

Sygn. akt KIO/UZP 665/09

WYROK
z dnia 9 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Członkowie: **Agata Mikołajczyk**
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Elżbieta Zembrzuska, Gronowo Górne ul. Perłowa 11, 82 – 310 Elbląg** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Szkół w Gronowie Górnym, ul. Szafirowa 12, 82 – 310 Gronowo Górne** protestu z dnia **6 maja 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Zespół Szkół w Gronowie Górnym, ul. Szafirowa 12, 82 – 310 Gronowo Górne

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 Usługowo Handlowe Elżbieta Zembrzuska, Gronowo Górne ul. Perłowa 11, 82 – 310 Elbląg**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zespół Szkół w Gronowie Górnym, ul. Szafirowa 12, 82 – 310 Gronowo Górne** na rzecz **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Elżbieta Zembrzuska, Gronowo Górne ul. Perłowa 11, 82 – 310 Elbląg**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Elżbieta Zembrzuska, Gronowo Górne ul. Perłowa 11, 82 – 310 Elbląg**.

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

Odwołująca się Elżbieta Zembrzuska Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe uczestniczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Adaptacja budynku gospodarczego na pracownię artystyczne” prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającemu, którym jest Zespół Szkół w Gronowie Górnym. W proteście wykonawca stwierdził, że jego oferta została odrzucona z powodu braku kwalifikacji z pkt 8.1.b i 8.1.c SIWZ bez konkretnego wskazania, o jakie uchybienia chodzi. Stwierdził, że wypełnił wymóg SIWZ podpisując stosowne oświadczenie zał. Nr 1. Ponadto wskazał, że wniósł wadium w postaci gwarancji bankowych, a Zamawiający nie zawiadomił o wykluczeniu z powodu braku wadium, co uniemożliwiło złożenie stosownego protestu. Odnośnie braków w kosztorysie stwierdził, że zarzuty dotyczące drobnych błędów nie mają znaczenia, gdyż wynagrodzenie wykonawcy zostało określone jako ryczałtowe. Ponadto w proteście wskazano na preferowanie wybranego wykonawcy i dyskryminowanie protestującego, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 91 ust. 1, 2, i 3 oraz art 92 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy Pzp).

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołująca wskazała, że dnia 4 maja 2009 r. otrzymała zawiadomienie o odrzuceniu jej oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż treść oferty nie spełnia warunku kwalifikacji (SIWZ 8.1.b) z powodu braku doświadczenia zawodowego.

Z rozstrzygnięcia protestu złożonego na czynność odrzucenia oferty i wyboru oferty konkurencyjnej Odwołująca powzięła wiadomość okolicznościach podjętych czynności przez Zamawiającego. Odwołująca powołała treść art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp i stwierdziła, że stosownie do treści rozdziału 8 i 9 SIWZ dołączyła do oferty wszelkie żądane oświadczenia, druki i zaświadczenia.

Wskazała, że Zamawiający zarzucił jej brak doświadczenia zawodowego żądanego w r. 8 p. 1 b SIWZ o treści: „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia tj. w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, (...), co najmniej trzy roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia, chodzi o roboty budowlane obejmujące przebudowę (budowę, modernizację, remont) budynku o kubaturze nie mniejszej niż 900 m³, powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 290 m² i wartości nie mniejszej niż wartość brutto złożonej oferty.

W odwołaniu wskazano na obowiązującą zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający nie może określić warunków udziału ograniczając uczciwą konkurencję.

Odwołująca stwierdziła, że wszystkie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót, o których mowa w r. 8.1.3 SIWZ dostarczyła wraz z ofertą, a treści SIWZ nie wynika, iż wykonawcy mają dołączyć te dokumenty wraz z parametrami, ale jedynie dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane w sposób należyty.

Ponadto podkreślono, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu podał, że powodem wykluczenia z postępowania było to, że zaświadczenie o rozpoczęciu prowadzenia działalności gospodarczej dołączone do oferty było datowane na dzień 29.10.2007 r. Odwołująca wskazała, że datowanie dokumentu rozpoczęcia działalności nie może „dyskwalifikować spełnienia warunków przez wykonawcę określonych w ustawie w art. 22 ust. 1 p 1-3 i nie określa rzeczywistej daty rozpoczęcia działalności gospodarczej. W odwołaniu wskazano przy tym, że Zamawiający nie zwracał się w toku postępowania o wyjaśnienie jakichkolwiek wątpliwości.

Do odwołania załączono kopię zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej z dnia 9.03.2009 r. oraz zaświadczenie Urzędu Gminy w Elblągu z dnia 15.05.2009 r. określające przedmiot działalności gospodarczej Odwołującej ze wskazaniem,

że Pani Elżbieta Zembrzuska od 13 czerwca 1993 r. z przerwami do chwili obecnej figuruje w ewidencji działalności gospodarczej.

Wskazując zarzuty Odwołująca wniosła o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia jej oferty oraz czynności wyboru oferty „Budokar”, a także powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty złożonej przez Odwołującą.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i stwierdził, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2, art. 92 ust. 1 i 2, art. 38 ust. 4 b, ust. 1 pkt 4 oraz art. 22 ust. 2 ustawy pzp są bezzasadne.

Wskazał na wymagane postanowieniami SIWZ doświadczenie zawodowe wykonawców. Stwierdził, że Odwołujący, którego rozpoczęcie działalności datowane jest na dzień 29.10.2007 r. posiłkuje się na spełnienie warunku udziału robotami wykonanymi w Pasłęku w latach 2004-2009, zrealizowanym zamówieniem w 2005 r. – budynek PSS „Społem”, realizacją budynku mieszkalnego od maja 2007 do kwietnia 2009 r., robotami adaptacyjnymi w Domu Dziecka w Marwicy w 2006 r.

Powyższe okoliczności wskazał jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty w związku z wykluczeniem wykonawcy jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że wykonawca, który nie wniósł wadium został wykluczony z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jego oferta została odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy zważyła i ustaliła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że odwołujący ma interes prawny, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż ewentualne uwzględnienie podniesionych zarzutów, daje mu możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w prowadzonym postępowaniu.

Oceniając zarzuty protestu i odwołania skład orzekający wziął również pod uwagę oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, że podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania był art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, natomiast przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz podane jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego błędy w kosztorysie, nie mają znaczenia i nie dotyczą Odwołującego.

W konsekwencji skład orzekający dokonał oceny przesłanek wykluczenia Odwołującego, który zdaniem Zamawiającego nie wykazał doświadczenia zawodowego

wymaganego w rozdziale 8 p. 1 b SIWZ o treści: „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia tj. w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, (...), co najmniej trzy roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia, chodzi o roboty budowlane obejmujące przebudowę (budowę, modernizację, remont) budynku o kubaturze nie mniejszej niż 900 m³, powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 290 m² i wartości nie mniejszej niż wartość brutto złożonej oferty.”

Podane warunki udziału w postępowaniu należało udokumentować poprzez złożenie oświadczenia oraz dokumentów w postaci wykazu robót budowlanych wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wg wzoru nr 2 do SIWZ. Dodatkowo, zgodnie z rozdziałem 9 SIWZ należało złożyć dokumenty potwierdzające, że roboty zostały należycie wykonane „np. opinie, referencje, protokoły itp.”

Załącznik nr 2 do SIWZ jest to wykaz robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę sporządzony w układzie tabelarycznym z następującymi pozycjami:

rodzaj robót budowlanych, zleceniodawca, miejsce wykonania robót, okres realizacji z datą rozpoczęcia i datą zakończenia oraz wartość robót.

W celu spełnienia podanych wymogów Odwołujący załączył do oferty wykaz wskazując na 4 rodzaje robót budowlanych wykonywanych w okresie od grudnia 2004 do kwietnia 2009 r. o wartościach od 150.000 zł do 800.000 zł.

Do wykazu załączono list referencyjny PSS „Społem” w Elblągu, referencje Zespołu Szkół Ekonomicznych i Technicznych im. ST. Mikołajczyka w Pastęku, oraz opinię inspektora nadzoru w sprawie budowy budynku mieszkalnego w Gronowie Górnym.

Zamawiający analizując te dokumenty powziął wątpliwości, czy rzeczywiście Odwołujący był wykonawcą wymienionych robót z uwagi na wskazaną w zaświadczeniu z ewidencji działalności gospodarczej datę rozpoczęcia działalności wskazaną jako 29 października 2007 r., a więc datę późniejszą od terminów realizacji wykazanych robót. Dodatkowo zwrócił się do dwóch wystawców referencji o informację w sprawie wykonawcy opisanych robót i od jednego z nich (PSS „Społem”) uzyskał wiadomość, że wykonawcą prac była spółka z o.o. „Insbud”. Na podstawie tych ustaleń Zamawiający uznał, że Odwołująca złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W toku postępowania dowodowego Zamawiający potwierdził, że w czasie prowadzenia oceny złożonych dokumentów nie zwracał się do Odwołującego o uzupełnienie brakujących dokumentów, ani też nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów.

Izba stwierdza, że zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi istotne naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, który nakazuje przeprowadzić procedurę uzupełnienia

brakujących dokumentów, a także żądania wyjaśnień w sprawie złożonych dokumentów. Skład orzekający nie podziela stanowiska Zamawiającego, że mógł on nie prowadzić wskazanej wyżej procedury w sytuacji, gdy uznał on, że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu. Takie rozumowanie prowadzioby w konsekwencji, a w niniejszej sprawie doprowadziło, do naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Może również wskazywać, że Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż nastąpiło ostateczne rozstrzygnięcie protestu.

Izba stwierdza zatem, że Zamawiający jest obowiązany w toku ponownej oceny ofert zażądać od Odwołującego złożenia stosownych, brakujących w jego ocenie dokumentów, a w razie potrzeby, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Stanowisko Zamawiającego, że na obecnym etapie postępowania zaistniały podstawy do uznania, że Odwołująca złożyła nieprawdziwe informacje, nie znajduje w ocenie składu orzekającego uzasadnienia w materiale dowodowym.

Zasadne jest jednak twierdzenie, że złożone dokumenty wymagają uzupełnienia i wyjaśnień zwłaszcza co do ustalenia podmiotu, który wykonywał prace wymienione w wykazie robót i stwierdzenia, czy Odwołująca jako przedsiębiorca te prace wykonywała.

Skład orzekający zauważa przy tym, że osoby fizyczne i osoby prawne prowadzące działalność gospodarczą są niezależnymi od siebie i odrębnymi przedsiębiorcami. Niewykluczone jest przy tym wykonywanie prac przez jednego przedsiębiorcę na rzecz innego w charakterze tzw. podwykonawcy, który ma prawo wykazać się doświadczeniem zdobytym w tym charakterze. Jednakże ciężar dowodu w tym zakresie obciąża, stosownie do zasady wynikającej z art. 6 kodeksu cywilnego oraz art. 188 ust. 1 Pzp, wykonawcę składającego taką informację.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku, uwzględniając odwołanie zgodnie z art. 191 ust. 1 a ustawy Pzp wobec stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego istotny wpływ na wynik postępowania.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*