

Sygn. akt: KIO/UZP 1370/08

WYROK
z dnia 5 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **RAR R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., ul. Aspekt 69 lok. 2 i 3, 01-904 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Felińskiego 2b, 01-513 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa**, protestu z dnia 12 listopada 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża RAR R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., ul. Aspekt 69 lok. 2 i 3, 01-904 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Felińskiego 2b, 01-513 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **RAR R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., ul. Aspekt 69 lok. 2 i 3, 01-904 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Felińskiego 2b, 01-513 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **RAR R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., ul. Aspekt 69 lok. 2 i 3, 01-904 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Felińskiego 2b, 01-513 Warszawa** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa Zarząd Dróg**

- Miejskich ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **RAR R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., ul. Aspekt 69 lok. 2 i 3, 01-904 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Felińskiego 2b, 01-513 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Demontaż istniejącego oraz montaż nowego oświetlenia na Al. Solidarności na odc. ul. Młynarska - Radzymińska”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez RAR R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 września 2008 r. (poz. ogłoszenia: 236959). Postępowanie to prowadzi Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich, zwane dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą*”. Zamawiający wprowadził podział zamówienia na trzy części, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych. Złożone odwołanie dotyczy części 1 zamówienia, tj. dzielnicy Wola.

W postępowaniu tym Zamawiający pismem z dnia 6 listopada 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający podniósł, że wykonawca ten nie spełnił postawionego przez Zamawiającego w pkt 5.3.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia wykonawcy w zakresie realizacji minimum 4 robót, tj. remontów lub budów oświetlenia ulicznego lub oświetlenia zewnętrznego. Przy czym przez oświetlenie uliczne lub zewnętrzne Zamawiający rozumiał – zgodnie z opisem w SIWZ - oświetlenie ulic, ciągów pieszych, placów, parków itp. realizowanych przy użyciu urządzeń i elementów oświetleniowych). Zamawiający określił, że wykonane roboty powinny być w sumie o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto (dla 1 części), 2 200 000,00 zł brutto (dla 2 części), 3 500 000,00 zł brutto (dla 3 części) z tym, że co najmniej jedna z nich musi być na kwotę minimum 1 200 000,00 zł brutto.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący na potwierdzenie spełniania tego warunku miał obowiązek dołączyć do oferty wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające poprawność, rzetelność, terminowość, wartość zrealizowanych lub realizowanych zamówień, a w przypadku zakończenia zamówienia 30 dni przed terminem składania ofert protokołem odbioru. Odwołujący na skutek wezwania Zamawiającego do uzupełnienia wymaganych dokumentów potwierdzających, że wymienione prace zostały wykonane należycie, nie przedłożył wymaganych dokumentów.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 12 listopada 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dacie 13 listopada 2008 r.) złożył protest, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy: art. 7 ust. 1, art. 18 ust. 1 i 2, art. 22, art. 24, art. 25 oraz art. 26, a także na treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Odwołujący w proteście wskazał, że w celu wypełnienia postawionego warunku doświadczenia Zamawiający przewidział możliwość złożenia oferty przez wykonawców, którzy nie zrealizowali wymaganych zamówień lecz są w trakcie ich realizacji. Zamawiający w SIWZ przewidział, że jednym z dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia był protokół odbioru robót. Odwołujący wskazał, że w swojej ofercie przedłożył omyłkowo dokument niepotwierdzający należytego wykonania kontraktu. Na skutek wezwania Zamawiającego skierowanego do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Odwołujący został wezwany do uzupełnienia tego brakującego dokumentu. W terminie określonym w wezwaniu (do dnia 3 listopada 2008 r.) Odwołujący uzupełnił brak poprzez przedłożenie protokołu odbioru robót, w którym potwierdzono, że zakres wykonanych robót, okres ich realizacji zostały wykonane zgodnie z zawartą umową. Zamawiający nie uznał jednak tego dokumentu i ofertę Odwołującego odrzucił. W ocenie Odwołującego niedopuszczalne było, w świetle obowiązujących przepisów oraz postanowień SIWZ, odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego.

Wnosząc wskazany protest Odwołujący wniósł o doprowadzenie przedmiotowego postępowania do stanu zgodnego z przepisami ustawy, tj. o unieważnienie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zamawiający odnosząc się do złożonego protestu w piśmie z dnia 18 listopada 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie), protest oddalił, podtrzymując swoje dotychczasowe stanowisko o zasadności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu,

Z rozstrzygnięciem protestu przez Zamawiającego Odwołujący nie zgodził się i pismem z dnia 22 listopada 2008 r. z datą 24 listopada 2008 r. jako bezpośredni wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, złożył odwołanie. Kopia odwołania w dacie jego złożenia Prezesowi UZP została przekazana Zamawiającemu. W treści odwołania Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację oraz żądania zawarte w proteście, wskazując jednocześnie, że uzupełniony przez niego na skutek wezwania Zamawiającego dokument w postaci protokołu odbioru wykonanych robót dotyczył podpisanej z Zamawiającym (miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich) umowy na demontaż i montaż nowego oświetlenia ulicy Al. Ujazdowskie w Warszawie na odc. Pl. Trzech Krzyży do ul. Bagatela w Warszawie. Podniósł, że przedłożony przez niego dokument w postaci protokołu odbioru robót potwierdzał, że okres realizacji umowy oraz zakres wykonanych robót jest zgodny z umową.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść oferty Odwołującego, uzupełnienie dokumentu dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oraz postanowienia SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że zaskarżona w odwołaniu czynność dotyczy wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Czynność ta - w świetle art. 184 ust. 1 a pkt 3 ustawy w brzmieniu ustalonym w wyniku nowelizacji przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 13 listopada 2008 r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów przywołanej ustawy nowelizacyjnej, mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 tej ustawy - podlega zaskrzeniu w drodze złożonego odwołania

Skład orzekający Izby ustalił również, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. Odwołujący w wyniku bezprawnych – w jego ocenie - czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu został pozbawiony szans na uzyskanie niniejszego zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpatrzenia odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ pkt 5.3.1 określił dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek udziału w tym postępowaniu dotyczący doświadczenia. Warunek ten został określony w następujący sposób: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował minimum 4 roboty, tj. remonty lub budowy oświetlenia ulicznego lub oświetlenia zewnętrznego (przez oświetlenie uliczne lub zewnętrzne Zamawiający rozumie oświetlenie ulic, ciągów pieszych, placów, parków itp. realizowanych przy użyciu urządzeń i elementów oświetleniowych). Wykonane roboty powinny być w sumie o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto (dla 1 części), 2 200 000,00 zł brutto (dla 2 części), 3 500 000,00 zł brutto (dla 3 części) z tym, że co najmniej jedna z nich musi być na kwotę minimum 1 200 000,00 zł brutto.”

Odwołujący na potwierdzenie spełniania tego warunku do swojej oferty dołączył wykaz dotyczący doświadczenia zawodowego (załącznik nr 4 do oferty – str. 19 oferty), w którym wykazał się realizacją 4 robót. Na potwierdzenie należytego wykonania tych robót załączył referencje oraz protokoły odbioru robót. Sporna pomiędzy stronami jest jedna wykazywana przez Odwołującego robota, mianowicie demontaż wyeksploatowanego i montaż nowego oświetlenia ulicy Al. Ujazdowskich na odc. Pl. Trzech Krzyży do ul. Bagatela w Warszawie realizowanego na rzecz aktualnego Zamawiającego. Na potwierdzenie należytego wykonania tej roboty Odwołujący przedłożył dwa protokoły odbioru robót (z dnia 17 stycznia 2008 r. - dotyczący części 1 i 18 stycznia 2008 r. – dotyczące części 2). Z protokołów tych jednak, że wynika zamówienie nie zostało w tych datach odebrane przez Zamawiającego, ponieważ w jego realizacji stwierdzono pewne uchybienia.

Uwzględniając tę okoliczność Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwał Odwołującego, pismem z dnia 29 października 2008 r. (znak: NDZP/1514/08/Z) do uzupełniania dokumentu w terminie do dnia 3 listopada 2008 r. Odwołujący nie oprotestował zasadności wezwania Zamawiającego i we wskazanym terminie przedłożył Zamawiającemu „prawidłowy protokół” z dnia 6 lutego 2008 r. oraz pierwszą stroną umowy na wykonanie przedmiotowego zamówienia (umowa z dnia 22 czerwca 2007 r. nr NDZP/32/PN/21/07). W piśmie tym wskazał również, iż składany protokół odbioru robót i pierwsza strona umowy potwierdzają wartość robót na kwoty: 1.669.963,33 zł netto i 2 037 355,30 zł brutto i, że składany dokument jest prawidłowy i stwierdza, że zakres robót został wykonany zgodnie z podpisaną umową.

Skład orzekający Izby ustalił, że z treści przywołanego protokołu odbioru robót wynika, że Zamawiający nie odebrał ich i nie przekazał do eksploatacji, a w pozycji „Inne uwagi” wskazano, że: „Po wykonaniu zaleceń Komisji (zgodnie z wykazem) roboty zgłosić ponownie do odbioru (zgłoszenie pisemne)”. Dokonując analizy całego przedłożonego w

wyniku uzupełnienia przez Odwołującego dokumentu protokołu odbioru robót z dnia 6 lutego 2008 r. należy wywieść, że odrębne zakreslenia pod słowem „nie” w poszczególnych pozycjach tego protokołu wskazują na podkreślenie tego przeczenia, co oznacza, że Zamawiający nie stwierdził w tym dokumencie należytego wykonania umowy. Na powyższe rozumienie wskazują również inne pozycje protokołu, w tym przywołana powyżej pozycja „Inne uwagi” oraz pozycja 6 protokołu („Stwierdzono następujące wady i usterki”), gdzie znajduje się określenie „verte”, jednakże druga strona protokołu nie została przedstawiona przez Odwołującego Zamawiającemu. Druga strona protokołu, znana Zamawiającemu jako odbiorcy wykazywanych w ramach doświadczenia spornych robót, została przez niego przedstawiona składowi orzekającemu Izby w trakcie rozprawy. Z jej treści wynika, że Zamawiający wskazał na szereg nieprawidłowości w zakresie realizacji spornego kontraktu. Powyższe – w ocenie Izby – nie może stanowić o prawidłowości wykonania, czy też wykonywania umowy. Słusznym bowiem jest argument Odwołującego, że Zamawiający w opisie warunków udziału w postępowaniu wskazał, że dopuszcza do oceny w zakresie warunku doświadczenia również roboty będące w trakcie realizacji (niezależnie od tego, czy słusznie, czy też nie, w związku z brzmieniem § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, niemniej kwestia ta na tym etapie postępowania pozostaje poza kognicją składu orzekającego Izby). W ocenie składu orzekającego Izby nie można jednak przy ocenie spełniania tak postawionego warunku udziału w postępowaniu przyjmować roboty będące w trakcie wykonywania, których realizacja, w określonej części, nie została potwierdzona odpowiednim dokumentem, stwierdzającym prawidłowość wykonywania tych robót. Na nieprawidłowe wykonanie tych prac wskazał również Zamawiający podkreślając, że odstąpił on od realizacji umowy, która pomimo wezwań kierowanych do Odwołującego nie została wykonana terminowo i należyście. Kwestia ta jest kwestią sporną pomiędzy stronami postępowania i pozostaje do rozstrzygnięcia przez właściwy sąd powszechny.

Niewątpliwym jednak w sprawie jest, że Odwołujący na skutek wezwania Zamawiającego nie przedłożył w postępowaniu dokumentu, który zgodnie z przepisami przywoływanego rozporządzenia w sprawie dokumentów, potwierdzałby należyte wykonanie zamówienia, skoro w tym zakresie zostały zgłoszone wady i usterki. Tych wad i usterek sam Odwołujący nie kwestionuje, wskazując tylko, że owe nieprawidłowości są naturalne i pozostają do weryfikacji w ramach gwarancji. Tym samym Odwołujący potwierdził, że wykazywane przez Zamawiającego usterki i wady, związane z wykonywaniem zamówienia miały faktycznie miejsce skoro dana praca nie została formalnie odebrana przez Zamawiającego i brak jest dokumentu potwierdzającego ten stan rzeczy. Nie można zatem mówić o potwierdzeniu należytego wykonania umowy.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił przy ocenie zarzutów podniesionych w odwołaniu w ramach prowadzonego postępowania dowodowego opinii przedkładanych tak

przez Odwołującego, jak i przez Zamawiającego na okoliczność - z jednej strony - należytego wykonania zamówienia, z drugiej zaś nienależytego. Kwestia ta będzie przedmiotem oceny sądu powszechnego w ramach toczącego się pomiędzy stronami postępowania sporu, który to sąd jest uprawniony do oceny prawidłowości wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawą podjętego rozstrzygnięcia przez Izbę odwoławczą w niniejszej sprawie był brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wykazywanego przez Odwołującego w ramach swojego doświadczenia zawodowego zamówienia.

Uwzględniając powyższe brak jest zatem podstaw do kwestionowania czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 1. Tym samym skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów: art. 7 ust. 1, art. 18 ust. 1 i 2, art. 22, art. 24, art. 25 oraz art. 26 ustawy, a także przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit 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), uznał za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktura VAT) - koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....