

Sygn. akt: KIO 382/13

WYROK

z dnia 4 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**
Anna Packo
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2013 r. przez Odwołującego - **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków,**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. j., ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica-Zdrój,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert oraz wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża **Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 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 Krakowie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Politechnika Krakowska w Krakowie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa Budynku Małopolskiego Laboratorium Budownictwa Energooszczędnego Politechniki Krakowskiej przy ul. Warszawskiej 24 w Krakowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 października 2012 r., pod nr 428776 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 (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 19 lutego 2013 r. Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „CHEMOBUDOWA-KRAKÓW” SA w Krakowie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wykluczenia go w postępowaniu i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, czym Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący nie mógł konkurować w postępowaniu, pomimo że złożył niewadliwą oraz nie podlegającą odrzuceniu ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a przy tym nie została odrzucona oferta Wykonawcy CECHINI Stanisław i Józef Cechnini spółka jawna, chociaż w stosunku do wybranego wykonawcy zachodziły przesłanki wykluczenia tegoż z postępowania;
- art. 7 ust. 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wg kryterium określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. najtańszej oferty Odwołującego;
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 zw. z art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych przez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wobec wykazania posiadania niezbędnego do udziału w postępowaniu doświadczenia oraz wiedzy;
- naruszenie art. 89 ust.1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych przez bezzasadne odrzucenie

jego oferty, która jest ofertą z najniższą ceną, a zatem byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Po pierwsze, Odwołujący wskazywał, że wybrana przez niego forma współpracy z podmiotem trzecim mieści się w granicach wynikających z przepisów Prawa zamówień publicznych, w szczególności odpowiada normie wyrażonej w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych; powoływał się w tym zakresie również na liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Po drugie, odnośnie technicznego aspektu spełniania warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący twierdził, że Zamawiający w sformułowaniu „...*zamontował (montaż trójwarstwowy) stolarkę aluminiową...*” wcale nie określił, iż chodzi mu wyłącznie o wyroby z czystego aluminium. Gdyby tak miało być, to Zamawiający winien określić swoje oczekiwanie jako „ślusarkę” aluminiową, bowiem zdaniem Odwołującego, termin „stolarka” odnosi się do wyrobów z drewna i plastiku, natomiast „ślusarka” dotyczy - wyrobów metalowych, w tym aluminium; również sformułowanie „montaż trójwarstwowy” jest nieprecyzyjne i może oznaczać różne kategorie wyrobów, sposobu ich wykonania i montażu, a także użytych materiałów.

W ocenie Odwołującego, szerokie i nieprecyzyjne ujęcie oczekiwań Zamawiającego, iż najistotniejszym parametrem technicznym w nin. postępowaniu jest kryterium dotyczące współczynnika przenikania ciepła jako najważniejszego czynnika budownictwa energooszczędnego.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 30.01.2013 roku, potwierdził on i wykazał, iż wykonana na budowie hali sportowej w Słomnikach stolarka okienna całkowicie odpowiada wymaganom zawartym w SIWZ (zamontowano okna drewniano-aluminiowe). Fakt użycia drewna i aluminium jednak – zdaniem Odwołującego - w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, iż zamontowane w hali okna są drewniane z nakładką aluminiową i jako takie są niezgodne z opisanym wymogiem w SIWZ. Przeciwnie, w przedmiotowej hali zamontowano m. in. okna, których konstrukcję stanowią profile aluminiowe powlekane proszkowo usztywnione kątownikami z aluminium, potrójne szyby uszczelnione przezroczystym silikonem, zaś zespolenie z drewnem sprawia, iż uzyskano izolacyjność cieplną U poniżej 0,69 W/m²K, a zatem zdecydowanie lepszą od określonej w wymaganiach Zamawiającego. Szczególnego podkreślenia wymaga fakt, iż wezwanie Zamawiającego dotyczyło jedynie okien, a nie ślusarki aluminiowej pasywnej zamontowanej na tym obiekcie.

Odwołujący podnosił również, że w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonaniu stolarki, Zamawiający w ogóle nie wykorzystał względem Odwołującego instytucji „wezwania do uzupełnienia dokumentów”, o której mowa w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie, w której przyznawał, że w informacji o wykluczeniu Odwołującego nie podał podstawy prawnej wykluczenia – wskazał, że powinien być to 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Podnosił, że jedyną podstawą faktyczną wykluczenia było stwierdzenie, że Odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia – mianowicie nie wykazał, że dla jednego obiektu budowlanego zamontował (montaż trójwarstwowy) stolarkę aluminiową o wsp. przenikania ciepła dla całej konstrukcji U mniejszym lub równym 0,8 W/m²K w budynku niemieszkalnym. Forma współpracy z podmiotem trzecim, którym posługiwał się Odwołujący na podstawie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych nie była przyczyną wykluczenia, bowiem po otrzymaniu od Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych Zamawiający uznał tę kwestię za skutecznie wyjaśnioną,

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. j. W Krynicy-Zdroju, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że zaoferowana przez niego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Ponieważ odwołanie złożono w postępowaniu, którego przedmiot zamówienia oszacowano na kwotę poniżej tzw. progów unijnych, Izba nie rozpatrywała zarzutów podnoszonych wobec oferty Przystępującego.

Izba po analizie odpowiedzi na odwołanie stwierdziła, że Zamawiający zaakceptował formę współpracy z podmiotem trzecim, jaką przyjął Odwołujący po udzielonych przez niego wyjaśnieniach, dlatego spór między Stronami sprowadzał się wyłącznie do aspektu technicznego spełnienia przez Odwołującego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zawodowego – i tylko w tym zakresie Izba rozpatrywała zarzuty podniesione w odwołaniu (tj. w odniesieniu do rzeczywistej podstawy faktycznej i prawnej wykluczenia Odwołującego z postępowania).

W zakresie rozpatrywanego zarzutu Izba ustaliła co następuje:

1. Aby wykazać spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający oczekiwał, iż wykonawca wykaże, że „dla jednego obiektu budowlanego zamontował (montaż trójwarstwowy) stolarkę aluminiową o wsp. przenikania ciepła dla całej konstrukcji U mniejszym lub równym 0,8 W/m²K w budynku niemieszkalnym” (po modyfikacji z dnia 14.11.2012 roku).
2. W celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, w wykazie załączonym do oferty Odwołujący wskazał budowę hali rekreacyjno sportowej w Słomnikach.
3. Zamawiający powziął wątpliwość, jaki rodzaj okien zastosowano w powyższej inwestycji – w toku wyjaśnień Odwołujący wskazał, że zamontowano tamże okna „drewniano-aluminiowe”.
3. W zakresie złożenia nowego (uzupełnionego) wykazu robót Zamawiając nie zastosował wezwania z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający i Przystępujący na rozprawie twierdzili, że Zamawiający zdefiniował pojęcie „stolarka” w części technicznej SST-11 („1.4.3. Stolarka – oznacza stolarkę budowlaną czyli zamontowane zespoły elementów drewnianych, metalowych, lub z PCV, przeznaczone do zabudowy otworów budowlanych (okna drzwi, wrota, bramy) oraz wewnątrz budynków”), jednak Zamawiający nie okazał Izbie oryginału tego dokumentu (nie dysponował nim na rozprawie), dlatego Izba nie mogła wziąć go pod uwagę. Niemniej jednak Izba nie znalazła podstaw, aby zaakceptować stanowisko Odwołującego, iż pojęcie „stolarka aluminiowa” użyte w opisie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest niejasne czy niezrozumiałe; brak również podstaw, aby za „stolarkę aluminiową” uznać okna drewniano-aluminiowe bądź

z pojęcia tego okna wyłączyć (a wydaje się, że argumentacja Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie do tego zmierzała). Okoliczność, że w hali w Słomnikach zastosowano okna drewniano-aluminiowe nie była sporna, bowiem sam Odwołujący tak twierdził, na rozprawie nawet przedłożył kartę techniczną tychże okien, gdzie wskazano, że są to okna „drewniano-aluminiowe”. Nie ma również powodów, wbrew twierdzeniom Odwołującego, aby opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do stolarki aluminiowej uznać za nieistniejący: zdaniem Odwołującego istotny był przede wszystkim współczynnik przenikania ciepła - co nie znajduje żadnego potwierdzenia w opisie sposobu oceny spełnia warunku udziału w postępowaniu. Dlatego Izba nie wzięła pod uwagę złożonego przez Odwołującego na rozprawie certyfikatu dla hali w Słomiankach jako „budyńku pasywnego o sprawdzonej jakości”, bowiem Zamawiający nie kwestionował jakości hali, a wskazywał, że zabudowano tamże okna nieodpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu.

W konsekwencji trzeba uznać, że Odwołujący za pomocą dokumentów załączonych do oferty nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w takim wypadku należy wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Izba ustaliła, że w tym zakresie Zamawiający nie wzywał wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zatem powinien takiego wezwania dokonać (Zamawiający w dniu 16 stycznia 2013 r. wzywał do uzupełnienia dokumentów odnośnie podmiotu trzeciego, do złożenia wyjaśnień co do doświadczenia osób, którymi wykonawca dysponuje oraz co do harmonogramu, z kolei w piśmie z dnia 30 stycznia 2013 r. Zamawiający wzywał do wyjaśnień odnośnie rodzaju okien zamontowanych w hali w Słomnikach, potwierdzenia doświadczenia osób, którymi wykonawca dysponuje i uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego).

Bez znaczenia dla powyższego w niniejszym stanie faktycznym jest okoliczność, że Odwołujący samodzielnie, bez wezwania, próbował złożyć uzupełniony wykaz oraz że Zamawiający – jak oświadczył na rozprawie - „podjął się oceny uzupełnionego wykazu”. Po pierwsze ocena taka może być dokonana wyłącznie w oparciu o jasne wytyczne, jednoznacznie sprecyzowane w wezwaniu opartym na art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponadto ewentualna weryfikacja negatywna musi być oparta na dokumentach, a nie przekazach ustnych (które jedynie mogą być podstawą powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości).

Reasumując, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że dla jednego obiektu budowlanego zamontował (montaż trójwarstwowy) stolarkę aluminiową o wsp. przenikania ciepła dla całej konstrukcji U mniejszym lub równym 0,8 W/m²K w budynku niemieszkalnym, nie był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów, zatem powinien zostać do tego wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych było przedwczesne, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....

.....

.....

.....