

Sygn. akt: KIO/UZP 482/08

WYROK
z dnia 2 czerwca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Dagmara Gałczewska-Romek**
Renata Tubisz

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jakon Sp. z o.o., 62-080 Tarnowo Podgórne, ul. Sowia 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet im. A. Mickiewicza, 61-712 Poznań, ul. Wieniawskiego 1** protestu z dnia 7 maja 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Jakon Sp. z o.o., 62-080 Tarnowo Podgórne, ul. Sowia 4

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 uiszczzonego przez **Jakon Sp. z o.o., 62-080 Tarnowo Podgórne, ul. Sowia 4,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 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 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jakon Sp. z o.o., 62-080 Tarnowo Podgórne, ul. Sowie 4.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku dydaktycznego Kolegium Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Pile wraz z sieciami i zagospodarowaniem terenu, etap pierwszy, część pierwsza, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE nr 2008/S 23 – 029775), w dniu 7 maja 2008 r. został złożony protest a następnie odwołanie przez Jakon Sp. z o.o. z Tarnowa Podgórnego. Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powzięcia wiadomości przez Odwołującego w dniu 30 kwietnia 2008 r. o ponownym wyborze oferty wykonawcy – Pekabud Morasko Sp. z o.o. z Poznania na część pierwszą zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu – Uniwersytetowi im. Adama Mickiewicza w Poznaniu naruszenie art. 7, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2002 r. nr 223, poz. 1655) przez:

1. przyjęcie wyjaśnień Pekabud Morasko Sp. z o.o. na okoliczność dołączonego do oferty wykazu prac, w odniesieniu do robót przy przebudowie terminalu Ławica w Poznaniu, które zostały zakończone po wszczęciu niniejszego postępowania przetargowego,
2. uwzględnienie referencji potwierdzających wykonanie zamówień, nie uwzględnionych w wykazie prac, w zakresie realizacji budynku na osiedlu W. Jagiełły 12 w Poznaniu,
3. błędne uznanie, że przedstawiona informacja dotycząca 35 % części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom jest zgodna z wymaganiami SIWZ,

4. zaniechanie czynności wykluczenia wybranego wykonawcy i odrzucenia oferty, zawierającej nieprawdziwe oświadczenia, dotyczące robót przy budowie budynku biurowo- magazynowo - produkcyjnego w miejscowości Sady,
5. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, wykazane realizacje budynków mieszkalnych przy ul. Milczańskiej, Inflandzkiej, Bobrzańskiej w Poznaniu, składają się z wielu odrębnych obiektów budowlanych o jednostkowej wartości robót niższej niż podana w SIWZ,
6. naruszenie zasad równego traktowania wykonawców.

Pismem doręczonym dnia 14 maja 2008 r. Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu podał, że wykonawca Pekabud Morasko Sp. z o.o. w wykazie robót budowlanych przedstawił cztery pozycje, które spełniają wymagania specyfikacji. Po uzyskanych wyjaśnieniach, uzupełnieniu wykazu oraz dokumentów referencji, Zamawiający uznał, że wymagania SIWZ spełniają podane roboty budowlane przy ul. Roboczej oraz na osiedlu W. Jagiełły w Poznaniu. Nie brał natomiast pod uwagę inwestycji w Sadach gmina Tarnowo Podgórne, co świadczy, że treść złożonego w tym zakresie oświadczenia wykonawcy Pekbud Morasko Sp. z o.o. nie miała wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że sposób który zastosował przy dopuszczeniu wyjaśnień i uzupełnianiu dokumentów oferty Pekabud Morasko Sp. z o.o. naruszył procedurę przewidzianą art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Nie uwzględnił też argumentacji, że wadliwa jest oferta, w której nie wskazano konkretnych prac do powierzenia podwykonawcom.

W odwołaniu wniesionym w dniu 19 maja 2008 r. z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie:

1. wykluczenia wykonawcy Pekabud Morasko Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty,
2. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, korespondencji dotyczącej wyjaśnień i uzupełniania dokumentów, oferty Pekabud Morasko Sp. z o. o.

Ponadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W postępowaniu na część pierwszą zamówienia zostało złożone siedem ofert.

Jedynym kryterium oceny ofert stanowi cena.

Cena oferty najkorzystniejszej Pekabud Morasko Sp. z o.o. wynosi 33 379 849, 60 zł.

Cena oferty Odwołującego wynosi 34 123 386,41 zł i została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Oferty Odwołującego i Pekabud Morasko Sp. z o.o. nadal pozostają zabezpieczone wadium.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia punkt 6.1 tabela, poz. 3A Zamawiający dopuścił do wykonywania zamówienia na część pierwszą, obejmującą roboty budowlane wraz z wyposażeniem budynku dydaktycznego wykonawców, którzy wykonali (również jako generalny wykonawca przy współdziałaniu podwykonawców) w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przynajmniej dwa obiekty budowlane (budynek wraz z instalacjami i urządzeniami) o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych każdy oraz załączą dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należyście.

W punkcie 10.10 SIWZ tabela, pozycja 8 Zamawiający wymagał wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzającego spełnienie warunku, o którym mowa w punkcie 6.1.3A SIWZ, sporządzonego dla każdej części osobno oraz dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście. Zamawiający określił wzór wymienionego wykazu w załączniku nr 5 do SIWZ, który winien obejmować nazwę zadania, wartość robót wykonanych przez wykonawcę (brutto), datę wykonania i nazwę inwestora.

Ponadto Zamawiający żądał w punkcie 10.10 tabeli, pozycja 12 wykazu części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom, sporządzonego dla każdej części osobno, według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ, który winien obejmować części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom i procentowy udział w całości zamówienia.

Pismem z dnia 31 marca 2008 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Pekabud Morasko Sp. z o.o. na część pierwszą zamówienia.

W dniu 4 kwietnia 2008 r. Odwołujący złożył protest na wybór określonej wyżej oferty, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy Pekabud Morasko Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia oferty, w związku z podnoszonymi okolicznościami, że wykonawca ten nie spełnił nakazanych w SIWZ warunków udziału, oraz ze względu na to,

że podał nieprawdziwe informacje dotyczące wykazanych realizacji, w wyniku czego oferta została wybrana.

W szczególności zostały zakwestionowane:

- pozycja 1 wykazu, gdzie widnieje rozbudowa i modernizacja terminala pasażerskiego Portu Lotniczego Poznań – Ławica, w okresie 2007 do 2008 r., ponieważ do dnia wszczęcia postępowania roboty nie zostały zakończone i odebrane, a więc nie mogły znaleźć się w wykazie zrealizowanych robót, potwierdzonych referencjami,
- pozycja 2 wykazu, gdzie widnieje budowa budynku biurowo – magazynowo - produkcyjnego w miejscowości Sady, o wartości 10 000 000 zł.. Odwołujący podniósł, że omawiany obiekt wykonywał on sam na zlecenie firmy CheMes M. Szperliński Sp. z o.o. w zakresie 55% wartości całej inwestycji,
- pozycja 3 wykazu, gdzie widnieje zespół budynków wielorodzinnych przy ul. Sikorskiego, Roboczej w Poznaniu, opisany jako wykonany w latach 2001- 2004, co nie odpowiada prawdzie, bo inwestycja została zakończona w 2003 r. i nie może być brana pod uwagę,
- pozycja 4 wykazu podająca zrealizowanie zespołu budynków wielorodzinnych przy ul. Milczańskiej, Inflandzkiej, Bobrzańskiej w Poznaniu, gdzie żaden z budynków nie spełnił warunku wartości 10 000 000 zł.

Uchybieniem oferty wybranej, stanowiło w ocenie Odwołującego nie podanie w wykazie nr 4 do SIWZ opisów części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2008 r. Zamawiający powiadomił, że uznaje protest z uwagi na zastrzeżenia do wykazu wykonanych robót budowlanych (str. 52 oferty) oraz do wykazu części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom (str. 78 oferty). Jednocześnie poinformował, że powtórzy czynność badania i oceny ofert, o czym powiadomi uczestników postępowania.

W wyniku uwzględnienia protestu, Zamawiający zwrócił się dwoma pismami z dnia 16 kwietnia 2008 r. do Pekabud Morasko Sp. z o.o. o udzielenie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień w odniesieniu do kwestionowanych pozycji 1 i 3 wykazu robót oraz w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał do uzupełnienia braków oferty, to jest do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania, o jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu obiektu budowlanego (budynek wraz z instalacjami i urządzeniami) o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie, w terminie do dnia 23 kwietnia 2008 r.

W zakreślonym terminie 22 kwietnia 2008 r. Pekabud Morasko Sp. z o.o. udzielił odpowiedzi, w której przyznał, że prace związane z rozbudową i modernizacją lotniska Ławica zostały ukończone 29 lutego 2008 r. (ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 2.02.2008 r.). Wyjaśnił, że w ramach budowy zespołu budynków wielorodzinnych przy ul. Sikorskiego,

Robocza w Poznaniu, wykonywał w latach 2003 – 2004 budynek nr 5 o wartości brutto 19 330 144,92 zł., która to realizacja podlega zaliczeniu do prac wykonywanych w ostatnich pięciu latach przed wszczęciem postępowania.

Jednocześnie zostały złożone referencje z dnia 20.12.2007 r. w sprawie budynku na osiedlu Wł. Jagiełły nr 12 w Poznaniu.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia jako wystarczające, a wymagane dokumenty uznał, za skutecznie uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W związku z powyższym, w trakcie ponownej oceny ofert uznał, że Pekabud Morasko Sp. z o.o. spełniła warunki udziału w przetargu i ponownie dokonał wyboru tej samej oferty, o czym powiadomił wykonawców pismem z dnia 30 kwietnia 2008 r., na którą to czynność został wniesiony protest i odwołanie będący przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Regulacja zawarta w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp została wprowadzona w tym celu, aby umożliwić wybór oferty najkorzystniejszej pod względem ustalonych kryteriów oceny ofert, mimo że oferta wykazuje braki w zakresie właściwego wykazania i udokumentowania, między innymi spełnienia warunków udziału, postawionych przez Zamawiającego. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 Pzp, lub złożą dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Z treści cytowanego przepisu wynika, że ma on charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem obligował Zamawiającego, przed ewentualnym wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty do wyczerpania procedury wezwania i wyznaczenia terminu na uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, jeżeli ze względu na rodzaj braków oferty nadawały się one do uzupełnienia. Dyspozycja powołanej normy prawnej obejmuje stany, gdzie wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu, z dokumentu nie wynika spełnienie opisanego w SIWZ warunku bądź dokument jest wadliwy (błędny) lub niepełny.

W ocenie składu orzekającego Izby, wbrew odmiennym poglądom Odwołującego, zarówno wykaz robót Pekabud Morasko Sp. z o.o., który stanowi oświadczenie wykonawcy, jak i dokumenty poświadczające należyte wykonanie robót mogły zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwany wykonawca był uprawniony do złożenia wyjaśnień dotyczących jego oferty wraz z ewentualnym przedstawieniem dowodów.

Stawiane Zamawiającemu zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w świetle przytoczonej wyżej argumentacji i dowodów z dokumentacji postępowania, nie znalazły potwierdzenia.

Skład orzekający Izby poddał ocenie pozycje z wykazu robót (wraz z jego uzupełnieniem) dotyczące robót przy wykonywaniu:

– budynku przy ul. Sikorskiego, Roboczej w Poznaniu zrealizowanego w latach 2003 –2004, o wartości 19 330 144,92 zł., o czym świadczy protokół odbioru końcowego zaakceptowany przez inwestora – Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego, bez stwierdzenia wad i potwierdzający wykonanie zgodnie z umową,

– budynku na osiedlu Wł. Jagiełły 12 w Poznaniu o wartości 17 387 147,20 zł., oddanego w 2006 r., co potwierdzają referencje wystawione przez inwestora UWI INWESTYCJE S.A., stwierdzające terminowość i wysoką jakość prac.

Powyższe Zamawiający zweryfikował w trakcie ponownej oceny ofert i pozytywnie ocenił zdolność techniczną i doświadczenie zawodowe Pekabud Morasko Sp. z o.o. do realizacji części pierwszej zamówienia, dotyczącej robót budowlanych wraz z wyposażeniem budynku dydaktycznego.

Izba po zbadaniu dowodów, to jest rzeczoności wykazu, referencji, protokołu odbioru budynku i wyjaśnień ustaliła, że przedstawione roboty potwierdzają łącznie warunki: wykonania w okresie pięciu lat, poprzedzających wszczęcie postępowania, dwóch obiektów budowlanych o wartość każdego nie mniejszej niż 10 000 000 zł, rodzajem odpowiadających wymaganiom budynku wraz z instalacjami i urządzeniami. Z przedstawionych względów dokonana przez Zamawiającego ocena wybranej oferty w tym zakresie nie uzasadnia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Inne wykazane roboty mogą mieć jedynie charakter informacyjny na temat osiągnięć zawodowych danego wykonawcy. O ile zostały zamieszczone w wykazie, powinny zawierać dane rzetelne, jednakże z uwagi na to, że nie są uwzględniane przy ocenie oferty, nie mają żadnego wpływu na wynik postępowania, co czyni bezpodstawnymi zarzuty Odwołującego dotyczące podania nieprawdziwych informacji i zaniechania wykluczenia wykonawcy, ze względu na uregulowanie zawarte w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu niepodania części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom, w pozycji 2 oświadczenia według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ Pekabud Morasko Sp. z o.o. wskazało podwykonawcę Peberol Sp. z o.o. z Chodzieży, a w pozycji 3 określiło 35% udział podwykonawcy w całości zamówienia.

Należy stwierdzić, że przepisy art. 36 ust. 4 Pzp nie precyzują, czy chodzi o wskazanie rzeczowej części zamówienia konkretyzującej rodzaj robót, czy należy nadać temu znaczenie ilościowe.

Zamawiający wymagał podania części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcy z określeniem ilościowym, w proporcji procentowej do całości zamówienia, co potwierdził wprost w rozstrzygnięciu protestu. Wątpliwości co do dyspozycji zawartych w omawianym formularzu, wynikające z niedoprecyzowania zawartych instrukcji nie mogą być interpretowane niekorzystnie dla danego wykonawcy. Zamawiający będzie zobowiązany uwzględnić każdy zakres rzeczowy robót powierzony podwykonawcom, pod warunkiem, że ich udział w całości zamówienia nie przekracza deklarowanej wielkości 35%. W art. 647¹ § 1 Kc mowa jest o zakresie robót i w § 2.4 wzoru umowy postanawia się, że wykonawca może powierzyć wykonanie części przedmiotu umowy podwykonawcom, pod warunkiem przedstawienia pisemnej umowy z podwykonawcą i nie wniesienia sprzeciwu przez Zamawiającego w ciągu 14 dni od daty złożenia, a więc i wzór umowy nie narzuca, że opis rzeczowy części zamówienia w umowie z podwykonawcą miałby odpowiadać opisowi części zamówienia, dokonaneemu w oświadczeniu według załącznika nr 4 do SIWZ.

Materiał dowodowy sprawy nie dawał podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, dokonując wyboru oferty Pekabud Morasko Sp. z o.o. w prowadzonym postępowaniu

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*