

Sygn. akt KIO/UZP 106/07

WYROK
z dnia 24 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Lubomira Matczuk - Mazuś

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Musing Sp. z o.o., FDO Sp. z o.o., REMDRO Sp. z o.o., Szczecin, ul. Sanatoryjna 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta Szczecina, Szczecin, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 17.12.2007 r.

przy udziale **"Energopol-Szczecin" S.A., Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Musing Sp. z o.o., FDO Sp. z o.o., REMDRO Sp. z o.o., Szczecin, ul. Sanatoryjna 5**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Musing Sp. z o.o., FDO Sp. z o.o., REMDRO Sp. z o.o., Szczecin, ul. Sanatoryjna 5.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 902 zł 00 gr (słownie: dziewięćset dwa złote zero groszy) przez **Konsorcjum: Musing Sp. z o.o., FDO Sp. z o.o., REMDRO Sp. z o.o., Szczecin, ul. Sanatoryjna 5** na rzecz, **Urząd Miasta Szczecina, Szczecin, ul. Armii Krajowej 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Musing Sp. z o.o., FDO Sp. z o.o., REMDRO Sp. z o.o., Szczecin, ul. Sanatoryjna 5.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę obwodnicy trójmiejskiej Szczecina – etap IV od ul. Warcisława do ul. Krasieńskiego”. Jednym z wykonawców w niniejszym postępowaniu było konsorcjum firm Musing sp. z o.o., FDO sp. z o.o. i Remdro sp. z o.o. – zwane dalej Konsorcjum Musing. W dniu 10.12.2007r. poinformował tego wykonawcę o wynikach postępowania – w tym o fakcie wykluczenia Konsorcjum Musing z postępowania oraz uznania złożonej oferty za odrzuconą.

W dniu 17.12.2007r. Konsorcjum Musing złożyło protest na ww. czynność zamawiającego. W proteście zarzucono zamawiającemu bezprawne wykluczenie Konsorcjum Musing z postępowania oraz bezprawne dokonanie oceny ofert w postępowaniu bez uwzględnienia oferty Konsorcjum. Wskazano na bezzasadność twierdzenia zamawiającego dotyczącego braku udokumentowania wymaganego doświadczenia.

W dniu 20 grudnia 2007r. przystąpienie do protestu zgłosił „Energopol – Szczecin” S.A. opowiadając się po stronie zamawiającego. Wskazał na to, że tylko jedna praca wymieniona w ofercie protestującego spełnia wymagania postawione w SIWZ.

W dniu 20.11.2007r. zamawiający zawiadomił protestującego o rozstrzygnięciu protestu. Wskazał na to, że prace wskazane w załączniku nr 4 do SIWZ w pozycjach 1,2 i 3 nie spełniły wymogu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 5 SIWZ. W odniesieniu do prac wymienionych w poz. 4 niniejszego załącznika wskazał, że zwracał się o wyjaśnienia do wystawiającego referencje Warbud S.A. i wynikało z nich, że „Remdro” sp. z o.o. wykonywała wtedy roboty drogowe a instalacje sieci sanitarnych i elektrycznych leżały poza jej zakresem prac. Ponadto wskazał, że uzupełnienie oferty z dnia 4.12.2007r. było nieprawidłowe gdyż przekazane dokumenty dotyczyły prac będących w trakcie wykonywania przez firmę „Musing” a zarówno rozporządzenie w sprawie dokumentów jak i SIWZ dopuszczały wskazywanie prac wykonanych.

W dniu 27.12.2007r. wniesiono odwołanie w niniejszej sprawie. Konsorcjum Musing wskazało na bezzasadność wykluczenia go z postępowania. W argumentacji podtrzymano tezę o tym, że roboty wymienione na wykazie pod poz. 4 odpowiadały swoim zakresem i rodzajem robotom wymaganym. Głównie skupiono się jednak na argumentacji związanej z faktem konieczności uznania przez zamawiającego prac wynikających z protokołu zaawansowania robót na zadaniu Medianas Retail Park we Wrocławiu. Wskazano na to, że

przedłożony w postępowaniu dokument – protokół zaawansowania robót na dzień 27.11.2007r. jest typowym protokołem częściowego odbioru robót budowlanych. Argumentowano, że działanie to jest nie tylko deklaracją tego, że roboty zostały wykonane ale również, że zostały wykonane zgodnie z umową. Dalej wskazano na orzeczenia dotyczące określenia charakteru częściowego odbioru robót jako pokwitowanie spełnienia świadczenia wykonawcy polegającego na wykonaniu ściśle określonych robót budowlanych. Wskazano, że błędne jest stanowisko zamawiającego stanowiące, że przedmiotowy protokół zaawansowania robót potwierdza prace w trakcie wykonywania a nie już wykonane. Wskazano dalej na skutki prawne wynikające z częściowego odbioru robót dając przykłady orzeczeń Sądu Najwyższego. Ponadto wskazano na treść przedmiotowego protokołu i na określenia dotyczące wykonania robót zgodnie z warunkami kontraktu. Na koniec wskazano na określenia „budowa” i „przebudowa” występujące w definicji roboty podobnej zawartej w SIWZ konfrontując te określenia z przepisami Prawa Budowlanego a ponadto wskazano adekwatność robót z zadania inwestycyjnego Medianas Retail Park w stosunku do wymaganych w SIWZ.

W dniu 9.01.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił „Energopol – Szczecin” S.A. W przystąpieniu argumentował, że wykluczenie Konsorcjum Musing było zasadne ponieważ dokumenty złożone w postępowaniu nie odpowiadały wymaganiom SIWZ.

Izba zważyła i ustaliła co następuje. Odwołanie należało oddalić.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego faktu potwierdzenia wykonania roboty odpowiadającej SIWZ oraz wymogom rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - poprzez robotę wymienioną w poz. 4 wykazu załączonego do oferty – należy stwierdzić, że z referencji nie wynika fakt wykonania robót odpowiadających wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający poprzez przeprowadzenie wyjaśnień określił, że prace wykonywane przez firmę Remdro sp. z o.o. dotyczyły budowy drogi natomiast wykonywanie instalacji sieci elektrycznych i sanitarnych leżało poza zakresem umownym firmy Remdro sp. z o.o. Oświadczenie w tej sprawie zostało złożone przez Pana Konrada Klimczaka – Dyr. Regionu Ds. Produkcji Warbud S.A. – który wystawiał referencje złożone przez Konsorcjum Musing. Izba uznała oświadczenie za wiarygodne i na tej podstawie uznano, że w robota w poz. 4 wykazu załączonego do oferty

nie odpowiada wymogom SIWZ ponieważ dokumenty z nią związane i złożone oświadczenia potwierdzają, że dotyczyła ona budowy drogi a nie obejmowała zakresem instalacji sieci elektrycznych i sanitarnych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego faktu potwierdzenia wykonania roboty odpowiadającej SIWZ oraz wymogom rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez dokumenty, stwierdzić należy, że „Wniosek o zapłatę” oraz „Protokół zaawansowania robót” nie odpowiadają one wymogom SIWZ i ww. rozporządzenia. Z dokumentu „Wniosek o zapłatę” zaakceptowanego przez Kierownika ds. kosztów, Kierownika Projektu i Inwestora wynika, że łączna wartość kontraktu wynosi 11 103 130, 69 zł a stan zaawansowania prac na moment wystawienia dokumentu tj. na dzień 27.11.2007r. odnosił się do wartości 10.262 283, 15 zł. Do wniosku o zapłatę dołączony został dokument „Protokół zaawansowania robót” podpisany przez wykonawcę, inspektora nadzoru, kierownika kosztów i kierownika budowy. Dokument ten składał się z tabel w których były kody, opisy robót wg elementów pakietu, wartości kontraktu, wartości zatwierdzone poprzednio, obecnie i łącznie dla danej roboty. Z dokumentu tego nie wynikało jednak wykonanie roboty budowlanej w rozumieniu § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Bezpośrednie brzmienie tego przepisu mówi o robotach wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia i dopuszcza wyjątek dla przedsiębiorców którzy mają krótszy okres prowadzenia działalności gdzie można roboty te mogą być wykonane w ciągu tego okresu. W przedmiotowej sytuacji jednak postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 26.10.2007r. natomiast dokument „Protokół zaawansowania robót” wystawiony został w dniu 27.11.2007r. co powoduje niemożność uznania tej pracy za wykonaną w wymaganym okresie. Ponadto należy wskazać na jednolite orzecznictwo Zespołów Arbitrów w sprawie określenia możliwości powoływania się na częściowe odbiory robót w przypadku składania ich w wykazie. Z orzeczeń tych wynika, że częściowy odbiór robót budowlanych nie może być uznany za dokument potwierdzający zrealizowanie zamówienia w całości i w efekcie za dokument potwierdzający wymagane doświadczenie. (wyr. ZA sygn UZP/0-91/05). Stanowisko to ujawnione jest również w publikacji „Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów” (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, UZP 2006).

Dodatkowym argumentem jest fakt braku wykonania istotnych robót - w tym kompletnego pomiaru kabla, kompletnego pomiaru uziemienia czy brak danych dotyczących

wykonania warstwy wiążącej 0/20 cm grubości 6 cm pod nawierzchnię dróg wewnętrznych które mogłyby stanowić podstawę do odbioru robót. Należy podkreślić, że z dokumentu „Protokół zaawansowania robót” wielokrotnie w wielu pozycjach tabel nie wynikało, czy pozycje te ujęte są w wartościach kontraktu co powodowało niewiedzę na temat faktycznego wykonania tych pozycji.

W związku z tym, że „Wniosek o zapłatę” oraz „Protokół zaawansowania robót” nie odpowiadają warunkom SIWZ i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez dokumenty należało stwierdzić, że nie mogą one stanowić podstawy stwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego w wysokości 902 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*