

WYROK
z dnia 30 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2013 r. przez wykonawcę **B..... K.....** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Budowlany B..... K.....** ul. Gołębia 1, 48-300 Nysa w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Skarbowy w Nysie, ul. Krzywoustego 23, 48-300 Nysa,**

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty z postępowania, dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Skarbowy w Nysie, ul. Krzywoustego 23, 48-300 Nysa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **B..... K.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Budowlany B..... K.....**, ul. Gołębia 1, 48-300 Nysa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Urzędu Skarbowego w Nysie, ul. Krzywoustego 23, 48-300 Nysa** na rzecz **B..... K.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Budowlany B..... K.....**, ul. Gołębia 1, 48-300 Nysa kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – **Urząd Skarbowy w Nysie, ul. Krzywoustego 23; 48-300 Nysa**, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wymianie pionów i poziomów instalacji centralnego ogrzewania w siedzibie Urzędu Skarbowego w Nysie*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Zamawiający dnia 10 lipca 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 15 lipca 2013 roku wykonawca **B..... K.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Budowlany B..... K.....**, ul. Gołębia 1, 48-300 Nysa (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:

- 1) wykluczeniu z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
 - 2) wyborze oferty wykonawcy LP INS - STAL Przedsiębiorstwo Handlowo Instalacyjne S.C. T..... L....., P..... L....., J..... P....., ul. Konradowa 3 c, 48 -303 Nysa, którego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą,
 - 3) nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.
- Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
 2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego pomimo, spełnienia wszystkich wymogów zamawiającego, w tym również warunku posiadania wiedzy i doświadczenia,
 3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp z uwzględnieniem argumentów wynikających z odwołania, dokonania wyboru oferty odwołującego oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie.

Odwolujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, zamawiający może pozbawić odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia gdyż oferta odwołującego jest najkorzystniejszą pod względem jednego

3

Kryterium ceny, a tym samym na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, interes prawny odwołującego może doznać uszczerbku.

Zamawiający dnia 15 i 16 lipca 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie.

Zamawiający, pismami z dnia 23 lipca 2013 roku oraz 29 lipca 2013 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części VIII ust. 1 pkt 7 wymagał, aby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu do oferty dołączyć wykaz co najmniej 5 robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji centralnego ogrzewania o wartości co najmniej 160.000 zł brutto każda, w tym 3 roboty wykonane w obiektach użyteczności publicznej, w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że wszystkie wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (np. protokół odbioru robót, referencje, poświadczenie zamawiającego itp.).

4

Przedstawiony przez odwołującego wraz z ofertą wykaz obejmował 6 robót kompleksowych, o wartościach od 1.587.850,11 zł do 10.983.768,57 zł, w zakres których wchodziły różnego rodzaju prace, w tym w szczególności prace dotyczące wykonania instalacji centralnego ogrzewania. Z wykazu ani z żadnych z dołączonych do wykazu dokumentów (5 referencji i 1 protokół odbioru robót) nie wynikało jaką wartość miały roboty w zakresie wykonania instalacji centralnego ogrzewania, a więc brak było potwierdzenia czy wykazane roboty z tego zakresu osiągnęły określoną przez zamawiającego wartość, co najmniej 160.000,00 zł. Ponadto z referencji wystawionych przez Urząd Gminy Kondratowice dotyczących budowy nowego Ośrodka Zdrowia w Prusach, w których wymieniono zakres wykonanych robót nie wynikało czy realizacja w ogóle obejmowała wykonanie instalacji centralnego ogrzewania.

W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2013 roku wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i uzupełnienia wykazu poprzez dostarczenie w terminie 7 dni od otrzymania wezwania:

- 1) dokumentów potwierdzających zakres i wartość robót z zakresu wykonania instalacji centralnego ogrzewania we wszystkich wykazanych robotach budowlanych, tj. przy:
 - budowie nowego Ośrodka Zdrowia w Prusach,
 - przebudowie, rozbudowie i termomodernizacji budynku Zespołu Pieśni i Tańca Opole,
 - termomodernizacji Publicznego Liceum Ogólnokształcącego Nr II z Oddziałami Dwujęzycznymi w Opolu,
 - termomodernizacji Zespołu Szkół Ogólnokształcących w Opolu,
 - przebudowie renesansowej rezydencji Hermanna Frankla w Prudniku (wartość instalacji wewnętrznych centralnego ogrzewania z zasilaniem nagrzewnic bez dachu i stolarki okiennej oraz drzwiowej),
 - termomodernizacji obiektu Publicznej Szkoły Podstawowej Nr 5 w Opolu.(Jak wskazał w wezwaniu zamawiający dokumentami tymi mogły być np. protokoły odbioru robót, referencje, poświadczenia zamawiającego, kosztorysy itp.).

5

-
- 2) dokumentów potwierdzających, że w ramach budowy nowego Ośrodka Zdrowia w Prusach wykonano instalacje centralnego ogrzewania - np. referencji, poświadczenia zamawiającego, kosztorysów itp.

Pismem z dnia 24 czerwca 2013 roku odwołujący przedłożył zamawiającemu uzupełniony wykaz robót wraz z kwotami dotyczącymi wartości robót w zakresie instalacji centralnego ogrzewania. Odwołujący nie przedłożył zamawiającemu żadanego dokumentu potwierdzającego, że w ramach budowy nowego Ośrodka Zdrowia w Prusach wykonano instalację centralnego ogrzewania.

Na tej podstawie zamawiający stwierdził, że wykazana pod pozycją 1 wykazu robota polegająca na budowie Ośrodka Zdrowia w Prusach nie spełnia warunku wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie osiągnęła wyznaczonej przez zamawiającego minimalnej wartości 160.000,00 zł. Z tym faktem zgodził się odwołujący w treści odwołania.

Dodatkowo zamawiający, samodzielnie pismami z dnia 24 czerwca 2013 roku zwrócił się do wskazanych przez odwołującego podmiotów (Prezydent Miasta Opole, Burmistrz Miasta Prudnik), u których wykonywane były wymienione pod pozycjami 2-6 wykazu roboty budowlane do potwierdzenia, jaką szacunkową wartość w ogólnej kwocie każdej z kompleksowych robót stanowiły prace polegające na wykonaniu instalacji centralnego ogrzewania, czy były realizowane przy udziale podwykonawców oraz czy zostały wykonane przez wykonawcę zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i

prawidłowo ukończone.

W odpowiedzi na w/w wezwania wszystkie wezwane podmioty potwierdziły, że wszystkie wskazane przez wykonawcę w pozycjach 2-6 wykazu roboty w zakresie CO przekroczyły wyznaczoną przez zamawiającego, minimalną kwotę 160.000,00 zł.

Ponadto podmioty potwierdziły, że roboty z zakresu instalacji CO – odnośnie Miasta Opola - zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, w pełni profesjonalnie i w wyznaczonym terminie. Wykonawca wykazał się dużym doświadczeniem. Doświadczona kadra techniczna zapewniła terminowy i właściwy

6

poziom realizowanych zadań. Roboty były wykonywane bez udziału podwykonawców.

Odnosnie Gminy Prudnik – zamawiający (Gmina Prudnik) – odpowiedział, że wykonawca do wykonywanych robót nie zgłosił zamawiającemu podwykonawcy. Jednocześnie Burmistrz Miasta Prudnik poinformował, że w trakcie eksploatacji obiektu ujawniły się problemy z dogrzaniem obiektu, które zainicjowały dokonanie dodatkowego przeglądu. W trakcie przeglądu stwierdzono wady świadczące o nieprawidłowym wykonaniu robót.

Pismem z dnia 5 lipca 2013 roku zamawiający wystąpił do Burmistrza Miasta Prudnik

o doprecyzowanie informacji przez udzielenie odpowiedzi na pytania :

- czy na potwierdzenie *w/w*okoliczność nieprawidłowego wykonania robót CO Zamawiający posiada ekspertyzy rzeczoznawców,
- czy Wykonawca usunął wady.

Pismem z dnia 5 lipca 2013 roku Burmistrz Miasta Prudnik poinformował, iż „*W trakcie przeglądu w dniu 21 czerwca 2013r stwierdzono nieprawidłowości w wykonanej instalacji (protokół z przeglądu w załączeniu), które mogą być przyczyną niedogrzaną obiektu. Wady w funkcjonowaniu ogrzewania stwierdził Zamawiający. Wady nie zostały jeszcze usunięte. Dnia 04.07.2013 r. zostało skierowane do Wykonawcy pismo wzywające do usunięcia wad*”.

Do przedmiotowego pisma załączono protokół, w którym skonkretyzowano n/w. okoliczności: „*Stwierdza się n/w nieprawidłowości:*

- 1) *całkowicie nieprawidłowo i rażąco niestarannie wykonana izolacja w wymiennikowni, tj. brak izolacji na niektórych odcinkach przewodów, brak oznaczeń w wymiennikowni,*
- 2) *brak izolacji na podejściach do grzejników w pomieszczeniu 1.16 hall wejściowy,*
- 3) *zawory termostatyczne na zasilaniu grzejników są niezgodne z dokumentacją projektową,*
- 4) *brak zaworów odcinających z nastawą wstępną na powrocie grzejników,*
- 5) *głowice termostatyczne inne niż w dokumentacji projektowej*”.

Zamawiający w informacji z dnia 10 lipca 2013 roku o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego wskazał, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia i

7

dlatego też na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 5 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r., poz. 231) został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona.

Zamawiający wskazał, że odwołujący nie przedstawił wymaganych s.i.w.z. 5 robót budowlanych, gdyż budowa Ośrodka Zdrowia w Prusach nie odpowiadała minimalnej kwocie wskazanej przez zamawiającego, a przebudowa renesansowej rezydencji

Hermanna Frankla w Prudniku – nie została potwierdzona w zakresie należytego wykonania zamówienia, wg. stanu wiedzy na dzień podejmowania decyzji przez zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający jako warunek wymagał wykazaniem się realizacją robót w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania

o udzielenie zamówienia, co oznacza, że do oceny stwierdzenia prawidłowości wykonania robót będzie brany pod uwagę końcowy termin realizacji, a nie czasookres eksploatacji obiektu. Ten fakt potwierdził sam zamawiający wymagając przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie robót zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończonych, wskazując na protokół odbioru robót.

Odwołujący wskazał, że protokół odbioru robót, według art. 3 pkt 13 Prawa budowlanego, protokół - zarówno częściowy jak i końcowy, stanowi część dokumentacji budowy i jest pokwitowaniem spełnienia świadczenia i podstawą dokonania rozliczeń stron.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba wskazuje, że odwołujący do oferty załączył stosowny wykaz wykonanych robót budowlanych, który w następstwie wezwania zamawiającego został prawidłowo uzupełniony, z wyłączeniem dokumentu potwierdzającego, że w ramach budowy nowego Ośrodka Zdrowia w Prusach wykonano instalacje centralnego ogrzewania.

W zakresie kwestionowanej roboty dotyczącej przebudowy renesansowej rezydencji Hermanna Frankla w Prudniku, odwołujący przedłożył protokół końcowego odbioru robót

8

wykonanych w okresie od dnia 02.06.2011 do 30.09.2011 r., z daty odbioru od 05.10.2011 do 14.10.2011 r.

Z treści przedmiotowego protokołu wynika, że komisja składająca się zarówno z przedstawicieli inwestora (zamawiającego), jak i przedstawicieli wykonawcy (odwołującego), w toku odbioru wykonanych robót stwierdziła, iż roboty zostały wykonane dobrze, zgodnie z umową i aneksami podpisanymi do niej, dokumentacją techniczną, kosztorysem powykonawczym nr 07.

W ocenie Izby protokół powyższy potwierdza, że wykazane w wykazie wykonanych robót zadanie (poz. nr 5) zostało wykonane należycie.

Izba wskazuje, że zamawiający prowadząc postępowanie wyjaśniające w spornym zakresie wziął pod uwagę okoliczności, które ze swej istoty rzeczy nie mogły być wzięte do oceny odwołującego w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby wszystkie okoliczności, na które powołuje się zamawiający dotyczą *de facto* okresu gwarancji i rękojmi wykonanej inwestycji. Nie dotyczą zatem wykonania samej roboty budowlanej. Wskazać bowiem należy, że zamawiający Gmina Prudnik dopiero po okresie eksploatacyjnym CO (zimowym) stwierdziła samodzielnie, bez udziału wykonawcy (odwołującego) o wadach przedmiotu robót i to po okresie ok. 2 lat od przekazania robót do eksploatacji. Na rozprawie odwołujący zaprzeczył, iż Gmina Prudnik w dniu 4 lipca 2013 roku zwróciła się do niego o usunięcie wad. Odwołujący pisma takiego nie otrzymał.

Powyższą sytuację można by porównać do sytuacji, w której zamawiający zamawia przykładowo samochód, który w chwili przekazania do użytkowania nie budzi żadnych wątpliwości czy zastrzeżeń, a w trakcie eksploatacji ujawniałyby się wady produktu. Niemniej wady te, jako objęte udzieloną gwarancją podlegałyby zgłoszeniu dealerowi i przez niego usuwane w ramach właśnie udzielonej gwarancji czy rękojmi.

Ponadto budzi wątpliwości okoliczność, iż Gmina Prudnik (jej przedstawiciele) w dniu 21 czerwca 2013 roku, samodzielnie dokonali przeglądu instalacji CO w omawianej jednostce, bez udziału przedstawicieli odwołującego, stwierdzając wskazane w tym protokole nieprawidłowości. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że nie był wzywany przez zamawiającego, do dokonania takiego przeglądu, co może wypaczać wynik tego przeglądu.

Zamawiający, jako dowód w sprawie powołał również dokument z dnia 9 stycznia 2012 roku, tj. List referencyjny wystawiony na rzecz odwołującego, przez

zamawiającego – Gminę Prudnik, dotyczący rzeczowej inwestycji. Z treści tego dokumentu wynika, kilka istotnych informacji, w tym wartość robót, termin ich zrealizowania oraz ogólna opinia o wykonawcy. Zamawiający stwierdził w tymże liście, że wykonawca robót dotrzymał umownego terminu wykonania zadania, w toku realizacji przedmiotowego zadania zdarzały się problemy ze współdziałaniem z wykonawcą robót utrudniające realizację zadania inwestycyjnego. Zdaniem Inwestora wykonawca nie dokładał najwyższej staranności wymaganej w zakresie prowadzonej przez niego działalności.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej z treści przedstawionego listu referencyjnego wynika ogólnie pozytywna ocena wykonawcy (odwołującego) z zastrzeżeniami, co do drobnych elementów mających wpływ na realizację inwestycji. Z przedstawionego dokumentu nie wynika natomiast, że zamówienie zostało wykonane nienależycie. Tym samym wywodzenie przez zamawiającego negatywnych konsekwencji z przedmiotowego pisma, w odniesieniu do odwołującego zdaje się być ponad miarę negatywnym nastawieniem zamawiającego do tego wykonawcy. Być może wywołany stan spowodowany jest sporem zawiązanym przed sądem powszechnym w sprawie o zapłatę za wykonanie robót dodatkowych, albo być może z innych przyczyn. Niemniej z przedmiotowego listu referencyjnego nie sposób wywieść, iż realizowane zamówienie nie zostało wykonane należycie.

Powyższą tezę zdaje się potwierdzać również dowód zgłoszony przez odwołującego na rozprawie, tj. podziękowania Burmistrza Miasta Prudnik, który treścią tego dokumentu złożył *serdeczne podziękowania za udział i zaangażowanie w realizacji projektu pn. „Stworzenie bazy materialnej rozwoju ponadlokalnej oferty kulturowej – przebudowa renesansowej rezydencji Hermanna Frankla w Prudniku” wykonanego ze środków Regionalnego programu Operacyjnego Województwa Opolskiego na lata 2007-2013. Udział w kompleksowym remoncie tego zabytkowego obiektu, przywracającym mu pierwotny wystrój i świetność niech będzie dla Pana powodem do satysfakcji w życiu zawodowym i osobistym.*

Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzucił jego ofertę, naruszając przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

10

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

11