

Sygn. akt: KIO/UZP 455/08

**WYROK**  
**z dnia 27 maja 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Mazurek**  
**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Klaudia Szczytowska-Maziarz**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „NIWA” – Brukarstwo Firma Usługowo – Handlowa Bożena Kaim, 32-600 Oświęcim, ul. Leszczyńskiej 7 od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego Powiat Oświęcimski – Starostwo Powiatowe w Oświęcimiu. 32-602 Oświęcim, ul. Wyspiańskiego 10 protestu z dnia 28 kwietnia 2008 r.,

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

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez „NIWA” – Brukarstwo Firma Usługowo – Handlowa Bożena Kaim, 32-600 Oświęcim, ul. Leszczyńskiej 7,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 5528 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset dwadzieścia osiem złotych) przez **Powiat Oświęcimski – Starostwo Powiatowe w Oświęcimiu. 32-602 Oświęcim, ul. Wyspiańskiego 10** na rzecz „**NIWA**” – **Brukarstwo Firma Usługowo – Handlowa Bożena Kaim, 32-600 Oświęcim, ul. Leszczyńskiej 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)  
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**NIWA**” – **Brukarstwo Firma Usługowo – Handlowa Bożena Kaim, 32-600 Oświęcim, ul. Leszczyńskiej 7.**

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

Zamawiający – Powiat Oświęcim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację placu przed dworcem PKP oraz ul. Dworcowej w zakresie przebudowy ul. Dworcowej.

W dniu 23.04.2008r. Zamawiający dokonał czynności wykluczenia wykonawcy – Bożeny Kaim, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „NIWA” Brukarstwo Firma Usługowo Handlowa Bożena Kaim – (zwanej dalej NIWA lub protestująca lub odwołująca), odrzucenia oferty tej firmy oraz wyboru oferty Eurovia Polska S.A.

W dniu 29.04.2008r. NIWA wniosła protest na czynność wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia swojej oferty. Ponadto zarzucono bezzasadną odmowę udostępnienia dokumentacji z prowadzonego postępowania. Protest dotyczył również bezzasadnego żądania przez Zamawiającego od Zarządu Dróg Powiatowych w Oświęcimiu informacji potwierdzających udzielenie referencji protestującej. Kolejnym zarzutem było naruszenie art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych przez zamawiającego w taki sposób, że zażądano wybiórczo w stosunku do protestującej sprawdzenia prawdziwości złożonych referencji, protokołów oraz wykazu robót. Protestująca zażądała wyjaśnień przyczyn i faktu odmowy udostępnienia dokumentów w postępowaniu. We wniosku końcowym protestująca

zażądała unieważnienia całego postępowania albo dokonania powtórnej oceny ofert w zakresie wyboru oferty protestującego. Ponadto – w ocenie protestującego – oferta firmy Eurovia Polska S.A. powinna podlegać odrzuceniu.

W dniu 7.05.2008r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie. W argumentacji wskazał m.in., że postępowanie prowadzone było z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i zasady jawności. Ponadto wskazano na okoliczności związane z wyjaśnieniami rozbieżności w wykonaniu robót przez protestującego dla ZDP w Oświęcimiu – wykonanie tych robót z usterkami oraz przekroczenie terminu naprawienia usterek – protokół usunięcia spisano w dniu 22.06.2007r., a nieprzekraczalny termin usunięcia wskazano na 15.06.2007r. W dalszej argumentacji Zamawiający wskazał na różnice w wartościach podawanych w wykazie robót, protokołach i informacji z ZDP, co w jego ocenie stanowi okoliczność do stwierdzenia błędu w dokumentach. Na koniec wskazano, że Zamawiający nie odmawiał udostępniania dokumentów w żadnym momencie postępowania.

W dniu 12.05.2008r. NIWA złożyła odwołanie. Wskazano na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty. Ponadto zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, 2 i 3, art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 4, art. 25 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 3, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Ponadto zarzucono naruszenie art. 96 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy z 6 września 2001r. o dostępie do informacji publicznej. Ponadto wskazano, że Zamawiający w pouczeniu o środkach ochrony prawnej błędnie poinformował, że odwołanie nie przysługuje w przedmiotowym postępowaniu. Zażądano nakazania unieważnienia czynności wykluczenia odwołującej z postępowania albo nakazania ponownej oceny ofert.

W argumentacji merytorycznej wskazano na opis warunku wymaganego doświadczenia jaki się znalazł w SIWZ. Wymieniono dokumenty dotyczące wykonania przebudowy drogi powiatowej nr 04-106, jakie złożono w ofercie – łącznie na kwotę 1 074 459, 44zł. Wskazano, jakie stwierdzenia znajdują się w protokołach odbioru po czym stwierdzono, że te dokumenty w zupełności wystarczały do potwierdzenia spełniania warunku wymaganego doświadczenia. Dalej wskazano na bezpodstawność działań Zamawiającego, nie mających oparcia w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W oparciu o § 17 umowy nr 54/2006 wskazano na to, że faktura końcowa i zapis w protokole końcowym odbioru robót nie mogły potwierdzać całej wartości robót. Czynności określenia całej wartości roboty dokonano dopiero w dniu 16.04.2008r., gdzie wskazano wartość 1 234 071, 92 zł. W dalszej argumentacji podnoszono możliwość składania wielu dokumentów potwierdzających wykonanie danej roboty – nie tylko wskazywanych przez Zamawiających. Odwołująca

przekazała Zamawiającemu protokół odbioru robót i zapłacone faktury, potwierdzające dodatkowo spełnianie warunku.

Odnosnie kwestii naruszenia art. 96 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy z 6 września 2001r. o dostępie do informacji publicznej wskazano na fakt udostępnienia na stronie internetowej Zamawiającego oraz w piśmie do uczestników postępowania informacji wskazującej na wyrządzenie szkody przez odwołującą w wyniku wykonania umowy dla TDP. Dalej wskazano na słowne odmowy udostępniania dokumentacji przez Zamawiającego oraz na nieterminowe ustosunkowanie się do wniosku z dnia 25.04.2008r., które nastąpiło w dniu 29.04.2008r. W połączeniu z dużo wcześniejszym powiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty stworzyło to możliwość ograniczenia prawa do odwołania.

Na koniec podniesiono, że w postanowieniu o odrzuceniu protestu Zamawiający zawarł informację o tym, że wykonawcy nie przysługuje prawo odwołania.

Izba, po przeprowadzeniu rozprawy oraz dokonaniu analizy dokumentacji postępowania, postanowiła uwzględnić odwołanie.

W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma kwestia wymagania przez zamawiającego konkretnych rodzajów dokumentów, żądanych na potwierdzenie wykonania określonych zamówień. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał, że fakt wykonania roboty musi być potwierdzony „referencjami lub protokołem odbioru końcowego wykonanych robót”. Należy wskazać, że z § 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 wynika, że zamawiający może żądać załączenia dokumentów „potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie” – a więc nie uprawnionym jest ograniczanie katalogu dokumentów wyłącznie do tych dopuszczonych przez zamawiającego. Należy podkreślić, że rodzaje dokumentów i ich badanie w konkretnym postępowaniu uzależnione jest od warunków określonych przez zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu warunek wymaganego doświadczenia określony został przez zamawiającego na poziomie co najmniej dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z przedmiotowym zamówieniem, a każda z robót musi być wartości większej niż 1 000 000 zł brutto. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę i załączył protokoły odbioru robót na łączną kwotę 1 074 459, 44zł. Okoliczność, że jeden z załączonych protokołów był protokołem częściowym nie powinna być podstawą do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Po dokonaniu analizy oferty odwołującego KIO stwierdziła, że wykaz robót wraz z załączonymi dokumentami w

wystarczający sposób potwierdził fakt posiadania wymaganego doświadczenia. Należy wskazać na stwierdzenia, jakie znajdują się w treści protokołów, które jednoznacznie potwierdzają spełnienie wymaganego warunku. Należy również wskazać na późniejsze działania odwołującego – w tym przekazanie zamawiającemu całej umowy 54/2006, wszystkich protokołów, faktur – w ocenie KIO zamawiający był w posiadaniu dokumentów aby potwierdzić spełnienie wymaganego przez siebie warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Słusznie stwierdził Sąd Okręgowy w Gliwicach, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający mógł skorzystać z instytucji wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych aby swoje wątpliwości związane z potwierdzaniem dokładnych wartości wykonanych prac wyjaśnić, czego nie uczynił.

Należy również stwierdzić, że dokumentacja postępowania powinna zostać przekazana odwołującemu w najbliższym możliwym terminie po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wskazał w SIWZ osoby uprawnione do kontaktu z wykonawcami – dwie osoby w sprawach związanych z przedmiotem zamówienia oraz osobę w sprawach związanych z procedurą przetargową. W związku z postulatem szybkości postępowania należy wskazać, że procedura postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga, aby sprawy takie jak udostępnianie dokumentacji przetargowej nie podlegały standardowemu obiegowi dokumentów w urzędzie, ale aby rozwiązywane były bezzwłocznie, bezpośrednio przez osoby uprawnione – wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie KIO nie spowodowało to jednak konieczności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego gdyż Odwołujący skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej pomimo, że dostęp do dokumentacji uzyskał z opóźnieniem.

Nieprawidłowa informacja zawarta w rozstrzygnięciu protestu – z której wynikało, że w przedmiotowym postępowaniu odwołanie nie przysługuje – pomimo oczywistości naruszenia art. 183 ust. 4 ustawy Pzp - nie powinna stanowić podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż wykonawca skorzystał z prawa do wniesienia odwołania i uczynił to skutecznie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie, na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Za uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 1464 zł, stosownie do przedłożonego rachunku, na podstawie §4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128, poz. 886).

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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*