

Sygn. akt: KIO/UZP 1856/09

WYROK
z dnia 5 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Izabela Niedziałek Bujak

Andrzej Niwicki

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOKANWOD Czystczoń i Półtorak Sp. j., 28-136 Nowy Korczyn, ul. Farna 6 (pełnomocnik), Adam Półtorak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa i Transportu AGROBUDOWA Adam Półtorak oraz Piotr Czystczoń prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD Piotr Czystczoń**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wiślica, 28-16 Wiślica, ul. Okopowa 8** protestu z dnia 3 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gmina Wiślica, 28-16 Wiślica, ul. Okopowa 8
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 **wykonawców wspólnie ubiegających się**

o udzielenie zamówienia: EKOKANWOD Czystczoń i Półtorak Sp. j., 28-136 Nowy Korczyn, ul. Farna 6 (pełnomocnik), Adam Półtorak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa i Transportu AGROBUDOWA Adam Półtorak oraz Piotr Czystczoń prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD Piotr Czystczoń,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote) przez **Gminę Wiślica, 28-16 Wiślica, ul. Okopowa 8** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOKANWOD Czystczoń i Półtorak Sp. j., 28-136 Nowy Korczyn, ul. Farna 6 (pełnomocnik), Adam Półtorak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa i Transportu AGROBUDOWA Adam Półtorak oraz Piotr Czystczoń prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD Piotr Czystczoń,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
- 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOKANWOD Czystczoń i Półtorak Sp. j., 28-136 Nowy Korczyn, ul. Farna 6 (pełnomocnik), Adam Półtorak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa i Transportu AGROBUDOWA Adam Półtorak oraz Piotr Czystczoń prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD Piotr Czystczoń.**

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

I. Gmina Wiślica (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane przewidziane do wykonania w projekcie Ekorozwój Ponidzia - Aktywizacja gospodarcza gminy Wiślica poprzez budowę kanalizacji m. Konieczmosty, Kuchary, Ostrów, Wawrowice - Etap II". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 31.08.2009 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na

swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 26.11.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOKANWOD Czystość i Półtorak sp. j, (pełnomocnik), Adam Półtorak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa i Transportu AGROBUDOWA Adam Półtorak, Piotr Czystość prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD (dalej: Odwołujący, Konsorcjum).

W dniu 3.12.2009 r. Odwołujący złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 8.12.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 11.12.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co następnie podtrzymał w odwołaniu): art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący kwestionował zasadność wykluczenia go z postępowania – został wezwany do uzupełnienia dokumentów dotyczącej wysokości obrotów, i dokumenty wymagane przez Zamawiającego uzupełnił w terminie, natomiast mimo tego Zamawiający wykluczył go z postępowania, ponieważ uznał, że Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący obrotów na poziomie minimum 7 000 000 zł.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu i powtórnej ocenę ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podnoszonego zarzutu Izba ustaliła, co następuje:

1. W celu potwierdzenia postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia należało złożyć:

sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego złożą informację określającą obroty, zysk oraz zobowiązania i należności ogółem na Załączniku nr 10 do SIWZ - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe tj. 2008, 2007, 2006, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. Należało wykazać obrót w wysokości co najmniej 7 000 000 zł w każdym roku. W przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniana będzie ich łączna sytuacja ekonomiczna i finansowa - w tym celu dokumenty ma obowiązek złożyć ten lub ci z Wykonawców, którzy w imieniu wszystkich wykazywać będą spełnianie tego warunku (SIWZ str. 6 i n.)

2. Odwołujący załączył do oferty dokumenty dotyczące trzech podmiotów: Spółki cywilnej (następnie przekształconej w jawną) EKOKANWOD – str.101 i nn oferty, Piotra Czystoczonia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD – str. 112 oferty, i dokument dotyczący podmiotu, którego nie oznaczono – str. 113 oferty.

3. Zamawiający pismem z dnia 05.11.2009 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, między innymi dokumentów, mających potwierdzić, że Konsorcjum osiągnęło obrót w każdym z ostatnich 3 latach obrotowych w wysokości co najmniej 7 000 000 zł., w latach 2006, 2007, 2008, a w szczególności:

1) KANWOD S.C. miało przedstawić sprawozdanie finansowe za rok 2006 zgodnie z ustawą o rachunkowości tj. (sprawozdanie finansowe zawierające: bilans, rachunek zysków i strat, informacji dodatkowej obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia)

2) EKOKANWOD Czystoczon i Półtorak sp.j – stwierdzono brak informacji dodatkowej obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia za rok 2007 i 2008 oraz rachunku zysku i strat za rok 2008.

3) KANWOD Piotr Czystoczon – stwierdzono brak sprawozdania finansowego za rok 2008 zgodnie z ustawą o rachunkowości tj. (sprawozdanie finansowe zawierające: bilans, rachunek zysków i strat, informacji dodatkowej obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia). Odwołujący w terminie uzupełnił wyżej wymienione braki.

Jak ustalono na rozprawie, opierając się na oświadczeniu Zamawiającego, Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentów dotyczących trzeciego uczestnika Konsorcjum – Adama Półtoraka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AGROBUDOWA, ponieważ uznał, że uczestnicy Konsorcjum mogą w sposób dowolny

wykazać obroty w żądanej wysokości – a więc, skoro do oferty nie załączono dokumentów o obrotach AGROBUDOWY, Konsorcjum chciało się wykazać obrotami wyłącznie pozostałych Konsorcjantów. Wątpliwości Zamawiającego nie budziła możliwość sumowania obrotów uczestników Konsorcjum w celu wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie zadane na rozprawie, czy w związku z brakiem wynikania z treści dokumentu na stronie 113, jakiego podmiotu on dotyczy, prowadził jakieś badania, stwierdził, że Wykonawcy mogą składać w ofercie różne dokumenty, często składają je dodatkowo, a ponieważ z treści dokumentu nie wynika, czy dotyczy on któregoś z Konsorcjantów, Zamawiający zajął stanowisko, iż nie mógł uznać, że dotyczy on akurat AGROBUDOWY. Ponadto stwierdził, że jeżeli miałyby dotyczyć któregoś z Konsorcjantów, to raczej EKOKANWOD Sp. Jawna, ponieważ pieczęć tej spółki znajduje się na dokumencie.

Skład orzekający przeanalizował wyżej wymienione dokumenty i stanowiska Stron, i uznał, że rzeczywiście dokument złożony na stronie 113 oferty Konsorcjum mógł budzić wątpliwości Zamawiającego. Jednak przypuszczenie Zamawiającego, że jest to dokument dotyczący EKOKANWOD Spółka jawna jest nieuprawnione – EKOKANWOD sp. jawna, zgodnie z pełnomocnictwem załączonym na stronie 142 oferty jest pełnomocnikiem Konsorcjum, i pieczęć tej spółki z podpisem właściciela jest umieszczona w miejscu przewidzianym na umieszczenie podpisu osoby uprawnionej do reprezentowania wykonawców, stąd można było wnosić, że jest to pieczęć i podpis pełnomocnika Konsorcjum.

Izba stwierdziła, że do oferty Odwołującego dołączono 3 rodzaje dokumentów – jeden dotyczący spółki cywilnej (w którym Zamawiający dostrzegł braki i wezwał do uzupełnienia), drugi dotyczący Piotra Czystoczonia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD (w którym Zamawiający dostrzegł braki i wezwał do uzupełnienia) i trzeci – bez oznaczenia podmiotu (Zamawiający nie wezwał do jego uzupełnienia).

Skoro Konsorcjantów było trzech i złożono 3 dokumenty, łatwo było wywieść, że trzeci z tychże dokumentów dotyczy trzeciego z Konsorcjantów (Adama Półtoraka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AGROBUDOWA). Na powyższą okoliczność wskazywał również fakt, że dwaj z Konsorcjantów (EKOKANWOD Sp. j. i Piotr Czystoczón) mają siedzibę/miejsce zamieszkania w Nowym Korczynie – a ostatni z Konsorcjantów – Adam Półtorak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą AGROBUDOWA – mieszka w Krakowie, i takie miejsce wystawienia widnieje na dokumencie ze str. 113 oferty. Ponadto dokument ze strony 113 został sporządzony na wzorze – załączniku nr 10 do SIWZ, przewidzianym przez Zamawiającego dla podmiotów niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego – w sposób analogiczny, jak dokument ze strony 112 oferty

(dotyczący Piotra Czyszczenia), dlatego można było przypuszczać, że dotyczy on osoby fizycznej, prowadzącej działalność gospodarczą, co również wskazywało na trzeciego z Konsorcjantów. Zatem zostało uprawdopodobnione, że informacja dotycząca obrotów zawarta tamże obejmuje obroty AGROBUDOWY.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający powinien tą okoliczność wyjaśnić w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych, jednak na tym etapie nie jest to konieczne, ponieważ w związku z wnoszeniem środków ochrony prawnej Odwołujący złożył wystarczające wyjaśnienia w tym zakresie. Obecnie nie ulega wątpliwości, że dokument ze str. 113 oferty Odwołującego dotyczył obrotów AGROBUDOWY, zatem Zamawiający powinien wziąć go pod uwagę, badając spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Izba rozstrzyga sprawę wyłącznie w granicach nakreślonych protestem, dlatego Izba nie oceniała, czy Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu, tylko czy Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum do uzupełnienia względnie wyjaśnienia dokumentu. Jak wskazano powyżej, Izba dopatrzyła się wskazywanych przez Odwołującego naruszeń przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego do wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....