający nie wykonał żadnej czynności przewidzianej ustawą Pzp, celem zbadania zgodności oferty protestującego z wymaganiami ustawowymi. Podniósł, że w przypadku wątpliwości co do formy złożonych dokumentów zamawiający mógł zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp żądać wyjaśnień dotyczących złożonych ofert, a w przypadku stwierdzenia niezgodności załączonych do oferty dokumentów miał obowiązek wezwania wykonawcy w trybie określonym w art. 26 ust. 3 do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, czego zamawiający nie uczynił.

Protestujący wniósł o:

1. uchylenie czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożonej przez wnoszącego protest,
2. uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp,
5. uznanie za najkorzystniejszą ofertę protestującego i jej wybór do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie odpowiedział na protest.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawarte uprzednio w proteście.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, złożonych na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający bezprawnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ odwołujący się zaoferował w tym postępowaniu najniższą cenę, zaś cena stanowi, zgodnie z Rozdziałem XI pkt 1 SIWZ, jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowody z następujących dokumentów:

1. ogłoszenia o zamówieniu z dnia 30.10.2009 r. (BZP poz. 193151),
2. oferty odwołującego,
3. pisma zamawiającego z dnia 26.02.2010 r. - „Zawiadomienie o wyborze oferty”,
4. protestu z dnia 05.03.2010 r.,
5. przystąpienia wybranego konsorcjum do postępowania protestacyjnego z dnia 10.03.2010 r.,
6. przystąpienia wybranego konsorcjum do postępowania odwoławczego z dnia 31.03.2010 r.,
7. odwołania z dnia 19.03.2010 r.
8. odpowiedzi na odwołanie z dnia 08.04.2010 r.

Zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego się z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji odnośnie spełnienia warunku w zakresie niezbędnego doświadczenia potwierdził się.

Izba dokonała następujących, istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania ustaleń:

1. W zakresie niezbędnego doświadczenia zamawiający zażądał od wykonawców legitymowania się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wybudowaniem co najmniej jednej sieć kanalizacyjnej o długości nie mniejszej niż 8000 mb wraz z przyłączami” (Rozdział IV pkt 1 ppkt 2 SIWZ).
2. Na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych, którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SIWZ (Rozdział V pkt 5 SIWZ). Wzór ten zawierał następujące kolumny: „Lp. zgodna z nr referencji”, „Wartość zrealizowanych robót budowlanych (brutto)”, „Okres realizacji (data rozpoczęcia i zakończenia)”, „Nazwa wykonanej roboty opis i lokalizacja”, „Nazwa zleceniodawcy, Adres”, „Łączna długość sieci w metrach”. Nadto wykonawcy mieli obowiązek załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie.
3. Na str. 7 oferty odwołującego znajduje się sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ „Wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót

budowlanych odpowiadających robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia". W poz. 1 tego Wykazu odwołujący wskazał: w kolumnie „Wartość zrealizowanych robót budowlanych (brutto)” - „3 027 295,62 zł”, w kolumnie „Okres realizacji (data rozpoczęcia i zakończenia)” - „etap I 10.09.2005 - 30.11.2005 etap II 15.05.2008 - 21.08.2009”, w kolumnie „Nazwa wykonanej roboty opis i lokalizacja” - „Budowa sieci sanitarnej w Międzyzlesiu”, w kolumnie „Nazwa zleceniodawcy, Adres” - „Urząd Miasta i Gminy w Międzyzlesiu”, w kolumnie „Łączna długość sieci w metrach” - „kanalizacja sanitarna: 8 156 mb”.

4. Na str. 8 oferty odwołującego znajduje się kopia referencji Urzędu Miasta i Gminy Międzyzlesie, woj. dolnośląskie z dnia 12.11.2009 r., w których wskazano odwołującego jako wykonawcę zadania „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w Międzyzlesiu” o długości 8 156 mb, wartości zadania 3 027 295,62 zł, wykonywanego etapowo w terminach 10.09.2005 r. - 30.11.2005 r. oraz 15.05.2008 r. - 21.08.2009 r. Referencje zostały podpisane z upoważnienia Burmistrza przez Zastępcę Burmistrza.

W ocenie Izby brzmienie postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia wykonawcy nie daje podstaw do przyjęcia, że zamawiający ograniczył możliwość wykazywania uprzednio wykonywanych robót budowlanych jedynie do tych robót, które wykonywane były w wyniku udzielenia jednego zamówienia publicznego - jednego postępowania przetargowego.

Przeciwnie, sprecyzowanie wymogu zamawiającego, poprzez wskazanie, iż chodzi o „wybudowanie co najmniej jednej sieci kanalizacyjnej o długości nie mniejszej niż 8000 mb wraz z przyłączami”, prowadzi do wniosku, że zamawiający jako odpowiednie w przedmiotowym postępowaniu uznał doświadczenie polegające na wybudowaniu wskazanego rodzaju sieci, tj. sieci kanalizacyjnej o wskazanej minimalnej długości, tj. co najmniej 8 tys. mb.

Brzmienie warunku w żadnej mierze nie nawiązuje do jednego zamówienia - jednego postępowania przetargowego, co uzasadniałoby sposób rozumienia warunku zaprezentowany przez zamawiającego, a polegający na żądaniu, aby sieć kanalizacyjna o długości min. 8 tys. mb była wykonana w wyniku jednego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, czy innego zamówienia - umowy. O ile intencją zamawiającego było wykazanie przez wykonawców, że legitymują się oni doświadczeniem w takim właśnie rozumieniu, to Izba stwierdza, iż nie znajduje ono odzwierciedlenia - potwierdzenia w literalnym brzmieniu warunku.

Również opis kolumn „Wykazu wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych odpowiadających robotom stanowiącym przedmiot zamówienia” nie wskazuje,

aby zamawiającemu chodziło jedynie o takie roboty budowlane, których wartość ma wynikać wyłącznie z jednego zamówienia - jednej zawartej umowy.

Wobec zasady, iż nieujawnione, czy niewystarczająco jasno wyartykułowane intencje zamawiającego nie mogą w sposób negatywny wpływać na sytuację wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznała, że odwołujący się spełnił postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego do realizacji zamówienia doświadczenia.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2, a w konsekwencji także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego uznania, że odwołujący nie spełnia warunku w zakresie znajdowania się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia potwierdził się.

Izba dokonała następujących, istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania ustaleń:

1. W zakresie sytuacji finansowej wykonawców zamawiający zażądał posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 3 mln zł (Rozdział IV pkt 1 ppkt 4 SIWZ).
2. Na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania ofert (Rozdział V pkt 9 SIWZ).
5. Na str. 16 oferty odwołującego znajduje się zaświadczenie Banku Spółdzielczego w Kłodzku z dnia 09.11.2009 r. o treści: „Bank Spółdzielczy w Kłodzku Oddział w Bystrzycy Kłodzkiej zaświadcza, że Pan Jarosław Nowak zam. (...) posiada w naszym banku rachunek bieżący pod nazwą Firma Usługowa „Nowak”. Bank może udzielić kredytu Firmie w wysokości 3 000 000 zł (słownie złotych: trzy miliony). Firma Usługowa „Nowak” na dzień wydania zaświadczenia posiada zdolność kredytową”. Zaświadczenie zostało podpisane przez Kierownika Oddziału BS w Bystrzycy Kłodzkiej oraz pełnomocnika Zarządu BS Kłodzko.

Przedłożone przez odwołującego się zaświadczenie z Banku Spółdzielczego w Kłodzku, w którym posiada on rachunek zawiera wprost informację, iż Bank może udzielić Firmie (Firmie Usługowej „Nowak”) kredytu w wysokości 3 mln zł.

Informacja ta przesądza o obowiązku uznania przez zamawiającego spełnienia przez odwołującego się warunku w zakresie znajdowania się w sytuacji finansowej zapewniającej

wykonanie zamówienia, a polegającego na posiadaniu zdolności kredytowej w wysokości 3 000 000 zł.

Skoro bowiem posiadanie zdolności kredytowej jest warunkiem uzyskania kredytu, to stwierdzenie Banku, iż może on udzielić wykonawcy kredytu w wysokości 3 mln zł oznacza tym samym, że wykonawca posiada zdolność kredytową gwarantującą udzielenie kredytu we wskazanej wysokości.

Bez znaczenia w tym stanie rzeczy pozostaje ogólne wskazanie Banku, iż Firma Usługowa „Nowak” na dzień wydania zaświadczenia posiada zdolność kredytową, co zamawiający niesłusznie uznał za główną informację, jaką niesie treść zaświadczenia z Banku Spółdzielczego w Kłodzku.

Tym samym Izba uznała, że złożony przez odwołującego się dokument - zaświadczenie z banku potwierdza warunek znajdowania się w sytuacji finansowej zapewniającej realizację przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też Izba, uwzględniając treść § 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 z późn. zm.) uznała za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury w wysokości 3 050,00 zł oraz z tytułu dojazdu w wysokości 1 047 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Świdnicy**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....