

WYROK
z dnia 13 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Jan Konstanty, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane KONSBUD Jan Konstanty, ul. B.A. Konstanty 29/20, 33-300 Nowy Sącz (lider konsorcjum), Jan Cabak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Jan Cabak Firma Usługowa EKO-REM-BUD** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Karpacki Oddział Straży Granicznej im. I Pułku Strzelców Podhalańskich w Nowym Sączu, ul. I Pułku Strzelców Podhalańskich 5, 33-306 Nowy Sącz** protestu z dnia 02 października 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Tadeusza Pióro, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlano-Remontowa Tadeusz Pióro, Maciejowa 98, 33-336 Łabowa**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Jan Konstanty, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane KONSBUD Jan Konstanty, ul. B.A. Konstanty 29/20, 33-300 Nowy Sącz (lider konsorcjum), Jan Cabak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Jan Cabak Firma Usługowa EKO-REM-BUD 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 firm: Jan Konstanty, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane KONSBUD Jan Konstanty, ul. B.A. Konstanty 29/20, 33-300 Nowy Sącz (lider konsorcjum), Jan Cabak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Jan Cabak Firma Usługowa EKO-REM-BUD,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Jan Konstanty, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane KONSBUD Jan Konstanty, ul. B.A. Konstanty 29/20, 33-300 Nowy Sącz (lider konsorcjum), Jan Cabak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Jan Cabak Firma usługowa EKO-REM-BUD.**

Uzasadnienie

W proteście odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Budowlano - Remontowej Tadeusz Pióro.

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. przeprowadzenie ponownego badania ofert,
3. wybór oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego, treść oferty wskazanego wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia albowiem:

1. uzupełniony przez tego Wykonawcę, na skutek wezwania zamawiającego, wykaz robót wraz z referencjami, nadal nie odpowiada SWIZ.
- wymieniona w poz. 1 wykazu „Budowa budynku biurowo - administracyjno - usługowego Pasieka BARC”, zdaniem odwołującego, który dokonał analizy złożonej referencji i szacunkowych oględzin podawanego budynku, nie odpowiada wymaganej SWIZ kubaturze. W szczególności z porównania powierzchni użytkowej do kubatury budynku (średnia wysokość pomieszczeń ponad 4,20 m) i wizji w terenie, odwołujący powziął uzasadnioną wątpliwość i przekonanie, że podana w referencjach kubatura budynku nie przekracza 2 000m³ i może być wynikiem pisarskiej omyłki bądź omyłki w obmiarze.
- wymienione w poz. 2 wykazu „Prace budowlano - remontowo - modernizacyjne ZPOW, dotyczą prac w obiekcie przemysłowo - produkcyjnym, a więc w innym typie obiektu niż wymagały tego SWIZ tj. obiektu o charakterze biurowo - administracyjnym lub mieszkalnym,
- wymieniona w poz. 3 wykazu „Budowa Hali Sportowej” - brak zgodności typu obiektu z wymogami SWIZ,
- wymienione w poz. 4 wykazu „Roboty wykończeniowe OIOM, dotyczą prac w obiekcie służby zdrowia, a więc również w innym typie obiektu niż wymagały tego postanowienia SWIZ,
- wymieniona w poz. 5 wykazu „Rozbudowa i remont obiektu biurowo - administracyjnego „ACTIWIA” Fakro w Muszynie, wg. wiedzy odwołującego, nadal trwa, co oznacza, że nie możliwym jest, by zadanie zostało poddane końcowemu odbiorowi. Złożone referencje Firmy Fakro nie są właściwe.

3

2. wykonawca nie posiada w zakresie przedmiotu swojej działalności wytwarzania, transportu i utylizacji odpadów niebezpiecznych (zakres tych robót wynika z zakresu zamówienia). Jednocześnie wykonawca w złożonej ofercie nie wskazał podwykonawców. Skoro zaś Zamawiający określił przedmiot zamówienia i wynika z niego, że koniecznymi czynnościami przy wykonywaniu zamówienia będzie transport i utylizacja odpadów niebezpiecznych, to wykonawca winien się legitymować stosownym zezwoleniem bądź wskazać w zakresie tych prac podwykonawcę.

Zamawiający protest oddalił w części dotyczącej niezgodności treści oferty wybranej z treścią SIWZ oraz odrzucił w pozostałej części na podstawie art. 181 ust. 6 oraz w zw. z art. 181 ust. 7 i art. 194 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, iż referencje przedłożone przez wykonawcę, który złożył wybraną ofertę nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a to on jest obowiązany wskazać dowód do stwierdzenia faktu, z którego wywodzi skutki prawne.

W części dotyczącej zarzutu braku uprawnień zamawiający protest odrzucił, wskazując, że zarzut ten został podniesiony przez odwołującego w proteście z dnia 8 sierpnia 2008 roku oraz przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania w dniu

27 sierpnia 2008 roku. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 września 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 886/08) nie uwzględniła przedmiotowego zarzutu odwołującego. Podniósł, że zgodnie z treścią art. 181 ust. w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący ponowił argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Wniósł także ewentualnie o unieważnienie postępowania.

Wskazał, że jego oferta nie została wybrana - zdaniem odwołującego - niesłusznie - tym samym został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co przesądza o istnieniu po stronie odwołującego interesu prawnego.

Dodatkowo wskazał, że w złożonym proteście wskazał na potrzebę przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego w zakresie przedstawionych zarzutów oraz na środki dowodowe, jakie zamawiający winien podjąć, celem wyjaśnienia okoliczności

4

poddanych przez odwołującego w wątpliwość. Zamawiający, gdyby zachował się z należytą starannością, to winien w oparciu o załączone do oferty referencje porównać powierzchnie użytkową do kubatury budynku „biurowo - administracyjno - usługowego Pasieka Barć” oraz wezwać wykonawcę Tadeusza Pióro do złożenia protokołu odbioru końcowego robót budowlanych wymienionych w poz.5 wykazu robót budowlanych. Sam odwołujący nie dysponował środkami prawnymi, aby żądać od wykonawcy np. protokołu odbioru końcowego.

Odnosząc się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że Izba nakazała zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert, zaś w treści uzasadnienia jednoznacznie stwierdziła, że „brak uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej - nie stanowił powodu odrzucenia oferty odwołującego i jako taki nie był objęty przedmiotem protestu i odwołania”. Dodał, że brak uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej nie można uzupełnić w trybie art. 26 ust.3 ustawy - gdyby bowiem nastąpiła zmiana zał. nr 5 do oferty złożonej przez Tadeusza Pióro, doszłoby do zmiany treści oferty, a tego wprost zakazuje przepis art. 87 ust. 1 ustawy.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, oferty przystępującego oraz stanowisk i oświadczeń stron, a także przystępującego, złożonych w toku rozprawy

I. skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

odnośnie interesu prawnego

odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, ponieważ potwierdzenie się zarzutów o niezasadnym zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Tadeusza Pióro, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, oznaczałoby dla odwołującego możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego

W pkt. VI.2.4. SIWZ zamawiający podał, że rozpatrywane będą oferty, w których wskazano wykonanie nie mniej niż 2-ch robót budowlanych o podobnym charakterze (roboty remontowo - budowlane obiektów biurowo - administracyjnych lub mieszkalnych o kubaturze

5

nie mniejszej niż 2 000 m³ każda i wartości brutto każdego zamówienia, za które wykonawca był odpowiedzialny nie mniejszej niż 1 mln zł brutto), wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed wszczęciem zamówienia.

W pkt. VII. B ppkt 7 zamawiający zażądał przedłożenia, w celu potwierdzenia wskazanego wymogu, wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5-ciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania wg określonego przez zamawiającego wzoru.

W pkt VII. B ppkt 8 zamawiający zażądał przedłożenia referencji (dokumentów) potwierdzających, że roboty budowlane, o których mowa w ppkt. 7, zostały wykonane należycie, jednocześnie wprowadzając wymóg, aby treść referencji zawierała określenie rodzaju wykonywanych robót, kubaturę obiektów oraz ogólną wartość robót. Wykazane zamówienia należało udokumentować referencjami (minimum 2 referencje wystawione przez inwestora bezpośredniego). Wymogi powyższe zamawiający zawarł również w sekcji III.2. 2.4. oraz sekcji III.2.7 i 8 ogłoszenia o zamówieniu (BZP z 30.06.2008r. Nr ogłoszenia 144891).

Zamawiający, złożonego wraz z ofertą przez Tadeusza Pióro, wykazu wykonanych robót budowlanych nie uznał za potwierdzający spełnienie żądanego warunku udziału w postępowaniu i pismem z dnia 23.09.2008r. wezwał go do uzupełnienia złożonych dokumentów w terminie do dnia 25.09.2008r. do godz. 10⁰⁰.

W wyznaczonym terminie wezwany wykonawca złożył nowy wykaz, w którym z pierwotnego wykazu wskazał jedną pozycję, tj. Budowę Hali Sportowej na rzecz Starostwa Powiatowego w Nowym Sączu, wykonywaną wspólnie z 3 innymi firmami o wartości 3 724 805,60 zł, kubaturze 9765 m³ i terminie zakończenia realizacji roboty: 31.11.2006r. (pozycja nr 1 pierwotnego wykazu, pozycja nr 3 nowego wykazu). Wskazana budowa została potwierdzona między innymi listem referencyjnym wystawcy - Starostwa Powiatowego w Nowym Sączu, zawierającym wskazaną wartość, kubaturę i termin realizacji, a nadto zawierającym stwierdzenie: „Wszyscy wykonawcy dzięki wzorowej organizacji pracy, przestrzeganiu wymogów technologicznych i zasad sztuki budowlanej, oraz bardzo dobrej współpracy zasługują na najwyższe uznanie i godni są polecenia” Ponadto wskazał:

- Poz. 1 - Budowę budynku biurowo - administracyjno - usługowego o wartości 1 495 438,56 zł, kubaturze 2 410,65 m³ i terminie zakończenia realizacji roboty: 31.07.2006r., potwierdzoną listem referencyjnym wystawcy - Pasieka „Barć”

6

im. ks. dr H. Ostacha, zawierającym wskazaną wartość, kubaturę i termin realizacji, a nadto zawierającym stwierdzenie: „Roboty zostały wykonane na warunkach zawartych w umowie, terminowo, fachowo oraz z należytą starannością. Firma jest godna polecenia innym Inwestorom”

- Poz. 2 - Prace budowlano - remontowo - modernizacyjne ZPOW (Zakład Przetwórstwa Owocowo - Warzywnego) nr 2 o wartości 2 662 998,21 zł, kubaturze 30 080 m³ i terminie zakończenia realizacji roboty: 15.09.2006r., potwierdzone listem referencyjnym wystawcy - spółki EXPOL, zawierającym wskazaną wartość, kubaturę i termin realizacji, a nadto zawierającym stwierdzenie: „Jakość wykonanych prac należy ocenić jako dobrą, spełniającą wymagania w zakresie prowadzenia prac budowlanych. Przedsiębiorstwo EXPOL Sp. z o.o. Firmę Budowlano - remontową Tadeusz Pióro poleca jako firmę sprawdzoną i godną zaufania do dalszej współpracy”
- Poz. 4 - Roboty wykończeniowe OIOM o wartości 1 208 725,11 zł i terminie zakończenia realizacji roboty: grudzień 2005r., potwierdzone referencjami wystawcy - Szpitala Specjalistycznego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu, zawierającymi wskazaną wartość i termin realizacji, a nadto zawierającym stwierdzenie:“(…) można uznać Firmę Budowlano - Remontową Tadeusza Pióro - godną polecenia” Dodatkowo załączono pismo wystawcy referencji z września 2008r. wskazujące kubaturę 2 816 m³.
- Poz. 5 - Rozbudowę i remont obiektu biurowo - administracyjnego ACTIVA

o wartości 1 192 762,22 zł, kubaturze 23 572 m³ i terminie zakończenia realizacji roboty: 23.06.2008r., potwierdzoną listem referencyjnym wystawcy - spółki FAKRO, zawierającym wskazaną wartość, kubaturę i termin realizacji, a nadto zawierającym stwierdzenie: „Jakość wykonanych prac oceniamy jako dobrą, spełniającą nasze wymagania w zakresie prowadzenia prac budowlanych. Firma jest godna polecenia innym Inwestorom”

II. Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Wszystkie roboty budowlane, wskazane przez wykonawcę Tadeusza Pióro w uzupełnionym wykazie, odpowiadają wymaganiom zamawiającego co do wartości, kubatury i terminu realizacji. Ich wykonanie zostało potwierdzone pozytywnymi opiniami

7

podmiotów, na rzecz których roboty te wykonano, których treść nie pozostawia żadnych wątpliwości co do faktu wykonania robót należycie.

Wątpliwości dotyczyć mogły tego, czy zamówienia wskazane w pozycjach 2 - 4 wykazu są podobne do zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, ponieważ na podstawie samego ich określenia przez wykonawcę w kolumnie „Temat zadania” nie sposób stwierdzić, o jakie obiekty chodzi (budowlano - administracyjne lub mieszkalne). Brak jest także takich informacji w przedłożonych referencjach.

Niezależnie od faktu, że wątpliwości te zamawiający mógł wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, skład orzekający Izby stwierdza, że zamówienia wskazane przez Tadeusza Pióro w pozycjach 1 i 5 odpowiadają wszystkim wymaganiom zamawiającego, w tym co do charakteru uprzednio realizowanych robót, ponieważ w kolumnie „Temat zadania” wykonawca wyraźnie podał, że chodzi o budynki biurowo - administracyjne.

Skład orzekający Izby nie znalazł żadnych podstaw do kwestionowania prawdziwości danych zawartych w listach referencyjnych wystawionych przez Pasiekę „Barć” im. ks. dr H. Ostacha w przypadku pozycji nr 1 oraz spółkę FAKRO w przypadku pozycji nr 5.

Podmioty, na rzecz których zostały wykonane wskazane roboty, uznać należy za dysponujące najbardziej prawidłowymi i zgodnymi ze stanem rzeczywistym danymi, a przekonanie odwołującego, że podana kubatura może być wynikiem omyłki pisarskiej lub omyłki w obmiarze ze strony wystawcy nie może samo w sobie stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Nadto fakt uwzględnienia przez odwołującego jedynie powierzchni użytkowej budynku i obliczenie na jej podstawie kubatury budynku jest nie do przyjęcia w sytuacji, gdy ograniczeń takich nie wskazywała treść warunku opisanego w ogłoszeniu i SIWZ.

Gołosłowne twierdzenie odwołującego, że roboty wskazane w pozycji 5 nie zostały zakończone także nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Wiedza odwołującego nie jest, w zestawieniu z wiedzą inwestora, potwierdzającego zakończenie prac, miarodajna.

Skład orzekający Izby, respektując przepis art. 6 kodeksu cywilnego i art. 188 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy wskazujących, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne - zatem w tym przypadku na odwołującym, nie znalazł podstaw do uznania, że przedłożone przez Tadeusza Pióro dokumenty nie odpowiadają stanowi faktycznemu, tak co do podanej kubatury, jak i terminu zakończenia kwestionowanych przez odwołującego robót, a tym samym nie znalazł podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

8

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie zakwalifikował wykonawcę Tadeusza Pióro jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie żądanego doświadczenia zawodowego, tym samym skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie naruszył w tym zakresie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby nie uznał za zasadny zarzutu braku wpisu w zakresie działalności wykonawcy Tadeusza Pióro wytwarzania, transportu i utylizacji odpadów niebezpiecznych, ponieważ wymóg taki nie wynika z obowiązujących przepisów prawa oraz nie został sprecyzowany w treści SIWZ (VI.2.2.2.). Nie uznał także za zasadny zarzutu w zakresie nie przedłożenia przez Tadeusza Pióro wraz z ofertą zezwolenia, ponieważ obowiązku takiego nie przewidywała treść SIWZ.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił żądania odwołującego w zakresie unieważnienia postępowania, ponieważ żądania tego oraz zarzutów z nim związanych odwołujący nie podniósł w proteście.

Dodatkowo skład orzekający wskazuje, że nieuprawnionym ze strony zamawiającego było żądanie, aby wykonawcy załączyli dokumenty, potwierdzające należyte wykonanie wskazywanych robót (listy referencyjne), których treść zawiera „rodzaj wykonywanych robót, kubaturę obiektów oraz ogólną wartość robót”. Wystarczającym jest, aby dokumenty te potwierdzały, że wskazane przez wykonawcę roboty zostały wykonane należycie. Nieuprawnionym było także żądanie, aby referencje były wystawione przez inwestora bezpośredniego.

Skład orzekający Izby wskazuje także, że w przypadku kwestionowania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, podstawę żądania wyeliminowania tego wykonawcy, a tym samym jego oferty z postępowania stanowi art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy.

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

9

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

10