

Sygn. akt: KIO 30/12

WYROK
z dnia 18 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **4 stycznia 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **BBWW Sp. z o.o., ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Zieleń Miejska” Sp. z o.o., ul. Gordziałkowskiego 9, 05-800 Pruszków**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:

- 1) unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;**
- 2) unieważnić decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego;**
- 3) dokonać powtórnej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;**
- 4) dokonać powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Zieleń Miejska” Sp. z o.o., ul. Gordziałkowskiego 9, 05-800 Pruszków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000** zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **BBWW Sp. z o.o., ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600** zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Zieleń Miejska” Sp. z o.o., ul. Gordziałkowskiego 9, 05-800 Pruszków** na rzecz wykonawcy **BBWW Sp. z o.o., ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Towarzystwo Budownictwa Społecznego Zieleń Miejska Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Gordziałkowskiego 9, 05-800 Pruszków wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowę budynku mieszkalnego wraz z garażami w bryle budynku przy ul. Stalowej w Pruszkowie dz. nr ew. 14 obr. 19«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 3 listopada 2011 r. poz. 363536.

Zamawiający zawiadomił 30 grudnia 2011 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Ogólnobudowlana Maks-Bud Krzysztof Grzywacz, ul. Anny Jagiellonki 4, 05-800 Pruszków;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy BBWW sp. z o.o. z siedzibą w Baiłymstoku, ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca_BBWW sp. z o.o. z siedzibą w Baiłymstoku, ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 4 stycznia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego z postępowania bez podania podstawy prawnej, zapewne na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) zamawiający wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nie podał uzasadnienia faktycznego.

Decyzja o odrzuceniu oferty została podjęta przez Zamawiającego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Decyzja zamawiającego naruszyła interes odwołującego, jako wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną a w zakresie drugiego kryterium – „Gwarancji” – zaoferował warunki zapewniające uzyskanie maksymalnej liczby punktów również w zakresie tego kryterium.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego;
- 3) dokonania powtórnej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

W opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III.3.2) oraz w pkt 8.a.2 str. 7/23 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej specyfikacja bez bliższego określenia) zamawiający żądał, aby wykonawcy w zakresie warunku „wiedzy i doświadczenia” wykazali się wykonaniem 2 zamówień (prawidłowo ukończonych) odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiących przedmiot zamówienia tj. 2 prac polegających na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażami w bryle budynku na kwotę minimum 3.000.000,00 zł brutto każda.

Celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału zamawiający żądał, aby do oferty zostały załączone następujące dokumenty (ust. 9.1 pkt 1-3 specyfikacji str. 8/23):

- 1) wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia, wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania (załącznik nr 5);
- 2) dokumenty potwierdzające, że roboty te wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (załącznik wykonawcy);
- 3) jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedstawia pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres wykonywania zamówienia (załącznik nr 11).

Odwołujący załączył do oferty:

- 1) wykaz 4 robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia, wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (str. 54 i 55 oferty);

- 2) 4 referencje potwierdzające, że wykazane roboty zostały wykonane należycie i zgodnie z umowami;
- 3) pisemne zobowiązanie spółki BUDBAUM S.A., 15-381 Białystok, ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, do oddania do dyspozycji odwołującego na okres wykonywania zamówienia jej zasobów wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonywania przedmiotowego zamówienia (zobowiązanie zostało złożone według wzoru wymaganego przez zamawiającego – załącznik Nr 7 do specyfikacji).

29 grudnia 2011 r. zamawiający skierował do odwołującego wezwanie, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, celem uzupełnienia oferty lub wyjaśnienia, ponieważ – jak zamawiający stwierdził w wezwaniu, cyt. „nie zostały dołączone prawidłowe referencje”.

Odwołujący w wyznaczonym terminie przekazał zamawiającemu wyjaśnienie, składając oświadczenie, że:

- 1) każda z wykazanych wykonanych robót budowlanych dotyczy budynku mieszkalnego wielorodzinnego;
- 2) w każdym obiekcie wykonane były garaże w bryle budynku;
- 3) wartość umowna każdej z robót była nie mniejsza niż 3.000.000 zł.

Jednocześnie w przekazanym wyjaśnieniu odwołujący wskazał, że jeżeli powyższe wyjaśnienie jest niewystarczające, to wobec enigmatycznie brzmiącego stwierdzenia, że nie złożono „prawidłowych” referencji prosi o sprecyzowanie oczekiwań zamawiającego.

30 grudnia 2011 r. zamawiający po raz wtóry skierował wezwanie do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp precyzując swoje zastrzeżenia przez wskazanie, że wykazane na potwierdzenie warunku udziału roboty budowlane i załączone referencje dotyczą spółki BUDBAUM S.A. (tzn. podmiotu, który zobowiązał się do oddania odwołującemu swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia) a nie robót bezpośrednio wykonanych przez odwołującego.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący w wyznaczonym terminie przekazał zamawiającemu swoje stanowisko w tej kwestii wskazując, że uprawnienie do takiego działania wynika wprost z mocy prawa – art. 26 ust. 2b Pzp, co powoduje, że odwołujący w należyty sposób potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w specyfikacji powtórzył regulację ustawową (pierwsze dwa akapity str. 8 specyfikacji załącznik nr 7 – wzór pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zasoby).

Nieco ponad dwie godziny później, w tym samym dniu, tj. 30 grudnia 2011 r., zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że „treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia” nie podając żadnego uzasadnienia faktycznego.

Odwołujący skierował do zamawiającego 2 stycznia 2012 r. wezwanie do uzupełnienia powyższej informacji, zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Do dnia sporządzenia odwołania zamawiający nie udzielił odpowiedzi.

odwołujący stwierdza, że jeżeli, jak można zasadnie przypuszczać, powodem odrzucenia oferty było nieuznanie przez zamawiającego spełnienia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, stanowi to ewidentne naruszenie ustawowych regulacji kwestii możliwości polegania przez wykonawcę na zasobach innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykorzystywania takich zasobów w trakcie realizacji zamówienia. Zawarte to zostało w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp.

Jest to naruszenie ustawy, a takie uprawnienie wykonawcy nie wynika z postanowień, decyzji czy też przyzwolenia zamawiającego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 4 stycznia 2012 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 9 stycznia 2012 r. (poniedziałek) (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Na wstępie Izba rozpoznała zarzut zamawiającego, że odwołujący na pierwszej stronie odwołania, po swojej nazwie napisał cyt. „lider i pełnomocnik Konsorcjum”, co ze względu na występowanie w rozpoznawanym postępowaniu samego odwołującego, a nie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powodowałoby konieczność odrzucenia odwołania, że względu na wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony.

Skład orzekający Izby stwierdził, że w odwołaniu figurują kwestionowane wyrazy, jednak po nich nie nastąpiło dalsze rozwinięcie nazwy, a szczególnie nie została wpisana nazwa żadnego innego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Dlatego samo wpisanie „lider i pełnomocnik Konsorcjum” bez dookreślenia tego stwierdzenia w tytule ani w dalszej treści odwołania wraz z brakiem dołączenia do odwołania innych dokumentów, zwłaszcza odpisu z KRS, może sugerować, że odwołujący występuje w jakimkolwiek jeszcze imieniu, jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 65 § 1 Kc, który należy stosować do czynności podejmowanych przez zamawiającego na podstawie art. 14 Pzp, zamawiający musi tłumaczyć oświadczenia woli, a w tym odwołanie (oraz inne oświadczenia woli), jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zamawiający nie dowiódł, że zawarcie w odwołaniu wyrazów „lider i pełnomocnik Konsorcjum” bez dalszego określenia nazwy, adresu czy innego elementu, który sugerowałby występowanie odwołującego nie tylko w swoim imieniu, ale również w imieniu innego wykonawcy – przynajmniej upoważnia zamawiającego do traktowania wnoszącego odwołanie, jako podmiotu wnoszącego odwołanie nie tylko w swoim imieniu. Dlatego odwołanie zostało uznane przez skład orzekający Izby, jako wniesione przez podmiot uprawniony, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego – skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że odwołujący nie spełnił warunku zawartego w art. 8 pkt 2 i art. 9 pkt 1 specyfikacji. Zamawiający nie ma zastrzeżeń do wykazania, że podmiot wskazany przez odwołującego – Budbaum – w przyszłości będzie udzielał odwołującemu swojego doświadczenia i że tym może się legitymować odwołujący.

Jednak w stosunku do wykazania już nabytego doświadczenia, to sam wykonawca ma się wykazać wykonaniem przeszłych zamówień, a nie korzystać z doświadczenia innych podmiotów.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, zwłaszcza przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jak słusznie wskazał odwołujący celem uchwalenia tego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE

oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań. Przepis ten dopuszcza, aby wykonawca mógł polegać, wykazując spełnianie warunków, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Jest to również podobnie naświetlone w książce „Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.” pod redakcją Jacka Sadowego, UZP 2010 r., str. 11-14.

Zamawiający kwestionował, że w stosunku do wykazania już nabytego doświadczenia, to sam wykonawca ma się wykazać wykonaniem przeszłych zamówień, a nie korzystać z doświadczenia innych podmiotów.

Skład orzekający Izby stwierdza, że istotą przepisu art. 26 ust. 2b Pzp jest, że m.in. w granicach wykazania nabytej już wiedzy i nabytego już doświadczenia w zakresie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, wykonawca może polegać na innych podmiotach.

W zakresie zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego bez podania podstawy prawnej – skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny.

Zamawiający w piśmie z 30 grudnia 2012 r. poinformował o odrzuceniu wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie zawarł w tym zawiadomieniu uzasadnienia faktycznego i prawnego, które to uzasadnienia są wymagane zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. W związku z przytoczeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który odnosi się do odrzucenia oferty, a nie do odrzucenia wykonawcy, wykonawca nie był powiadomiony o czynności, jaką wykonał zamawiający. Z pisma nie wynikało czy zamawiający wykluczył wykonawcę czy odrzucił jego ofertę. Również nie wiadomo, na jakiej podstawie prawnej zamawiający oparł dokonanie tej czynności, gdyż czynność odrzucenia wykonawcy nie jest uregulowana w przytoczonym przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Również nie jest ta czynność uregulowana w żadnym innym przepisie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Brak poinformowania o przyczynach faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp i może stanowić istotne naruszenie uprawnień wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej, co może mieć znaczący wpływ na wynik postępowania. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że odwołanie w zakresie zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie wykonawcy (odwołującego) bez podania podstawy faktycznej i prawnej, czym zamawiający naruszył również art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 26 ust. 2b, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....