

Sygn. akt: KIO 269/12

WYROK
z dnia 20 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe ZAMBET S.A. w Pułtusku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Jabłonna**

przy udziale wykonawcy **Polbud S.A. w Bielsku Podlaskim** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Jabłonna i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe ZAMBET S.A. w Pułtusku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Jabłonna** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego ZAMBET S.A. w Pułtusku** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jabłonna prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest budowa Centrum Edukacyjno - Kulturalno - Sportowego w Chotomowie etap IA.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 listopada 2011 r. poz. 301709.

W dniu 3 lutego 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe ZAMBET S.A. w Pułtusku zwanego dalej „odwołującym” o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Polbud S.A. w Bielsku Podlaskim, zwanego dalej „przystępującym”.

Odwołujący wniósł w dniu 8 lutego 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego, z powodu niewykazania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia,
- 2) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz 91 ust. 1, co prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że wraz z ofertą złożył wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w którym wykazał się doświadczeniem w wykonaniu czterech inwestycji budowlanych, wobec wymaganych przez zamawiającego doświadczenia w wykonaniu dwóch inwestycji budowlanych. Odnosząc się do przyczyn dla których zamawiający nie uznał zamówień wykazanych przez odwołującego w wykazie odwołujący podniósł, co następuje. Zamówienie wykonane przez odwołującego na rzecz jednostki Miasto Nowy Dwór Mazowiecki nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego w żaden sposób. Również zamówienie wykonane przez niego na rzecz jednostki Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego w żaden sposób. Zamawiający w związku z faktem nie otrzymania od zleceniodawcy (SWZPZPOZ) odpowiedzi na pismo zamawiającego z pytaniem o potwierdzenie treści wystawionych referencji uznał, że zamówienie nie potwierdza spełniania warunku przez odwołującego. Podniósł, iż zgodnie z art. 14 ustawy

Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z treścią art. 6 Kodeksu cywilnego „ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne”, a w zaistniałej sytuacji osobą wywodzącą skutki prawne jest zamawiający, który na poparcie podejmowanych przez siebie czynności nie przedstawił żadnego dowodu. Zamawiający niezasadnie przyjął, iż brak odpowiedzi ze strony jednostki zamawiającej stanowi o tym, że dane zamówienie nie potwierdza spełnienia postawionego warunku, pomimo iż w posiadaniu zamawiającego znajdowały się referencje wystawione przez jednostkę Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie potwierdzające należyte wykonanie wskazanego w wykazie robót zamówienia.

Odnosząc się do inwestycji wykonanej na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno odwołujący podniósł, że zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował prawdziwości wystawionej referencji stwierdzającej wykonanie zamówienia zgodnie z zawartą umową i bez zastrzeżeń jakościowych. Zwracał uwagę, że samo wystąpienie usterek w okresie gwarancji nie stanowi w żadnym wypadku o nienależytym wykonaniu tego zamówienia, ponieważ z prowadzenia robót mających na celu usunięcie usterek w okresie gwarancji nie można wywodzić, że inwestycja jako całość nie została zakończona. Ponadto z treści przesłanego przez Urząd Miasta i Gminy Piaseczno pisma, które również zostało przesłane odwołującemu wynika nie tylko potwierdzenie zarówno wystawionej przez Urząd referencji, lecz również należytego wykonania zleconego zadania.

Odnosząc się do zamówienia wykonanego na rzecz Urzędu Miasta Legionowa odwołujący wskazywał, że strony pozostają w sporze co do zasadności naliczonych kar za nieterminowe wykonanie robót. Nie zmienia to jednak faktu, że zamówienie na rzecz Urzędu Miasta Legionowa zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, co inwestor potwierdził wystawionymi referencjami. Przywołał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 19 maja 2011 r., sygn. akt KIO 976/11.

Odwołujący przypuszczał, że przy ocenie spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu zamawiający kierował się mylnym przekonaniem o tym, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Zwracał uwagę, że od samego początku spełniał warunki udziału w postępowaniu w spornym zakresie, wykazując się co najmniej dwoma zamówieniami spełniającymi wymogi zamawiającego, i gdyby nawet zamawiający stał na stanowisku, że informacje zawarte w wykazie zamówień (oraz w referencjach) wykonanych na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno oraz na rzecz Urzędu Miasta Legionowa są nieprawdziwe, co nie znajduje uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym, to fakt ten nie miałby wpływu na wynik postępowania. Podkreślał, że nie każda nieprawdziwa informacja podana przez

wykonawcę skutkuje wykluczeniem go z udziału w postępowaniu. Konieczne jest wykazanie wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, tj. zaistnienie sytuacji, w której fakt złożenia nieprawdziwej informacji podważyłby ustalony przez zamawiającego wynik postępowania.

Z ostrożności procesowej na wypadek nie przychylenia się Krajowej Izby Odwoławczej do żądań odwołującego, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Zwracał uwagę, że w toku postępowania zamawiający nie podjął w stosunku do odwołującego żadnych czynności mających na celu czy to wyjaśnienie w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp powstałych wątpliwości co do treści złożonych dokumentów czy też nie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp statuuje obowiązek zamawiającego, od którego nie może się on uchylić, chyba że oferta podlega odrzuceniu albo konieczne stanie się unieważnienie prowadzonego postępowania. Zatem zamawiający winien był wezwać odwołującego do uzupełnienia wykazu zamówień uzasadniając w jakim zakresie kwestionował poszczególne zamówienia wyszczególnione w złożonym wykazie robót.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
- 4) w przypadku nie przychylenia się Krajowej Izby Odwoławczej do żądań Odwołującego wymienionych w pkt 2-3 – wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, pismo zamawiającego z 04.01.2012 r. do Prezydenta Miasta Legionowa wraz z odpowiedzią z dnia 09.01.2012 r., pismo zamawiającego z dnia 04.01.2012 r. do Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki wraz z odpowiedzią z dnia 11.01.2012 r., pismo zamawiającego z dnia 04.01.2012 r. do Burmistrza Piaseczna wraz z odpowiedzią z dnia 12.01.2012 r., pismo zamawiającego z dnia 10.01.2012 r. do Dyrektora Wojewódzkiego Zespołu Publicznych

Zakładów Psychiatrycznych Opieki Zdrowotnej w Warszawie, zawiadomienie zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do postanowienia Sekcji III pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu, zmodyfikowanego w dniu 12.12.2011 r. (ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z 12.12.2011 r. zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 327925) *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał nie mniej niż 2 inwestycje budowlane obejmujące wykonanie budynków użyteczności publicznej np. szkoła, o kubaturze min. 15.000 m³. W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć wykaz wykonanych we wskazanym okresie robót spełniających wskazane wyżej warunki z podaniem w szczególności ich kubatury, wartości oraz daty i miejsca wykonania, sporządzony według załącznika oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (np. referencje).*

Odwołujący w celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu złożył wraz z ofertą wykaz robót, w którym wskazał doświadczenie w wykonaniu następujących inwestycji:

- 1) rozbudowa szkoły podstawowej nr 2 w Legionowie, polegająca na wybudowaniu kompleksu szkolno – przedszkolnego, o kubaturze 18.100 m³, wykonana w okresie 22.10.2009 – 15.06.2011 r. na rzecz Urzędu Miasta Legionowo,
- 2) rozbudowa obiektów zaplecza kulturalno – rozrywkowego w Nowym Dworze Mazowieckim, polegająca na wybudowaniu pod klucz basenu miejskiego wraz z wyposażeniem, o kubaturze 17.500 m³, wykonana w okresie od 17.11.2008 do 30.06.2011 r. na rzecz Miasta Nowy Dwór Mazowiecki,
- 3) wykonanie zakładu opiekuńczo – leczniczego w Rasztowie polegające na budowie budynku głównego, technicznego, zbiornika przeciwpożarowego itd., wraz z rozbiórką dwóch budynków, o kubaturze 16.674,08 m³, zrealizowane w okresie 08.08.2006 do 30.06.2009 na rzecz Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie,

- 4) budowa szkoły podstawowej z małą salą gimnastyczną, gimnazjum wyposażeniem oraz zagospodarowaniem terenu w Józefostawiu, o kubaturze 37.000 m³ wykonana w okresie od 07.10.2005 do 02.01.2008 r. na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno.

Do wykazu robót odwołujący załączył:

- 1) referencje Urzędu Miasta Legionowa z 1.09.2011 r., z których wynikało, że *ww. inwestycja zrealizowana została zgodnie z zawartą umową i dokumentacją projektową, z zachowaniem wymogów użytkowych, bez zastrzeżeń jakościowych. Osiągnięty efekt i jakość robót pozwalają nam na rekomendację firmy P.P.U. Zambet S.A. z Pułtuska jako sprawdzonego i rzetelnego wykonawcy, o wysokiej sprawności organizacyjnej i technicznej, oferującego usługi realizowane z należytą starannością,*
- 2) referencje Miasta Nowy Dwór Mazowiecki z 5.07.2011 r., z których wynikało, że *ww. inwestycja zrealizowana została z dużą starannością, z zachowaniem wymogów użytkowych, zgodnie z zawartą umową i dokumentacją projektową, bez zastrzeżeń jakościowych. Osiągnięty efekt i jakość robót pozwalają nam na rekomendację firmy P.P.U. Zambet S.A. z Pułtuska jako sprawdzonego i rzetelnego wykonawcy, o wysokiej sprawności organizacyjnej i technicznej, oferującego usługi realizowane z należytą starannością,*
- 3) referencje Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie z 1.07.2009 r. z których wynikało, że *ww. inwestycja zrealizowana została z dużą starannością, z zachowaniem wymogów użytkowych, zgodnie z zawartymi umowami i dokumentacją projektową, bez zastrzeżeń jakościowych. Osiągnięty efekt i jakość robót pozwalają nam na rekomendację firmy P.P.U. Zambet S.A. z Pułtuska jako sprawdzonego i rzetelnego wykonawcy o wysokiej sprawności organizacyjnej i technicznej, oferującej usługi realizowane z należytą starannością,*
- 4) referencje Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno z 3.03.2008 r. z których wynikało, że *ww. inwestycja zrealizowana została z dużą starannością, z zachowaniem wymogów użytkowych, zgodnie z zawartą umową i dokumentacją projektową, bez zastrzeżeń jakościowych. Osiągnięty efekt i jakość robót pozwalają nam na rekomendację firmy P.P.U. Zambet S.A. z Pułtuska jako sprawdzonego i rzetelnego wykonawcy o wysokiej sprawności organizacyjnej i technicznej, oferującą usługi realizowane z należytą starannością.*

Ustalono nadto, iż zamawiający pismami odpowiednio z dnia 4 stycznia 2012 r. i 10 stycznia 2012 r. zwrócił się do wystawców referencji z prośbą o potwierdzenie referencji wystawionych odwołującemu. W odpowiedzi na ww. pisma:

- 1) Urząd Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, pismem z dnia 11 stycznia 2012 r., potwierdził treść referencji i dodał, że wobec odwołującego nie zastosowano kar umownych,
- 2) Zastępca Prezydenta Miasta Legionowa, pismem z dnia 12.01.2012 r., poinformował, że potwierdza wystawione referencje i że odwołujący wykonał przedmiot zamówienia na przyzwoitym poziomie. Dodał, że nieliczne drobne usterki które wynikły w trakcie eksploatacji obiektu zostały niezwłocznie usunięte w ramach gwarancji. Wyjaśnił, że odwołującemu zostały naliczone kary umowne za opóźnienie terminu zakończenia robót. Znaczny wpływ na opóźnienie robót miał wadliwy projekt budowlano-wykonawczy, którego realizacja niejednokrotnie dezorganizowała prawidłowy przebieg robót oraz wyjątkowo niesprzyjające warunki atmosferyczne,
- 3) Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno, pismem z dnia 12.01.2012 r., potwierdził, że odwołujący wykonał cały zakres robót zgodnie z umową. Dodał, że w trakcie trwania okresu gwarancji wystąpiły usterki, które wykonawca usunął. Wskazał także, że w związku z opóźnieniem w realizacji zadania odwołujący udzielił gminie upustu przy robotach dodatkowych do wysokości odsetek za przekroczenie terminu.

Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie nie odpowiedział na pismo zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 3 lutego 2012 r., poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Poinformował odwołującego o treści pism nadesłanych przez Urząd Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Zastępcę Prezydenta Miasta Legionowa, Urząd Miasta i Gminy Piaseczno, jak również o braku odpowiedzi ze strony Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie. Wyjaśnił, że w świetle powyższego mógł na potwierdzenie spełnienia warunku uznać wykonanie tylko jednej roboty budowlanej o kubaturze nie mniejszej niż 15000 m³, wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Nowy Dwór Mazowiecki. W tym samym dniu zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego

zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wykluczenie wykonawcy którego oferta była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była korzystniejszą od oferty wybranej ustalenie, iż zamawiający wykluczył odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylecia tej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, stosownie do przepisu art. 22 ust. 3 ustawy Pzp dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej od wykonawców wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania zamówienia. W tym celu wskazał w Sekcji III pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy legitymujący się doświadczeniem rozumianym jako wykonanie minimum dwóch inwestycji budowlanych obejmujących wykonanie budynków użyteczności publicznej np. szkoła, o kubaturze min. 15.000 m³. W celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą wykaz wykonanych robót spełniających wskazane wyżej warunki oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (np. referencje).

Odwołujący w złożonym wraz z ofertą wykazie robót wskazał doświadczenie w wykonaniu czterech inwestycji, zrealizowanych na rzecz Urzędu Miasta Legionowo, Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie, Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno. Nie było spornym pomiędzy stronami, że inwestycje te odpowiadały warunkowi udziału w postępowaniu co do terminu ich wykonania, charakteru inwestycji, czy kubatury. Z załączonych do wykazu referencji wynikało zaś, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zawartymi umową i dokumentacją projektową, bez zastrzeżeń jakościowych.

Pomimo to, zamawiający uznał, że spośród czterech wykazanych przez odwołującego inwestycji warunkowi udziału w postępowaniu odpowiada jedynie robota budowlana wykonana przez odwołującego na rzecz Urzędu Miasta Nowy Dwór Mazowiecki. Zamawiający zakwestionował fakt prawidłowego ukończenia robót wykonanych przez odwołującego na rzecz pozostałych inwestorów. W konsekwencji uznał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wykluczył go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W tej sytuacji sporną pomiędzy stronami była okoliczność, czy inwestycje zrealizowane przez odwołującego na rzecz Urzędu Miasta Legionowo, Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie oraz Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno zostały ukończone prawidłowo.

1. Wykonanie zakładu opiekuńczo – leczniczego w Rasztowie na rzecz Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie

Zgodnie z treścią referencji wystawionych przez inwestora - Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie, które odwołujący złożył wraz z ofertą inwestycja *zrealizowana została z dużą starannością, z zachowaniem wymogów użytkowych, zgodnie z zawartymi umowami i dokumentacją projektową, bez zastrzeżeń jakościowych*. Powodem nie uznania ww. roboty budowlanej przez zamawiającego za odpowiadającą warunkowi udziału w postępowaniu było to, że inwestor nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego w którym zwrócił się o potwierdzenie wystawionych referencji. Taka przyczyna została bowiem wskazana w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że brak odpowiedzi ze strony inwestora nie mógł przesądzać, że dane zamówienie nie zostało przez odwołującego prawidłowo ukończone. Po pierwsze milczenie inwestora nie można było utożsamiać z odmową potwierdzenia referencji. Co jednak istotniejsze, inwestor, nie będący w żaden sposób uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie miał obowiązku odpowiedzieć na wezwanie zamawiającego do potwierdzenia wystawionych przez siebie referencji. W tej sytuacji, gdy w posiadaniu zamawiającego znajdowały się prawidłowe referencje wystawione przez Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie potwierdzające należyte wykonanie wskazanego w wykazie robót zamówienia, zamawiający nie miał podstaw do odmówienia wiarygodności przedłożonym mu referencjom tylko z tego powodu, że inwestor nie zareagował na prośbę o ich potwierdzenie.

Dodatkowo w trakcie rozprawy zamawiający poinformował, że zastępca wójta gminy Jabłonna odwiedził kierownika zakładu opiekuńczo – leczniczego w Rasztowie, jak również dyrektora jednostki wystawiającej referencje. W przeprowadzonej rozmowie obie osoby miały wspomnieć o znacznej ilości usterek, które ujawniły się w trakcie eksploatacji wykonanej przez odwołującego inwestycji, jednakże nie zdecydowały się potwierdzić tego pismem. Odnosząc się do argumentacji zamawiającego Izba stwierdziła, że zamawiający na poparcie swoich twierdzeń nie przedstawił żadnego dowodu. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki

prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

W tej sytuacji, wobec niepoparcia podnoszonej przez zamawiającego okoliczności żadnym dowodem, Izba uznała twierdzenie zamawiającego za gołosłowne. W konsekwencji Izba stwierdziła, że inwestycja pn. wykonanie zakładu opiekuńczo – leczniczego w Rasztowie na rzecz Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie odpowiadała warunkowi udziału w postępowaniu, opisanemu przez zamawiającego w Sekcji III pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu.

2. Rozbudowa szkoły podstawowej nr 2 w Legionowie na rzecz Urzędu Miasta Legionowo oraz budowa szkoły podstawowej z małą salą gimnastyczną, gimnazjum wyposażeniem oraz zagospodarowaniem terenu w Józefosławiu na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno

Zgodnie z treścią referencji wystawionych przez obu inwestorów, które odwołujący złożył wraz z ofertą obie inwestycje *zrealizowane zostały z dużą starannością, z zachowaniem wymogów użytkowych, zgodnie z zawartymi umowami i dokumentacją projektową.*

Powodem nie uznania ww. robót budowlanych przez zamawiającego za odpowiadających warunkowi udziału w postępowaniu było to, że:

- 1) w przypadku inwestycji wykonanej na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno - w trakcie okresu gwarancji wystąpiły usterki. Ponadto wystąpiło opóźnienie w realizacji zadania, na skutek czego odwołujący udzielił inwestorowi upustu przy robotach dodatkowych do wysokości odsetek za przekroczenie terminu,
- 2) w przypadku inwestycji wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Legionowa – za opóźnienie w wykonaniu zamówienia zostały odwołującemu naliczone kary umowne.

Okoliczności te wynikały z pism przesłanych zamawiającemu przez obu inwestorów (pisma odpowiednio: z dnia 12 stycznia 2012 r. oraz 9 stycznia 2012 r.). Izba uznała ww. okoliczności za udowodnione, albowiem nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności ww. pismom.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że opisywane przez zamawiającego doświadczenie którym miał się legitymować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, polegające na wykonaniu nie mniej niż 2 inwestycji budowlanych obejmujących wykonanie budynków użyteczności publicznej np. szkoła, o kubaturze min. 15.000 m³ jest na gruncie ustawy Pzp doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych. Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie wymagało zatem dokonania interpretacji przepisu § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r.), zgodnie z którym wykonawcy w przypadku wykazywania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych zobowiązani są złożyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W drugiej kolejności dostrzec należy, że sformułowanie użyte w § 1 ust. 1 pkt 2 przywoływanego rozporządzenia prowadzi do wniosku, iż wykonawca ma obowiązek złożyć dokumenty, które mają dowodzić faktu prawidłowego ukończenia i wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Ustawodawca w przypadku robót budowlanych (odmiennie niż w przypadku usług i dostaw o charakterze ciągłym i okresowym) nie pozwala więc na wykazywanie się doświadczeniem w robotach trwających, a tylko takich które zostały ukończone. Z przepisu tego wynika również, że przedmiotem dowodzenia jest jedynie prawidłowe ukończenie takiego zakresu robót który wynika z treści łączącego strony podstawowego stosunku zobowiązaniowego. W pojęciu tym nie mieści się natomiast również konieczność udowodnienia, iż usunięto wszystkie wady ujawnione w okresie gwarancji i rękojmi. Odbiór robót jest czynnością, skutkującą przejściem wszystkich ciężarów i korzyści oraz niebezpieczeństwa przypadkowej utraty lub uszkodzenia przedmiotu odbioru na inwestora. Jest wyrazem akceptacji przez inwestora wykonanego przez wykonawcę zasadniczego zakresu robót. Od tej daty liczy się terminy rękojmi i przedawnienia roszczeń. Z omawianych względów za dokument potwierdzający prawidłowe ukończenie robót w orzecznictwie Izby i w piśmiennictwie powszechnie uznaje się również podpisany przez strony protokół odbioru robót. Przyjęcie poglądu jakoby za prawidłowo ukończone i wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej można było uznać jedynie takie roboty budowlane, w stosunku do których nie ujawniły się w okresie gwarancji i rękojmi jakiegokolwiek usterki oznaczałoby konieczność oczekiwania na zakończenie upływu wieloletniego okresu gwarancji i rękojmi. Uniemożliwiłoby wykonawcom wykazywanie się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych już dawno zakończonych. Oznaczałoby

także zaprzeczenie utrwalonej w orzecznictwie Izby praktyce uznawania protokołu odbioru robót za dokument potwierdzający ich prawidłowe ukończenie.

W tej sytuacji fakt wystąpienia w trakcie eksploatacji obiektów w Legionowie i Józefosławiu usterek, które zostały usunięte w ramach gwarancji nie świadczył o tym, że którekolwiek z zamówień nie zostało prawidłowo ukończonych czy zrealizowane niezgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Na marginesie Izba wskazuje, że gołosłownym i nie popartym żadnym dowodem pozostało twierdzenie przystępującego przedstawione w trakcie rozprawy jakoby usterki, jakie pojawiły się w okresie gwarancji były liczne. Ponadto twierdzenie to pozostawało w sprzeczności z pismem Urzędu Miasta Legionowa z 9.01.2012 r., w którym usterki te w sposób wyraźny określono mianem „drobnych”, „nielicznych” i które usunięto „niezwłocznie”.

Izba stwierdziła również, że fakt naliczenia odwołującemu kar umownych z tytułu opóźnienia terminu zakończenia robót (inwestycja w Legionowie) czy udzielenia przez odwołującego upustu przy robotach dodatkowych do wysokości odsetek za przekroczenie terminu realizacji robót (inwestycja w Józefosławiu) nie świadczył sam przez się o tym, że roboty budowlane nie zostały ukończone prawidłowo.

Wprawdzie, stosownie do przepisu art. 354 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, dłużnik (a więc i wykonawca robót budowlanych) powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią. Niewątpliwie treścią zobowiązania jakim jest umowa o roboty budowlane jest również wykonanie świadczenia w terminie ustalonym przez strony. Zatem zwłoka w ich wykonaniu świadczyć mogła o nieprawidłowym ukończeniu robót. Dostrzeżenia wymagało, że obydwaj inwestorzy potwierdzili jedynie fakt „opóźnienia” w realizacji robót, jednakże z pism inwestorów z 9.01.2012 r. i 12.01.2012 r. nie wynikało, że opóźnienie odwołującego w realizacji robót budowlanych wynikało z okoliczności, za które ponosił on odpowiedzialność, a więc że był on w zwłoce. Stosownie do art. 476 KC przez pojęcie „zwłoki” rozumie się opóźnienie w spełnieniu świadczenia, będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Natomiast Urząd Miasta Legionowa przyznał nawet, że „znaczny wpływ na opóźnienie robót miał wadliwy projekt budowlany – wykonawczy, którego realizacja dezorganizowała prawidłowy przebieg robót oraz wyjątkowo niesprzyjające warunki atmosferyczne”.

Podkreślenia wymaga również, że treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 483 § 1 KC). Jednakże, w świetle przepisu art. 484 § 1 KC *w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody*. W oparciu o przywołany przepis przyjmuje się, że za dopuszczalne uznać należy zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary

nawet w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są okoliczności niezawinione przez dłużnika. Możliwość zastrzeżenia takiej klauzuli jest dopuszczalna w świetle art. 473 § 1 KC dopuszczającego możliwość modyfikacji ogólnych reguł odpowiedzialności dłużnika, które co do zasady oparte są na zasadzie winy. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby dłużnik w takiej sytuacji przyjął na siebie również odpowiedzialność za przypadek (J. Jastrzębski, Odsetki za opóźnienie a kara umowna, *Palestra* 2004, z. 7-8, s. 54). W tym ostatnim przypadku kara umowna staje się w istocie zastrzeżeniem o charakterze stricte gwarancyjnym, opartym na zasadzie ryzyka.

Wobec braku dowodu przeciwnego, w postaci np. tekstu umów łączących odwołującego z inwestorami i dysponując jedynie pismami inwestorów, Izba nie mogła zatem wykluczyć możliwości, że wprawdzie odwołujący opóźnił się z realizacją robót jednakże z przyczyn za które odpowiedzialności nie ponosił. Z analogicznych przyczyn nie można było wykluczyć, że naliczone odwołującemu kary umowne, w świetle umów, miały wyłącznie charakter gwarancyjny. Natomiast w ocenie Izby opóźnienie w realizacji robót niezawinione przez wykonawcę i naliczenie w konsekwencji kar umownych o charakterze wyłącznie gwarancyjnym nie mogło świadczyć o tym, że roboty wykonane przez odwołującego nie zostały prawidłowo ukończone w rozumieniu przepisu § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że inwestycje pn. Rozbudowa szkoły podstawowej nr 2 w Legionowie na rzecz Urzędu Miasta Legionowo oraz budowa szkoły podstawowej z małą salą gimnastyczną, gimnazjum, wyposażeniem oraz zagospodarowaniem terenu w Józefosławiu na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno odpowiadały warunkowi udziału w postępowaniu, opisanemu przez zamawiającego w Sekcji III pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu.

Na marginesie Izba wskazuje, że nawet gdyby przyjąć, iż tylko jedna inwestycja wykazana przez odwołującego mogła być uznana za odpowiadającą warunkowi udziału w postępowaniu to i tak decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp byłaby nieprawidłowa jako przedwczesna. Przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp na którą powołał się zamawiający w piśmie z dnia 3 lutego 2012 r. aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się

przesłanek opisanych w tym przepisie. W myśl przywoływanego przepisu zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie.

Wykaz robót i dokumenty potwierdzające prawidłowe ich ukończenie i wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej są dokumentami składanymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamknięty katalog takich dokumentów określa, wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817). Przywoływane rozporządzenie wymienia wśród dokumentów potwierdzających spełnienie warunków wymienia wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie ich zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie (§ 1 ust. 1 pkt 2 przywoływanego rozporządzenia).

Izba wskazuje, że z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione, tj. wystąpiłaby którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów również w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów oferta wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu. Żaden z wyjątków od zasady wzywania nie znajdował zastosowania w rozpatrywanej sprawie. Nie zachodziły bowiem przesłanki do unieważnienia postępowania, zaś oferta odwołującego w sytuacji uzupełnienia wymaganych dokumentów nie podlegała odrzuceniu.

W orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dominuje, prezentowany również przez skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, pogląd, że sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym przedłożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe pogląd wywodzi się z wnioskania a maiori ad minus. Jeżeli w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet

wszystkich dokumentów), to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz osób, robót, dostaw czy usług), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1724/09; KIO/UZO 1731/09, wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 463/10, wyrok KIO z dnia 9 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1495/09).

W konsekwencji decyzję zamawiającego w przedmiocie wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać za nieprawidłową również z tego powodu, że nie została poprzedzona procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp albowiem zamawiający nie mając ku temu podstaw wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Za pozbawioną znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania Izba uznała przedstawioną w trakcie rozprawy przez zamawiającego argumentację dotyczącą nienależytego wykonania przez odwołującego w przeszłości robót budowlanych polegających na budowie hali sportowej przy szkole podstawowej i gimnazjum w Jabłonnej. W trakcie rozprawy zamawiający podniósł, iż w jego ocenie odwołujący nie wykonał tej inwestycji zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, albowiem w okresie użytkowania oddanego obiektu wykryto szereg usterek, uchybień i wad. Izba wzięła pod uwagę, że w złożonym wraz z ofertą wykazie robót odwołujący nie wykazał ww. inwestycji. Zamawiający nie wykluczył zaś odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ani art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Kwestia ta nie była zatem przedmiotem zarzutów podniesionych przez odwołującego w odwołaniu. W konsekwencji Izba, stosownie do przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie mogła odnieść się do argumentacji zaprezentowanej przez zamawiającego na rozprawie.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: