

WYROK
z dnia 24 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AG COMPLEX Sp. z o.o., Warszawa, ul. Marywilska 44** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Targówek, Warszawa, ul. Ludwika Kondratowicza 20** protestu z dnia 30.05.2008r.

przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - POLSUPER Sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa i Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 . oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **AG COMPLEX Sp. z o.o., Warszawa, ul. Marywilska 44** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **AG COMPLEX Sp. z o.o., Warszawa, ul. Marywilska 44,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **AG COMPLEX Sp. z o.o., Warszawa, ul. Marywilska 44** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnica Targówek, Warszawa, ul. Ludwika Kondratowicza 20,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AG COMPLEX Sp. z o.o., Warszawa, ul. Marywilska 44.**

Uzasadnienie

W dniu 22.03.2008r., Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Targówek z siedzibą w Warszawie przy ul. Kondratowicza 20 (zwane dalej Zamawiającym), ogłosiło postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zamówienia publicznego na wykonanie usług związanych z urządzeniem i utrzymaniem zieleni niskiej i wysokiej oraz bieżącym utrzymaniem czystości na zieleńcach przyulicznych usytuowanych wzdłuż dróg gminnych na terenie Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 401 672,09 euro.

W dniu 23.05.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLSUPER Sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa i Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz (zwani dalej: Konsorcjum).

W dniu 30.05.2008r. AG – COMPLEX Sp. z o.o., ul. Marywilska 44, 03-042 Warszawa (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 09.06.2008r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 13.06.2008r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie kopię odwołania Zamawiającemu.

Konsorcjum przystąpiło do postępowania protestacyjnego (w dniu 05.06.2008r.), a następnie – do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (w dniu 24.06.2008r., przed otwarciem posiedzenia).

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu - mianowicie Konsorcjum, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, powinno być wykluczone z udziału w postępowaniu na podstawie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), ponieważ nie wykazało posiadania doświadczenia w wykonywaniu usług odpowiadających rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia oraz nie wykazało posiadania potencjału ekonomicznego oraz
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie wniósł wadium.

Poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, Zamawiający według Odwołującego dopuścił się naruszenia art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2, pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91, ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W odwołaniu Odwołujący odniósł się do argumentów Zamawiającego, opisanych w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, dotyczących dokumentów, złożonych przez Konsorcjum w dn. 14.05.2008r. (opinia bankowa z dn. 12.05.2008r., uzupełniony wykaz usług i referencja z dn. 15.09.2006r.), których nie mógł wziąć pod uwagę wnosząc protest, bowiem Zamawiający nie udzielił mu informacji, że takie dokumenty zostały złożone, a o ich istnieniu dowiedział się dopiero z treści uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podniósł, że dokumenty te nie zmieniają w istocie jego stanowiska co do wykluczenia Konsorcjum, bowiem nadal – przy pomocy wskazanych dokumentów - Konsorcjum nie potwierdziło, iż spełnia kwestionowane warunki udziału w postępowaniu, zatem w ocenie Odwołującego, okoliczności stanowiące podstawę protestu nie uległy zmianie.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, wykluczenie Konsorcjum, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

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

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w razie uznania jego zarzutów za zasadne, przy powtórnej ocenie ofert, Konsorcjum zostałoby wykluczone z postępowania, wobec czego oferta Odwołującego mogłaby być uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Odwołujący w odwołaniu wskazał nowe okoliczności, które nie były podniesione w proteście (w odniesieniu do dokumentów złożonych przez Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego w dniu 14.05.2008r.), jednak nie są one podstawą nowych zarzutów. Zgodnie z brzmieniem art. 191 ust. 3 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, jednak tego zakazu nie można rozszerzać na okoliczności, które wyszły na jaw już po złożeniu protestu, a w ocenie Odwołującego wzmacniają jego argumentację, nawet jeżeli same w sobie mogłyby być podstawą nowych zarzutów; przeciwny pogląd przeczyłby zasadzie ekonomii postępowania, ponieważ zobowiązywałby Odwołującego do złożenia drugiego protestu, w którym podnoszono by identyczne zarzuty wobec Konsorcjum, mimo że dokumenty, które zostały upublicznione dopiero dzięki rozstrzygnięciu protestu, pozostają w ścisłej korelacji

z dokumentami stanowiącymi podstawę protestu z dn. 30.05.2008r. Uznać należy, że ewentualny, drugi protest należałoby złożyć jedynie wówczas, kiedy na jaw wyszłyby okoliczności zupełnie nowe – przykładowo, stanowiące ewentualną podstawę wykluczenia Konsorcjum, lecz w związku z inną przesłanką prawną.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 Prawa zamówień publicznych - ponieważ nie wykazało ono spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu doświadczenia w realizacji usług odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia - nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w SIWZ w rozdziale V zatytułowanym „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków” określił w pkt 1 ppkt 1.2. wymóg odnośnie posiadania doświadczenia w realizacji usług podobnych do przedmiotu zamówienia – mianowicie Zamawiający żądał, by wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał lub wykonuje „usługi polegające na całorocznej pielęgnacji zieleni niskiej i wysokiej (z uwzględnieniem

4

wykonywania uzupełniających nasadzeń drzew i krzewów), prowadzonej w pasach drogowych, parkach, na skwerach lub zieleńcach, na łącznej powierzchni co najmniej 30 ha w każdym roku, przy czym:

1) ilość drzew poddanych cięciom pielęgnacyjnym winna wynosić minimum 450 szt (łącznie w okresie 3 lat),

2) ilość drzew posadzonych – minimum 150 szt (łącznie w okresie 3 lat)”

Do oferty Konsorcjum dołączono wykaz, który nie spełnił oczekiwań Zamawiającego, bowiem w dniu 09.05.2008r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 14.05.2008r. Wykonawca złożył następujące dokumenty (dotyczące doświadczenia zawodowego): wykaz usług – uzupełnienie oraz referencje z dnia 15.09.2006r., wystawione przez Wiceprezydenta Miasta Grudziądza.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, z postanowień SIWZ, opisujących wymóg posiadania doświadczenia zawodowego, nie wynika wcale, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia miał się wykazać realizacją usługi podobnej w każdym roku z ostatnich trzech lat poprzedzających dzień wszczęcia postępowania.

Zgodnie z przywołanym wyżej rozdziałem V SIWZ, aby Zamawiający uznał, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu wystarczającym było wykazanie, że w przeciągu 3 lat przed wszczęciem postępowania zrealizował co najmniej 1 usługę polegającą na całorocznej pielęgnacji zieleni, na powierzchni nie mniejszej, niż 30ha, i poddał cięciom pielęgnacyjnym co najmniej 450 drzew, a posadził co najmniej 150. Liczba mnoga („usługi”) oraz sformułowanie dopuszczające sumowanie pielęgnowanych/sadzonych drzew („łącznie”) pozwala również dopuścić wykonanie wielu usług, polegających na opisanych wyżej czynnościach, byleby w sumie spełniały oczekiwania Zamawiającego co do podanych parametrów:

1) usługi musiały być całoroczne (przy czym przez określenie „całoroczna” należy rozumieć „czterosezonowa” bowiem wymogi odnośnie doświadczenia zawodowego winny być tłumaczone w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, a skoro przedmiotem zamówienia jest pielęgnacja zieleni, z natury rzeczy prowadzona sezonowo, to nieuprawnione byłoby oczekiwanie co do wykazywanych usług, aby były realizowane „w okresie 12 miesięcy” czy od „1 stycznia do 31 grudnia”) – zatem należało udokumentować albo jedną usługę świadczoną czterosezonowo, albo kilka usług świadczonych w każdym z czterech sezonów;

2) usługi winny być świadczone na obszarze 30 ha zsumowanym w okresie jednego roku (albo 1 usługa świadczona na powierzchni 30 ha, albo kilka usług świadczonych na

5

powierzchniach mniejszych od 30 ha, lecz dających w sumie powierzchnię o co najmniej 30

ha),

3) w ciągu 3 lat dokonał cięć pielęgnacyjnych co najmniej 450 drzew, a posadził co najmniej 150 drzew.;

4) polegały na pielęgnowaniu zieleni wysokiej i niskiej.

W tym kontekście odpowiedź Zamawiającego z dnia 28.04.2008r., dotycząca możliwości dopuszczenia wykazaniem się (na potwierdzenie spełnianie warunku udziału w postępowaniu) oddzielnie usługi polegającej na pielęgnowaniu zieleni wysokiej oraz oddzielnie - usługi polegającej na pielęgnowaniu zieleni niskiej nie stanowi zmiany warunku udziału w postępowaniu, bowiem Zamawiający jedynie usankcjonował – przewidzianą wcześniej w SIWZ – możliwość sumowania usług mających potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia składu orzekającego KIO oraz dokument złożony wraz z ofertą Konsorcjum (wykaz usług, str. 34 oferty) stwierdzić należy, że Konsorcjum już na etapie oferty udokumentowało spełnienie warunku posiadania doświadczenia w realizacji usług podobnych – Zamawiający do akt sprawy załączył „Analizę spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia”, z którego to dokumentu wynika, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, spełniają warunek co do parametrów, które były sumowane na arkuszu (ilość pielęgnowanych/sadzonych drzew, powierzchnia). Wobec powyższego, wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia zawodowego na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie było zasadne (skoro z postanowień SIWZ nie wynikał obowiązek wykazania się „każdorocznym” wykonywaniem usług), ponieważ Konsorcjum już w ofercie udokumentowało, że spełnia postawiony warunek. Dokonanie tej czynności przez Zamawiającego, mimo że bez właściwej podstawy faktycznej, nie może jednak być poczytywane za uchybienie Zamawiającego skutkującego negatywnymi dla niego konsekwencjami prawnymi, bowiem i tak w konsekwencji tej czynności Zamawiający uznał, że Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu).

Odnosząc się do zakwestionowania przez Odwołującego jednej z referencji, wobec braku wyrażenia w jej treści jakiegokolwiek oceny usługi zrealizowanej przez Wykonawcę, stwierdzić należy, że sam fakt potwierdzenia wykonania usługi przez Zamawiającego ma co do zasady charakter pozytywny, zatem Odwołujący musiałby w celu udokumentowania podnoszonego zarzutu, wykazać, że uczestnik Konsorcjum nie zrealizował umowy w sposób należyty. Wobec braku takiego dowodu – zarzut braku doświadczenia zawodowego wobec nie potwierdzenia jednej z usług objętych wykazem przedłożonym przez Konsorcjum należało oddalić.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych - ponieważ nie znajduje się ono w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia - nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił, iż do oferty Konsorcjum nie dołączono dokumentu potwierdzającego posiadanie potencjału ekonomicznego (tzn. warunku określonego w Rozdziale V SIWZ, pkt. 1.4 - posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową na łączną kwotę nie mniejszą niż 200 000,- zł). Dokument z dn. 10.03.2008r. (str. 52 oferty) potwierdzający posiadanie kredytu obrotowego w rachunku bieżącym w kwocie sześciocyfrowej nie potwierdza jednoznacznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (kwota sześciocyfrowa to może być kwota 100 000zł, i kwota 999 999zł), dlatego Zamawiający postąpił słusznie, wzywając w dniu 09.05.2008r. Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust.3 Prawa zamówień publicznych. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum w dniu 14.05.2008r. złożyło dokument potwierdzający, iż uczestnik Konsorcjum korzysta „z kredytu w linii bieżącej w wysokości 777 000zł”. Wobec treści par. 1 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia 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.) oraz Rozdziałem VI pkt 1 ppkt 9 SIWZ nie można uznać, że przedłożony dokument nie spełnia wymagań Zamawiającego. Równocześnie, Odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum przedmiotowego warunku nie spełnia.

Reasumując, nie można uznać zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum na podstawie

art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych za uzasadniony.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych - ponieważ nie wniosło wadium - nie zasługuje na uwzględnienie.

Do oferty złożonej przez Konsorcjum dołączono gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium wystawioną w dniu 28.04.2008r. przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe InterRisk SA I Oddział Warszawa, w której zobowiązanym jest Polsuper Sp. z o.o. Równocześnie do oferty Konsorcjum dołączono pełnomocnictwo z dn. 02.05.2008r., upoważniające Polsuper Sp. z o.o., jako pełnomocnika (lidera) Konsorcjum do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do zawarcia umowy.

Z zestawienia dat przywołanych wyżej dokumentów wynika, że dokument gwarancji wadialnej został wystawiony wcześniej, niż zostało udzielone pełnomocnictwo Liderowi Konsorcjum, z czego Odwołujący wywodzi, że Konsorcjum nie wniosło wadium – skoro

7

w chwili wystawiania dokumentu Polsuper sp. z o.o. nie miała umocowania do zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji wadialnej wspólnie z drugim uczestnikiem konsorcjum. Stanowisko Odwołującego, oparte na takiej przesłance (oraz na fakcie, iż w gwarancji wadialnej wymienia się wyłącznie jednego zobowiązanego, tj. pełnomocnika Konsorcjum) jednak nie może być uznane za prawidłowe.

Zdaniem Sądu Okręgowego w Poznaniu, zapadłym w podobnym stanie faktycznym (data gwarancji wadialnej była wcześniejsza, niż data wystawienia pełnomocnictwa), sygn. II Ca 489/06, złożenie gwarancji wadialnej wystawionej na rzecz jednego z członków konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty. Tak samo orzekł Sąd Okręgowy w Częstochowie - wyrok sygn. akt VI Ca 527/05.

Wobec treści oferty Konsorcjum, nie ulega wątpliwości, że ofertę złożyli wspólnie Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, a skoro Prawo zamówień publicznych (ani SIWZ) nie wymaga, żeby złożyli oni również wspólnie (solidarnie) wadium, nie ma podstaw prawnych, aby żądać – jak oczekuje Odwołujący - aby wszyscy uczestnicy Konsorcjum złożyli wadium. Zatem, na gruncie obowiązującego stanu prawnego, zarówno gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, powołana przez Odwołującego jako wzorcowa, w której Zobowiązanymi byli wszyscy uczestnicy Konsorcjum, jak i gwarancja, w której zobowiązanym jest tylko pełnomocnik Konsorcjum, musi być uznana za prawidłową. Reasumując, zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych nie może być uznany za uzasadniony.

Wobec powyższych okoliczności, 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 Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 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).

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie-Pradze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....