

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 05 grudnia 2008 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Bożena Kachnowicz - Kokot

Sędzia SO Grażyna Tarkowska

Sędzia SO Jolanta Safader - Skwarlińska (spr)

Protokolant: stsek.sąd. Elżbieta Rochowicz

po rozpoznaniu w dniu 03 grudnia 2008 roku w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi Józefa Narloch prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą
Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” Józef Narloch w Rybakach k/ Kościerzyny

przeciwko Starogardzkiemu Przedsiębiorstwu Budowlanemu „S - Bud” S.A. w
Starogardzie Gdańskim

z udziałem zamawiającego Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku
o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 02 października 2008 r.

sygn. akt KIO/UZP 995/08

1. oddala apelację;
2. zasądza od skarżącego Józefa Narloch, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” Józef Narloch w Rybakach k/ Kościerzyny, na rzecz przeciwnika skargi Starogardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S - Bud” S.A. w Starogardzie Gdańskim kwotę 1.200,- (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed sądem drugiej instancji.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 2 października 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Starogardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A. w Starogardzie Gdańskim i nakazała Zamawiającemu, tj. Gdańskiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego spółka z o.o. w Gdańsku unieważnienie czynności wyboru oferty Józefa Narloch Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch”, 83- 400 Kościerzyna, Rybaki, a nadto - dokonanie ponownego badania, oceny i wyboru ofert. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza, stosownie do wyniku postępowania, orzekła o kosztach postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę dwóch budynków mieszkalnych nr 25 i 26 zlokalizowanych w Gdańsku - Ujeścisku przy ul. Jeleniogórskiej wraz z kompleksem instalacji wewnętrznych, uzbrojeniem i zagospodarowaniem terenu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1, poz. 162027 z 16.07.2008 r.) w dniu 28 sierpnia 2008r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A. w Starogardzie Gdańskim. Protest był następstwem powiadomienia w dniu 21 sierpnia 2008 r. o wyborze w tym przetargu oferty Józefa Narloch, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” w Rybakach k/ Kościerzyny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Gdańskiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (*tekst jedn. Dz. U. z 2006r., Nr 164, poz. 1163ze zm.; dalej: Pzp*).

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy, mimo że a/ nie spełniał on w dniu składania ofert warunków podmiotowych udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, a mianowicie nie wykazał, że zrealizował przynajmniej jeden budynek mieszkalny o wartości nie mniejszej niż 4 mln zł, b/ złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W wykazie zrealizowanych robót podał łączną wartość dwóch budynków, sugerując wykonanie jednego budynku o wskazanej wartości, c/ W uzupełnionym wykazie podał jako wykonane przed dniem wszczęcia postępowania

dwa budynki o wartości ponad 4 mln zł każdy, mimo że odbiór tych budynków nastąpił po wszczęciu postępowania,

2. art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp przez wybór oferty wykonawcy, który nie mógł ubiegać się o zamówienie i powinien podlegać wykluczeniu,

3. art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych,

4. art. 88 Pzp przez dokonanie nieprawidłowych poprawek w obliczeniu ceny w zał. tabela elementów rozliczeniowych,

5. art. 87 ust. 1 Pzp przez uwzględnienie uzupełnionego wykazu robót wybranego wykonawcy, co stanowiło zmianę treści oferty,

6. art. 82 ust. 3 Pzp przez wybór, oferty która nie odpowiada treści SIWZ, zawierającej błędy w obliczeniu ceny, podającej wartości inne niż określone do dwóch miejsc po przecinku,

7. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ, zawierającej błędy w obliczeniu ceny nie kwalifikujące się do poprawienia. Odwołujący zarzucił również naruszenie przepisów § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), przez uwzględnienie uzupełnionego wykazu robót.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2008 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpił w dniu 29 sierpnia 2008 r. wykonawca Józef Narloch, który wniósł o oddalenie protestu, oraz utrzymanie w mocy wyboru jego oferty, wywodząc i uzasadniając, że wbrew zgłaszanym zarzutom, spełnił warunki udziału, a złożona oferta odpowiada treści SIWZ.

Pismem doręczonym 4 września 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. W uzasadnieniu podniósł, że zgodnie z obowiązkiem ustawowym wzywał 11 sierpnia 2008 r. Józefa Narloch do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wykazanego doświadczenia zawodowego, a następnie do uzupełnienia dokumentów poświadczających wykonanie budynku o wartości nie niższej niż 4 mln zł. Wybrany wykonawca w określonym terminie uzupełnił wykaz robót wraz z załączeniem referencji, który odpowiada wymaganiom SIWZ. W tej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do dokonania oceny oferty, według stanu z daty uzupełnienia do czego obliguje art. 26 ust. 3 Pzp. W zakresie zarzutów dotyczących błędów w tabeli elementów rozliczeniowych załącznika 2 a i błędów w obliczeniu ceny, Zamawiający powołał się na treść postanowień SIWZ i wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, gdzie został wskazany sposób ustalenia ceny i charakter wynagrodzenia jako ryczałtowego, w rozumieniu art. 632 k.c., zatem podaną cenę oferty uznał za prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 9 września 2008 r. zostało złożone odwołanie, z kopią doręczoną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu, zostały podtrzymane wraz z wnioskami:

1. nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego : a/ wyboru oferty Józef Narloch, b/ nakazania unieważnienia wezwania wykonawcy Józef Narloch do uzupełnienia dokumentów,
2. nakazania powtórzenia czynności Zamawiającego oceny i wyboru oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego pismem z dnia 23 września 2008 r. przystąpił wykonawca Józef Narloch wnosząc o utrzymanie decyzji o wyborze jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego „Narloch” wraz z jej uzupełnieniami. Natomiast KIO nie dopuściła dowodu z opinii biegłego sądowego, o co wnioskował przystępujący do odwołania Józef Narloch, dot. aktualnej wartości budynku nr 9 zrealizowanego w 2005 r. dla Zamawiającego, gdyż dowód taki odnosi się do postanowień SIWZ.

Nadto KIO rozważyła stanowiska przedstawione przez pełnomocników stron reprezentanta Odwołującego i Przystępującego do odwołania, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż termin związania ofertą wynoszący 30 dni rozpoczął swój bieg z dniem składania ofert, tj. z dniem 07 sierpnia 2008 r. Według Zamawiającego oferty Odwołującego oraz wybranego wykonawcy nadal pozostają zabezpieczone wadium. Wartość przedmiotu zamówienia wskazana w protokole postępowania wynosi 1.875.750,29 euro. W postępowaniu zostało złożone 5 ofert, z czego oferta wybrana firmy Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” z ceną 7.967.508,79 zł została

sklasyfikowana jako najkorzystniejsza w jedynym kryterium ceny. Natomiast oferta Odwołującego, z ceną 8.039.538,92 zł zajmuje drugą pozycję. Stąd interes prawny Odwołującego w kwestionowaniu poprzedzającej go oferty Krajowa Izba Odwoławcza uznała za niewątpliwą.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w zakresie zarzutów podniesionych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu oraz w toku rozprawy, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawiera następujące regulacje.

W rozdziale 5 opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków pkt 5.1 lit.b Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy między innymi posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz wykażą się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy - to w tym okresie, jednego budynku mieszkalnego co najmniej trzykondygnacyjnego, w zakresie wszystkich branż ujętych w niniejszym zamówieniu o wartości wykonanych robot nie mniejszej niż 4 mln zł brutto, z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 5 pkt 5.2 lit b SIWZ Zamawiający zapowiedział, że oceni spełnienie warunków na podstawie dokumentów załączonych do oferty - wykazu wykonanych robot budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy - to w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Wykaz należało sporządzić według wzoru zał. Nr 5 do SIWZ. Ten sam dokument wskazany jest w rozdziale 6 pkt 6.1 lit g SIWZ.

W rozdziale 12 stanowiącym opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający postanowił:
1/ 12.1 cenę oferty należy podać w formie ryczałtu, którego definicję zawiera art. 632 k.c. Do ceny netto należy doliczyć podatek VAT w obowiązującej wysokości.

2/ 12.2 zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, należy przyjąć następującą stawkę podatku VAT:

a) dla elementów robot ujętych w tabeli elementów rozliczeniowych - zbiorcze zestawienie kosztów (zał. Nr 2 do SIWZ) w pozycjach nr 1 - roboty przygotowawcze placu budowy, poz.

nr 7 - przyłącza instalacyjne i sieci wod - kan. oraz nr 8 - urządzenie terenu: w wysokości 22%, (podobnie zał. nr 2 a, 2g i 2h),

b) dla pozostałych elementów robót w wysokości 7%.

3/12.3 Wszystkie wartości oraz ostateczna cena oferty winny być liczone do dwóch miejsc po przecinku.

4/12.4 Jeżeli wykonawca stosuje upusty cenowe, to proponując je Zamawiającemu w ofercie musi je uwzględnić w ostatecznej cenie oferty.

5/ 12.7 Zamawiający poprawi oczywiste omyłki pisarskie w tekście oferty, a także omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, według zasad określonych w art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

W załączniku nr 1 formularzu oferty wykonawcy złożyli oświadczenia o treści „*my niżej podpisani oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej*

wykonania i odbioru robót, wytycznych do wykonania robót za wynagrodzeniem ryczałtowym, łącznym w kwocie.... Wynagrodzenie pokrywa wszystkie nasze zobowiązania wynikające z zamówienia (włączając w to zobowiązania związane z dostawą dóbr, materiałów, i robót) a także wszystko co może być konieczne do właściwego wykonania i wykończenia przedmiotu zamówienia, a także do usunięcia usterek ”

W załączniku nr 4 do SIWZ wzorze umowy pkt 1.2.12 zawarta jest definicja umownego wynagrodzenia ryczałtowego - jako kwoty wraz podatkiem VAT należnej do zapłaty wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy wraz z usunięciem wad ujawnionych przy odbiorze w okresie rękojmi oraz w okresie gwarancji jakości.

W punkcie 6.1.1 wzoru umowy Zamawiający podejmuje zobowiązanie zapłaty wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego. Ustala się, że wynagrodzenie wykonawcy uwzględnia wszystkie obowiązujące w Polsce podatki, włącznie z podatkiem VAT oraz opłaty celne, inne opłaty związane z wykonaniem robót. Wykonawca nie może żądać podwyższenia umownego wynagrodzenia ryczałtowego.

Na zapytania wykonawców odnoszące się do postanowień specyfikacji, Zamawiający udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 29 lipca 2008 r. (dot. kosztorysy w formie uproszczonej) i w piśmie z dnia 4 sierpnia 2008 r. (dot. ceny podanej w formie ryczału).

Pismem z dnia 11 sierpnia 2008 r. Zamawiający powiadomił wybranego Wykonawcę, że w toku badania ofert stwierdził omyłki rachunkowe w tabeli elementów rozliczeniowych na str. 9 oferty dla urządzenia placu budowy i jego zasilania w energię elektryczną, polegające na błędnym obliczeniu iloczynu kwot netto i stawki podatku VAT. W pozycji ogółem wykonawca wpisał prawidłowe sumy kolumny: wartość brutto - budynek 25 i 26. Zamawiający skorygował omyłki, a na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp przyjął, że prawidłowo podano cenę ryczałtową w druku oferty, bez względu na sposób jej obliczenia.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej cytowane wyżej postanowienia SIWZ i wyjaśnienia w sposób jednoznaczny i bez żadnych wątpliwości określają ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją.

Zdaniem Izby w takich okolicznościach podnoszone przez Odwołującego błędy w kosztorysie ofertowym (tabeli elementów rozliczeniowych, załącznik nr 2a do SIWZ) wykonawcy Józefa Narloch prowadzącego Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch,” nie mają żadnego negatywnego skutku dla oceny oferty. Dla czynności porównania ofert liczy się bowiem cena całkowita brutto, podana w formularzu ofertowym, o czym stanowi art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp, który przewiduje, że w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo za jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Zamawiający wyraźnie określił rolę kosztorysu ofertowego jako mającego charakter pomocniczy przy obliczaniu ceny oferty. Kosztorys w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego stanowi jedynie uzasadnienie podanej ceny oferty. Dla Zamawiającego kosztorysy, tabele elementów rozliczeniowych mogą być przydatne przy kontrolowaniu postępów prac i dokonywaniu rozliczeń zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym. Zastosowane przez wybranego wykonawcę stawki podatku VAT były właściwe, takie jakie zostały wskazane w rozdziale 12.2 SIWZ przez samego Zamawiającego dla poszczególnych rodzajów robót. W tabeli elementów rozliczeniowych, zał. Nr 2a do SIWZ nie przewidziano podania stawki podatku VAT, a jedynie wartość netto i brutto. Należy więc przyjąć, że stawka podatku VAT była taka jak wprost podał Zamawiający w rozdziale 12.2 SIWZ, wynosząca -22%.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że została błędnie przyjęta stawka podatku VAT. Błąd wynikał z działania arytmetycznego i nie został powtórzony w podsumowaniu danych z tabeli 2a. Cena w formularzu oferty, odpowiada podsumowaniu cen netto i brutto z poszczególnych tabel elementów rozliczeniowych, została podana prawidłowo, z uwzględnieniem właściwych stawek podatku VAT, a jej wyliczenie jest właściwe i niekwestionowane. Brak jest zatem podstaw do czynienia Zamawiającemu zarzutu

zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Ponadto Izba wskazała, że Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2008 r. powiadomił wykonawców na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp o sposobie skorygowania omyłek w załączniku nr 2a (bud. 25 i 26) - Tabela elementów rozliczeniowych - roboty przygotowawcze placu budowy w pozycji 1, z kwoty 3.660 zł na kwotę 4.880 zł, na co wykonawca Józef Narloch wyraził swą zgodę. Cena oferty została podana do dwóch miejsc po przecinku. Tak samo zostały podane wartości w tabelach elementów rozliczeniowych. W sytuacji, gdy wybrany wykonawca podawał wartość pozycji w pełnych złotych, nie umieszczał zer po przecinku, co jest prawidłowe. Cena oferty ma być wyrażona w sposób zgodny z polskim systemem monetarnym, gdzie najmniejszą jednostką rozliczeniową stanowią grosze. Zatem cena oferty, czy stała cena jednostkowa może być wyrażona w złotych, ewentualnie z uwzględnieniem groszy.

Z przedstawionych względów skład orzekający Izby nie podzielił również stanowiska Odwołującego, że ze względu na wybór oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego „Narloch” Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czy art. 87 ust. 2 oraz art. 88 Pzp.

W zakresie odnoszącym się do zarzutów braku wymaganego doświadczenia wybranego wykonawcy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, że Józef Narloch w dokumentacji oferty złożył wykaz wykonanych robót budowlanych z dnia 6 sierpnia 2008 r. według wzoru załącznika nr 5, obejmujący ogółem 5 realizacji, trzy poniżej wartości 4 mln zł, ponadto zostały wskazane: a/ poz. 3 - zamawiający S.M. Południe w Gdańsku, okres realizacji 06/2005-09/2006, wartość brutto 6.290.530 zł, b/ poz. 5 - zamawiający S.M. Południe w Gdańsku, okres realizacji 05/2007-06/2008, wartość 7.227.055 zł.

W ocenie Izby z przedstawionych referencji z dnia 7 listopada 2006 r. wynika, że wybrany wykonawca zrealizował na rzecz S.M. Południe w Gdańsku, od 06/2005 do 09/2006 budynek wielorodzinny nr 36, 37 w Gdańsku Oruni za kwotę 5.879.000 zł netto. Pismem z dnia 14 sierpnia 2008 r. Zamawiający wezwał Józefa Narloch do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień odnośnie dokumentów załącznika nr 5 na stronie 39 oferty oraz referencji przedstawionych na stronie 45 i 49 oferty. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziło, czy w pozycji 3 wymienionego wykazu ujęty został jeden budynek o wartości 5.879.000 zł., czy też dwa budynki. Z kolei czy w poz. 5 wykazana wartość łączna 7.227,055 zł dotyczy 2

"W

budynków, i jaka jest wartość robót w odniesieniu do pojedynczych budynków.

W zakreślonym terminie, pismem z dnia 19 sierpnia 2008 r. Józef Narloch udzielił odpowiedzi, że poz. nr 3 wykazu dotyczy realizacji dwóch budynków, jeden o wartości 2.678.325,38 zł, drugi o wartości 3.551.665,78 zł. Analogiczna sytuacja miała miejsce w odniesieniu do poz. 5 wykazu, gdzie jeden budynek był o wartości robót 3.587.775,57 zł, natomiast drugi o wartości 3.520.030,55 zł. Wykonawca J. Narloch powołał się na okoliczność, że w stosunku do okresu realizacji, nastąpiła znacząca podwyżka cen produkcji budowlano montażowej, zatem obecna wartość zrealizowanych budynków przekracza wymaganą przez Zamawiającego kwotę 4 mln zł. Dodatkowo wyjaśnił, że w załączniku nr 8 do oferty - formularz danych o wykonawcy, zawarł informacje, że realizuje aktualnie na rzecz Zamawiającego budynki nr 23 i 24 przy ul. Jeleniogórskiej, jako największe przedsięwzięcie, spełniające wszelkie wymogi niniejszego postępowania, tak kubaturowe jak i wartościowe. Świadczy to o posiadaniu wystarczającego doświadczenia zawodowego i potencjału technicznego. Zarówno budynek nr 23 jak i 24 zostały zakończone, zgłoszone do odbioru w dniu 26 czerwca 2008 r. W dniu 21 lipca 2008 r. został sporządzony protokół odbioru budynku nr 23, stanowiący potwierdzenie należytego zrealizowania umowy, a budynek 24 jest w trakcie odbioru. Wymagana wartość budynku 4 mln zł, na udokumentowanie

doświadczenia jest zawyżona - zdaniem wykonawcy - w stosunku do wartości budynków, stanowiących przedmiot zamówienia. Do wymienionego pisma został dołączony protokół odbioru budynku nr 23 z dnia 21 lipca 2008 r.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający pismem z dnia 20 sierpnia 2008 r. wezwał Józefa Narloch do uzupełnienia wykazu wykonanych robót, o obejmujące przynajmniej jeden budynek mieszkalny wykonany w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, odpowiadający swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów, że roboty te zostały wykonane należycie.

W wyznaczonym terminie 21 sierpnia 2008r. Józef Narloch przekazał uzupełniony wykaz robót, referencje oraz ponowne protokół odbioru budynku nr 23. W wykazie według załącznika nr 5 do SIWZ została ujęta dodatkowa pozycja nr 6, gdzie jako wykonane na zlecenia Zamawiającego zostały podane budynki nr 23 i 24. Potwierdzenie należytego wykonania umowy stanowi zaś protokół odbioru budynku nr 23 z dnia 21 lipca 2008 r. przy ul. Jeleniogórskiej w Gdańsku, w którym wartość robót została wskazana na kwotę 5.855.396,68 zł brutto. W protokole zamieszczono wzmiankę, że wykaz usterek zawiera załącznik nr 8 oraz, że nie stwierdzono wad trwałych. Zamawiający przyjął uzupełniony wykaz i w tym samym dniu 21 sierpnia 2008 r. wybrał ofertę Józef Narloch - Przedsiębiorstwa Budowlanego „Narloch” jako najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż rozpatrując materiał dowodowy sprawy miała na uwadze, że przepisy § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) wymagają udokumentowania doświadczenia zawodowego wykazu wykonanych robót w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania. Tak samo Zamawiający, wzywając wybranego wykonawcę pismem z dnia 20 sierpnia 2008 r. do uzupełnienia wykazu robót wraz z potwierdzeniem referencjami, nie odstąpił od warunku, aby roboty te zostały wykonane przed wszczęciem postępowania. Jak wynika z dokumentacji akt sprawy ogłoszenie o zamówieniu, wszczynające postępowanie zostało opublikowane w dniu 16 lipca 2008 r., natomiast odbiór budynku nr 23 miał miejsce w dniu 21 lipca 2008 r., a więc po wszczęciu postępowania dotyczącego przedmiotowego zamówienia. Nie można jednak pomijać uregulowania zawartego w art. 26 ust. 3 Pzp, wskazującego że uzupełnione dokumenty, na wezwanie Zamawiającego powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w wyznaczonym terminie. W tym zakresie ustawodawca dopuszcza korygowanie oświadczeń wykonawcy, składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pierwotnie złożonych w dokumentach oferty. Nie stanowi to zmiany oferty, gdyż nie odnosi się do treści oferty, jako istotnych postanowień umowy o wykonanie robót będących przedmiotem zamówienia. Ponadto zakres uzupełnianych dokumentów podmiotowych, musi być interpretowany szeroko, może więc dotyczyć złożenia dokumentu, którego oferta nie zawierała, może też uzupełniać wymaganą treść. Wykonawca wybrany miał więc prawo wykazać robotę budowlaną, którą pierwotnie pominął.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że jakkolwiek stwierdzenie usterek nadających się do usunięcia nie stanowi samo przez się o nienależytym wykonaniu umowy o roboty budowlane, to istotny jest zakres tych usterek i fakt ich terminowego usunięcia. Znamienne jest, że Zamawiający nie wystawił referencji, jednoznacznie potwierdzających fakt należytego wykonania umowy, a wykonawca wybrany o to nie występował. W tym zakresie posługuje się jedynie protokołem odbioru budynku, który nie daje możliwości oceny, czy roboty zostały wykonane należycie. Protokół odbioru robót tylko wtedy stanowi

potwierdzenie należytego wykonania umowy, jeżeli jednoznacznie potwierdza to jego treść, ewentualnie braków i usterek stanowiący zał. Nr 8 do protokołu stwierdza istnienie usterek,

, których data usunięcia została wyznaczona na 29 lipca 2008 r. Wykonawca wybrany miał

- więc możliwość złożenia na dzień uzupełnienia dokumentów protokołu usunięcia usterek.

Wobec zaistnienia usterek stwierdzenie w protokole, że obiekt (co do zasady) odpowiada przeznaczeniu i spełnia wymogi prawa budowlanego oraz nadaje się do odbioru i użytkowania, zgodnie z przeznaczeniem, nie przesądza o należytnym wykonaniu zamówienia.

W ocenie Izby przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie dopuszcza ponownego wzywania wykonawcy do uzupełniania tych samych dokumentów, tj. potwierdzających należyte wykonanie określonego zadania inwestycyjnego (referencji lub dokumentów in równoważnych).

Zamawiający jako inwestor przedmiotowego budynku nr 23 w Gdańsku przy ul. Jeleniogórskiej, bez wątpienia dysponuje wiedzą na temat czy wybrany wykonawca należytnie wykonał zamówienie. Jednakże winno to jednoznacznie wynikać ze złożonych dokumentów oferty, co ma zabezpieczać jawność procedury udzielania zamówienia i umożliwiać korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawców, których interes prawny w związku z wyborem określonej oferty został naruszony.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wykonawca Józef Narloch w wykazie załączonym do oferty podał informacje nieprawdziwe. Z konfrontacji pozycji 3 i 5 wykazu robót i odpowiadających im referencji wynika niejednoznaczność kwestionowanych informacji, co zostało wyjaśnione na wezwanie Zamawiającego przed wyborem oferty, zatem pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. Zamawiający oddalił protest, nie unieważnił wyboru oferty, i nie zapowiedział ponownej oceny ofert. Izba przyjęła, że aktualny jest pierwotny wybór, oparty na uzupełnionym oświadczeniu wykonawcy, że należytnie wykonał robotę budowlaną o złożoności i wartości odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. Nie jest rzeczą naganną jeżeli wykonawca w wykazie informacyjnie podaje inne przedsięwzięcia, które zrealizował. Jednak dokument ten jest składany w zasadniczym celu udokumentowania doświadczenia zawodowego, zatem musi zawierać dane o co najmniej tylu odpowiednich robotach, ile było podane w SIWZ. Nie sposób zgodzić się Przystępującym do odwołania Przedsiębiorstwem Budowlanym „Narloch”, że wskutek zwyczajki cen produkcji budowlano - montażowej budynki zrealizowane przez niego w latach 2004-2007, obecnie przedstawiają wartość nie mniejszą niż 4 mln zł każdy. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują przeszacowania wartości środków trwałych, a i takie przeszacowanie nie miało miejsca w tym okresie na podstawie ogólnie obowiązujących przepisów. Liczy się wartość nominalna przewidziana umową. Jeżeli Przystępujący do odwołania uważał, co podnosił, że wymagania nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia, służyła droga protestu na postanowienia SIWZ.

Z przedstawionych względów KIO w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy sprawy uznała, że zasadne są zarzuty czynione Zamawiającemu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez uznanie za spełniającego warunki udziału wykonawcy, który nie wykazał jednoznacznie należytego wykonania roboty budowlanej o wartości ponad 4 mln zł z zakresem rzeczowym podanym w SIWZ. Zastrzeżenia Izby budził brak referencji potwierdzających, że budynek nr 23 został wykonany należytnie, gdyż okoliczność ta nie została udokumentowana przedstawionym protokołem odbioru i protokołem usunięcia usterek, czego konsekwencją jest stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, przez wybór oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2. Pzp, a o kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Przeciwko powyższemu wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniósł Józef Narloch prowadzący Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” w Rybakach k/ Kościerzyny zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego - art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity : Dz. U. z 2007 r. Nr 223, póź. 1655), dalej zwanej „ustawą Pzp”, poprzez błędne przyjęcie, że skarżący Józef Narloch prowadzący działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” nie

udokumentował wymaganego doświadczenia zawodowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę dwóch budynków mieszkalnych nr 25 i 26 zlokalizowanych w Gdańsku - Ujeścisku przy ul. Jeleniogórskiej wraz z kompletem instalacji wewnętrznych, uzbrojeniem i zagospodarowaniem terenu (04/ZP/PU08)” na rzecz zamawiającego Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku;

2. naruszenie prawa proceduralnego - art. 1183 k.p.c., art. 1191 § 2 i 3 k.p.c. wzw.zart. 184 ust. 6 ustawy Pzp, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez odmowę przeprowadzenia opinii biegłego na okoliczność aktualnej wartości budynku

mieszkalnego nr 9 zrealizowanego w okresie od sierpnia 2004 do sierpnia 2005 r. na rzecz Zamawiającego, tj. Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o., wykazanego w pozycji nr 1 „Wykazu wykonanych robót budowlanych” stanowiącego załącznik do oferty skarżącego,

3. naruszenie prawa materialnego - § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez błędne przyjęcie, że wykaz wykonanych robót i dokumenty, jakie skarżący Józef Narloch dołączył do swojej oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz inne dokumenty, które złożył Zamawiającemu na jego wezwanie, w tym „Protokół odbioru końcowego i przekazania doużytku Zamawiającemu obiektu: budynku mieszkalnego wielorodzinnego nr 23 (36 rodzinnego) zlokalizowanego w Gdańsku przy ul. Jeleniogórskiej 13C wraz z zagospodarowaniem terenu oraz sieciami wod-kan i elektrycznymi”, jak również inne dokumenty, znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego, nie potwierdzają spełniania przez skarżącego wymogu postawionego przez Zamawiającego tj. „posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia (z wykazaniem wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...) jednego budynku mieszkalnego co najmniej trzykondygnacyjnego, w zakresie wszystkich branż ujętych w niniejszym zamówieniu o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 4.000.000 zł brutto”, jak również że nie potwierdzają, iż roboty te skarżący wykonał w sposób należyty.

Wskazując na te zarzuty skarżący wniósł o :

1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania Starogardzkiego

Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. protestu Starogardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A. i w konsekwencji utrzymanie w mocy tego rozstrzygnięcia protestu oraz wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego „Narloch” Józef Narloch,

2) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność sprawdzenia, czy wartość budynku nr 9 zrealizowanego w Gdańsku Ujeścisku na rzecz Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o., według stanu z czerwca 2005, a według cen na dzień 7 sierpnia 2008 r. przewyższa kwotę 4 mln zł, przy wykorzystaniu danych znajdujących się u Zamawiającego, w szczególności kosztorysów inwestorskich oraz kosztorysów wykonawcy,

3) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność stwierdzenia, czy skarżący należycie wykonał roboty budowlane polegające na budowie budynku nr 23 w Gdańsku - Ujeścisku, przy ul. Jeleniogórskiej 13C zbudowanego na rzecz Zamawiającego Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o. również z uwzględnieniem faktu, że skarżący usunął wszystkie usterki wskazywane przez Zamawiającego - na podstawie oględzin i dokumentacji znajdującej się u Zamawiającego,

4) zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów procesu, w tym kosztów

zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skarżący wskazał, że iż jest legitymowany do złożenia niniejszej skargi w rozumieniu art. 194 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż był uczestnikiem postępowania odwoławczego (jako przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego) toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. KIO/UZP 995/08) w wyniku odwołania wniesionego przez Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim.

Skarżący podniósł, że postawienie przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę dwóch budynków mieszkalnych nr 25 i 26 zlokalizowanych w Gdańsku - Ujeścisku przy ul. Jeleniogórskiej wraz z kompletem instalacji wewnętrznych, uzbrojeniem i zagospodarowaniem terenu (04/ZP/PU08) postawił w SIWZ wymogu „posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia (z wykazaniem wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)) jednego budynku mieszkalnego co najmniej trzykondygnacyjnego, w zakresie wszystkich branż ujętych w niniejszym zamówieniu o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 4.000.000 zł brutto” było zgodne z przepisem § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W ocenie skarżącego zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sposób rażąco narusza art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”.

Skarżący podniósł, iż z całą stanowczością jest podmiotem, który spełnia powyższy warunek uprawniający go do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Badanie przez Zamawiającego zdolności wykonawcy do realizacji konkretnego zamówienia musi doprowadzić do rzeczywistego zbadania jego zdolności i potencjału. Innymi słowy badanie to ma doprowadzić do wykrycia obiektywnego stanu rzeczy zgodnie z prawdą obiektywną i materialną. Inne podejście do tego tematu - zdaniem wnoszącego skargę - niewątpliwie prowadziłoby do oczywistego złamania przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie konkurencji i równego traktowania wykonawców).

W ocenie skarżącego w niniejszym postępowaniu jest oczywiste, iż Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż w przeszłości wykonało należycie, w tym również dla Zamawiającego, wiele obiektów - budynków mieszkalnych wielorodzinnych o porównywalnych i znacznie większych parametrach (a w konsekwencji o większej wartości) niż przedmiot niniejszego postępowania.

Zatem w toku postępowania należy rozważyć - zdaniem skarżącego - argumenty podawane przez niego w wyjaśnieniach z dnia 19 sierpnia 2008 r. (I, dz. 162/2008), złożonych Zamawiającemu, z których wynika, że z parametrów technicznych budynku nr 37 wynika, iż byłoby to większej powierzchni użytkowej i kubaturze, a budynek nr 36 o parametrach podobnych do budynków nr 25 i 26 będących przedmiotem postępowania. Wartość brutto została podana według cen z I kwartału 2005, a zatem gdyby porównywać wartość powyższych budynków z cenami na dzień składania ofert do powyższych cen należałoby doliczyć ok. 50% wartości. Ponadto wskazał, że porównując parametry i wartość budynków nr 2,3 należy stwierdzić, że są to też obiekty o porównywalne, a zatem roboty te odpowiadały swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Skarżący wskazał, że powyższe okoliczności konsekwentnie podawał w swoim piśmie z dnia 23 września 2008 r. „Przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego” oraz na samej rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 2 października 2008 r., jednakże Krajowa Izba Odwoławcza nie ustosunkowała się do tych twierdzeń skarżącego.

Zdaniem Skarżącego Prawo zamówień publicznych nie zawiera wskazówek, w jaki sposób należy dokonywać porównań wartości wybudowanych obiektów będących podstawą do badania zdolności wykonawcy wykonania określonego zamówienia. Prawidłowy jest wniosek, iż jeśli w okresie ostatnich pięciu lat wykonywano szereg porównywalnych obiektów to biorąc pod uwagę lawinowy wzrost cen materiałów i robót budowlanych, który miał miejsce w latach 2006-2007, nominalna wartość realizacji obiektów w przeciągu tych lat nie jest w żaden sposób porównywalna. Zatem wykazanie się wybudowaniem kilka lat temu obiektów, które wówczas były warte nieco mniej niż 4.000.000,00 zł prowadzi do wniosku, iż te obiekty mogą być punktem odniesienia w badaniu zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Samo porównanie parametrów technicznych prowadzi do oczywistego wniosku, iż były to roboty o wartościach przewyższających wymóg postawiony przez Zamawiającego w SIWZ. Skarżący wskazał także, że przepis § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane posługuje się jedynie jako kryterium odniesień do robót „odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”.

W ocenie strony skarżącej jest powszechnie wiadome, iż wartość robót budowlanych przez tak długi okres czasu, tj. wymagany przez przepis 5 lat, nie jest wartością stałą, stanowiącą *constans*. Jest to parametr zmienny, dynamiczny i tak powinien być oceniany przez Zamawiającego. Jeśli Przystępujący Józef Narloch już na etapie wyjaśnień podniósł tę kwestię, to należało to twierdzenie zbadać, rozważyć i ocenić. Rzeczą zwyczajową jest, iż wykonawcy w podawanych wykazach zrealizowanych robót podają wartości robót, jakie były ustalane w umowach o roboty budowlane. Oczywiście jest, iż ta sama robota budowlana, która np. 5 lat temu była warta 3 mln zł, to dzisiaj może być warta np. 4 mln zł lub więcej. Jest to okoliczność o kapitalnym znaczeniu, która do tej pory nie była przedmiotem orzeczeń ZA, KIO lub Sądów Okręgowych, jednakże nie można tych twierdzeń ignorować.

Skarżący podniósł, że ustawodawca nie rozstrzygnął wprost, jak należy rozwiązywać powyższy dylemat, jednakże zawsze należy mieć na względzie dyrektywy interpretacyjne z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców). Wskazał, że Zamawiający miał dostatecznie dużo danych i przesłanek, aby dokonując badania i oceny złożonych ofert dojść do wniosku, iż roboty budowlane polegające na budowie budynku nr 9 zrealizowanego w Gdańsku - Ujeścisku na rzecz tegoż samego Zamawiającego, których nominalna wartość z umowy z czerwca 2005 r. wynosiła 3.419.844 zł, na dzień składania ofert w toczącym się postępowaniu, tj. 7 sierpnia 2008 r., znaczenie przekraczały wartość 4 mln zł. A więc w konsekwencji prawidłowy powinien być wniosek, iż skarżący spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Zdaniem skarżącego rażącym uchybieniem proceduralnym Krajowej Izby Odwoławczej, mającym oczywisty wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, była odmowa przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego (jak w pkt 2 zarzutów) - por. art. 1183 k.p.c. w zw. żart. 1191 § 2 i 3 k.p.c. Zgodnie z art. 184 ust. 6 Pzp „Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, póź. 296, ze zm) o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej”. Postępowanie przed KIO jest szczególnym rodzajem sformalizowanego postępowania arbitrażowego - nie wynikającego z woli stron (zapisu na sąd polubowny), lecz mającego źródło w ustawie - Prawie zamówień publicznych. W tym kontekście wola stron nie może wykluczyć z postępowania przeprowadzenia dowodów z opinii biegłego, co wyraża się w „odpowiednim” stosowaniu tych przepisów. Jak podkreśla doktryna „możliwość” wyznaczenia biegłego lub biegłych w rozumieniu cyt. przepisów oznacza „obowiązek” przeprowadzenia takiego dowodu w każdym wypadku, gdy do rozstrzygnięcia potrzebna jest wiedza specjalną fachową. Zdaniem strony skarżącej obowiązek taki należy wysnuć również z cyt. przepisu art. 1183 k.p.c., który statuuje podstawową zasadę postępowania arbitrażowego, zasadę równouprawnienia uczestników, która posiada dwa aspekty: prawo do bycia wysłuchanym i do przedstawienia swoich twierdzeń i dowodów na ich poparcie.

Zdaniem skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza bezzasadnie odmówiła skarżącemu przeprowadzenia dowodu, który mógłby w sposób jednoznaczny i rozwiewający wszelkie wątpliwości doprowadzić do rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Stąd zasadnym jest przeprowadzenie dowodu jak w pkt 2 wniosku, zwłaszcza że dowód taki nie odnosi się do postanowień SIWZ. Skarżący podniósł, że nie kwestionował zapisów SIWZ, a wymóg wykazania się robotą budowlaną o wartości co najmniej 4 mln zł, był w przedmiotowym postępowaniu jak najbardziej uzasadniony. Wskazał, że nie miał na myśli żadnego „przeszacowywania środków trwałych”, co jest domeną przepisów o rachunkowości, a nie prawa zamówień publicznych. Skarżący podkreślił, że domagał się jedynie rzetelnej oceny wartości rynkowej wykazywanych robót budowlanych, co ma na celu jedynie sprawdzenie jego zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W jego ocenie Prawo zamówień publicznych w żadnym przepisie nie zabrania takiego stosowania instytucji prawnych, które doprowadzą do należytej realizacji celów i priorytetów prawa zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które są pochodną ogólniejszych zasad państwa prawa i praworządności. Zarzucił ponadto, że z żadnego przepisu prawa zamówień publicznych nie wynika bezpodstawne stwierdzenie KIO, iż „liczy się wartość nominalna przewidziana umową”.

Niezależnie od powyższych wywodów skarżący uważa, iż wykazanie przez niego, iż wybudował budynki nr 23 i 24 na rzecz Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. (a zwłaszcza budynku nr 23) co do którego dołączył „Protokół odbioru końcowego i przekazania do użytku Zamawiającemu obiektu: budynku mieszkalnego wielorodzinnego nr 23 (36 rodzinnego) zlokalizowanego w Gdańsku przy ul. Jeleniogórskiej 13C wraz z zagospodarowaniem terenu oraz sieciami wod-kan i elektrycznymi”) stanowi potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego (tegoż samego Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.) w SIWZ. Zdaniem skarżącego protokoły odbioru robót budowlanych (końcowe protokoły) są również dokumentami, które potwierdzają należyte wykonanie zamówienia w rozumieniu § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Skarżący zarzucił, że Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku oceniając dokument w postaci protokołu odbioru robót rozróżniła „ustereki nadające się do usunięcia” (nieistotne) oraz „usterki nie nadające się do usunięcia” (istotne). Takiego rozróżnienia wad dokonuje przepis art. 637 § 2 k.c.. Jednakże skarżący podniósł, że jest to przepis, który odnosi się do umowy o dzieło, a nie do umowy o roboty budowlane. Skarżący budował budynek nr 23 na rzecz zamawiającego na podstawie umowy o roboty budowlane, a nie na podstawie umowy o dzieło. Wskazał, że zgodnie z art. 656 § 1 k.c. „do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło”. Zatem w jego ocenie przepis art. 637 § 2 k.c., może być odpowiednio stosowany do umowy o roboty budowlane, jednakże tylko w zakresie wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową. Zatem stosowanie tego przepisu może mieć miejsce jedynie do chwili końcowego odbioru obiektu budowlanego. Po dokonanych odbiorze inwestorowi względem wykrytych usterek przysługują jedynie roszczenia wynikające z gwarancji lub rękojmi. Zaś na podstawie rękojmi można żądać usunięcia wad, które nie były wcześniej widoczne (znane), a ujawniły się w okresie trwania rękojmi. Odpowiednio stosowany przepis art. 557 § 1 k.c. mówi, iż sprzedawca jest zwolniony od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, jeżeli kupujący wiedział o wadzie w chwili zawarcia umowy (w chwili odbioru końcowego obiektu). Zatem w przypadku odbioru przez Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. budynku mieszkalnego nr 23 wydawałoby się, że odebranie końcowe tego obiektu z usterkami było działaniem nielogicznym, sprzecznym z interesem zamawiającego, gdyż mógł odmówić jego odbioru. Jednakże po głębszym przemyśleniu problemu z punktu widzenia praktyki budowlanej należy dojść do wniosku, iż fakt występowania drobnych usterek na każdej budowie, a zwłaszcza na budowie o takiej skali i rozmiarach „pod klucz” jest zjawiskiem normalnym, normalne jest również to, że każdy szanujący się i o dobrej

renomie wykonawca usuwa takie usterki niezależnie od tego, kiedy zostały one wykryte. Jeśli zamawiający zdecydował się na odbiór końcowy budynku nr 23 pomimo występowania pewnych usterek, to znaczy że usterki te były drobne, bez żadnego znaczenia dla normalnego rozpoczęcia użytkowania odebranego budynku. W żadnym wypadku fakt występowania tych usterek nie mógł mieć znaczenia dla oceny, czy wykonane roboty zostały wykonane przez skarżącego należycie. Z tego też względu - zdaniem skarżącego - rozumowanie Krajowej Izby Odwoławczej jest właśnie nietrafne, a przede wszystkim pozbawione podstawy prawnej, gdyż nie można się było odwoływać do dyspozycji przepisu (art. 637 § 2 k.c.), który już nie mógł mieć zastosowania.

Ponato skarżący podkreślił, że zgodnie z powszechnie przyjmowanym w doktrynie i orzecznictwie poglądem odbiór końcowy obiektu budowlanego w rozumieniu art. 647 k.c. jest momentem przełomowym w procesie budowlanym, który z jednej strony „kwituje” przez inwestora należyte wykonanie zobowiązania wykonawcy, zaś z drugiej strony otwiera możliwość żądania przez wykonawcę całej reszty nieziszczonego wynagrodzenia. Protokół końcowy odbioru obiektu budowlanego jest swoistym, szczególnym rodzajem pokwitowania wykonania zobowiązania, o jakim mowa w art. 462 § 1 k.c. O nienależytym wykonaniu zobowiązania z umowy o roboty budowlane można by mówić np. gdyby obiekt nie został w części wykonany lub gdyby posiadał takie wady, że nie nadawałby się do odbioru i eksploatacji. Zaś w takim wypadku zamawiającemu służyłyby różnorodne roszczenia, począwszy od roszczeń odszkodowawczych (art. 471 k.c.) lub prawie odstąpienia od umowy (art. 492 - 493 k.c.). W przypadku budynku nr 23 nic takiego nie miało miejsca, zamawiający nie wysuwał względem skarżącego żadnych roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem umowy. Co więcej przedmiotowy protokół odbioru stwierdza, że *„Odbierający uznaje, że roboty zostały odebrane i obiera przejmując od wykonawcy”,* zaś dalej - *„Obiekt odpowiada przeznaczeniu i spełnia warunki wymagane przez prawo budowlane i zostaje przekazany zamawiającemu - Użytkownikowi*

Skarżący podniósł, iż fakt usunięcia w/w usterek został przez przedstawiciela zamawiającego potwierdzony na rozprawie przed KIO w dniu 02.X.2008r., jednakże KIO *„to ważne oświadczenie zupełnie zignorowała”*. Zdaniem skarżącego skoro Krajowa Izba odwoławcza stwierdziła, że referencje nie są koniecznym dokumentem poświadczającym należyte wykonanie robót, to wydaje się że w sytuacji gdy skarżący wylegitymował się protokołem odbioru robót, to Izba zbyt dużą wagę przywiązała do tego, że skarżący nie posiada referencji wystawionych przez Zamawiającego.

Skarżący oraz zamawiający są w posiadaniu „protokołu pusterkowego”, który poświadcza usunięcie wszystkich usterek wykazanych w załączniku nr 8 do protokołu końcowego z dnia 21 lipca 2008 r. dotyczącego budynku nr 23 w Gdańsku, ul. Jeleniogórska 13C. Zatem dokument ten stanowi ostateczny dowód należytego wykonania przez skarżącego roboty budowlanej - budowy budynku nr 23. Skarżący szczegółowo odniósł się do poszczególnych wad wskazanych w protokole pusterkowym.

Ponadto skarżący wyjaśnił, że na potwierdzenie powyższych okoliczności skarżący wnioskuję o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Skarżący nie wnioskował do tej pory o przeprowadzenie tego dowodu, jak również dowodu z wymienionego wyżej protokołu, gdyż do dnia 2 października 2008 r., tj. rozprawy przez Krajową Izbą Odwoławczą, nikt nie kwestionował tego, iż skarżący należycie wykonał roboty budowlane polegające na budowie budynku nr 23. Sam zamawiający dokonał wyboru oferty skarżącego uznając, iż sam „Protokół odbioru końcowego i przekazania do użytku Zamawiającemu obiektu: budynku mieszkalnego wielorodzinnego nr 23 (36 rodzinnego) zlokalizowanego w Gdańsku przy ul. Jeleniogórskiej 13 C wraz z zagospodarowaniem terenu oraz sieciami wod-kan. i elektrycznymi”, stanowi wystarczające potwierdzenie należytego wykonania umowy. Dopiero Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że brak protokołu pusterkowego stanowi przeszkodę do uznania, iż roboty zostały wykonane należycie.

Strona skarżąca zarzuciła, że w przedmiotowym postępowaniu na każdym etapie prowadzenia postępowania przez Zamawiającego przestrzegana była zasada jawności postępowania, każdy uczestnik postępowania miał w każdym momencie dostęp do dokumentacji postępowania i korzystać ze środków ochrony prawnej. Jeśli Zamawiający

uważa, iż „Protokół odbioru końcowego i przekazania do użytku Zamawiającemu obiektu:

■p¹

budynku mieszkalnego wielorodzinnego nr 23 (36 rodzinnego) zlokalizowanego w Gdańsku przy ul. Jeleniogórskiej 13C wraz z zagospodarowaniem terenu oraz sieciami wod-kan i elektrycznymi”, jest dokumentem niewystarczającym do udokumentowania należytego wykonania zamówienia, to powinien wezwać skarżącego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakującego dokumentu, np. protokołu usunięcia usterek (który *nota bene* i tak jest w jego posiadaniu) lub wezwać go do wyjaśnień złożonych oświadczeń i dokumentów (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Zdaniem skarżącego wyczerpanie powyższych procedur z całą pewnością uczyni zadość wszelkim standardom jawności postępowania i nie będzie mogło stanowić jakiegokolwiek zarzutu wobec skarżącego. Ewentualne zaniechania Zamawiającego nie mogą obciążać skarżącego. Przy czym nie jest zasadne stwierdzenie KIO, iż „Przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie dopuszcza ponownego wzywania wykonawcy do uzupełniania tych samych dokumentów to jest potwierdzających należyte wykonanie określonego zadania inwestycyjnego”. Po pierwsze - dotychczasowe orzecznictwo Zespołów Arbitrów wyrażało odmienny pogląd, np.: wyrok z dnia 3 października 2007 r. Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, sygn. UZP/ZO/O-1178/07, w którym stwierdzono, że „Zamawiający uprawniony jest do wzywania Wykonawcy, zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p., do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Nie ma znaczenia, czy wezwanie takie jest dokonane jednym, czy też odrębnymi pismami. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 p.z.p. nie określił, że Zamawiający może wezwać wykonawcę o uzupełnienie dokumentów tylko raz. (w zbiorze LEX nr 321661) Po drugie - w tym wypadku doszłoby do powtórnego wezwania o uzupełnienie innego dokumentu, a nie jak chce KIO „tego samego dokumentu”. Wykorzystanie przez zamawiającego powyższych procedur z pewnością byłoby zgodne z intencją ustawodawcy i realizowałoby cele ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższą skargę Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-

Bud” S.A. w Starogardzie Gdańskim wniosło o oddalenie skargi, obciążenie skarżącego kosztami postępowania, zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, a nadto o oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność sprawdzenia, czy wartość budynku nr 9 według cen na 7.08.2008r. przewyższa kwotę 4.000.000,-zł oraz o oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność stwierdzenia czy skarżący należycie wykonał roboty budowlane polegające na budowie budynku nr 23 w Gdańsku-Ujeścisku.

W uzasadnieniu odpowiedzi na skargę Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane

„S-Bud” S.A. w Starogardzie Gdańskim powtórzył wszystkie zarzuty podnoszone zarówno na etapie protestu, jak i odwołania wskazując, że w pełni zgadza się z argumentacją prawną zaskarżonego wyroku. Zdaniem przeciwnika skargi Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo przyjęła, że skarżący nie udokumentował wymaganego doświadczenia zawodowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę dwóch budynków mieszkalnych nr 25 i 26 zlokalizowanych w Gdańsku -Ujeścisku przy ul. Jeleniogórskiej wraz z kompletem instalacji wewnętrznych, uzbrojeniem i zagospodarowaniem terenu (04/ZP/PU08) oraz że zasadne są zarzuty Odwołującego /tu przeciwnika skargi/ czynione Zamawiającemu-naruszenia art.22 ust, 1 pkt 2, art.24 ust 1 pkt 10 i art.24 ust.2 pkt 3 Pzp przez uznanie za spełniającego udziału wykonawcy, który nie wykazał jednoznacznie należytego wykonania roboty budowlanej o wartości ponad 4 mln zł z zakresem rzeczowym podanym w SIWZ.

Zdaniem przeciwnika skargi wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, złożony wobec Krajowej Izby Odwoławczej, a obecnie w toku niniejszego postępowania przed Sądem, w przypadku jego uwzględnienia, doprowadziłby do takiej sytuacji, że dokonano by „przeszacowania” jednej z robót wykonanych przez Wykonawcę, przy pozbawieniu takiej możliwości innych potencjalnych oferentów, którzy mogliby wziąć

udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie złożyli oferty, bo wykonali roboty o wartości poniżej 4 mln zł też w okresie 5-ciu lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Prowadziłoby to do niezachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do wniosku dowodowego dot. dowodu z opinii biegłego na okoliczność stwierdzenia, że skarżący należycie wykonał roboty budowlane polegające na budowie budynku nr 23 w Gdańsku przeciwnik wskazał, że powinien być on oddalony, ponieważ Wykonawca miał obowiązek wykazania - zgodnie z SIWZ- należytego wykonania robót poprzez załączenie do oferty dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Wykonawca tych dokumentów nie złożył. Do złożenia takich dokumentów został Wykonawca również wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Pomimo wezwania Wykonawca również dokumentów takich nie złożył.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę co do zasady poparł skargę Józef Narloch dot. żądania zmiany zaskarżonego wyroku KIO z dnia 2.X.2008r. w sprawie KIO/UZP 995/08 i oddalenia odwołania Starogardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A. w Starogardzie Gdańskim od rozstrzygnięcia protestu.

/ Natomiast nie zgodził się Zamawiający ze stanowiskiem skarżącego odnośnie

przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego, który to dowód wnioskowany był

/ wobec Krajowej Izby Odwoławczej, a obecnie powtórzony w toku niniejszego postępowania

] przed Sądem. Zamawiający stwierdził, iż skoro skarżący nie zgadzał się z warunkami udziału

/ w postępowaniu określonymi w SIWZ to mógł zaskarżyć SIWZ, bądź też - składając wykaz

/ robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat - dołączyć wycenę biegłego na okoliczność

/ aktualnej wartości robót wykonanych w 2005r., i w związku z nieuwzględnieniem wyceny

biegłego przez Zamawiającego, złożyć protest, czego nie uczynił. To wykonawca miał wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ, a nie Zamawiający miał powołać biegłych dla ustalenia aktualnej wartości robót wykonanych przez oferentów w wcześniejszych latach, tym bardziej że w SIWZ możliwość aktualizacji wartości robót w

stosunku do 2008r. nie została przewidziana.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje :

Zarzuty skargi pozbawione są podstaw, stąd podlega ona oddaleniu, bowiem zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada prawu. Sąd Okręgowy w całości podziela argumenty przytoczone w pisemnych motywach rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej i przyjęte tam stanowisko.

Wykonawcą zamówienia publicznego może być osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która spełnia warunki udziału w postępowaniu. Warunki określa zamawiający w granicach dyspozycji art. 22 ust. 1 przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2006r., Nr 164, poz. 1163 ze zm.; dalej: *Pzp*). Przepis ten określa, jakie warunki powinien spełniać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, precyzując tym samym, jakie elementy powinny być brane pod uwagę przy definiowaniu przez zamawiającego wykonawcy wiarygodnego i zdolnego do wykonania zamówienia.

Warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp nie mają jednolitego charakteru. Są wśród nich zarówno takie, których treść wyznaczył ustawodawca normatywnie, jak i takie, które w zależności od konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają dookreślenia przez organizatora przetargu (zamawiającego). Spośród cech, którymi winni

wykazywać się uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jedynie te, które zostały wskazane w art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 Pzp, mają treść obiektywną, w tym znaczeniu, że nie zmienia się w zależności od konkretnego przypadku. Zawsze bowiem wykonawca winien być uprawniony do prowadzenia danej działalności lub dokonywania

/ danej czynności, jeśli przepisy ustawowe nakazują posiadanie takich uprawnień, nigdy też nie powinny w stosunku do niego zachodzić okoliczności skutkujące wykluczeniem (art. 24). Całkowicie odmienny charakter mają natomiast pozostałe warunki określone w art. 22 ust. 1 (pkt 2 i 3). Ich treść jest względna, zmienna w zależności od danego zamówienia publicznego, i bezpośrednio zależy od zamawianych robót budowlanych, usług czy dostaw, czyli od

/

I przedmiotu zamówienia (por. Komentarz do art.22 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo

I zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655),[w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W.

Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEK, 2007, wyd. III).

Zamawiający, tj. Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego spółka z o.o. w Gdańsku określił w SIWZ, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie wykazując się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie jednego budynku mieszkalnego co najmniej trzykondygnacyjnego, w zakresie wszystkich branż ujętych w niniejszym zamówieniu o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 4.000.000 zł brutto, z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie ”.

Wymóg dotyczący potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu poprzez składanie przez wykonawców dokumentów żądanych przez Zamawiającego określony został w sposób jasny i czytelny. Oferenci mieli się wykazać wykonaniem przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. przed 16 lipca 2008r. jednego budynku mieszkalnego co najmniej trzykondygnacyjnego, w zakresie wszystkich branż ujętych w niniejszym zamówieniu o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 4.000.000 zł brutto, z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Podkreślenia wymaga, że rodzaje dokumentów, których można żądać na potwierdzenie spełniania warunków, są określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605). Rozporządzenie zawiera zamknięty katalog dokumentów, jakich zamawiający może wymagać od wykonawców. Rozporządzenie reguluje nie tylko kwestię dokumentów potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych, ale także określa, jakie dokumenty mogą być żądane na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają

wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający z postawionego do dyspozycji katalogu dokumentów dobiera tylko i wyłącznie te, które służą potwierdzeniu ukształtowanych przez niego warunków. I tak na potwierdzenie posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający może żądać m.in. wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, 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 oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Wykonawca Józef Narloch w dokumentacji oferty złożył wykaz wykonanych robót budowlanych z dnia 6 sierpnia 2008 r. według wzoru załącznika nr 5, obejmujący ogółem 5

realizacji, trzy poniżej wartości 4 mln zł, ponadto zostały wskazane: a/ poz. 3 - zamawiający S.M. Południe w Gdańsku, okres realizacji 06/2005-09/2006, wartość brutto 6.290.530 zł, b/ poz. 5 - zamawiający S.M. Południe w Gdańsku, okres realizacji 05/2007-06/2008, wartość 7.227.055 zł.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2008 r. Zamawiający wezwał Józefa Narloch do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień odnośnie dokumentów załącznika nr 5 na stronie 39 oferty oraz referencji przedstawionych na stronie 45 i 49 oferty. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziło, czy w pozycji 3 wymienionego wykazu ujęty został jeden budynek o wartości 5.879.000 zł, czy też dwa budynki. Z kolei czy w poz. 5 wykazana wartość łączna 7.227.055 zł dotyczy 2 budynków, i jaka jest wartość robót w odniesieniu do pojedynczych budynków.

W ocenie Sądu Okręgowego, słusznym jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż przepis art. 26 ust. 4 Pzp uprawniał Zamawiającego do żądania złożenia wyżej opisanych wyjaśnień, bowiem zgodnie z tym przepisem zamawiający mogą zwracać się do wykonawców o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń.

W zakreślonym terminie, pismem z dnia 19 sierpnia 2008 r. Józef Narloch udzielił odpowiedzi, że poz. nr 3 wykazu dotyczy realizacji dwóch budynków, jeden o wartości 2.678.325,38 zł, drugi o wartości 3.551.665,78 zł. Analogiczna sytuacja miała miejsce w odniesieniu do poz. 5 wykazu, gdzie jeden budynek był o wartości robót 3.587.775,57 zł, natomiast drugi o wartości 3.520.030,55 zł. Wykonawca J. Narloch powołał się na okoliczność, że w stosunku do okresu realizacji, nastąpiła znacząca podwyżka cen produkcji budowlano-montażowej, zatem obecna wartość zrealizowanych budynków przekracza

wymaganą przez Zamawiającego kwotę 4 mln zł. Dodatkowo wyjaśnił, że w załączniku nr 8 do oferty - formularz danych o wykonawcy, zawarł informacje, że realizuje aktualnie na rzecz Zamawiającego budynki nr 23 i 24 przy ul. Jeleniogórskiej, jako największe przedsięwzięcie, spełniające wszelkie wymogi niniejszego postępowania, tak kubaturowe jak i wartościowe. Świadczy to o posiadaniu wystarczającego doświadczenia zawodowego i potencjału

Z technicznego. Zarówno budynek nr 23 jak i 24 zostały zakończone, zgłoszone do odbioru w

I dniu 26 czerwca 2008 r. W dniu 21 lipca 2008 r. został sporządzony protokół odbioru

/ budynku nr 23, stanowiący potwierdzenie należytego zrealizowania umowy, a budynek 24

jest w trakcie odbioru. Wymagana wartość budynku 4 mln zł, na udokumentowanie doświadczenia jest zawyżona - zdaniem wykonawcy - w stosunku do wartości budynków, stanowiących przedmiot zamówienia. Do wymienionego pisma został dołączony protokół

odbioru budynku nr 23 z dnia 21 lipca 2008 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w tej sytuacji zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp co do zasady Zamawiający miał obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie przez wykonawcę, tj. Józefa Narloch zarówno dokumentów, jak i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań Zamawiającego w przypadku, gdy stwierdził brak któregośkolwiek z nich.

Wskazać trzeba, że na tle przepisu o uzupełnianiu dokumentów pojawia się szereg wątpliwości interpretacyjnych. Występują np. dwa stanowiska co do możliwości uzupełniania dokumentów, które załączono do oferty, a które zawierają błędy skutkujące niepotwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Według części interpretatorów nie ma prawnej możliwości uzupełnienia takiego dokumentu, a wykonawcę należy w tej sytuacji wykluczyć. Według drugiego stanowiska nie ma powodu, by bardziej rygorystycznie traktować tych wykonawców, którzy złożyli nieprawidłowy dokument niż tych, którzy dokumentu nie załączyli wcale (*por. B. Kardas {w: J. Zamówienia publiczne w procedurze uproszczonej po nowelizacji ustawy z dnia 13 kwietnia 2007r., Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr Sp. z o.o., Gdańsk, dnia 2007).*

Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę prezentuje stanowisko, iż sytuacja przewidziana przepisem art. 26 ust. 3 Pzp dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń niezłożonych przez wykonawcę, jak i złożonych nieprawidłowo. W przypadku dokumentów złożonych nieprawidłowo przyjąć należy, że wykonawca nie złożył dokumentów, jakich żądał zamawiający, a więc np. wystawionych w odpowiedniej dacie.

Natomiast w przypadku dokumentów zawierających błędy przyjąć należy, że dotyczy to będzie sytuacji, w których dokument obciążony jest błędem faktycznym lub formalnym. Dodać trzeba, że po nowelizacji z 13 kwietnia 2007 r. rozszerzono zakres dokumentów, jakich zamawiający będzie obowiązany żądać po stwierdzeniu ich niezłożenia przez wykonawcę. Uzupełnianie dokumentów dotyczy dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie

, warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane

i

I dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Z jednej strony ! są to dokumenty dotyczące właściwości podmiotu - potwierdzające, że dany wykonawca

spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, z drugiej dokumenty odnoszące się do przedmiotu oferty - dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę, które potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Do tej grupy należeć będą zaświadczenia potwierdzające spełnienie norm lub wymogów specyfikacji technicznych przez określone produkty będące przedmiotem zamówienia, a w przypadku głównie usług i robót budowlanych poświadczenia zgodności działań wykonawcy z odpowiednimi europejskimi normami jakościowymi i zarządzania środowiskiem. Instytucji uzupełniania dokumentów nie można odnosić do innych elementów oferty (np. brakujących pełnomocnictw, tabel kalkulacji ceny itp.)- *por. Komentarz do art. 26 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski,*

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.

Osobnym problemem jest problem daty uzupełnianych dokumentów. W doktrynie przyjmuje się, że ustawodawca nowelą z dnia 13 kwietnia 2007r. postawił konsekwentnie na bardzo szerokie możliwości uzupełniania dokumentów i dlatego ustalił, iż uzupełniane dokumenty mają potwierdzać wymagane okoliczności najpóźniej na dzień wyznaczony przez zamawiającego na uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń. Oznacza to więc, że potwierdzeniem mogą być dokumenty wystawione już po dniu otwarcia ofert. W dodatku mogą one potwierdzać spełnianie warunków lub wymagań nie na dzień składania ofert, lecz na dzień wyznaczony jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. W ten sposób ustawodawca usankcjonował sytuację, w której skuteczną ofertę może złożyć wykonawca niespełniający warunków udziału postępowaniu w chwili składania ofert, ale liczący na to, że spełni je z opóźnieniem wynikającym z upływającego czasu, niezbędnego do oceny ofert i wystosowania wezwania oraz terminu wyznaczonego na uzupełnienie (*por. J. Pieróg [w:] Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2007, str. 128;*

Komentarz do art. 26 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III).

5N tym miejscu warto zwrócić uwagę, iż nowelizacja Prawa zamówień publicznych, która weszła w życie od dnia 24 października 2008r. z mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.171.1058) rozszerzyła zakres dokumentów i oświadczeń, jakie można uzupełnić (np. pełnomocnictwo). Ta zmiana jest korzystna dla wykonawców. Jeżeli zaś chodzi o daty uzupełnianych dokumentów, to obecnie złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert

(por. art. 26 ust. 3 Pzp w obecnie obowiązującym brzmieniu).

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 24 października 2008r. nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie z uwagi na treść art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.171.1058). Jednakże nie sposób nie zauważyć, iż ustawodawca nowelizując przepis art. 26 ust. 3 Pzp dostrzegł, że przepis ten w dotychczasowym brzmieniu zezwalał na uzupełnianie dokumentów praktycznie bez ograniczeń, co mogło być uznane za sprzeczne z art. 51 dyrektywy 2004/18/WE (por. J. Pieróg [w:] *Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, str. 128*).

Odnosząc powyższe uwagi do niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający - po uprzednim zwróceniu się do wykonawcy, tj. do Józefa Narloch o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów i oświadczeń - mógł zwrócić się o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanego warunku, tj. o uzupełnienia wykazu wykonanych robót o obejmujące przynajmniej jeden budynek mieszkalny wykonany w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, odpowiadający swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów, że roboty te zostały wykonane należyście. Brak było natomiast podstaw do stwierdzenia, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje w wykazie wykonanych robót.

W wyznaczonym terminie 21 sierpnia 2008r. Józef Narloch przekazał uzupełniony

wykaz robót, referencje oraz ponowne protokół odbioru budynku nr 23. W wykazie według załącznika nr 5 do SIWZ została ujęta dodatkowa pozycja nr 6, gdzie jako wykonane na zlecenia Zamawiającego zostały podane budynki nr 23 i 24. Potwierdzenie należytego wykonania umowy stanowi zaś protokół odbioru budynku nr 23 z dnia 21 lipca 2008 r. przy ul. Jeleniogórskiej w Gdańsku, w którym wartość robót została wskazana na kwotę 5.855.396,68 zł brutto. W protokole zamieszczono wzmiankę, że wykaz usterek zawiera załącznik nr 8 oraz, że nie stwierdzono wad trwałych.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający wzywając wykonawcę - Józefa Narloch pismem z dnia 20 sierpnia 2008 r. do uzupełnienia wykazu robót wraz z potwierdzeniem referencjami, nie odstąpił od warunku, aby roboty te zostały wykonane przed wszczęciem postępowania. Jak wynika z dokumentacji akt sprawy ogłoszenie o zamówieniu, wszczynające postępowanie zostało opublikowane w dniu 16 lipca 2008 r., natomiast odbiór budynku nr 23 miał miejsce w dniu 21 lipca 2008 r., a więc po wszczęciu postępowania dotyczącego przedmiotowego zamówienia. Jednakże w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 Pzp, w brzmieniu sprzed noweli z dn. 4 września 2008r., Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż „(...) ustawodawca dopuszcza korygowanie oświadczeń wykonawcy, składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pierwotnie złożonych w dokumentach oferty. Nie stanowi to zmiany oferty, gdyż nie odnosi się do treści oferty, jako istotnych postanowień umowy o wykonanie robót będących przedmiotem zamówienia. Ponadto zakres uzupełnianych dokumentów podmiotowych, musi być interpretowany szeroko, może więc dotyczyć złożenia dokumentu, którego oferta nie zawierała, może też uzupełniać wymaganą treść. Wykonawca wybrany miał więc prawo wykazać robotę budowlaną, którą pierwotnie pominął”.

W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w świetle dotychczasowej treści art. 26 ust. 3 Pzp jest słuszne, jakkolwiek nie sposób nie dostrzec dysharmonii pomiędzy brzmieniem art. 26 ust. 3 Pzp *in fine* dot. daty uzupełnianych dokumentów a przepisem § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605) stanowiącym, iż na potwierdzenie posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający może żądać *m.in. wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, 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 oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście. Dotychczasowy brak spójności w/wym przepisów usuwa nowela z dnia 4 września 2008 r., która rozwiązuje na nowo problem daty uzupełnianych dokumentów (patrz : uwagi powyżej). Gdyby przedmiotową skargę rozpoznawać według przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelą z dnia 4 września 2008r., to w istocie należałoby przyjąć, że roboty wskazane w poz. 6 drugiego wykazu robót wykonane na rzecz Zamawiającego - bud. nr 23 o wartości brutto 5.855.396,- zł i nr 24 o wartości 5.856.787,- zł brutto, powinny zostać ocenione jako roboty, które nie potwierdzają doświadczenia wykonawcy zgodnie z SIWZ ponieważ nie zostały wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko KIO, iż skarżący nie przedstawił dokumentów potwierdzających należyte zrealizowanie inwestycji w odniesieniu do *jednego budynku mieszkalnego co najmniej trzykondygnacyjnego, w zakresie wszystkich branż ujętych w przedmiotowym zamówieniu o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 4.000.000 zł brutto*, a tym samym nie udokumentował wymaganego doświadczenia zawodowego w postępowaniu o udzielenie tego konkretnego zamówienia publicznego.

Dokumentami potwierdzającymi należyłą realizację robót są najczęściej referencje. Wykonawcy oprócz referencji mogą przedkładać także inne dokumenty, z których treści można wywnioskować, iż przedmiot umowy został wykonany prawidłowo. Dokumentami takimi są przykładowo: protokoły bezusterkowego odebrania robót, kopie faktur wraz z dokumentami potwierdzającymi ich zapłacenie.

Podkreślenia wymaga, że jakkolwiek protokoły odbioru robót mogą być dokumentami potwierdzającymi należyłą realizację robót, to niezwykle istotne jest by były to protokoły bezusterkowego odebrania robót. Na gruncie umowy o roboty budowlane przyjąć należy, że niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Natomiast pozostałe wady świadczą o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, odstąpienie od umowy, a co za tym idzie rzutują na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty. Wady zaś nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania,

ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia.

Jak słusznie podkreśliła KIO znamienne jest, że Zamawiający nie wystawił referencji jednoznacznie potwierdzających fakt należytego wykonania umowy, a Wykonawca wybrany o to nie występował. W tym zakresie posługuje się jedynie protokołem odbioru budynku, który nie daje możliwości oceny, czy roboty zostały wykonane należyście. Protokół odbioru robót tylko wtedy stanowi potwierdzenie należytego wykonania umowy, jeżeli jednoznacznie potwierdza to jego treść. Wykaz braków i usterek stanowiący zał. Nr 8 do protokołu stwierdza istnienie usterek, których data usunięcia została wyznaczona na 29 lipca 2008 r. Brak było przeszkód by Wykonawca złożył na dzień uzupełnienia dokumentów protokół usunięcia usterek. Wobec zaistnienia usterek stwierdzenie w protokole, że obiekt (co do zasady) odpowiada przeznaczeniu i spełnia wymogi prawa budowlanego oraz nadaje się do odbioru i użytkowania, zgodnie z przeznaczeniem, nie przesądza o należyтым wykonaniu zamówienia. Zasadnym jest twierdzenie KIO, że Zamawiający jako inwestor przedmiotowego budynku nr 23 w Gdańsku przy ul. Jeleniogórskiej, bez wątpienia dysponuje wiedzą na temat czy wybrany wykonawca należyście wykonał zamówienie, jednakże winno to jednoznacznie wynikać ze złożonych dokumentów oferty, co ma zabezpieczać jawność procedury udzielania zamówienia i umożliwiać korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawców, których interes prawny w związku z wyborem określonej oferty został naruszony.

Zdaniem Sądu Okręgowego, stanowisko skarżącego jakoby Zamawiający - w sytuacji gdy uważa, iż „Protokół odbioru końcowego i przekazania do użytku Zamawiającemu

obiekty: budynku mieszkalnego wielorodzinnego nr 23 (36 rodzinnego) zlokalizowanego w Gdańsku przy ul. Jeleniogórskiej 13C wraz z zagospodarowaniem terenu oraz sieciami wod-kan. i elektrycznymi”, jest dokumentem niewystarczającym do udokumentowania należytego wykonania zamówienia - powinien wezwać skarżącego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakującego dokumentu, np. protokołu usunięcia usterek (który *nota bene* i tak jest w jego posiadaniu) lub wezwać go do wyjaśnień złożonych oświadczeń i dokumentów (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), nie jest zasadne. Wymaga bowiem podkreślenia, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie dopuszcza ponownego wzywania wykonawcy do uzupełniania tych samych dokumentów to jest potwierdzających należyte wykonanie określonego zadania inwestycyjnego. W okolicznościach faktycznych tego konkretnego zamówienia przyjęcie za zasadne stanowiska skarżącego w zakresie możliwości ponownego wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakującego dokumentu, np. protokołu usunięcia usterek

prowadziłoby - zdaniem Sądu Okręgowego - do sankcjonowania praktyki sprzecznej z wolą ustawodawcy i zmierzającej wprost do poprawienia oferty w drodze negocjacji z Wykonawcą.

W konsekwencji Sąd Okręgowy nie podziela zarzutu skarżącego, szczegółowo motywowanego w skardze, co do naruszenia prawa materialnego - § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, i uznanie, że wykaz wykonanych robót i dokumenty, jakie skarżący Józef Narloch dołączył do swojej oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz inne dokumenty, które złożył Zamawiającemu na jego wezwanie, w tym „Protokół odbioru końcowego i przekazania doużytku Zamawiającemu obiektu: budynku mieszkalnego wielorodzinnego nr 23 (36 rodzinnego) zlokalizowanego w Gdańsku przy ul. Jeleniogórskiej 13C wraz z zagospodarowaniem terenu oraz sieciami wod-kan. i elektrycznymi”, jak również inne dokumenty, znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego, nie potwierdzają spełniania przez skarżącego wymogu postawionego przez Zamawiającego dot. należytego wykonania robót.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że odnośnie budynku nr 24 skarżący w ogóle nie wykazał, że nastąpił odbiór tego budynku przed datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy też po tej dacie, a zatem w odniesieniu do tego obiektu nie można mówić o zakończeniu budowy w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane.

Jeżeli chodzi o zgłoszony przez skarżącego wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, złożony wobec Krajowej Izby Odwoławczej, a obecnie w toku niniejszego postępowania, to zdaniem Sądu Okręgowego, w przypadku jego uwzględnienia doszłoby do naruszenia fundamentalnej zasady dotyczącej postępowania o udzielenie zamówień wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp stanowiącej, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Uwzględnienie wniosku skarżącego doprowadziłoby do takiej sytuacji, że dokonano by „przeszacowania” jednej z robót wykonanych przez Wykonawcę, przy pozbawieniu takiej możliwości innych potencjalnych oferentów, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie złożyli oferty, bo wykonali roboty o wartości poniżej 4.000.000,-zł (też w okresie 5-ciu lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia). Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO, że skoro skarżący nie zgadzał się z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w SIWZ to mógł zaskarżyć SIWZ, ewentualnie też - składając

wykaz robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat - dołączyć wycenę biegłego na okoliczność aktualnej wartości robót wykonanych w 2005r., i w związku z nieuwzględnieniem wyceny biegłego przez Zamawiającego, złożyć protest, czego nie uczynił. Poza tym postanowienia SIWZ, określone *nota bene* w sposób jasny i niedwuznaczny, nie przewidywały możliwości aktualizacji wartości robót w stosunku do 2008r.

W tej sytuacji stwierdzić trzeba, że brak podstaw do podzielenia zarzutu skarżącego, szczegółowo motywowanego w skardze, co do naruszenia prawa proceduralnego - art. 1183 k.p.c., art. 1191 § 2 i 3 k.p.c. w zw.z art. 184 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odmowę przeprowadzenia opinii biegłego na okoliczność aktualnej wartości budynku mieszkalnego nr

9 zrealizowanego w okresie od sierpnia 2004 do sierpnia 2005 r. na rzecz Zamawiającego, tj. Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o., wykazanego w pozycji nr 1 „Wykazu wykonanych robót budowlanych” stanowiącego załącznik do oferty skarżącego,

Sąd Okręgowy nie znalazł również podstaw do uwzględnienia wniosku dowodowego skarżącego dot. dowodu z opinii biegłego na okoliczność stwierdzenia, że skarżący należycie wykonał roboty budowlane polegające na budowie budynku nr 23 w Gdańsku. To na wykonawcy ciążył obowiązek przewidziany postanowieniami SIWZ wykazania należytego wykonania robót poprzez załączenie do oferty dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Jak już wyżej wskazano Wykonawca tych dokumentów nie dożył, mimo że do ich złożenia był wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W ocenie Sądu Okręgowego uwzględnienie wniosku dowodowego skarżącego również i w tym przypadku prowadziłoby do naruszenia zasady przewidzianej art. 7 ust. 1 Pzp zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Z tych względów, uznając, że Krajowa Izba Odwoławcza nie naruszyła przepisów przywołanych w skardze, a jej orzeczenie odpowiada prawu, Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt 1 (pierwszym) sentencji na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 198 ust. 2 ustawy z dn. 29.I.2004r. - z dn. 29.I.2004r..

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 98 § 1 i 3

k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. i art. 194 ust. 2 ustawy z dn. 29.I.2004r. - z

dn. 29.1.2004r. w zw. z § 2 ust.1 i 2, § 10 ust. 1 pkt 4 oraz § 5 Rozporządzenia Ministra

Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych

oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę

prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2002 r., Nr 163, poz. 134^z i an. §.0 /?>

/ f_√² ,

Z2/

i" \ - ^TARSZY §EkRETARZ
• « \ w Gdańsku

a lCoóhowtcz