

Sygn. akt: KIO 1255/13

WYROK

z dnia 11 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: L..... Ś..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L..... Ś..... Zakład Remontowo-Budowlany BUDKOM, ul. Krótka 11a, 28-220 Oleśnica oraz C..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C..... S....., ul. Daniewskich 5, 28-131 Solec-Zdrój w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Chmielnik, ul. Przemysłowa 3, 26-020 Chmielnik

przy udziale wykonawcy: A..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane inż. A..... K....., Kajetanów 55, 26-050 Zagańsk zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe Nadleśnictwo Chmielnik, ul. Przemysłowa 3, 26-020 Chmielnik unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: L..... Ś..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L..... Ś..... Zakład Remontowo-Budowlany BUDKOM, ul. Krótka 11a, 28-220 Oleśnica oraz C..... S.....

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C..... S....., ul. Daniewskich 5, 28-131 Solec-Zdrój i uznania złożonej przez nich oferty za odrzuconą, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **A..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane inż. A..... K....., Kajetanów 55, 26-050 Zagańsk i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **L..... Ś..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L..... Ś..... Zakład Remontowo-Budowlany BUDKOM, ul. Krótka 11a, 28-220 Oleśnica oraz C..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C..... S....., ul. Daniewskich 5, 28-131 Solec-Zdrój tytułem wpisu od odwołania,,**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **A..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane inż. A..... K....., Kajetanów 55, 26-050 Zagańsk** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **L..... Ś..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L..... Ś..... Zakład Remontowo-Budowlany BUDKOM, ul. Krótka 11a, 28-220 Oleśnica oraz C..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C..... S....., ul. Daniewskich 5, 28-131 Solec-Zdrój kwotę **13 920 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie Izby.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Budowa siedziby Nadleśnictwa Chmielnik na działce nr 113/1 w Chmielniku” zostało wszczęte przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Chmielnik, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (138146-2013) w dniu 9 kwietnia 2013 r.

W dniu 24 maja 2013 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: L..... Ś..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L..... Ś..... Zakład Remontowo-Budowlany BUDKOM oraz C..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C..... S....., zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego czynności podjęte przez Zamawiającego stanowiły naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Twierdził on, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, iż ujęta w „Wykazie wykonanych robót budowlanych w ciągu ostatnich 5 lat” robota wykonana na rzecz gminy Iwaniska została wykonana nienależycie. Obecnie trwa bowiem spór sądowy, który przyniesie ostateczne rozstrzygnięcie w tej materii, stąd też przedwczesnym jest przesądzenie, iż robota ta nie została wykonana należycie. Niezależnie od powyższego podnosił on, iż nawet jeśli przyjąć, że jeden z konsorcjantów nie wykonał należycie powierzonej mu pracy, to założenie to powinno odnieść się jedynie do pierwszego z dwóch etapów powołanej roboty. Wartość tego etapu nie stanowi kwoty, która przekraczałaby określony przez Zamawiającego udział procentowy dopuszczalny dla nienależycie wykonanych robót w wartości wszystkich robót wykonanych w ostatnich pięciu latach, stąd też nawet w tym przypadku brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem jego oferty.

Pismem, doręczonym w dniu 29 maja 2013 r., wykonawca: A..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane inż. A..... K....., zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 31 maja 2013 r. Zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W dniu 5 czerwca 2013 r. Przystępujący wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty przedstawione wraz z odwołaniem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 9.2.1.2 SIWZ, którego treść została ostatecznie ustalona pismem z dnia 17 kwietnia 2013 r. (określenie tegoż punktu w powołanym tu piśmie jako pkt 9.2.1.1 SIWZ, w zestawieniu z treścią samej SIWZ, uznać należy za oczywistą omyłkę), Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w składanym przez siebie wykazie wykonanych robót wskazali również „wszystkie roboty budowlane zlecone (w okresie ostatnich 5 lat),

a niewykonane i wykonane nienależycie, Zamawiający dopuszcza ilość takich robót do 5% łącznej wartości robót wymienionych w wykazie opisanym powyżej”.

Zgodnie z pkt 22.6 SIWZ, cena jest w tym postępowaniu jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przed upływem terminu składania ofert sześciu wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty, w tym Odwołujący i Przystępujący. Odwołujący zaoferował Zamawiającemu najniższą cenę za realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wykaz wykonanych w okresie wskazanym przez Zamawiającego robót wykonanych przez każdego z konsorcjantów. W wykazie odnoszącym się do prac wykonanych przez C..... S....., na pozycji 21 ujęta została praca opisana jako: *„Budowa sieci wodociągowej w miejscowościach Gminy Iwaniska – Wzory, Zielonka, Stobiec, Dolne Porąbki, Górne Porąbki, Nowa Łagowica, Skolankowska Wola, Jastrzębska Wola, Pipała, Podzaldów, Kopiec – Etap II”*, której wartość oznaczono w wykazie na kwotę 4 775 229,02 zł. Wraz z wykazem przedstawiony został Zamawiającemu protokół końcowy odbioru powołanego zadania z dnia 15 lutego 2012 r. potwierdzający jego należyte wykonanie. Jednocześnie Odwołujący przedstawił Zamawiającemu pisemne wyjaśnienia złożone przez C..... S..... odnoszące się do tejże pozycji wykazu. Wyjaśnił on, iż toczy spór z gminą Iwaniska, którego przedmiotem jest rozstrzygnięcie, czy etap I powołanego zadania został należycie wykonany. Jednocześnie wskazał, że zadanie jako całość zostało przez Zamawiającego odebrane, co potwierdza załączony protokół odbioru końcowego.

Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2013 r. zwrócił się do gminy Iwaniska z prośbą o przekazanie „informacji, na czym polegało nienależyte wykonanie robót podczas realizacji” I etapu zadania wykazanego przez Odwołującego (konsorcjanta – C..... S.....). W odpowiedzi na to pismo, Gmina Iwaniska oświadczyła, iż etap I zadania: *„Budowa sieci wodociągowej w miejscowościach Gminy Iwaniska – Wzory, Zielonka, Stobiec, Dolne Porąbki, Górne Porąbki, Nowa Łagowica, Skolankowska Wola, Jastrzębska Wola, Pipała, Podzaldów, Kopiec – Etap II”* został wykonany po terminie, co było przyczyną naliczenia wykonawcy kar umownych. Wyjaśniła ponadto, że za roboty niewykonane, a zawarte w projekcie budowlanym, zgodnie z umową została potrącona odpowiednia kwota z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Uwzględniając uzyskane od gminy Iwaniska informacje, a także przyjmując, iż zadanie zrealizowane przez C..... S..... na rzecz gminy Iwaniska należy traktować jako całość, a tym samym kierować się łączną wartością I i II etapu tegoż zadania, Zamawiający

stwierdził, że w odniesieniu do Odwołującego przekroczony został określony w SIWZ próg udziału nienależycie wykonanych umów w łącznej wartości umów wykazanych. Kierując się tym przekonaniem wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wobec tej czynności Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W rozpoznawanym przypadku decydującym jest rozstrzygnięcie, czy właściwym było uznanie przez Zamawiającego, iż zrealizowane przez jednego z konsorcjantów Odwołującego zadanie zrealizowane na rzecz gminy Iwaniska: *„Budowa sieci wodociągowej w miejscowościach Gminy Iwaniska – Wzory, Zielonka, Stobiec, Dolne Porąbki, Górne Porąbki, Nowa Łagowica, Skolankowska Wola, Jastrzębska Wola, Pipała, Podzaldów, Kopiec – Etap II”* w kontekście oceny rzetelności Odwołującego w świetle art. 22 ust. 5 ustawy Pzp oceniać należy jako jednorodną całość, czy też właściwym było rozróżnienie każdego z dwóch etapów, na które składało się powołane zadanie, a tym samym uwzględnienie przy ocenie rzetelności Odwołującego jedynie wartości etapu I tegoż zadania.

W odniesieniu do wykazanego przez Odwołującego zadania wykonanego na rzecz gminy Iwaniska w przedstawionym Zamawiającemu wykazie zostało ono przywołane jako całość, wskazano również na wartość całego zadania. Co istotne dla rozstrzygnięcia, wraz z wykazem przedstawiony został protokół odbioru końcowego z dnia 15 lutego 2012 r., w którym zawarte zostało stwierdzenie, iż komisja nie stwierdziła żadnych usterek, a wszystkie roboty, montaż i instalacje związane z wykonaniem zadania zostały wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną, umową, obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadami sztuki budowlanej. Co również istotne, Odwołujący przedstawił wraz z wykazem wyjaśnienia C..... S..... odnoszące się do tej właśnie pozycji wykazu – wywieść z nich można, iż pomiędzy tym wykonawcą a gminą Iwaniska zaistniał spór co do oceny stopnia należytego wykonania etapu I zleconego temu wykonawcy zadania.

Izba ustaliła również, iż zgodnie z § 1 przedstawionej przez Odwołującego Izbie umowy zawartej między gminą Iwaniska a C..... S....., jej przedmiotem była realizacja zadania: „Budowa sieci wodociągowej w miejscowościach Gminy Iwaniska – Wzory, Zielonka, Stobiec, Dolne Porąbki, Górne Porąbki, Nowa Łagowica, Skolankowska Wola, Jastrzębska Wola, Pipała, Podzaldów, Kopiec – Etap II”. Ten sam § 1 rozstrzygał jednocześnie, iż zamówienie obejmuje wykonanie przedmiotu umowy z podziałem na dwa etapy. § 6 ust. 1 umowy wskazywał odrębne terminy zakończenia poszczególnych etapów, zaś ustęp 3 tego samego paragrafu stanowił, iż za termin ostatecznego zakończenia przedmiotu umowy uważa się datę podpisania protokołu odbioru końcowego drugiej części przedmiotu umowy bez zastrzeżeń po przeprowadzonym rozruchu technologicznym z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Zgodnie z § 42 umowy przedmiotem odbioru końcowego miała być odrębnie każda część przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1. Data podpisania protokołu odbioru końcowego I i II etapu przedmiotu umowy przez Zamawiającego jest zarazem datą zakończenia realizacji przedmiotu umowy (I i II etapu) i obejmuje także uzyskanie pozwolenia na użytkowanie I i II etapu. Stanowił on również, iż protokół odbioru końcowego i pozwolenie na użytkowanie każdego etapu stanowiąc będą podstawę do ostatecznego rozliczenia przedmiotu umowy. Umowa ta, w § 49, określała odrębne wynagrodzenie za zakończenie każdego z dwóch etapów umowy.

Przywołane postanowienia umowy, w szczególności treść § 6 ust. 3 i § 42, pozwalają w ocenie Izby traktować każdy z dwóch etapów, jako odrębną robotę (w rozumieniu SIWZ), których wykonanie powierzono wykonawcy na mocy jednej umowy. Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością jest również to, iż etap II, a tym samym w świetle § 6 ust. 3 umowy, także cały przedmiot umowy (etap I i II), został odebrany przez Zamawiającego na mocy protokołu końcowego bez żadnych uwag, jako należycie wykonany. Co istotne okoliczność należytego wykonania przez C..... S..... II etapu powołanego zadania nie była kwestią sporną w niniejszej sprawie. Spór zasadzał się bowiem na twierdzeniu, iż to etap I został wykonany nienależycie oraz na wpływie tej okoliczności na ocenę prawidłowości wykonania całego zadania.

W ocenie składu orzekającego, treść pkt 9.2.1.2 SIWZ, ostatecznie ustalona pismem z dnia 17 kwietnia 2013 r., odnosi się *de facto* do regulacji zawartej w przepisie art. 22 ust. 5 ustawy Pzp. Zapis ten jednocześnie nie ogranicza wykazywanych robót do pojęcia „zamówienia”, „zadania” czy też „umowy”. Brak tam odwołania się do jakiegokolwiek definicji robót, nie ma również żadnego odniesienia tegoż pojęcia do innego aktu taką definicję zawierającego. Taka konstrukcja SIWZ pozwalała zatem, w ocenie Izby, pod pojęciem roboty wykazanej Zamawiającemu rozumieć w rozpoznawanym przypadku również poszczególne

etapy wykazywanego zadania – etap I i etap II, a to z uwagi na fakt, jak to już wskazano, że zostały one należycie wyodrębnione przez strony umowy.

Mając to na uwadze, Izba uznała, iż niewłaściwym było działanie Zamawiającego polegające na uwzględnieniu wartości całego zadania w toku oceny zdolności wykonawcy do wykonania zadania. Zdaniem Izby Zamawiający powinien był oceniać spełnienie przez Odwołującego wymogu ustanowionego w SIWZ pozwalającego na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jedynie w kontekście wartości etapu I. Jednocześnie, uwzględniając fakt, iż wartość etapu I ujawniona tak w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, jak i powołanej umowie, nie przekraczała progu określonego przez Zamawiającego dla udziału robót nienależycie wykonanych w całkowitej wartości wszystkich wykazanych robót, co nie było sporne w niniejszej sprawie, Izba uznała, iż bezprzedmiotowe było dążenie do wykazania przez Przystępującego, iż etap I został nienależycie wykonany. Okoliczność ta nie mogła bowiem, jak to wykazano, wpłynąć na możliwość uznania, iż nie zostały wykazane powody dla wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – Przystępujący nie wykazał bowiem, aby wartość robót, w jego ocenie, wykonanych nienależycie przekroczyła określony w SIWZ próg 5% wartości wykazanych robót.

Na marginesie należy zauważyć, iż powołane pismo Gminy Iwaniska z 13 maja 2013 r. nie mogło zostać uznane za jedyną i wyłączną podstawę dla uznania, iż Odwołujący nie posiada zdolności do należytego wykonania zamówienia. Jego treść jest bowiem nazbyt ogólna i nie pozwala na obiektywną ocenę zdolności Odwołującego – brak tam wystarczających i precyzyjnych informacji o okolicznościach pozwalających na uznanie, iż roboty wykonane na rzecz gminy Iwaniska zostały nienależycie wykonane.

Kierując się tak dokonanymi ustaleniami, Izba uznała, iż nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby wypełnione zostały w odniesieniu do Odwołującego przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. To z kolei pozwoliło przyjąć składowi orzekającemu Izby, iż zostało wykazane naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, a w konsekwencji również art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Przystępującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....