

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Robót Inżynierskich WODPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Świecie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Łękwicę, ul. Wspólna, 24, 34-321 Łękwica** protestu z dnia 24 lutego 2010 r.

przy udziale **Eugeniusza Wojaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „WOLIMEX” Eugeniusz Wojak, ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Robót Inżynierskich WODPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Świecie
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 uiszczonego przez **Zakład Robót Inżynierskich WODPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Świecie,**
- 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 **Zakładu Robót Inżynierskich WODPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Świecie.**

Uzasadnienie

I. Gmina Łękwica (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. *„Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Łękwica, Kocierz Moszczanicki, Kocierz Rychwałdzki”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień publicznych dn/ 13.11.2009 r., poz. 208049. 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 24.02.2010 r. Zakład Robót Inżynierskich WODPOL Sp. z o. o. (dalej: Odwołujący) – złożył protest. Wobec braku rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 11.03.2010 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście, a następnie w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych - zasady równego traktowania i zasady uczciwej konkurencji poprzez wykonanie wadliwych czynności badania i oceny oferty, skutkujące wykluczeniem

go z postępowania i odrzuceniem jego oferty. Odwołujący twierdził, że nie było podstaw do odrzucenia jego oferty w związku z załączonym do niej harmonogramem, nie zaistniały również podstawy do wykluczenia go z postępowania, ponieważ wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym nie zaistniała przesłanka zatrzymania wadium.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Eugeniusz Wojak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowego „WOLIMES” Eugeniusz Wojak, ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa.

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

Izba uznała, że protest został wniesiony w terminie, który biegł od drugiej informacji o wyniku postępowania z dn. 18.01.2010 r. W dniu 15.01.2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom pierwszą informację o wyniku postępowania, z której wynikało, że oferta Odwołującego została odrzucona w związku z załączeniem do niej harmonogramu niezgodnego z treścią SIWZ. Zamawiający równocześnie poinformował, że wyklucza Odwołującego z postępowania, ponieważ nie potwierdził on, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na tą czynność Odwołujący złożył pierwszy protest, który Zamawiający uwzględnił i wezwał Odwołującego do wyjaśnienia harmonogramu i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący odpowiedział na wezwanie, lecz złożone wyjaśnienia i dokumenty nie satysfakcjonowały Zamawiającego, który w dn. 18.01.2010 r. ponownie odrzucił ofertę wykonawcy – rozszerzając podstawę faktyczną odrzucenia o nowe, niepodane wcześniej okoliczności, wynikające z harmonogramu, oraz ponownie wykluczył wykonawcę.

Na tą czynność protest, a następnie odwołanie, wobec nierozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, złożył Odwołujący. Izba stwierdziła, że efekt nowej czynności Zamawiającego był co prawda identyczny, jak pierwotnej: oferta Odwołującego była odrzucona, a on sam wykluczony z postępowania, niemniej jednak po pierwsze zaistniały pomiędzy pierwszą a drugą informacją o wyborze oferty nowe okoliczności (wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów), po drugie, w znacznym stopniu w związku z nowymi okolicznościami, zmieniły się podstawy faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty i wykluczeniu wykonawcy.

Ponadto Izba stwierdziła, że w niniejszej sytuacji odwołania nie można uznać za wniesionego przedwcześnie, wobec wniesienia go w terminie, w którym biegł jeszcze termin na wniesienie odwołania dla innego wykonawcy. O biegu tego terminu nie mógł wiedzieć Odwołujący i niemożliwe, a przynajmniej bardzo trudne, byłoby dla niego ustalenie, w jakim terminie doręczono list polecony z wynikiem postępowania innemu uczestnikowi

postępowania, który jako jedyny nie odbierał faksu, lecz otrzymał wynik postępowania listem poleconym. Protest złożony przez Odwołującego nie został w ogóle rozstrzygnięty przez Zamawiającego, i w takiej sytuacji Odwołujący, wobec upływającego dla niego terminu (zgodnie z jego obliczeniami, biegnącego od 10-go dnia od doręczenia mu faksem wyniku postępowania) musiał wnieść odwołanie. W ocenie składu orzekającego, dopiero w sytuacji, gdyby Zamawiający rozstrzygnął protest w terminie, za którego początek przyjąłby datę doręczenia wyniku postępowania ostatniemu z uczestników postępowania, można byłoby uznać ewentualnie odwołanie wniesione przez Odwołującego za wniesione przedwcześnie – jednak Zamawiający w ogóle protestu nie rozstrzygnął.

Izba stwierdziła, że 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 nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie harmonogramu, oprócz podstaw odrzucenia sprecyzowanych w obu wynikach postępowania (Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ, ponieważ harmonogram załączony przez Odwołującego do oferty nie odpowiadał wymogom Zamawiającego, przy czym w drugim wyniku postępowania rozszerzył opis niezgodności), Zamawiający podnosił na rozprawie, że harmonogram jest dla niego szczególnie istotny, ponieważ zamówienie jest finansowane ze środków Unii Europejskiej,

zatem terminowe rozliczanie wykonanych robót może warunkować przyznanie środków.

Jednak skład orzekający stwierdził, że z SIWZ nie wynikało, iż harmonogram dołączony do oferty ma mieć charakter stanowczy – przeciwnie, ze wzoru umowy załączonego do SIWZ wynika, że wykonawca przedłoży zamawiającemu aktualny harmonogram dopiero w terminie 5 dni po podpisaniu umowy (§ 3 ust. 5 projektu umowy). Znaczenie harmonogramu dla Zamawiającego podkreśla fakt, że w razie niezłożenia go przez wykonawcę w określonym terminie, wstrzyma przekazanie palcu budowy wykonawcy do czasu przekazania ostatecznego harmonogramu (§ 3 ust. 6 projektu umowy). Ponadto wykonawca może realizować poszczególne etapy wcześniej, niż w harmonogramie (§ 3 ust. 3 projektu umowy).

Z takich postanowień umowy wynikają dalekosiężne skutki: skoro harmonogram nie miał charakteru stanowczego, to nie mógł zostać uznany z treść oferty w sensie ścisłym, a zatem ewentualna niezgodność harmonogramu z wskazówkami Zamawiającego zawartymi w SIWZ nie mogła być podstawą odrzucenia oferty. Zresztą Izba zwróciła uwagę, że wskazówki te, co do sposobu opisanie w harmonogramie terminów i etapów prac, nie były jasne dla

wykonawców, co potwierdza chociażby okoliczność, że nie tylko w harmonogramie Odwołującego Zamawiający dostrzegł uchybienia, które w jego ocenie skutkowały odrzuceniem oferty.

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w analogicznym stanie faktycznym w wyroku z dnia 2 listopada 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1349/09 oraz KIO/UZP 34/10.

Wobec powyższego, Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych za zasadny, ponieważ nie zaistniała podstawa odrzucenia oferty Odwołującego w związku z harmonogramem załączonym do oferty.

Odnosnie drugiego z zarzutów – dotyczącego nieprawidłowego wykluczenia wykonawcy z postępowania, Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego. Odwołujący argumentował, że może posługiwać się referencjami i wskazywać w załączonym do oferty wykazie robót roboty budowlane, co do których dokonano odbiorów częściowych – nie było sporne, że kontrakt trwa, a roboty są nadal realizowane. Spór między Stronami sprowadzał się do odmiennego poglądu co do możliwości legitymowania się robotami budowlanymi, co do których umowa nie została zakończona, a jedynie dokonano odbiorów częściowych.

Skład orzekający podzielił pogląd Zamawiającego i Przystępującego, że charakter odbioru robót, na który powoływał się Odwołujący, nie legitymuje go do wykazywania się nim jako potwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie) pozwala na posługiwanie się referencjami co do prac w toku („wykonywanych”) jedynie w odniesieniu do dostaw lub usług „w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych” (§ 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia). Nie ma żadnych wątpliwości, że w jeżeli mowa o wykonanych robotach budowlanych – muszą one być zakończone („wykonane”). W ocenie Izby nie stoi to generalnie na przeszkodzie wykazywaniem się wykonaniem poszczególnych etapów robót budowlanych, stanowiących zamkniętą całość (przykładowo, kiedy w ramach jednej umowy realizowane są dwa obiekty), jednak w przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie wystąpiła. Jak słusznie zwrócił uwagę Przystępujący, w przypadku budowy kanalizacji, nawet mimo dokonanych prób szczelności, trudno jest uznać poszczególne odcinki kanalizacji za „produkt finalny”. Efektu tego nie wzmacnia okoliczność, że za odebrane częściowo roboty dokonano już płatności - sam element płatności przy regulacjach umownych pozwalających na fakturowanie częściowe nie może przesądzać o wykonaniu robót budowlanych rozumianych jako zamknięta całość. Odwołujący w przekonaniu, że odbiory częściowe i płatność za nie są wystarczające do uznania robót za potwierdzające spełnienie warunków udziału w

postępowaniu, nie dowodził innych okoliczności, które ewentualnie mogłyby mieć znaczenie, w szczególności skutecznie nie dowiódł, że odebrane części robót są „całością techniczno użytkową”.

Ze względu na powyższe okoliczności dla rozstrzygnięcia nie miał znaczenia fakt, że Odwołujący zamierzał posługiwać się referencjami, uzyskanymi w ramach umowy zawartej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tzw. Konsorcjum), ani możliwość posługiwania się referencjami w związku z umową zawartą przez spółkę jawną, która następnie została przekształcona w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością.

Reasumując, należało uznać, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i słuszne było wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych. Natomiast Zamawiający wskazał jeszcze drugą przesłankę wykluczenia – art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych – i ta podstawa wykluczenia jest w ocenie Izby nieprawidłowa. Odwołujący załączył do oferty dokumenty, które następnie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego. Ze wszystkich tych dokumentów wynika, że wykonawca nie może się wykazać spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, bowiem robót odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia nie wykonywał. W konsekwencji nie zaistniała podstawa do zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych.

Zarzuty odwołania okazały się częściowo zasadne, jednak Izba na podstawie art. 191 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych zobowiązana jest odwołanie oddalić. W ocenie składu orzekającego, uwzględnienie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego w związku z harmonogramem nie ma wpływu na wynik postępowania – ponieważ stwierdzono, że Odwołujący został zasadnie wykluczony z postępowania. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Skład orzekający nie wziął pod uwagę pisma Zamawiającego z dn. 2 kwietnia br., bowiem wpłynęło ono do Izby po zamknięciu rozprawy.

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

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 **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....