

Sygn. akt: KIO/1474/10

WYROK

z dnia 29 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 lipca 2010 r. przez **Wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: ATA All Trading Agency Sp. z o.o., ul. Złote Łany 52a, 43-215 Jankowice, Zakład Robót Specjalistycznych Sp. z o.o. ul. Korfantego 17, 43-200 Pszczyna oraz Rafała Szostaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalistycznych Rafał Szostak, ul. Lompy 4, 43-200 Pszczyna** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Gminę Andrychów, ul. Rynek 15, 34-120 Andrychów**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: ATA All Trading Agency Sp. z o.o., ul. Złote Łany 52a, 43-215 Jankowice, Zakład Robót Specjalistycznych Sp. z o.o. ul. Korfantego 17, 43-200 Pszczyna oraz Rafała Szostaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalistycznych Rafał Szostak, ul. Lompy 4, 43-200 Pszczyna,**
3. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: ATA All Trading Agency Sp. z o.o., ul. Złote Łany 52a, 43-215 Jankowice, Zakład Robót**

Specjalistycznych Sp. z o.o. ul. Korfanteo 17, 43-200 Pszczyna oraz Rafała Szostaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalistycznych Rafał Szostak, ul. Lompy 4, 43-200 Pszczyna kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez Odwołującego z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Budowa trzech fontann w Andrychowie - w Parku Miejskim na Placu Mickiewicza oraz na wyspie centralnej ulicy Rynek ”, zostało wszczęte przez Gminę Andrychów, zwaną dalej: „Zamawiającym”, w dniu 9 czerwca 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego, na stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 148191-2010.

W dniu 9 lipca 2010 r. Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 14 lipca 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: ATA All Trading Agency Sp. z o.o., Zakład Robót Specjalistycznych Sp. z o.o. oraz Rafała Szostaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalistycznych Rafał Szostak, zwanych dalej łącznie Konsorcjum lub Odwołującym.

Zgodnie z argumentacją prezentowaną przez Wykonawców w odwołaniu Zamawiający dokonał naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez nieuzasadnione uznanie, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wybór oferty Wykonawcy, który podlegał wykluczeniu. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu ponadto naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania oraz zasady pisemności.

Uwzględniając stawiane przez siebie zarzuty Konsorcjum wnosiło o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnienia postępowania.

Uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający zawarł w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) warunek legitymowania się doświadczeniem wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej budowę fontanny o wartości min. 1 000 000 zł.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający zarówno w wezwaniu do złożenia wyjaśnień skierowanym do niego, jak i późniejszej odpowiedzi na stanowisko Odwołującego z dnia 8 lipca 2010 r., a następnie w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego wskazał, że zgodnie z „wykładnią celowościową SIWZ”, zapis tam zawarty dotyczył obowiązku wykazania się przez Wykonawców, że „część inwestycji” obejmująca stricte samą fontannę miała wartość co najmniej 1 mln zł.

W ocenie Odwołującego takie rozumienie tegoż warunku jest sprzeczne z brzmieniem SIWZ. W jego ocenie, bowiem Zamawiający nie żądał wykazania, iż Wykonawca wykonał fontannę o wartości 1 000 000 zł, lecz „roboty budowlane obejmujące fontannę” o takiej wartości.

Konsorcjum wskazywało ponadto, że spełnienie i obiektywna ocena spełnienia takiego warunku było praktycznie niemożliwe, gdyż nie istnieją żadne wytyczne czy normy określające, jakie elementy robót można zaliczyć przedmiotowo i wartościowo do „budowy fontanny”. Nie można było stwierdzić, czy jej zakres wchodzi wyłącznie konstrukcja budowlana typu niecka oraz instalacja pompy, czy może także roboty ziemne niezbędne do posadowienia konstrukcji, przyłącza elektryczne i rurociągi służące do obsługi mechanizmów fontanny, wykonanie i montaż elementów dekoracyjnych, świetlnych itp. Wykazanie wykonania fontanny o określonej wartości wymagałoby w ocenie Odwołującego określenia, które dokładnie elementy fontanny (jako że istnieje wiele różnych typów i kształtów takich obiektów) oraz które roboty powinny być zaliczone stricte do „wykonania fontanny”. Nadto w celu wykazania wykonania takiej roboty budowlanej konieczne byłoby przedłożenie szczegółowej dokumentacji rzeczowo-finansowej, z której wynikałaby wartość poszczególnych elementów cenotwórczych (np. kosztorysu powykonawczego).

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, iż przedłożone przez niego dokumenty są prawidłowe i wystarczające w świetle wymogów zawartych w SIWZ, a wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia zostało dokonane w sposób wadliwy i naruszający przepisy ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, iż Zamawiający naruszył zasadę wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie Wykonawców, wyrażające się w wykluczeniu Odwołującego, a wyborze oferty innego Wykonawcy. Odwołujący wskazywał,

że Zamawiający powziął wątpliwości oraz zweryfikował złożone wraz z ofertami referencje wyłącznie w przypadku Odwołującego. Nie podjął jednak podobnych kroków w stosunku do pozostałych Wykonawców. Tymczasem Wykonawca, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą, przedstawił wraz z ofertą referencję, zgodnie z którą wykonał prace związane z budową fontanny na Rynku Starym w Tychach na łączną kwotę 1.016.074,80zł, czyli jedynie o 16.074,80zł powyżej kwoty wymaganej przez Zamawiającego. Zgodnie z ustaleniami dokonanymi przez Odwołującego, wartość prac wykonanych w ramach wykazanej przez wybranego Wykonawcę roboty budowlanej związanych bezpośrednio z budową fontanny nie przekracza wymaganej w warunku udziału w postępowaniu kwoty 1 000 000 zł. Ustalenia te, w ocenie Konsorcjum, uzasadniają tezę, iż Zamawiający dokonał niedopuszczalnego różnicowania sytuacji Wykonawców, tak poprzez zastosowanie różnych kryteriów oceny wobec nich, jak i różnego sposobu wobec nich postępowania.

Odwołujący podnosił również, iż Zamawiający dokonując weryfikacji referencji przedłożonych przez Odwołującego wyłącznie w formie telefonicznej naruszył zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W jego ocenie bowiem ustawie Pzp nie jest znana instytucja zasięgnięcia informacji ustnych od innych Zamawiających na temat prac wykonywanych przez Wykonawców. Konsorcjum wskazywało również, iż niedopuszczalna jest także pisemna ingerencja Zamawiającego w treść złożonych ofert, co Zamawiający uczynił poprzez dokonanie pisemnych adnotacji na dokumencie referencji zawierających informację o wartości prac związanych z wykonaniem kaskady wodnej i źródła.

Zamawiający w dniu 26 lipca 2010 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której zawarł wniosek o oddalenie odwołania w całości. Jednocześnie wyjaśnił, iż jego zdaniem zapis SIWZ określający kwestionowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu jest w jego ocenie jednoznaczny i nie budzi wątpliwości. Zastrzegł jednocześnie, iż nawet gdyby był on niejasny, to należałoby zastosować w tym przypadku wykładnię celowościową i interpretować wprowadzony wymóg z punktu widzenia celu, dla którego został on ujęty w SIWZ, tj. wyboru Wykonawcy legitymującego się odpowiednim doświadczeniem.

Zamawiający podnosił, iż po dokonaniu analizy załączonych do oferty Odwołującego wykazu robót i referencji, uznał robotę budowlaną wskazaną przez tych Wykonawców, za odpowiadającą rodzajem robocie określonej w SIWZ, jednak powziął wątpliwości, co do wartości robót związanych z wykonaniem kaskady wodnej oraz źródła.

W jego ocenie złożone przez Wykonawców wyjaśnienia potwierdzają, iż Odwołujący błędnie przyjął, że wystarczającym będzie wykazanie jakiegokolwiek roboty budowlanej o wartości 1 000 000 zł obejmującej swym zakresem budowę fontanny. Dlatego też nie potwierdził on spełniania warunku.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady pisemności Zamawiający wyjaśnił, iż pisemna adnotacja na dokumencie referencji zawierająca informację o wartości prac związanych z wykonaniem kaskady wodnej i źródła została dokonana w trakcie zasięgnięcia informacji u odbiorcy roboty budowlane ujętej w wykazie. W ocenie Zamawiającego nie nosi ona znamion ingerencji w treść oferty, zaś z przeprowadzonej rozmowy sporządzona została odpowiednia notatka służbowa. Zamawiający wskazywał, iż powołana rozmowa telefoniczna nie była próbą weryfikacji referencji, a ustaleniem konkretnych faktów. Podstawą zaś do jej przeprowadzenia był art. 10 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112 poz. 1198 z późn. zm.), zgodnie z którym informacja publiczna, która nie została udostępniona w Biuletynie Informacji Publicznej, jest udostępniana wniosek, a informacja, która może być udostępniona niezwłocznie, jest udostępniana w formie ustnej lub pisemnej bez pisemnego wniosku. Z możliwości ustnej formy uzyskania odpowiedniej informacji skorzystał Zamawiający w rozpatrywanym przypadku.

Odnosząc się do zarzutu dokonania wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę, którego powinien w ocenie Odwołującego wykluczyć, Zamawiający wyjaśnił, że nie miał zastrzeżeń co do zakresu lub wartości wykazanej przez tego Wykonawcę roboty budowlanej, dlatego też uznał iż spełnia on warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Strony podtrzymały swoje stanowiska na rozprawie przed Izbą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów

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 oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w brzmieniu nowym – po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a w szczególności: SIWZ, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2010 r., wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na powołane wezwanie wraz z pismem przewodnim, pismo Zamawiającego z dnia 8 lipca 2010 r., informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertę odwołującego oraz treść odwołania, a także odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba działając w oparciu o dokumentację postępowania oraz wyjaśnienia Zamawiającego ustaliła, że Zamawiający na podstawie kosztorysu inwestorskiego oszacował wartość zamówienia na kwotę 2 318 046,53 zł netto, co po przeliczeniu z uwzględnieniem kursu określonego w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania

wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 224, poz. 1796), stanowi równowartość 603.815,19 Euro.

Kwota ta jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; Dz. U. Nr 224, poz. 1795), tj. 4 845 000 Euro dla robót budowlanych.

Zgodnie z regulacją art. 180 ust 2 ustawy Pzp w postępowaniach o takiej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie od zawartego w tym przepisie zamkniętego katalogu czynności Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie podlegają jej kognicji w rozpatrywanej sprawie podnoszone przez Odwołującego zarzuty odnoszące się do zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, a także odnoszące się do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zasady pisemności.

Bez rozpoznania Izba pozostawiła, jako podniesiony po upływie terminu określonego w ustawie, sformułowany w treści uzasadnienia do odwołania, zarzut dotyczący czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z regulacją art. 182 ust 2 pkt 2) ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz wobec postanowień SIWZ w postępowaniu, którego dotyczy rozpatrywane odwołanie, wnieść należało w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub SIWZ na stronie internetowej, tj. do dnia 14 czerwca 2010 r.

Uwzględniając powołane ustalenia, Izba rozpoznała jedynie zarzut wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, jako iż jego rozpoznanie leżało w kompetencji Izby zgodnie z regulacją art. 180 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale III SIWZ (*Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*) w pkt 2 lit. B zdanie drugie zawarł postanowienie, że Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia „*powinien wykazać, że wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną obejmującą budowę fontanny o wartości min. 1 000 000 zł*”.

W ocenie Zamawiającego warunek ten był określony w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Oczywistym w jego ocenie było, iż Wykonawcy powinni legitymować się

doświadczeniem w wykonaniu roboty budowlanej, w zakres której wchodziło wykonanie fontanny o wartości przekraczającej kwotę 1 000 000,00 zł brutto.

Odmienne zapis tego warunku interpretował Odwołujący, który wywodził, iż wystarczającym dla jego spełnienia było wykonanie roboty budowlanej o wartości przekraczającej kwotę 1 000 000,00 zł brutto, w zakres której wchodziło wykonanie fontanny, przy czym w jego ocenie faktyczna wartość fontanny nie miała znaczenia dla oceny spełniania warunku.

Izba dokonując analizy literalnego brzemienia powołanego warunku określonego przez Zamawiającego uznała, iż właściwym jest rozumienie powołanego zapisu przez Zamawiającego, uznając, iż w wyrażeniu „*robota budowlana obejmująca budowę fontanny o wartości min. 1 000 000 zł*” sformułowanie „*o wartości min. 1 000 000 zł*” odnosi się do poprzedzającego je bezpośrednio słowa „*fontanna*”, nie zaś do wcześniejszych słów „*robota budowlana*”.

Izba uznała, iż twierdzenia Odwołującego mogłyby być uznane za słuszne, w przypadku gdyby sformułowanie „*o wartości min. 1 000 000 zł*” następowało bezpośrednio po wyrażeniu „*robota budowlana*”, co jednak w rozpatrywanej sprawie nie miało miejsca.

Przyjmując takie rozumienie postawionego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo ocenił, iż wykazana przez Odwołującego robota budowlana nie potwierdza spełnienia przez niego rozpatrywanego warunku udziału w postępowaniu. Ustalenia te w sposób wyraźny potwierdził sam Odwołujący, tak w treści odwołania, jak i na rozprawie przed Izbą, kiedy w sposób wyraźny stwierdził, iż wartość całej instalacji składającej się na fontannę – źródło i kaskada wodna – nie przekroczyła kwoty miliona złotych.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz czyniąc zastrzeżenie, iż Izba orzekać może tylko co do zarzutów zawartych w odwołaniu, a dodatkowo w przypadku postępowań, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tylko co do zarzutów odnoszących się do czynności ujętych w zamkniętym katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, 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 Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 na podstawie załączonego do odwołania dowodu uiszczenia wpisu ustaliła, iż Odwołujący z tytułu wpisu uiszczył kwotę 20 000 zł, podczas gdy zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1) przywołanego rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wpis wynosi 10 000 zł. Tym samym Izba uznała, iż Wykonawca wpłacił niezasadnie na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 10 000 zł. Uwzględniając powołane ustalenia, Izba nakazała Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu na rzecz Odwołującego nadpłaconej kwoty 10 000 zł.

Przewodniczący:

.....