

WYROK
z dnia 20 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 17.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis i Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BYCHOWO Witold Zgubiński, 23-300 Janów Lubelski, ul. Boh. Porytowego Wzgórza 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Izbę Skarbową w Lublinie, 20-950 Lublin, ul. I Armii Wojska Polskiego 3** protestu / protestów* z dnia 10.09.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do
odwoławczego po postępowania stronie
odwołującego się oraz

..... po stronie
zamawiającego* .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis i Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BYCHOWO Witold Zgubiński, 23-300 Janów Lubelski, ul. Boh. Porytowego Wzgórza 25**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis i Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BYCHOWO Witold Zgubiński, 23-300 Janów Lubelski, ul. Boh. Porytowego Wzgórza 25,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr. (słownie:.....)
przez na rzecz
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
.....
- 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 **35 936 zł 00** gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Budowlano Flis i Przedsiębiorstwo Montażowe Stanisław Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BYCHOWO Witold Zgubiński, 23-300 Janów Lubelski, ul. Boh. Porytowego Wzgórza 25.**

Zamawiający – Izba Skarbowa w Lublinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest budowa budynku Izby Skarbowej i Urzędu Skarbowego w Lublinie.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 czerwca 2008 roku, pod numerem 2008/S 118-156839.

Zamawiający pismem z dnia 5 września 2008 roku poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (pkt III.2.3.3 a-e ogłoszenia) i nie przedłożenie na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Czynność ta stała się przedmiotem protestu złożonego przez Odwołującego w dniu 11 września 2008 roku (pismo z dnia 10 września), w którym zarzucił on niezasadne wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia ofert, co stanowi naruszenie art. 7 ust.1, art. 22, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 51 ust. 1 i ust. 3.

Odwołujący wskazał, że warunkiem udziału w postępowaniu było wykonanie w okresie 5 lat od dnia wszczęcia postępowania „podobnego obiektu kubaturowego”, który miał spełniać łącznie 5 warunków, w tym m.in. dotyczący powierzchni min. 7000 m². W ocenie Odwołującego pojęcie „wybudować” należy odnieść do definicji zawartej w prawie budowlanym, gdzie w art. 3 pkt 6 pod tym pojęciem rozumie się wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Odwołujący przytoczył definicję roboty budowlanej z art. 3 pkt 7 prawa budowlanego zgodnie z którą robotą budowlaną jest budowa, przebudowa, montaż, remont, rozbiórka. Rozbudowa jest więc jedną z kategorii budowy i różni się tym od przebudowy, że w jej wyniku powstaje zawsze nowa substancja budowlana. Zatem Odwołujący, który wykazał doświadczenie w zakresie rozbudowy, posiada doświadczenie w zakresie budowy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że część podziemną Inwestycji Centrum Administracyjno - Informacyjne z salą widowiskową w Legionowie wykonał inny podmiot i odjął od powierzchni całkowitej obiektu realizację ok. 2300 m². Nie można bowiem uznać, że LEG - BUD, który wykonał jedynie ściany fundamentowe i

3

stropy wznosił obiekt budowlany. Obiektem budowlanym jest bowiem budynek wraz z jego instalacjami i urządzeniami technicznymi. Część robót, jakie wykonał LEG- BUD nie można zaklasyfikować jako wybudowanie obiektu budowlanego, a jedynie jako nakłady na terenie budowy, na które nie jest możliwym uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Pismem z dnia 19 września 2008 roku Zamawiający protest w całości oddalił. Zamawiający wyjaśnił, że analizując złożony przez Konsorcjum wniosek o dopuszczenie do udziału powziął uzasadnione wątpliwości co do jego spełnienie w zakresie wymaganej powierzchni wykazanej w realizacji Centrum Administracyjno-Informacyjnego z salą widowiskową w Legionowie. W związku z tym wystąpił w dniu 11.08.2008 roku na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie, jaką powierzchnię netto budynku wykonał Odwołujący w zakresie konstrukcji żelbetowo - monolitycznej, przy założeniu, że łącznie część naziemna i podziemna wynosi 7 628,7 m². Odwołujący w piśmie z dnia 18 sierpnia 2008 roku potwierdził, że konstrukcję kondygnacji podziemnej (fundamenty, ściany i strop podziemia) wybudował inny podmiot. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2008 roku do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku Odwołujący nie przedstawił żadnych dodatkowych dokumentów. Nie zgadzając się z argumentacją Odwołującego Zamawiający stwierdził, że nie kwestionuje że budynek wykazany przez niego we wniosku o dopuszczenie do udziału spełnia wymóg „ podobnego obiektu kubaturowego” a istota sporu sprowadza się do wielkości powierzchni obiektu kubaturowego o konstrukcji żelbetowo - monolitycznej wykonanej przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący wybudował nadziemną część obiektu o powierzchni ok. 5 300 m² (konstrukcja żelbetowa wraz z robotami wykończeniowymi) oraz wykonał roboty wykończeniowe w części podziemnej,

której konstrukcję wykonała inna firma na podstawie odrębnej umowy (roboty ziemne, fundamenty, ściany, słupy i stropy żelbetowe). Konstrukcja wykonana przez inną firmę stanowi aż 1/3 część konstrukcji całego obiektu, za którą firma ją wykonująca ponosi odpowiedzialność. Zamawiający powołał definicję obiektu budowlanego określoną w art. 3 ust. 6 prawa budowlanego oraz definicję budynku, zgodnie z którą budynkiem jest obiekt budowlany trwale z gruntem związany, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych, który posiada fundamenty i dach.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu 23 września 2008 roku odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty protestu i wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazanie dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału.

Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 23 września 2008 roku Zamawiającemu.

4

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności ogłoszenia oraz wniosku o dopuszczenie do udziału, złożonego przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

W treści sekcji III.2.3.3 ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na wybudowaniu podobnego obiektu kubaturowego. Jednocześnie Zamawiający zdefiniował, że pod pojęciem podobnego obiektu kubaturowego, rozumie obiekt, spełniający łącznie co najmniej następujące warunki:

- a. budynek sklasyfikowany według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w grupach 112 (budynki o dwóch mieszkaniach lub wielomieszkaniowe), 113 (budynki zbiorowego zamieszkania), 121 (hotele i budynki zakwaterowania turystycznego), 122 (budynki biurowe), 123 (budynki handlowo-usługowe), 124 (budynki transportu i łączności), 126 (ogólnodostępne obiekty kulturalne, budynki o charakterze edukacyjnym, budynki szpitali, zakładów opieki medycznej oraz budynki kultury fizycznej), 127 (pozostałe obiekty niemieszkalne),
- b. powierzchnia netto nie mniejsza niż 7 000 m²,
- c. budynek średniowysoki w rozumieniu § 8 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 02.75.690 z późn. zm.) – t. j. ponad 12m do 25m włącznie nad poziomem terenu lub mieszkalne o wysokości ponad 4 do 9 kondygnacji nadziemnych włącznie, lub wyższy,
- d. konstrukcja żelbetowa monolityczna,
- e. wartość zrealizowanej inwestycji nie mniejsza niż 10 mln. PLN brutto.

5

Na pytanie jednego z zainteresowanych udziałem w postępowaniu Wykonawców dotyczące zdefiniowania pojęcia „powierzchnia netto”, użytego w treści ogłoszenia, Zamawiający wskazał, że oznacza ono „w szczególności powierzchnię ograniczoną przez elementy zamykające. Jest ona obliczana dla wymiarów budynku w stanie wykończonym, na poziomie podłogi, nie licząc listew przypodłogowych, progów itp.”. (pismo z dnia 8 lipca 2008 roku, LO/251-0002/08/15871).

Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, Odwołujące Konsorcjum przedstawiło wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału z dnia 18 lipca 2008 roku wykaz wykonanych robót budowlanych, zgodnie z załącznikiem nr 3 (strona 49

wniosku), gdzie wykazało realizację obiektu Centrum Administracyjno-Informatycznego z salą widowiskową na rzecz Urzędu Miasta w Legionowie, wskazując iż jest to obiekt budowlany sklasyfikowanego wg PKOB pod nr 127, zrealizowany w lipcu 2008 roku, którego wysokość wyniosła 15,18 m, a powierzchnia netto 7 628,7 m². Wartość zrealizowanej inwestycji wyniosła 24 000 000 zł.

Zamawiający, mając wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej powierzchni wykonanego obiektu netto, zwrócił się do Odwołującego w trybie art.26 ust. 4 ustawy z prośbą o wyjaśnienie „jaką powierzchnię netto budynku w zakresie konstrukcji żelbetowej - monolitycznej wykonał Flisbud, przy założeniu że powierzchnia netto budynku (łącznie części nadziemnej i podziemnej) wg oświadczenia wykonawcy wynosi 7 628,7 m²” (strona 5 pisma z dnia 11 sierpnia 2008 roku, LO/ 251 - 0002/08/18444).

W odpowiedzi Odwołujący pismem z dnia 18 sierpnia 2008 roku wyjaśnił, że budynek wskazany na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu spełnia wszystkie wymogi wymienione w treści ogłoszenia dotyczące obiektu kubaturowego o podobnym charakterze. Ponadto wskazał, że „inny podmiot wymieniony w w/w piśmie nie wykonywał części podziemnej, wykonał tylko ściany fundamentowe i strop”. Wszystkie roboty, które gwarantują uzyskanie pozwolenia na użytkowanie wykonał Odwołujący. Jednocześnie Odwołujący załączył poprawnie wypełniony wykaz robót oraz potwierdzony za zgodność z oryginałem dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych wystawiony przez Urząd Miasta Legionowa.

Wobec uznania, że załączone do wniosku dokumenty wraz z ich wyjaśnieniami nadal nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu (pismo z dnia 22 sierpnia 2008 roku, LO/251-0002/08/19323).

Odwołujący pismem z dnia 25 sierpnia 2008 roku wyjaśnił, że w jego ocenie spełnia on wszystkie warunki dotyczące wykonania obiektu kubaturowego o podobnym charakterze i jednocześnie podniósł, że wymóg dotyczący wymaganej powierzchni min. 7 000 m² dotyczy

6

zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu powierzchni netto budynku a nie powierzchni netto konstrukcji żelbetowo- monolitycznej lub w konstrukcji żelbetowo- monolitycznej.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego skład orzekający zważył:

Warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się realizacją polegającą na wybudowaniu obiektu budowlanego, który obok innych enumeratywnie wymienionych warunków winien spełniać wymóg w zakresie minimalnej powierzchni netto 7 000 m² i winien być wybudowany z zastosowaniem konstrukcji żelbetowo - monolitycznej.

Z literalnego brzmienia warunku wynika, że wielkość powierzchni 7 000 m² odnosi się do powierzchni netto obiektu budowlanego (budynku), nie zaś do jego konstrukcji żelbetowo-monolitycznej. Zamawiający określił na potrzeby przedmiotowego postępowania definicję pojęcia „powierzchnia netto budynku”, jako powierzchnię ograniczoną przez elementy zamykające, która jest obliczana dla wymiarów budynku w stanie wykończonym.

Bezsporną między stronami jest okoliczność, że część podziemną budynku wykonał inny niż Odwołujący Wykonawca tj. Firma Leg - Bud. Okolicznością przyznaną przez Odwołującego jest również fakt, że Wykonawca Leg - Bud wykonał konstrukcje pomieszczeń garażowych i piwnic, których powierzchnia użytkowa wynosi 2 475,40m². Przedstawiona przez Odwołującego w trakcie rozprawy referencja z dnia 30 września 2008 roku wystawiona przez Urząd Miasta Legionowa potwierdza, że Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe Flisbud wykonało w garażu podziemnym i piwnicach m.in.: tynki wewnętrzne ścian i stropów, izolację termiczną stropów i ścian, izolację akustyczną, posadzki z żywicy epoksydowych, wylewki i posadzki z płytek gres, płytki ceramiczne na ścianach, malowanie ścian i sufitów pomieszczeń piwnic, montaż ciągów wentylacyjnych, urządzeń technologii fontanny, instalacji elektrycznej i sygnalizacji pożarowej, montaż stolarki drzwiowej i bram garażowych, wykonanie instalacji termicznej, wykonanie zjazdu do garażu z podgrzewanym podłożem, instalacje centralnego ogrzewania oraz wodno-kanalizacyjne.

Biorąc pod uwagę powyższe należy przyjąć, że wskazane w treści referencji prace są istotnie robotami budowlanymi w rozumieniu art. 3 ust. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo Budowlane (Dz. U. 2006, nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) ale należy mieć na uwadze,

że są to roboty wykonywane w istniejących już podziemiach garażu i piwnicach, które zrealizował inny Wykonawca.

Warunkiem udziału w postępowaniu było wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na „wybudowaniu” podobnego obiektu kubaturowego (budynku) o powierzchni minimum 7 000 m², zatem nie można uznać, że wykonywanie robót budowlanych na istniejącej już powierzchni jest budową obiektu budowlanego, spełniającą warunek opisany w treści ogłoszenia o zamówieniu. W oparciu o definicje roboty budowlanej oraz budowy, budynku zamieszczone w art. 3 ust. 1, ust. 6 oraz ust. 3 prawa budowlanego należy

7

stwierdzić, że wykazane w referencji z dnia 30 września 2008 roku roboty budowlane, wykonywane w istniejącym już garażu podziemnym i piwnicach nie można zaklasyfikować do robót budowlanych polegających na budowie obiektu budowlanego.

Skoro przyznaną przez Odwołującego i nie budzącą wątpliwości jest okoliczność, że część podziemną budynku o powierzchni 2 400 m² wykonał inny Wykonawca, to nie można uznać, że Odwołujący w całości zrealizował (wybudował) obiekt budowlany, którego łączna powierzchnia netto wynosi 7 628, 7m².

Oceny tego stanu faktycznego nie zmienia również okoliczność, że w treści protokołu odbioru końcowego i przekazania do użytku z dnia 11 lipca 2008 roku, przedstawionego przez Odwołującego w trakcie rozprawy wynika, że wielkość powierzchni netto budynku wyniosła 7 628,7m², bowiem wielkość ta odnosi się do całego obiektu, będącego przedmiotem odbioru, nie określa natomiast zakresu robót i wielkości robót wykonanych przez samego Odwołującego. Zatem przedstawiony protokół odbioru stanowi jedynie potwierdzenie faktycznej wielkości powierzchni netto budynku, która między stronami jest bezsporna.

Przywołane przez Odwołującego i złożone do akt wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 10 października 2007 roku oraz orzeczenie NSA z 29 marca 2001 roku, dotyczą innych okoliczności i zostały wydane w innych stanach faktycznych i nie mogą stanowić podstawy do wydania niniejszego orzeczenia.

Skład orzekający nie znalazł również podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu, w szczególności nie można zgodzić się z Odwołującym, że w trakcie trwania procedury doszło do zmiany warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 7 ust.1, art. 22, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 51 ust. 1 i ust. 3 nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy.

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

8

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* niepotrzebne skreślić