

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 października 2008 r.

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze V Wydział Gospodarczy

w następującym składzie:

Przewodniczący: SSO Anna Grzelak

Sędziowie: SO Dorota Witek

SO Alicja Izydorezyk (spr.)

Protokolant: Beata Bester

po rozpoznaniu w dniu 21.10.2008 r. w Jeleniej Górze

na rozprawie

sprawy ze skargi Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD
Sp. z o.o. w Bogatyni

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 02.09.2008r., sygn.akt KIO/UZP/864/08

przy udziale Gminy Bogatynia i Eugeniusza Figurskiego

oddala skargę

Sygn. akt V Ca 56 / 08

UZASADNIENIE

Wyrokiem z *dnia 2 września 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie* oddaliła odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Spółkę z o.o. w Bogatyni (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółkę z o.o. w Lubaniu oraz Pawła Jureko prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane i Drogowe Paweł Jureko w Zgorzelsku od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gminę Bogatynia protestu z dnia 28.07.2008r. przy udziale Eugeniusza Figurskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno - Budowlany

„ELTOR ” Eugeniusz Figurski, w Lubaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Kosztami postępowania Krajowa Rada Odwoławcza obciążyła Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i nakazała zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł. z kwoty wpisu uiszczonego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Krajowa Rada Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 12.06.2008r. Gmina Bogatynia (Zamawiający), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „ **Poprawa drogowej dostępności między miastami Hradek nad Nysą (CZ) a Bogatynią (PL) i Hermanicami (CZ) na pograniczu czesko-polskim** ” i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 2 200 627,64 € .

W dniu 21.07.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej - za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Eugeniusza Figurskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „ELTOR ” w Lubaniu.

W dniu 28.07.2008r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD ” Sp. z o.o. w Bogatyni (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Lubaniu oraz Paweł Jureko, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane i Drogowe Paweł Jureko w Zgorzelec - złożyli protest, którego Zamawiający nie rozstrzygnął w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu, w związku z czym Odwołujący, zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uznał go za oddalony i w dniu 12.08.2008r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia Eugeniusza Figurskiego, mimo że przedstawił on w ofercie nieprawdziwe dane mające wpływ na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych i zaniechanie odrzucenia jego oferty. Załączone do oferty Eugeniusza Figurskiego referencje dotyczące wykonania zadania „Zagospodarowanie i uzbrojenie terenu pod budownictwo mieszkaniowe jednorodzinne w obrębie ulic Poczтова - Świerczewskiego w Bogatyni” wskazują, że zakres wykonanych tam prac może być równoważny powyżej ok. 550 mb drogi. Odwołujący podnosi, że metry wykonanej drogi wskazane przez Eugeniusza Figurskiego w referencji są metrami kwadratowymi wykonanej nawierzchni, zatem Eugeniusz Figurski nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o powtórna ocenę ofert, wykluczenie Eugeniusza Figurskiego z postępowania, a w rezultacie odrzucenie jego oferty, i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W dniu 29 lipca 2008r. Zamawiający poinformowało wniesieniu protestu Eugeniusza Figurskiego (Przystępujący), który w tym samym dniu przyłączył się do postępowania toczącego się w wyniku protestu, a następnie w dniu 25.08.2008r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma szeroko pojęty interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty Przystępującego, przy powtórnej ocenie ofert, oferta Odwołującego znalazłaby się na drugim miejscu w rankingu cenowym ofert i w razie rezygnacji Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający mógłby uznać za najkorzystniejszą, z zawarcia umowy, miałby on szansę na uzyskanie zamówienia.

Zamawiający w SIWZ postanowił, że aby ubiegać się o udzielenie zamówienia, należy spełnić warunek udziału w postępowaniu, polegający na wykonaniu robót odpowiadających zakresem przedmiotowi zamówienia, tj. m.in. wykonaniu dwóch łącznej długości lub jednej (zakończonej) roboty budowlanej, obejmującej swoim zakresem, budowę lub remont drogi klasy L lub wyższej długości nie mniejszej niż 3,0 km² (str. 4 pkt 9.1.2.2 SIWZ).

Eugeniusz Figurski do swojej oferty załączył referencje z dn. 22.n.2006r., potwierdzające wykonanie 3 077 m drogi. Referencje te zostały wydane przez Burmistrza Miasta i Gminy Bogatynia.

Odwołujący podnosił, że zakres robót podany w ww. referencji, nie odpowiadał rzeczywistemu zakresowi wykonanych prac. Jako dowód na tą okoliczność Odwołujący powołał stronę 19 SIWZ na „Zagospodarowanie i uzbrojenie terenu pod budownictwo mieszkaniowe jednorodzinne w obrębie ulic Poczta - Świerczewskiego w Bogatyni”, gdzie w pkt. 3.1. podano wielkość nawierzchni jezdni z asfaltobetonu - 3.100 m². Wskazał również na swoje obliczenia, złożone na rozprawie, z których wynikało, iż długość nawierzchni przy założeniu długości krawężników podanych w referencji mogła wynosić pomiędzy 516 a 594 m².

Zamawiający nie zakwestionował obliczeń dokonanych przez Odwołującego, jednak wskazał, że z długości krawężników nie można wywodzić całkowitego zakresu prac, ponieważ krawężniki były zabudowywane tylko w części wewnętrznej nowego osiedla. Ponadto stwierdził, że faktycznie zakres prac był określony na stronie 19 SIWZ postępowania, po realizacji którego wystawiono kwestionowane referencje, jednak przy wystawianiu referencji wzięto pod uwagę cały zakres robót, objęty dokumentacją projektową, i wynikający z harmonogramu. W trakcie prowadzonych prac okazało się, że zakres prac jest większy, niż przewidziano. Przystępujący potwierdził stanowisko Zamawiającego - wystawione referencje dotyczyły remontu nawierzchni liczonej „liniowo” (tj. w metrach bieżących), a nie wg wielkości powierzchni (tj. w metrach kwadratowych). Jako potwierdzenie zwiększenia zakresu rzeczowego umowy, po realizacji której wystawiono kwestionowane referencje, złożył wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dn. 14.11.2006., sygn. akt IC1567/06.

Na podstawie tak opisanego wyżej materiału dowodowego, Izba uznała, że nie ma wystarczających przesłanek, aby stwierdzić, że w referencjach z dn. 22.11.2006r. podano nieprawdziwe informacje dotyczące długości zabudowanej / remontowanej nawierzchni asfaltowej, tj. 3 077 m. Zamawiającym w postępowaniu, w wyniku którego zawarto umowę, a następnie wystawiono referencje dn. 22.11.2006r., była Gmina Bogatynia przed którą toczy się przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Wystawca referencji z dn. 22.n.2006r. (pełnomocnik Gminy Bogatynia) potwierdził prawdziwość informacji w niej zawartych. Odwołujący nie wykazał, że zakres prac wynikających ze SIWZ był tożsamy z robotami faktycznie zrealizowanymi, ponieważ w ocenie Izby strona 19 z SIWZ postępowania, w wyniku którego zawarto umowę i wystawiono referencje w dn. 22.11.2006r. nie może mieć przesądzającego znaczenia wobec okoliczności, że niewątpliwie zakres robót wykonanych był większy, niż zakres robót wskazany na str. 19 SIWZ (co wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze, oddalającego powództwo Eugeniusza Figurskiego o zwiększenie wynagrodzenia, ponieważ wynagrodzenie określone w umowie było wynagrodzeniem ryczałtowym). Odwołujący nie kwestionował również wielkości częściowych, z których wynikała suma zrealizowanych nawierzchni, podanych w poz. 1 wykazu załączonego do oferty. W konsekwencji Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, polegającego na niewykluczeniu Eugeniusza Figurskiego z postępowania, mimo że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Izba nie uznała również za uzasadniony zarzut naruszenia art. 82 ust. 3 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych - Odwołujący wskazywał, że treść oferty Eugeniusza Figurskiego nie

odpowiada SIWZ, i jako taka powinna być odrzucona. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wskazał przesłanek, które mogłyby świadczyć o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Izba stwierdziła, że Odwołujący kwestionował wyłącznie dokumenty (referencje) potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie można utożsamiać z treścią oferty - oferta określa istotne postanowienia umowy, jaka ma zostać zawarta, a dokumenty, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, są załącznikami do oferty nie mającymi - co do zasady - wpływu na jej treść.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jako że Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego w jakimkolwiek zakresie jest sprzeczna z ustawą.

Nie potwierdził się także podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, którego podstawę Odwołujący upatrywał w nierównym traktowaniu wykonawców - w ocenie Izby z czynności podjętych przez Zamawiającego nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

SKARGĘ OD TEGO WYROKU WNIOŚŁO Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Spółka z o.o. w Bogatyni - Lider Konsorcjum zaskarżając orzeczenie w całości w oparciu o następujące zarzuty:

> błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że:

- Eugeniusz Figurski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „ELTOR” Eugeniusz Figurski w Lubaniu realizując roboty budowlane w ramach zadania „Zagospodarowanie i uzbrojenie terenu pod budownictwo mieszkaniowe jednorodzinne w obrębie ulic Poczta-Świerczewskiego w Bogatyni” wykonał drogi z masy asfaltowej w wymiarze 3 077 m. Błąd ten miał istotny wpływ na wynik sprawy, bowiem przyjęcie takiego ustalenia doprowadziło do oddalenia odwołania,
- prace określone wyżej odpowiadają wymogowi zawartemu w punkcie 9.1.2.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie „Poprawa dostępności między miastami Hradec nad Nysą (CZ) a Bogatynią (PL) i Hermanice (CZ) na pograniczu czesko -polskim,

który został sformułowany w następujący sposób : „, Wykonali w okresie ostatnich pięciu

lat.....budowę lub remont drogi klasy „L” lub wyższej na długości nie mniejszej niż 3 000

m”. Błąd ten miał istotny wpływ na wynik sprawy, bowiem przyjęcie takiego ustalenia doprowadziło do oddalenia odwołania i uznaniu, że zakres robót został potwierdzony przez Zamawiającego oraz przystępującego do odwołania wyrokiem Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze Wydział I Cywilny z dnia 14 listopada 2006 r., sygn. Akt 1C1567/06

> błąd w ustaleniach faktycznych polegający na wybiórczym potraktowaniu stanowiska odwołującego się i odniesienie się w uzasadnieniu tylko do jednego elementu obliczeń złożonych na rozprawie (karta 4 uzasadnienia wyroku) mianowicie do długości krawężników podanych w referencji, przy pominięciu istotnych obliczeń dotyczących wartości powierzchni asfaltobetonowych, z których wynikało, iż przy wykonaniu 3 077 metrów bieżących koszt samej nawierzchni asfaltowej wyniósłby

i około 1 523 115,00 zł wartość kontraktu musiałaby wynosić około 3 550 000,00zł. Błąd ten także miał

V

istotny wpływ na wynik sprawy, bowiem przyjęcie takiego ustalenia doprowadziło do oddalenia odwołania.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty skarżący wniosło zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i:

- 1) unieważnienie wyboru Wykonawcy Eugeniusza Figurskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „ELTOR” Eugeniusz Figurski w Lubaniu,
- 2) wykluczenie Eugeniusza Figurskiego z postępowania,
- 3) nakazanie dokonania czynności ponownej oceny złożonych ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) zasądzenie od Gminy Bogatynia na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego oraz kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą wraz z kosztami zastępstwa radcowskiego według norm przepisanych
- 5) zobowiązanie Zamawiającego - Gminy Bogatynia do przedłożenia Sądowi akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego .. Poprawa dostępności między miastami Hradec nad Nysą (Cz) a Bogatynią (PL) i Hermanice (Cz) na pograniczu czesko - polskim

SĄD OKRĘGOWY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadniczą kwestią istotną dla rozstrzygnięcia niniejszej skargi jest zbadanie zasadności zarzutu skarżącego sprowadzającego się do twierdzenia, że Eugeniusz Figurski dołączył do swej oferty referencje, których treść jest nieprawdziwa w związku z czym nie odpowiada warunkom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a co za tym idzie taka oferta E. Figurskiego winna być odrzucona.

Otóż jak stanowi pkt 9.1.2.2. SIWZ zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonali dwie o łącznej długości lub jedną (zakończoną) robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem:

- => budowę sieci wodociągowej wraz z przyłączami długości nie mniejszej niż 3 200 mb,
- => budowę sieci kanalizacyjnych długości nie mniejszej niż 580 mb,
- => **budowę lub remont drogi klasy „ L ” lub wyższej długości nie mniejszej niż 3,0 km,**
- => budowę oświetlenia drogowego długości nie mniejszej niż 3,0 km.

Nie było przez skarżącego kwestionowane, że Eugeniusz Figurski przedstawił dwa listy referencyjne wystawione przez:

- > Urząd Gminy Zgorzelec potwierdzające wykonanie przez oferenta w okresie od VI do IX 2004r. sieci wodociągowej o różnych średnicach o łącznej długości 4 254 mb wraz z przyłączami o długości 831 mb.
- > Burmistrza Miasta i Gminy Bogatynia w Bogatyni, z którego wynika, że Eugeniusz Figurski wykonał na rzecz wystawcy referencji w ramach zadania „ Zagospodarowanie i uzbrojenie terenu pod budownictwo mieszkaniowe jednorodzinne w obrębie ulic Poczтова - Świerczewskiego w Bogatyni prace polegające na:
 - ułożeniu kanalizacji sanitarnej o łącznej długości 719 mb
 - ułożeniu kanalizacji deszczowej o łącznej długości 1047 mb
 - ułożeniu sieci wodociągowej o łącznej długości 536 mb

- wykonanie sieci ciepłowniczej o łącznej długości 1034 mb
- wykonanie dróg z masy asfaltowej obejmujące także remont nawierzchni po wyżej wymienionych robotach o łącznej długości 3 077 mb.

Jak słusznie zauważył zamawiający, skarżący zarówno w odwołaniu, jak obecnie w skardze, skoncentrował się jedynie na kwestionowaniu tej ogólnej ilości wykonanych dróg natomiast nie zwrócił uwagi, że w ramach prac remontowych Eugeniusz Figurski wykonał roboty obejmujące przywrócenie dróg, w których realizowano prace wodociągowe i kanalizacyjne, do stanu poprzedniego. Skarżący nie zgłosił żadnych zastrzeżeń do podanych w referencjach ilości metrów bieżących prac naprawczych dróg

w zakresie poszczególnych ulic, tymczasem suma wszystkich wykonanych prac remontowanych oraz prac przy realizacji nowego odcinka drogi składa się na ogólną ilość wykonanych przez oferenta i podanych referencjach 3 077 mb drogi. Brak jest dostatecznych podstaw, aby kwestionować te dane.

Z referencji wynika, że na tę ogólną ilość metrów bieżących dróg składa się 1176 mb dróg, na których ułożono nową nawierzchnię. Wykonanie takiej ilości prac potwierdził ówczesny zamawiający. Jest niewątpliwe, że oferent w wykonaniu zadania „Zagospodarowanie i uzbrojenie terenu pod budownictwo mieszkaniowe, jednorodzinne w obrębie ulic Pocztowa i Świerczewskiego w Bogatyni „, wykonał na podstawie dodatkowej umowy z dnia 11.05.2006r. prace w zakresie wymiany sieci wodociągowej w ulicy Świerczewskiego, co wymagało niewątpliwie także realizacji prac remontowych dotyczących nawierzchni tej ulicy. Zdaniem Sądu nie ma uzasadnionych podstaw, by kwestionować prawdziwość referencji przedstawionych przez oferenta E. Figurskiego w sytuacji, gdy wystawca tych referencji twierdzi stanowczo, że zakres rzeczowy prac z uwzględnieniem prac remontowych po wymianie sieci wodociągowej, przyłączy, naprawie dróg odpowiada ilości wskazanej w przedstawionym dokumencie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ze swej istoty ma przebiegać bez zbędnej zwłoki, nie jest ani celowym, ani nie służy interesowi zamawiającego przedłużanie tego postępowania zwłaszcza w sytuacji, gdy zarzuty skarżącego oparte są nie na rzetelnych danych lecz spekulacjach nie popartych rzetelną wiedzą, co do zakresu faktycznie wykonanych przez E. Figurskiego prac na rzecz Gminy. Nadto nie można nie zauważyć, że E. Figurski spełnił pozostałe określone dla stających do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców warunki wyliczone wszak w SIW taksatywnie, by zostać zaliczonym do grona oferentów.

W ocenie sądu w przedstawionej sytuacji skarga podlegać musiała wiec oddaleniu na podstawie art. 198 ust. 2 zd.1 b ustawy z dnia 29.01.2004⁴ Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity Dz U 2007, nr 223, poz. 1655.