

POSTANOWENIE
z dnia 1 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Integer**” **S.A. Wrocław, ul. Garbary 1, 50–112 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Świdnicy, pl. Grunwaldzki 14, 58–100 Świdnica** protestu z dnia 20 lutego 2009 r.,

przy udziale wykonawców **SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01–518 Warszawa** oraz **Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER–SYSTEM Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50–203 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „Integer” S.A. Wrocław, ul. Garbary 1, 50–112 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**Integer**” **S.A. Wrocław, ul. Garbary 1, 50–112 Wrocław,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX**,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Integer**” **S.A. Wrocław, ul. Garbary 1, 50–112 Wrocław.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa nowej siedziby Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 września 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2008/S 182-241339.

W dniu 20 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł protest wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 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. Nr 87, poz. 605 ze zm.) i wnosząc o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania i powtórzenie czynności oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący się podaje, iż w dniu 9 stycznia 2009 r. Zamawiający

wystosował do Odwołującego się wezwanie w sprawie wyjaśnienia okoliczności dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści wezwania wynikało, iż Zamawiający pozyskał informacje, że budowa gimnazjum w Sobótce i budowa hali sportowej, prowadzone były na podstawie dwóch umów. Odwołujący się w dniu 14 stycznia 2009 r. złożył wyjaśnienia, z których wynikało, iż realizacja inwestycji w Sobótce była wykonywana na podstawie dwóch umów: umowy 7/ZI/99 z dnia 14 października 1999 r. oraz umowy nr

2

I/S0B/HS z dnia 14 sierpnia 2001 r., jednakże budynek gimnazjum i budynek hali sportowej stanowią jeden obiekt budowlany, stąd należy uznać, iż powyższe zadanie spełnia warunki określone w Rozdziale IX pkt 2 ppkt. 2.1.lit. a SIWZ, tym bardziej, że zastrzeżenie, że realizacja musi odbywać się w ramach jednej umowy, odnosi się wyłącznie do realizacji związanych z kilkoma obiektami, a w przypadku realizacji wskazywanej przez Odwołującego się był to jeden obiekt. Jednocześnie Odwołujący się przedłożył dokumenty potwierdzające, iż realizacja odbywała się na podstawie dwóch umów. Ponadto Odwołujący się wskazał, iż ma w swoim dorobku inną inwestycję, która również spełnia wymogi stawiane w Rozdziale IX pkt 2 ppkt. 2.1. lit. a SIWZ. Pismem z dnia 11 lutego 2009 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego się z postępowania, podając w uzasadnieniu, iż przedstawił w załączeniu pisma z dnia 14 stycznia 2009 r., protokół odbioru hali sportowej, za którą w umowie wynagrodzenie zostało określone na kwotę 5.885.622,16 zł brutto. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący się nie spełnił warunku realizacji na kwotę 15 mln zł brutto. Dla potwierdzenia spełnienia przez Odwołującego się warunku określonego w Rozdziale IX pkt 2 ppkt. 2.1.lit. a SIWZ, zostały przedłożone referencje sporządzone przez inwestora - Urząd Miasta i Gminy w Sobótce z dnia 30 października 2008 r. oraz inwestora zastępczego z dnia 3 listopada 2008 r. (załączone do pisma z dnia 3 listopada 2008 r.), z których wynika, iż Odwołujący się zrealizował obiekt składający się z budynku gimnazjum i hali widowiskowo-sportowej, których to wartość przekracza kwotę 15.000.000 zł brutto.

Ponadto, Odwołujący się podnosi, iż co do potwierdzenia przez Odwołującego się spełniania warunków udziału w postępowaniu wypowiedziała się już Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku (sygn. akt KIO/UZP 1461/08) z dnia 5 stycznia 2009 r., stwierdzając, iż Odwołujący się posiada doświadczenie techniczne wymagane przez Zamawiającego dla spełnienia warunku określonego w Rozdziale IX pkt 2 ppkt. 2.1. lit. a SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe i per analogia art. 187 ust. 4 pkt. 5 ustawy Pzp, Zamawiający badał wyłącznie te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania, co jest nieuzasadnione i niedopuszczalne.

Pismem z dnia 3 marca 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający nie podzielił opinii Odwołującego się, odnoszącej się do możliwości uznania spełnienia wymogu wykonania minimum dwu zadań o wartości i zakresie określonym w pkt 2 ppkt. 2.1 lit. a i b SIWZ. Tym samym Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 11 lutego 2009 r. (w pkt. 2.1).

Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z decyzją z dnia 9 stycznia 2009 r., powtórzył czynność badania oferty Odwołującego się, poddając szczegółowej procedurze wyjaśniającej dokumenty zawarte w ofercie na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2009 r. (wzywające do

3

przedstawienia wyjaśnień), Odwołujący się w dniu 14 stycznia 2009 r., udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, podając numery i daty umów, na podstawie których zostały zbudowane obiekty wskazane w wykazie wykonanych robót budowlanych w Sobótce (budynek gimnazjum i hali widowiskowo-sportowej). Z wyjaśnień niezbicie wynika, iż "Rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 1 wraz z Gimnazjum w Sobótce" została zrealizowana na podstawie umowy nr 7/ZI/99 z dnia 14 października 1999 r. (termin realizacji - rozpoczęcie inwestycji - październik 1999 r., zakończenie grudzień 2002 r.), a "Budowa zespołu sportowo-kulturalnego bud. FG w Sobótce przy ul. Świdnickiej 20b" na podstawie umowy nr I/S0B/HS z dnia 14 sierpnia 2001 r. (protokół odbioru końcowego i przekazania do użytku (eksploatacji) tej inwestycji został spisany dnia 17 grudnia 2004 r.). Z powyżej wykazanych informacji jednoznacznie wynika, że do oceny spełnienia warunków udziału w

postępowaniu może być brany pod uwagę jedynie obiekt wybudowany w latach 2003-2008 tj. "Budowa zespołu sportowo-kulturalnego budynku F i G w Sobótce przy ul. Świdnickiej 20b". Obiekt ten nie spełnia jednak warunku w zakresie wartości realizacji inwestycji określonej na "nie mniej niż 15 mln zł brutto", Ponadto istotnym jest fakt, iż Odwołujący się w treści wyjaśnień wskazał inną robotę budowlaną jako potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 2 ppkt. 2.1 lit. a i b SIWZ - "Budowa Centrum Naukowo-Badawczego Wydziału Elektrycznego Politechniki Wrocławskiej przy ul. Janiszewskiego we Wrocławiu", tym samym potwierdzając fakt, iż "Rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 1 z Gimnazjum w Sobótce" oraz "Budowa zespołu sportowo-kulturalnego budynku F i G w Sobótce przy ul. Świdnickiej 20b" nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w SIWZ.

Zamawiający podkreśla również, iż przedmiotem rozpatrywanego przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania nie była czynność oceny oferty Odwołującego się, a czynność uwzględnienia protestu Odwołującego się, pozwalająca na powtórna ocenę jego oferty, w efekcie której Zamawiający uzyskał przedmiotowe wyjaśnienia.

W dniu 13 marca 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto, w załączeniu do odwołania przedłożył zaświadczenie z Urzędu Miasta i Gminy w Sobótce (z dnia 9 marca 2009 r.) oraz inwestora zastępczego (z dnia 6 marca 2009 r.) wskazujące, iż wartość robót przy nowym obiekcie wyniosła 19.725.378,58 zł brutto, co potwierdza kwotę wykazywaną przez Odwołującego się w ofercie, w wykazie robót zrealizowanych w okresie pięciu lat – str. 27.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń stron złożonych na posiedzeniu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

4

Bezspornym w niniejszej sprawie jest, iż Zamawiający wykluczył Odwołującego się z postępowania z powodu nie spełniania warunku w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 2.1 lit. a SIWZ. Przedmiotowy wniosek wynikał z ustaleń Zamawiającego dotyczących przedmiotowego warunku. W piśmie z dnia 9 stycznia 2009 r. Zamawiający powołuje się na informacje, które powziął w wyniku wniesienia odwołania przez Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM Sp. z o.o. (pismo z dnia 12 grudnia 2008 r.), z których wynika, iż inwestycja wskazywana na potwierdzenie spełnienia spornego warunku była w istocie realizowana w ramach dwóch umów i w tym przedmiocie wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi (pismo z dnia 14 stycznia 2009 r.) Odwołujący się przyznał tę okoliczność. Bezpośrednią konsekwencją złożonych wyjaśnień było uznanie przez Zamawiającego, iż inwestycja dotycząca rozbudowy szkoły podstawowej, budowy gimnazjum oraz budowy hali widowiskowo-sportowej w Sobótce nie może być jako całość wskazywana na potwierdzenie spornego warunku, a jedynie w zakresie budynku F i G (budowa zespołu sportowo-kulturalnego), które zostały wykonane w ramach odrębnej umowy, w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania. Przyjęcie takiego stanowiska powoduje, iż wartość przedmiotowej inwestycji nie odpowiada wymogom Zamawiającego w tym zakresie, wynikającym z Rozdziału IX pkt 2 ppkt 2.1 lit. a SIWZ, gdyż nie przekracza kwoty 15 mln zł brutto.

Powyższe działanie Zamawiającego mogłoby być uzasadnione, gdyby nie fakt, iż jak przyznał sam Zamawiający w treści pisma z dnia 9 stycznia 2009 r., powyższa okoliczność była podniesiona w treści odwołania (pismo z dnia 12 grudnia 2008 r.), wniesionego przez Przedsiębiorstwo Budowlane INTER – SYSTEM Sp. z o.o. Zatem, była przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą, co znalazło odzwierciedlenie w wyroku z dnia 5 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1461/08). Izba stwierdziła bowiem, iż Odwołujący się „przedłożył wraz z ofertą wykaz robót zrealizowanych, wśród nich inwestycję wykonaną na rzecz Gminy i Miasta Sobótki (...). Przedmiotowy obiekt stanowił nowy budynek gimnazjum i hali widowiskowo-sportowej oraz rozbudowę szkoły podstawowej. Z przedłożonej dokumentacji wynika, że zrealizowane roboty budowlane były objęte jedną umową, a wykonane obiekty stanowiące zespół funkcjonalnie powiązanych stanowiły łącznie o spełnianiu minimalnych parametrów wymaganych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

W związku z powyższym, powoływanie się przez Odwołującego się na okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania jest

niedopuszczalne, na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 181 ust. 7 ustawy Pzp. Nie ulega bowiem wątpliwości, że kwestia spełnienia przedmiotowego warunku jest podnoszona w aspekcie wykluczenia Odwołującego się i dotyczy w obu odwołaniach tej samej inwestycji. W obu postępowaniach odwoławczych, osoba Odwołującego

5

się nie jest tożsama, jednakże w ocenie Izby, przepis art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp należy odnosić również do uczestnika postępowania (przystępującego). Na każdym etapie postępowania wykonawca ma bowiem możliwość samodzielnego wnoszenia środków ochrony prawnej bądź przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jak i odwoławczego i ich status jest równy. Odwołujący się w poprzednim postępowaniu odwoławczym posiadał możliwość popierania swojego stanowiska, mając interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na jego korzyść (art. 181 ust. 4 ustawy Pzp). Skoro nie skorzystał z tego uprawnienia, nie jest uprawniony po raz kolejny wnosić środków ochrony prawnej, które dotyczą okoliczności rozstrzygniętych przez Izbę.

W tym miejscu, nie sposób nie zwrócić uwagi Zamawiającemu, iż wobec cytowanego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, zawartego w powoływanym wyroku, dalsze działania Zamawiającego mające na celu wyjaśnienie okoliczności zweryfikowanych przez Izbę, są nieuprawnione. Okoliczność, iż protest z dnia 24 listopada 2008 r. dotyczył czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania, zaś odwołanie zostało wniesione w wyniku uwzględnienia przedmiotowego protestu, pozostaje bez wpływu na ocenę działań Zamawiającego, podjętych po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Nie sposób bowiem pominąć, iż okoliczność spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu, stanowiła jeden z elementów rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Jeśli w opinii Zamawiającego, ustalenia dokonane przez Izbę budziły jakiegokolwiek wątpliwości i w efekcie wyciągnięte wnioski nie znajdowały oparcia w stanie faktycznym, Zamawiający był uprawniony do poddania badaniu poprawności tych ustaleń, ale jedynie w trybie zaskarżenia przedmiotowego wyroku, na podstawie art. 194 ust. 1 ustawy Pzp. Nieskorzystanie ze środków ochrony prawnej oznacza, że Zamawiający związany jest wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w całej rozciągłości, w tym względzie możemy dopatrzeć się bowiem analogii do *res iudicata* (powaga rzeczy osądzonej). Stąd, należy uznać, że prowadzenie jakichkolwiek ustaleń w przedmiocie okoliczności, które były badane przez Izbę, jest niedopuszczalne. W konsekwencji, czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego się z postępowania, z powodu okoliczności, o których mowa w piśmie z dnia 11 lutego 2009 r., jest niedopuszczalna, bowiem pozostaje w sprzeczności ze wskazanym wyrokiem.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż rozstrzygnięcie w poprzednim postępowaniu odwoławczym o okolicznościach stanowiących postawę niniejszego odwołania, prowadzi do pozbawienia Odwołującego się możliwości skutecznego ich podnoszenia na obecnym etapie postępowania, a co za tym idzie, stanowi o braku możliwości ich rozpoznania przez Izbę. Przyjęcie przeciwnego stanowiska, doprowadziłoby do sytuacji, w której tożsame okoliczności faktyczne podlegają powtórnej ocenie przez

6

Krajową Izbę Odwoławczą, co jest nieuzasadnione i nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

7

(Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*