

Sygn. akt: KIO 746/11

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **BOGMAR Sp. z o.o., Ostromecko, ul. Kasztanowa 9, 86-070 Dąbrowa Chełmińska**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej, Plac Rydygiera 1, 86-200 Chełmno**.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje przywrócenie odwołującego do postępowania o udzielenie zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża **Zespół Opieki Zdrowotnej, Plac Rydygiera 1, 86-200 Chełmno** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BOGMAR Sp. z o.o., Ostromecko, ul. Kasztanowa 9, 86-070 Dąbrowa Chełmińska**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zespół Opieki Zdrowotnej, Plac Rydygiera 1, 86-200 Chełmno** na rzecz **BOGMAR Sp. z o.o., Ostromecko, ul. Kasztanowa 9, 86-070 Dąbrowa Chełmińska** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 Nr r. 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 746/11)

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Chełmnie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ze zmianą nawierzchni dróg komunikacyjnych – wewnętrznych, miejsc postojowych i parkingowych oraz chodników na terenie ZOZ w Chełmnie – uwzględniającej drogi, chodniki, parkingi, tereny zielone”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 06.04.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wyniku w tym odrzuceniu oferty Bogmar Sp. z o.o. z siedzibą w Ostromecko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako uzasadnienie faktyczne czynności podnosząc, iż pomimo najniższej ceny zaproponowanej przez Bogmar Sp. z o.o., uznano, że oferent nie wykazał spełniania warunku posiadania w szczególności doświadczenia w przedmiocie będącym tematem zamówienia, tj. budowa, przebudowa i remont dróg. Przedstawione przez wykonawcę zestawienie wykonanych prac poparte referencjami wykazuje, że Bogmar była w większości przypadków podwykonawcą prac polegających głównie na układaniu kostki brukowej.

W dniu 11.04.2011 r. Bogmar Sp. z o.o. wniosła odwołanie od ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a właściwie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, które w tym przypadku winien być podany jako podstaw prawną wykluczenia wykonawcy z postępowania przy tak sformułowanym uzasadnieniu faktycznym podjętej czynności.

Odwołujący wniósł o powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert dokonanie wyboru jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej spełniającej wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in., iż zamawiający nie podał jakichkolwiek okoliczności pozwalających stwierdzić niezgodność treści oferty odwołującego z treścią siwz i tym samym uzasadniających zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Natomiast w przedmiocie oceny spełniania przez oferenta warunków udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał, iż roboty wykazane w wykazie załączonym do oferty dokładnie wypełniają wymagania zamawiającego wyrażone w siwz.

Uwzględniając treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanych przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami siwz, rozdz. I „Instrukcja dla wykonawców”, pkt 6.2 w ramach warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców wykonania co najmniej dwóch przedsięwzięć, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie dróg, o zakresie porównywalnym z zakresem przedmiotu zamówienia i wartości nie mniejszej niż 180 000 PLN brutto każde (tak samo pkt III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 01.03.2011 r. nr BZP 32078-2011).

Na potwierdzenie powyższego, w pkt 7.3.1) rozdz. I siwz zamawiający żądał przedłożenie wykazu robót (wraz z dokumentami potwierdzającymi ich prawidłowe wykonanie) stanowiącego załącznik nr 1 do siwz, gdzie należało podać: przedmiot zamówienia, zakres robót, ich wartość brutto, nazwę i adres zamawiającego oraz datę wykonania robót.

Odwołujący do swojej oferty (karta 12) załączył ww. wykaz robót gdzie podał cztery przedsięwzięcia, każde o wartości wyższej niż wymagana przez zamawiającego. M.in.:

1. W poz. 1 tabeli wykazu wskazano roboty określone jako „prace drogowe wraz z odwodnieniem parkingu” polegające na „budowie parkingu wraz z odwodnieniem i montażem separatora” wykonane na rzecz BUDOPOL S.A. z Bydgoszczy
2. W wierszu drugim tabeli wskazano „prace drogowe” polegające na „pracy przy budowie dróg i parkingów z kostki brukowej” wykonane na rzecz ZUD „REN-BUD” S.C. z Bydgoszczy.
3. W poz. 3 tabeli podano „prace drogowe” doprecyzowane jako „prace drogowe przy budowie hal magazynowych” wykonane na rzecz przedsiębiorstwa TECH-BUD z Bydgoszczy.

Do wykazu załączono referencje (karta 13 i n oferty) wystawione przez odbiorców prac potwierdzające nie tylko ich należyte wykonanie ale też wartość i zakres jako zgodne z informacjami podanymi w wykazie.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowym przypadku, jak słusznie zauważył odwołujący w odwołaniu, zamawiający podał błędną podstawę prawną przedsięwziętej czynności. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający

odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią siwz. Tymczasem uzasadnienie faktyczne czynności wskazuje, iż zamawiający ocenił i jako podstawę czynności wskazał brak wykazana przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, i które sformułował w wyżej przytoczonych postanowieniach siwz. W takiej sytuacji podstawą eliminacji wykonawcy z postępowania, konkretnie jego wykluczenia, powinien być art. 24 ust. 2 pkt 4, który stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe podanie nieprawidłowej podstawy prawnej odrzucenia oferty wykonawcy zamiast jego wykluczenia jest jednak pomyłką zamawiającego nie wywołującą skutków prawnych. W szczególności samo stwierdzenie nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie mogło w tej sytuacji stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi, iż Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Dla rozstrzygnięcia sprawy Izba oceniła więc i zbadała istnienie faktycznych podstaw wykluczenia Bogmar Sp. z o.o. wskazanych przez zamawiającego, których potwierdzenie mogło skutkować utrzymaniem eliminacji oferty odwołującego z postępowania.

Odnosnie powołanej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, iż Bogmar Sp. z o.o. prawidłowo wykazała spełnianie przytoczonego wyżej warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt 6.2 rozdz. I siwz.

W rzeczonym postanowieniu siwz zamawiający wymagał od wykonawców legitymowaniem doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch przedsięwzięć, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie dróg, o zakresie porównywalnym z zakresem przedmiotu zamówienia i o określonej wartości.

Wykonawca w załączonym wykazie robót wykazał co najmniej trzy (podane wyżej) przedsięwzięcia polegające na budowie, przebudowie lub remoncie dróg przewyższające kwotowo wartości wymagane przez zamawiającego. W takim sensie i znaczeniu te realizacje są porównywalne z zakresem przedmiotu zamówienia.

Formułując opis warunku udziału w postępowaniu zamawiający jest zobowiązany precyzyjnie w jego treści wskazać zakres czy cechy wymaganego doświadczenia, tak aby w oparciu o samą treść warunku możliwe było zakwalifikowanie doświadczenia wykonawcy jako odpowiadającego lub nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego. Niedopuszczalne jest opisywanie powyższego przy pomocy nieprecyzyjnych określeń czy odesłań do przedmiotu zamówienia, typu: „odpowiadające”, „porównywalne z ”, „podobne do”. Tego typu postanowienia siwz właściwie nie nadają się do egzekwowania w trakcie oceny ofert. W takich sytuacjach zawsze będzie rodzić się pytanie, co do znaczenia wyrażenia „zakresowa porównywalność z przedmiotem zamówienia”. W takim przypadku właściwie niemożliwe jest do ustalenia czy jest to wymaganie aby wykonawca wykonał roboty polegające na położeniu dokładnie takiej samej ilość kostki brukowej, jak w projekcie stanowiącym opis

przedmiotu zamówienia lub wykonał dokładnie takie same prace towarzyszące i porządkujące, czy wystarczy jeżeli wykonał ich połowę lub inną proporcję... etc.

W samej treści warunku zamawiający mógł określić i podać jaki ma być zakres referowanych robót, jakie proporcje ich poszczególnych elementów, czy na czym mają dokładnie polegać... etc. Tymczasem w przedmiotowej siwz zamawiający określił jedynie dwie konkretne informacje określające rodzaj i zakres wykonywanych przez wykonawców robót: po pierwsze miały to być roboty drogowe, po drugie o określonej wartości. Nie określił ani zakresu rzeczowego tych robót (np. powierzchni), sposobu ich wykonania (np. rodzaj nawierzchni, metoda kładzenia). W szczególności zaś z treści warunku nie wynika jakkolwiek informacja, iż w ich zakres miały wchodzić jakiegokolwiek prace elektryczne czy hydrauliczne.

Izba wskazuje również, iż z treści siwz nie wynika warunek jakoby odbiorcą robót i wystawcą referencji mógł być tylko inwestor lub zamawiający publiczny. Inaczej: jakoby wykonawcy mogli wykazywać się jedynie doświadczeniem nabytym jako wykonawcy główni robót budowlanych oraz tylko w ramach zamówień publicznych. Dodać tu należy, iż postawienie tego typu warunku, mającego na celu sprawdzenie doświadczenia wykonawcy w wykonywaniu robót budowlanych określonego rodzaju, byłoby nie do pogodzenia z zasadą przygotowywania i przeprowadzania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący:

.....