

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2008 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Sławomir Boratyński (spr.)

Sędziowie: SO Liliana Stępkowska

SO Beata Błotnik

Protokolant: Kinga Sobka

po rozpoznaniu w dniu 17 grudnia 2008 r. w Lublinie

na rozprawie

skargi konsorcjum: Stanisław Flis, prowadzący Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe „Flisbud” i Witold Zgubiński, prowadzący Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Bychowo”

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2008 r.

sygn. KIO/UZP1069/08 wydanego w sprawie odwołania wniesionego przez konsorcjum: Stanisław Flis, prowadzący Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe „Flisbud” i Witold Zgubiński, prowadzący Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Bychowo”

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Izbę Skarbową w Lublinie protestu z dnia 10 września 2008 r.

I. Oddala skargę.

II. Zasądza od skarżącego konsorcjum Stanisław Flis, prowadzący Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe „Flisbud” i Witold Zgubiński, prowadzący Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Bychowo” na rzecz zamawiającego Izby Skarbowej w Lublinie kwotę 900 zł. (dziewięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. „<< L

•/ oryginałem

Vstarszy/|^giasadowy

Sygn. akt IX Ga 211/08

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 października 2008 roku, wydanym w sprawie KIO/UZP 1069/08 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez konsorcjum: Stanisława Flisa prowadzącego Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD i Witolda Zgubińskiego prowadzącego Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BYCHOWO od rozstrzygnięcia przez zamawiającego: Izbę Skarbową w Lublinie protestu z dnia 10 września 2008 roku oraz obciążyła odwołującego kosztami postępowania (wyrok - k. 32-33).

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż 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. Pismem z dnia 5 września 2008 roku odwołujący został poinformowany przez zamawiającego o wykluczeniu z postępowania, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia i nie przedłożenie na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku. Czynność ta stała się przedmiotem protestu złożonego przez odwołującego, w którym zarzucił on niezasadne wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie zaproszenia odwołującego do złożenia ofert., co miało stanowić naruszenie art. 7 ust 1, art. 22 ust 1 pkt 10, art. 24 ust 2 pkt 3, art. 51 ust. 1 i ust 3 ustawy prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że spełnił on warunek udziału w postępowaniu jakim było wykonanie w okresie 5 lat od dnia wszczęcia postępowania „podobnego warunku kubaturowego”, który miał spełnić łącznie jeszcze 5 warunków w tym m.in. dotyczący powierzchni min. 7 000 m. W jego ocenie, stosownie do art. 3 ust. 6 i 7 prawa budowlanego rozbudowa jest jedną z kategorii budowy. Wykazując więc doświadczenie z zakresu rozbudowy wskazał, że posiada on doświadczenie z zakresu budowy. Ponadto zamawiający bezpodstawnie przyjął, że część podziemną inwestycji „Centrum Administracyjno-Informacyjnego z salą widowiskową w Legionowie” wykonał inny podmiot i odjął od powierzchni całkowitej obiektu realizację ok. 2 300 m². Nie można bowiem uznać, że LEG-BUD, który wykonał jedynie ściany fundamentowe i stropy wznosił obiekt budowlany. Pismem z dnia 19 września Izba Skarbowa w Lublinie oddaliła protest w całości podnosząc, iż nie kwestionuje co prawda, że budynek „Centrum Administracyjno-Informacyjnego z salą widowiskową w Legionowie” wykazany przez odwołującego we wniosku o dopuszczenie do udziału spełnia wymóg „podobnego obiektu kubaturowego”, jednakże 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 około 5 300 m² oraz wykonał roboty wykończeniowe w części podziemnej, której konstrukcję wykonała inna firma na podstawie odrębnej umowy. Konstrukcja wykonana przez tę inną firmę stanowi aż 1/3 część konstrukcji całego obiektu, za którą firma ją wykonująca ponosi odpowiedzialność. Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego odwołujący, w dniu 23 września 2008 roku wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Ustaliła, iż 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. Zamawiający określił przy tym pięć warunków, które musiał spełniać łącznie taki obiekt, a jednym z nich była powierzchnia netto nie mniejsza niż 7 000 m². W celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu odwołujące się konsorcjum przedstawiło wraz z wnioskiem do udziału z dnia 18 lipca 2008 roku wykaz wykonanych robót budowlanych, gdzie wykazało realizację obiektu „Centrum Administracyjno-Informacyjnego

z salą widowiskową” na rzecz Urzędu Miasta w Legionowie. Z ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zamawiający w związku z wątpliwościami co do spełnienia warunku w zakresie wymaganej powierzchni wykonanego obiektu netto zwrócił się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienie jaka powierzchnię netto w zakresie konstrukcji żelbetowej - monolitycznej wykonał FLISBUD. W odpowiedzi z dnia 18 sierpnia 2008 roku odwołujący się wyjaśnił, że wskazany budynek spełnia wszystkie wymogi wymienione w treści ogłoszenia. Podniósł ponadto, że inny podmiot nie wykonywał jego części podziemnej, a jedynie ściany fundamentowe i strop. Wszystkie roboty, które gwarantują uzyskanie pozwolenia na użytkowanie wykonał odwołujący. Wobec uznania, że załączone do wniosku dokumenty wraz z ich wyjaśnieniami nadal nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamawiający wezwał odwołującego do uzupełniania tychże dokumentów. Pismem z dnia 25 sierpnia 2008 roku odwołujący wskazał, że spełnia on wszystkie warunki dotyczące wykonania obiektu kubaturowego o podobnym charakterze.

Uzasadniając oddalenie odwołania Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, iż okolicznością bezsporną między stronami jest to, że część podziemną budynku „Centrum Administracyjno-Informacyjnego z salą widowiskową w Legionowie” wykonał inny niż odwołujący wykonawca tj. firma Leg - Bud. Odwołujący przyznał także, że Leg - Bud wykonał konstrukcję pomieszczeń garażowych i piwnic, których powierzchnia użytkowa wynosi 2 475,40 m². Przedstawiona przez odwołującego w trakcie rozprawy referencja z dnia 30 września 2008 roku, wystawiona przez Urząd Miasta Legionowa potwierdza co prawda, że Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe FLISBUD wykonało w garażu podziemnym i piwnicach, takie prace jak m.in. tynki wewnętrzne ścian i strop, izolację termiczną stropów i ścian i prace są w istocie robotami budowlanymi w rozumieniu art. 3 ust. 7 ustawy prawo budowlane, jednakże mieć na uwadze należy, że były to roboty wykonywane w istniejących już podziemiach garażu i piwnicach, który zrealizował inny wykonawca. Tym samym 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 definicję roboty budowlanej oraz budowy i budynku zamieszczone w art. 3 ust 1, ust. 6 oraz ust. 3 prawa budowlanego nie można zaklasyfikować w/w prac do robót budowlanych polegających na budowie obiektu budowlanego. W tej sytuacji zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej skoro część podziemną budynku o powierzchni 2 400 m² wykonał inny podmiot, to nie można uznać, że odwołujący w całości wybudował obiekt budowlany, którego łączna powierzchnia netto wynosi 7 628,7 m². Brak było również podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu. Wbrew bowiem twierdzeniom odwołującego w trakcie trwania procedury nie doszło do zmiany warunku udziału w postępowaniu (uzasadnienie wyroku z dnia 20 października 2008 roku - k. 34-39).

W dniu 5 listopada 2008 roku pełnomocnik konsorcjum wniósł skargę od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, zaskarżając go w całości i zarzucając mu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców wyrażające się w dyskryminowaniu skarżących jako konsorcjum, które mogłoby należycie wykonać umowę w sprawie zamówienia publicznego;
- art. 24 ust 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 w/w ustawy poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wskutek przyjęcia, że zachodzą przesłanki do wykluczenia skarżących z postępowania o zamówienie publiczne;
- art. 188 ust. 7 i art. 192 ust. 2 tj. przepisów postępowania poprzez sprzeczne ustalenia faktyczne w stosunku do zebranego w postępowaniu odwoławczym materiału dowodowego oraz zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia skarżących i dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżących kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą a tym kosztów uiszczonego wpisu (4 064 zł.) i kosztów zastępstwa procesowego (3 600 zł.) oraz kosztów niniejszego procesu, a tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazane zostało, że przyjęte przez Krajową Izbę Odwoławczą dwa założenia tj., że wykonanie robót budowlanych na istniejącej już powierzchni nie jest budową budynku kubaturowego oraz że odwołujący przyznał, że część podziemną „Centrum Administracyjno-Informacyjnego w Legionowie” o powierzchni 2 400 m² wykonał inny wykonawca, nie znajdują potwierdzenia w zebranych materiale. Skarżący potwierdził jedynie, że firma Leg-Bud wykonała wyłącznie ściany fundamentowe i konstrukcję piwnic w/w budynku, a więc tylko zrealizowała część robót żelbetowych. Wykonała ona jedynie wąski zakres robót o charakterze konstrukcyjnym, stanowiącym mniej niż 1/3 wszystkich tego typu robót koniecznych do oddania inwestycji do użytku, przy czym stan realizacji robót instalacyjnych i wykończeniowych wynosił zero. Ponadto celem robót wykonanych przez skarżącego w piwnicach i garażu przedmiotowego budynku było uzyskanie nowej substancji budowlanej w postaci nadającego się do zagospodarowania budynku, dlatego też skarżącemu należy przypisać budowę obiektu budowlanego o powierzchni 7 745,80 m², a tym samym posiadanie doświadczenia wymaganego w zamówieniu. Przeciwnie ustalenia są sprzeczne z art. 3 pkt 7 i art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - prawo budowlane, które odpowiednio definiują pojęcie robót budowlanych, przez które należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego oraz budowy, która jest wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego. Na poparcie swojego stanowiska skarżący powołał wyrok NSA w Białymstoku z dnia 29 marca 2001 roku (SA/Bk 852/00, ONSA 2002/2/85) (skarga - k. 42-47).

Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy rozpoznając przedmiotową skargę ustalił i zważył co następuje:

Skarga jest bezzasadna i podlega w całości oddaleniu. ' .

W ocenie Sądu Okręgowego, wbrew twierdzeniom skarżącego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2008 roku w sprawie KIO/UZP 1069/08 nie został wydany z naruszeniem przepisów postępowania określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku - prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655). Brak jest w szczególności podstaw do stwierdzenia, iż poczynione na gruncie przedmiotowego orzeczenia ustalenia faktyczne stoją w sprzeczności z art. 188 ust. 7 w/w ustawy. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Skład orzekający dokonuje więc oceny wyników postępowania dowodowego zgodnie z regułą swobodnej oceny dowodów, mając jednak na względzie zasady doświadczenia życiowego oraz reguły logicznego rozumowania, tj. bacząc aby z zebranego materiału dowodowego wyprowadzić wnioski tylko racjonalnie uzasadnione. Wskazać przy tym należy, iż w sytuacji gdy z określonego materiału dowodowego sąd ,a w niniejszym przypadku izba odwoławcza wyprowadziła wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej również w przepisie art. 233 kpc (statuującego tę regułę w procesie cywilnym), choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne (wyrok SN z dnia 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00, LEX nr 80273).

Dokonując ustaleń faktycznych w przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza oparła się na dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności ogłoszeniu oraz wniosku o dopuszczenie do udziału złożonego przez skarżącego oraz wzięła pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie przeprowadzonej przed nią rozprawy. W ocenie Sądu Okręgowego poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia faktyczne zatem znajdują potwierdzenie w powołanym materiale dowodowym, jak również nie naruszają zasady swobodnej oceny dowodów. Odmienna ocena tychże dowodów dokonana przez skarżącego stanowi jedynie

polemikę z prawidłowymi ustaleniami izby odwoławczej. Wbrew zarzutom skargi wskazać należy, iż powyższe ustalenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą i ich ocena prawna oraz stanowiąca podstawę ustaleń faktycznych ocena przeprowadzonych w toku postępowania dowodów są prawidłowe i Sąd Okręgowy dzieląc je, przyjmuje za własne, co sprawia, iż nie zachodzi potrzeba ich powtarzania (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1997 r., II UKN 61/97 - OSNAP 1998 nr 9, poz. 104 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 1999 r., IPKN 521/98 - OSNAP 2000, nr 4, poz. 143).

Wskazać należy, iż okolicznością sporną w niniejszej sprawie jest spełnienie przez konsorcjum: Stanisława Flisa - Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD i Witolda Zgubińskiego Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BYCHOWO jednego z warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest budowa budynku Izby Skarbowej i Urzędu Skarbowego w Lublinie. Warunkiem tym był wymóg, aby wykonawca ubiegający się o udzielenia zamówienia wykazał 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 o powierzchni netto nie mniejszej niż 7 000 m². Jak trafnie to przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza skarżący nie spełnił powyższego warunku. Na jego potwierdzenie wskazał on bowiem realizację obiektu „Centrum Administracyjno-Informatycznego z salą widowiskową” na rzecz Urzędu Miasta w Legionowie o powierzchni netto 7 628,70 m². Ze zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego wynika tymczasem, że budowa w/w obiektu przebiegała dwuetapowo, a wchodzące w skład konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD, które wybudowało nadziemną część budynku o powierzchni około 5 300 m² nie było jego jedynym wykonawcą. Konstrukcja piwnic i garaży o powierzchni około 2 400 m² została wykonana w pierwszym etapie budowy przez firmę LEG-BUD, co jednoznacznie wynika chociażby ze znajdującego się w dokumentacji postępowania, a powoływanego przez skarżącego protokołu końcowego i przekazania do użytku z dnia 11 lipca 2007 roku. Okoliczność tę potwierdził zresztą sam skarżący. W odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2008 roku wzywające do wyjaśnienia wątpliwości co do wybudowanej przez niego powierzchni netto budynku podał bowiem, iż „inny podmiot” wykonał ściany fundamentowe i strop, a na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik skarżącego przyznał, iż konstrukcję podziemną (konstrukcję piwnic) wykonała firma LEG-

BUD na podstawie odrębnej umowy zawartej z inwestorem (k. 29). Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego niczym nie uzasadnione są podnoszone w skardze zarzuty, iż Krajowa Izba Odwoławcza bezpodstawnie ustaliła, że skarżący przyznał, iż część podziemną „Centrum Administracyjno-Informacyjne w Legionowie” zrealizował inny wykonawca.

Spór dotyczy także oceny charakteru robót wykonanych przez firmę FLISBUD w podziemnym garażu i piwnicach w/w budynku i ewentualnego zaklasyfikowania ich do robót budowlanych polegających na budowie obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - prawo budowlane (Dz. U. 2006, Nr 156, poz. 1118 ze zm). Wskazać należy, iż zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawcy mieli doświadczenie, polegające na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej w ramach której wybudowali podobny obiekt kubaturowy. Stosownie do art. 3 pkt 7 prawa budowlanego przez robotę budowlaną należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. W świetle zaś art. 3 pkt 6 w/w ustawy budową jest wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego.

Referencja z dnia 30 września 2008 roku, wystawiona przez Urząd Miasta Legionowa potwierdza, że firma FLISBUD wykonała w części podziemnej budynku takie prace jak: tynki wewnętrzne ścian i stropów, izolację termiczną stropów i ścian, izolację akustyczną posadzki z żywic 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. W ocenie Sądu Okręgowego prace te są co prawda robotami budowlanymi w rozumieniu art.

3 pkt 7 prawa budowlanego, to jednakże wbrew twierdzeniom skarżącego nie można uznać ich za roboty budowlane polegające na budowie jako takiej obiektu budowlanego. Były to bowiem jedynie roboty o charakterze montażowo-wykończeniowym na istniejącej już powierzchni konstrukcji podziemnych. Jak słusznie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza powołane przez skarżącego orzeczenie NSA z dnia 29 marca 2001 roku (SA/Bk 852/00), w którym stwierdzono, że jeżeli roboty budowlane polegają na wykonaniu faktycznie nowego obiektu budowlanego, choć z wykorzystaniem elementów konstrukcyjnych pozostałych po innym obiekcie budowlanym, który uległ zniszczeniu to inwestor dokonuje nie remontu, lecz odbudowy w rozumieniu art. 3 pkt 6 prawa budowlanego, wydane zostało w oparciu o inny stan faktyczny i dlatego samo przez się nie może ono mieć wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie można również przyjąć, że ze strony skarżącego w efekcie tych prac nastąpiła rozbudowa w rozumieniu art. 3 pkt 6 prawa budowlanego. Rozbudowa to bowiem powiększenie, rozszerzenie budowli, obszaru już zabudowanego, dobudowanie nowych elementów (wyrok WSA w Białymstoku z dnia 2 stycznia 2006 roku, II S.A./Bk 428/2006), a żadna z tych czynności nie została przez firmę FLISBUD wykonana. Z całą pewnością firmie tej nie można również przypisać odbudowy, która polega na z reguły na odtworzeniu obiektu budowlanego po jego znacznym zniszczeniu, obejmującym często niemal całość, a jej rezultatem jest nowy obiekt budowlany zawierający elementy wykorzystane z poprzedniego obiektu.

Należy tu także wskazać, że podmiot, który w przedmiotowym spornym budynku w jego części podziemnej wykonał między innymi fundamenty, ściany i stopy nie wykonał wprawdzie obiektu budowlanego w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, ale nie oznacza to, że roboty tego podmiotu wykonane przez ten podmiot można przypisać skarżącemu. To, że z warunków zamówienia nie wynika wprawdzie faktycznie wprost jaka powierzchnia żelbetowo - monolityczna ma być wykonana przez podmiot ubiegający się o otrzymanie zamówienia publicznego, aby skutecznie mógł się on o nie ubiegać i spełniać wymagania zamawiającego nie oznacza, że powierzchnia ta jest bez żadnego znaczenia dla oceny kwalifikacji danego podmiotu. Jest natomiast oczywiste samo przez się, że ma to być powierzchnia, która musi być wykonana w danym obiekcie przez dany podmiot jako wykonawcę aby spełniał on wymogi ubiegania się o otrzymanie zamówienia i udział w postępowaniu przetargowym. Tak więc trudno jest też uznać, że powierzchnia budynku do której odnosił się wymóg jaki musiał spełniać wykonawca w tym zakresie nie odnosi się w ogóle do powierzchni powyższych robót i nie jest z nią w ogóle związana. Gdyby tak nie było wówczas należałoby przyjąć, że dany wykonawca wykonując jakiegokolwiek roboty w budynku o takiej powierzchni, robót żelbetowo - monolitycznych by nie musiał wykonywać w ogóle, aby spełniać warunek udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym postawiony przez zamawiającego. Należy tym samym stwierdzić, że okoliczność, iż skarżący (jeden z podmiotów tworzących konsorcjum) wykonywał roboty na powierzchni ponad 7 000 m², prowadził je na takiej powierzchni nie oznacza, że wykonał samodzielnie budynek jako taki, aby móc ubiegać się o zamówienie. Tak więc chociaż przedmiotowy budynek jako taki spełnia wymogi określone przez zamawiającego to jednak roboty wykonane w tym budynku przez skarżącego już nie. Wykonanie bowiem nie wszystkich robót zwłaszcza zaś o charakterze konstrukcyjnym, które ostatecznie doprowadziły do wybudowania tego budynku można bowiem przypisać skarżącemu. To, że kontynuował on roboty wcześniej rozpoczęte i wykonane przez innego wykonawcę, nie oznacza samo przez się, że można mu przypisać jako jednemu podmiotowi prace budowlane przy wznoszeniu etapami budowli, której powierzchnia spełnia wymogi określone przez zamawiającego.

Tak faktycznie to chodziło zatem nie o samo wykończenie budynku o powierzchni ponad 7 000 m² czy udział w jego wykańczaniu, lecz o wykonanie w tym budynku robót o takiej właśnie powierzchni przez konkretny podmiot, gdyż dopiero to dawało zamawiającemu rękojmię wykonania również przedmiotu zamówienia przez danego wykonawcę. Gdyby inaczej to traktować to oznaczało to by jak to już podniesiono wcześniej, że wykonanie nawet przez danego wykonawcę w danym budynku robót w niewielkim zakresie czy też w określonej branży dawało by danemu wykonawcy podstawy do skutecznego ubiegania się w postępowaniu przetargowym o zamówienie. Warunki te winny być zatem także oczywiste nie tylko dla samego zamawiającego ale i dla podmiotów

ubiegających się o to zamówienie , które do przetargu przystąpiły oraz ,że chodzi tu nie o wykonanie jakichkolwiek robót w obiekcie - jego wykończenie aby można było uzyskać pozwolenie na jego użytkowanie , czy też udział w wykonaniu takiego obiektu lecz o wykonanie przede wszystkim jego konstrukcji żelbetowo - monolitycznej.

Tak więc jeszcze raz należy tu podkreślić ,że to nie budynek jako taki miał spełniać wymogi określone przez zamawiającego , ale roboty wykonane w danym budynku przez tego konkretnego wykonawcę . To ,że wykonawca w części budynku wykonywał roboty , które nie mają charakteru robót budowlanych a jedynie montażowo - wykończeniowe nie oznacza ,że wykonał on cały budynek jako taki, w tym zaś w szczególności roboty odnoszące się do tych jego elementów konstrukcyjnych, które wykonywał inny podmiot.

Mając powyższe na uwadze bezsporne jest iż, skarżący nie spełnił jednego z warunków dopuszczenia do udziału w postępowaniu i nie przedstawił w tym zakresie wymaganych dokumentów. W tej sytuacji zaistniały przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 24 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych przesłanki do wykluczenia przedmiotowego konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym bezpodstawne są twierdzenia skarżącego, iż ze strony zamawiającego doszło poprzez takie wykluczenie do naruszenia w/w przepisów. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu było bowiem następstwem dokonania badania i oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych przez niego oświadczeń i dokumentów. Wobec stwierdzenia przez zamawiającego, że w stosunku do wykonawcy zachodzi jedna z okoliczności wymienionych w art. 24 w/w ustawy, miał on obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

Brak jest również przesłanek do stwierdzenia, iż organ orzekający postąpił wbrew art. 192 ust. 2 prawa zamówień publicznych, który przewiduje wymagania formalne odnośnie uzasadnienia wydanego orzeczenia . Przepis ten stanowi, iż powinno ono zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które iżba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Uzasadnienie wyroku z dnia 20 października 2008 roku czyni zadość powyższym warunkom. Organ orzekający nie odniósł się w nim co prawda do zagadnienia, którym dowodom odmówił waloru wiarygodności, jednakże zdaniem Sądu Okręgowego świadczy to najwyraźniej o tym, iż oparł on swe ustalenia na podstawie całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, nie odmawiając mocy dowodowej żadnemu z dowodów.

W ocenie Sądu Okręgowego nie można również przyjąć, iż w przedmiotowej sprawie doszło na naruszenia art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Statuuje on więc dwie fundamentalne zasady udzielania zamówień, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, które pozwalają na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Obowiązek przestrzegania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych, w tym w szczególności w regulacji odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza z kolei jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Wyrazem obowiązku zachowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równości jest także jego związanie podanymi do wiadomości publicznej (wykonawców) informacjami istotnymi dla danego

postępowania. Zamawiający nie może bowiem dowolnie zmieniać warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, a inne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia może zmieniać jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach i przy założeniu przedłużenia terminu składania ofert, jeśli jest to niezbędne (Komentarz do art.7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III).

Podkreślić jednak należy, iż zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, tak aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Okoliczność, że dany podmiot nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub spełnia go ograniczona ilość

wykonawców, nie uzasadnia automatycznie twierdzenia o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, w szczególności w sytuacji, gdy wymagania zamawiającego są uzasadnione jego potrzebami. Fakt więc, iż wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż brak jest jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej stanowi naruszenie art.7 ust 1 prawa zamówień publicznych. Twierdzenia skarżącego, iż był on dyskryminowany jako konsorcjum są gołosłowne i nie znajdują żadnego potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Zamawiający w ogłoszeniu sprecyzował warunki, które musieli spełnić wykonawcy aby móc wziąć udział w postępowaniu. Wobec wątpliwości, czy skarżący je wypełnił został on wezwany do ich wyjaśnienia i złożenia stosownych dokumentów. Dokonawszy ich oceny zamawiający zasadnie stwierdził, iż skarżący nie spełnia jednego z warunków określonych w ogłoszeniu i wykluczył go z postępowania. Czynności te jako w pełni uzasadnione nie stanowią w żaden sposób sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tej sytuacji, mając na uwadze całokształt powyższych okoliczności brak jest podstaw do uwzględnienia przedmiotowej skargi. Dlatego też, Sąd Okręgowy działając na podstawie powołanych przepisów oraz na mocy art. 198 ust 2 ustawy prawo zamówień publicznych orzekł o jej oddaleniu.

.. A

.mść 7, oryginałem
/""Za
7 \vt a dc_v starszy sekretarz sądów;