

Sygn. akt KIO/UZP 973/08

WYROK/POSTANOWIENIE*
z dnia 26 września 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Klaudia Szczytowska - Maziarz
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu ~~1 w dniach~~ 26 września 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Firm ECO-THERM sp. z o.o. z siedzibą w Łowiczu, ul. Jana Pawła II 177/179 i ALAND sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Władysława IV 61/10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Praszka, Plac Grunwaldzki 13** protestu ~~protestów*~~ z dnia 21 sierpnia 2008r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1 . uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność Gminy Praszka, Plac Grunwaldzki 13 polegającą na wezwaniu Konsorcjum Firm ECO-THERM sp. z o.o. z siedzibą w Łowiczu, ul. Jana Pawła II 177/179 i ALAND sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Władysława IV 61/10 do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonych w pkt 5 lit. e) SIWZ,**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Praszka, Plac Grunwaldzki 13** 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 uiszczanego przez **Konsorcjum Firm ECO-THERM sp. z o.o. z siedzibą w Łowiczu, ul. Jana Pawła II 177/179 i ALAND sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Władysława IV 61/10**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Praszka, Plac Grunwaldzki 13** na rzecz **Konsorcjum Firm ECO-THERM sp. z o.o. z siedzibą w Łowiczu, ul. Jana Pawła II 177/179 i ALAND sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Władysława IV 61/10**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa przez pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 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 Firm ECO-THERM sp. z o.o. z siedzibą w Łowiczu, ul. Jana Pawła II 177/179 i ALAND sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Władysława IV 61/10**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja systemu ciepłowniczego na terenie miasta Praszka. Instalacja kolektorów słonecznych dla osiedla Polna w Praszce – Etap I – system grzewczy K3” zostało

wszczęte przez Zamawiającego – Gminę Praszka, Plac Grunwaldzki 13 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lipca 2008r.za numerem 165930.

W dniu 18 sierpnia 2008r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie dotyczącym referencji załączonych do oferty Odwołującego na stronie 37 i 38, wskazując, że wystawcą referencji powinny być Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Toruniu oraz Dom Pomocy Społecznej w Łodzi, a nie wykonawca główny ECOTHERM sp. z o.o. z siedzibą w Łowiczu, ul. Jana Pawła II 177/179.

Na tę czynność w dniu 21 sierpnia 2008r. Odwołujący – Konsorcjum Firm ECO-THERM sp. z o.o. z siedzibą w Łowiczu, ul. Jana Pawła II 177/179 i ALAND sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Władysława IV 61/10 - wniósł protest do Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. przepisu art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655) zwanej w skrócie ustawą poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w związku z bezpodstawnym, nieuzasadnionym, w ocenie Odwołującego, wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5 lit. e) SIWZ,
2. przepisu art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w związku z zaniechaniem wezwania do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5 lit. d) SIWZ,
3. a także innych przepisów wymienionych lub wynikających z treści uzasadnienia protestu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu oraz :

1. doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy, a w szczególności unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5 lit. e) SIWZ oraz uznania złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą referencji za prawidłowe oraz potwierdzające spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu,
2. doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy, a w szczególności wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących w ofercie dokumentów wskazanych w pkt 6 lit. b SIWZ wymaganych na potwierdzenie spełnienia przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5 lit. d) SIWZ.

Odwołujący wskazał, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia przejawia się w tym, że na skutek czynności i zaniechania Zamawiającego może zostać bezpodstawnie wykluczony z postępowania, a tym samym utracić możliwość jego uzyskania. W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że w pkt 5 lit e) SIWZ Zamawiający zawarł warunek, że o przedmiotowe zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy, którzy w ciągu 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zrealizowali co najmniej trzy roboty dotyczące budowy instalacji kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni minimum 600 m², z czego co najmniej jedna z tych robót obejmować musiała przynajmniej 300m² kolektorów słonecznych. Ponadto Zamawiający wymagał (zgodnie z pkt 6 lit. e) SIWZ), aby wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania tego warunku udziału w postępowaniu dołączyli do składanej przez siebie oferty wykaz wykonanych w okresie 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia robót budowlanych (co najmniej 3 roboty dotyczące budowy instalacji kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni minimum 600 m², z czego co najmniej jedna z tych robót obejmować musiała przynajmniej 300m² kolektorów słonecznych), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie zgodnie z zał. nr 4 do SIWZ. Z wykazu musiało jasno wynikać, że wykonawca spełnia powyższy zakres wymaganych do wykonania robót. Odwołujący twierdził, że do złożonej przez siebie oferty załączył Informację na temat doświadczenia, która zawierała wykaz wykonanych sześciu robót spełniających postawione przez Zamawiającego wymogi i podał wszystkie wymagane informacje tj. nazwę, adres klienta, jego telefon, rodzaj (nazwę) zamówienia, całkowitą wartość zamówienia i miejsce, jego zakres rzeczowy, datę rozpoczęcia i ukończenia. Odwołujący podniósł, że podał większą od wymaganej liczbę robót, w tym jedna robota w poz. 1 wykazu obejmowała ponad 300 m² kolektorów słonecznych. Wskazał, że do oferty załączył także dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie. Mimo takiego stanu, Zamawiający wezwał Odwołującego pod groźbą wykluczenia z postępowania do uzupełnienia oferty o dokumenty stwierdzające, że wykazane roboty zostały wykonane należycie. Zamawiający w wezwaniu napisał, iż „potwierdzenie należytego wykonania winno być dokonane przez zamawiającego na rzecz którego były wykonane prace, a nie przez Wykonawcę robót” i jak wskazał Odwołujący Zamawiający odniósł się przy tym do referencji zamieszczonych na str. 37 i 38 oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł, że referencje te potwierdzają wykonanie robót wskazanych poz. 2 i 3 wykazu tj. na dostawę, montaż i rozruch instalacji kolektorów słonecznych firmy VIESSMANN o łącznej powierzchni czynnej 101m² i wartości 385 000 zł. brutto oraz instalację kolektorów słonecznych firmy VIESSMANN o powierzchni absorbera 101,2 m² i wartości prac 378 500 zł. brutto. Obie roboty zostały wykonane na zlecenie firmy

ECOTHERM sp. z o.o. jako zamawiającego, który jednocześnie był wystawcą referencji. Odwołujący podkreślił, że członek Konsorcjum Odwołującego firma ECO-THERM sp. z o.o. i wskazywany zleceniodawca ECOTHERM sp. z o.o. to dwie odrębne firmy, zarejestrowane pod innymi numerami KRS. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący zacytował treść § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Podkreślił, że ustawodawca nie zawarł w tym przepisie wymogu, aby roboty potwierdzające doświadczenie były „zamówieniami publicznymi”, a co za tym idzie nie ma znaczenia czy wskazane roboty były realizowane na rzecz zleceniodawców będących podmiotami publicznymi czy też nie. Mają one jedynie odpowiadać swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym, których dotyczy zamówienie. Stąd Odwołujący miał prawo wykazać w poz. 2 i 3 wykazu roboty wykonane przez niego na rzecz podmiotu prywatnego i dołączyć referencje wystawione przez ten podmiot.

Odnosnie drugiego z zarzutów, to Odwołujący twierdzi, że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5 lit. d) SIWZ, czyli aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego. Odwołujący potwierdził fakt, że tych dokumentów, co do członka Konsorcjum – ALAND sp. z o.o., nie złożył, bo z przyczyn od siebie niezależnych nie był ich w stanie uzyskać przed terminem składania ofert. Jednakże Odwołujący powołując się na ustaloną linię orzeczniczą Zespołu Arbitrów („Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych” A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski UZP 2006 str. 121 oraz wyroki KIO np. KIO/UZP 524/08, KIO/UZP 207/08, KIO/UZP 319/08 wskazywał, że do uzupełnienia każdego dokumentu można wezwać wykonawcę oddzielnie ale tylko raz, a brak wezwania oznacza szansę na uzupełnienie, gdyż wezwanie nie jest uprawnieniem, ale obowiązkiem Zamawiającego. Podniósł, że działanie Zamawiającego godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, których to zasad Zamawiający ma obowiązek przestrzegać na każdym etapie postępowania, a nadto bezprawne wykluczenie oferty Odwołującego byłoby rażącym naruszeniem przepisów ustawy i powodowałoby w przyszłości niemożność zawarcia ważnej umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2008r. faksem, a następnie listem poleconym powiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 25 sierpnia 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpił Zakład Budowlano-Instalacyjny „Wachelka i Łyczka” sp. j. z Częstochowy wnosząc o oddalenie protestu i

wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu polegający na tym, że gdyby Zamawiający uwzględnił protest i wybrał ofertę Odwołującego, to Przystępujący utraciłby możliwość uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu przystąpienia Przystępujący wskazał, że informacje na temat doświadczenia Odwołującego zawarte w wykazie budzą wątpliwości, a z uzyskanych przez Przystępującego informacji wynika, że firma ECO-THERM sp. z o.o. nie była wskazywana jako oficjalny podwykonawca ECOTHERM sp. z o.o. w postępowaniach prowadzonych przez MOSIR w Toruniu i DPS w Łodzi.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 1 września 2008r. oddalając go w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, że nie mógł uznać przedłożonych na str. 37 i 38 oferty referencji, gdyż są one wystawione przez wykonawcę robót, a nie przez podmioty na rzecz, których roboty były wykonywane. Z referencji wynika także, że członek Konsorcjum Odwołującego był podwykonawcą robót, które realizował wykonawca wystawiający mu referencje. Zamawiający wskazał, że Odwołujący przedłożył mu jako uzupełnienie dokumentów protokoły odbioru i ujawnił gotowość ujawnienia umów zawartych pomiędzy podmiotami, jednak w ocenie Zamawiającego, z tych dokumentów nie wynika, że Odwołujący prawidłowo wykonał prace na rzecz tych podmiotów, a umowa podpisana pomiędzy tymi podmiotami także tej okoliczności nie potwierdzi i dlatego złożone w ofercie referencje nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w siwz. Odnośnie drugiego zarzutu, to Zamawiający wskazał, iż jest on przedwczesny, bo Zamawiający nie zakończył jeszcze badania ofert i w każdej chwili może wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 5 września 2008r. podtrzymując zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy poprzez niezapełnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w związku z bezpodstawnym nieuzasadnionym, w ocenie Odwołującego, wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5 lit. e) SIWZ i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu doprowadzenia postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy, a w szczególności unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5 lit. e) SIWZ oraz uznania złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą referencji za prawidłowe oraz potwierdzające spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Odwołujący podtrzymał wszystkie swoje twierdzenia i argumenty dotyczące przedmiotowego zarzutu, a ponadto podniósł, że w SIWZ nie było wymogu potwierdzenia posiadanego doświadczenia i jego należytego wykonania dokumentami wystawionymi nie przez podmiot je zlecający, ale przez podmiot na rzecz, którego roboty te były wykonywane (inwestora). Taki wymóg zdaniem

Odwołującego naruszałby art. 7 ust. 1 ustawy i skutkował nieważnością postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy – sygn. akt UZP/ZO/0-946/06). Wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 20 sierpnia 2008r. zawarł protokoły zdawczo-odbiorcze usługi, końcowe, z których wynikało, jakiego kontraktu dotyczą, pomiędzy jakimi stronami oraz czy były uwagi do jakości. Z protokołów wynika, że prace były wykonane prawidłowo (zgodnie) z terminem realizacji, warunkami umowy, warunkami technicznymi, zgodnie pod kątem jakości usług. Nadto Odwołujący wykazał gotowość udostępnienia umów zawartych z ECOTHERM sp. z o.o. Odwołujący na poparcie swojej argumentacji przywołał liczne orzecznictwo Zespołów Arbitrów, KIO i Sądu Okręgowego w Gliwicach, z których, jego zdaniem, wynika, że miał prawo wykazać się doświadczeniem nabytym podczas prac wykonywanych na zlecenie ECOTHERM i mógł się posłużyć referencjami wystawionymi przez tę spółkę, gdyż to właśnie ona była podmiotem, który zlecał roboty oraz ich odbiorcą i mogła ocenić jakość wykonania robót. Zamawiający nie wykazał, że roboty zrealizowane przez Odwołującego na zlecenie ECOTHERM sp. z o.o. nie zostały wykonem należycie. Podniósł ponadto, że utrzymanie w mocy dotychczasowych podjętych przez Zamawiającego decyzji godziłoby w zasady współżycia społecznego – art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający w pkt 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał, że przedmiotem zamówienia jest budowa instalacji kolektorów słonecznych o powierzchni 441,6 m² (192 szt. o powierzchni absorbera 2,3 m²) zlokalizowanych na stropodachach pięciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Listopadowej 20, 22, 24 i ul. Kościuszki 40, 42 w Praszce wraz z konstrukcjami wsporczymi pod kolektory.

Zgodnie z pkt 5 „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” lit e) o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca zrealizował co najmniej trzy roboty dotyczące budowy instalacji kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni minimum 600 m² z czego co najmniej jedna z tych robót obejmowała przynajmniej 300 m² kolektorów słonecznych.

Ww. warunek miał być uznany za spełniony, jeżeli wykonawca złoży dokumenty, o których mowa w punkcie 6 niniejszej specyfikacji. Ocena miała być dokonywana metodą spełnia/ nie spełnia na podstawie złożonych dokumentów i oświadczeń. Zamawiający na potwierdzenie spełniania opisanego wyżej warunku żądał w pkt 6 „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” lit e złożenia wykazu wykonanych w okresie pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, robót budowlanych (co najmniej trzy roboty

dotyczące budowy instalacji kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni minimum 600 m² z czego co najmniej jedna z tych robót obejmowała przynajmniej 300 m² kolektorów słonecznych), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie, zgodnie z zał. nr 4. Z wykazu musiało jasno wynikać, że Wykonawca spełnia powyższy zakres wymaganych do wykonania robót. Nie spełnienie któregokolwiek ze wskazanych wyżej warunków i wymogów skutkowało miało wykluczeniem Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 10 SIWZ wykonawcy mogli wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W przypadku składania oferty wspólnej przez kilku przedsiębiorców każdy ze wspólników musiał złożyć dokumenty wymienione punktach 10c), 10d) ppkt a). Pozostałe dokumenty miały być traktowane jako wspólne. Wspólnicy mieli ponosić solidarną odpowiedzialność za niewykonane lub nienależyte wykonanie zamówienia, określoną w art. 366 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający modyfikacją SIWZ z dnia 6 sierpnia 2008r. dokonał zmiany pkt 10 SIWZ w ten sposób, że W przypadku składania oferty wspólnej przez kilku przedsiębiorców każdy ze wspólników musiał złożyć dokumenty wymienione punktach 10c) oraz w pkt 6 ppkt. a) i b).

Zamawiający podał wykonawcom w załączniku nr 4 do SIWZ wzór wykazu wykonywanych w okresie pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia robót budowlanych odpowiadającym swoim rodzajem i wartością usług stanowiącym przedmiot zamówienia wskazując, jakie informacje powinien on zawierać, czyli nazwę, adres klienta, telefon, rodzaj (nazwę) zamówienia i miejsce, całkowitą wartość zamówienia, zakres rzeczowy, rozpoczęcie i ukończenie. Ponadto we wzorze tym Zamawiający zwrócił wykonawcom uwagę, że z wykazu musiało jasno wynikać, że Wykonawca wykonał co najmniej trzy roboty dotyczące budowy instalacji kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni co najmniej 600 m², z czego co najmniej jedna z tych robót o minimalnej powierzchni 300 m² kolektorów słonecznych. Do wykazu należało dołączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie (referencje).

Odwołujący na stronach 34 – 35 oferty zawarł załącznik nr 4 – Informacje na temat doświadczenia. W załączniku tym wskazał jako swoje doświadczenie 6 zrealizowanych przez niego inwestycji, w tym w poz. 2 i 3 wskazał :

1. poz. 2 Klient ECOTHERM sp. z o.o. Łowicz, ul. Jana Pawła 177/179 tel. 837 57 50 – dostawa, montaż i instalacja kolektorów słonecznych w MOSIR w Toruniu, wartość 385 000zł., zakres rzeczowy dostawa, montaż kolektorów słonecznych o pow. 101 m², rozpoczęcie VII 2007, ukończenie VIII 2007,

2. poz. 3 Klient ECOTHERM sp. z o.o. Łowicz, ul. Jana Pawła 177/179 tel. 837 57 50 – wykonanie inst. kolektorów słonecznych w bud. DPS w Łodzi, wartość 378 500zł., zakres rzeczowy dostawa, montaż kolektorów słonecznych o pow. 101,2 m², rozpoczęcie X 2007, ukończenie XI 2007.

Na potwierdzenie należytego wykonania wskazanych powyżej robót Odwołujący na str. 37 i 38 oferty złożył referencje :

1. referencja z dnia 20 października 2007r. wystawiona przez ECOTHERM sp. z o.o. w Łowiczu potwierdza dane wskazane w załączniku nr 4 w poz. 2 oraz zawiera stwierdzenie „Prace zostały wykonane z należyłą starannością.”
2. referencja z dnia 21 grudnia 2007r. wystawiona przez ECOTHERM sp. z o.o. w Łowiczu potwierdza dane wskazane w załączniku nr 4 w poz. 3 oraz zawiera stwierdzenie „Prace zostały wykonane z należyłą starannością.”

W dniu 14 sierpnia 2008r. Zamawiający zwrócił się do Domu Pomocy Społecznej w Łodzi oraz do Urzędu Miasta Torunia z prośbą o potwierdzenie danych dotyczących wykonanych robót zawartych w referencjach i z zapytaniem czy roboty zostały wykonane należycie. W załączeniu przesłano obu instytucjom odpowiednie referencje. Na zapytanie w dniu 14 sierpnia 2008r. odpowiedział Urząd Miasta Torunia stwierdzając, że „potwierdzam, iż firma ECOTHERM sp. z o.o. z Łowicza wykonała na zlecenie Gminy Miasta Toruń instalację kolektorów słonecznych VIESSMANN o łącznej powierzchni czynnej 101m². Zadanie odebrano. Referencji nie udzielono.”

W dniu 18 sierpnia 2008r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu stwierdzając, że „Potwierdzenie należytego wykonania winno być dokonane przez Zamawiającego, na rzecz którego wykonywane były roboty, a nie przez Wykonawcę robót. Tymczasem załączone do oferty referencje (str. 37 i 38 oferty) nie są potwierdzeniami udzielonymi przez Zamawiającego. W związku z powyższym proszę o doręczenie brakujących dokumentów w terminie do dnia 21.08.2008r. Nie uzupełnienie oferty w wyznaczonym terminie spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

W dniu 20 sierpnia 2008r. (wpływ do Zamawiającego 21 sierpnia 2008r.) Odwołujący złożył pismo, w którym podniósł, że referencje załączone do oferty spełniają warunki sprecyzowane przez Zamawiającego, gdyż roboty, których wykonanie dokumentują zostały wykonane na rzecz innego podmiotu, prowadzącego odrębną działalność gospodarczą, który był dla Odwołującego Zamawiającym. Ponadto do pisma załączono protokoły zdawczo-odbiorcze usługi, końcowe z dat 3 sierpnia 2007r. i 3 grudnia 2007r., z których wynika, że termin realizacji był zgodny, zgodność z warunkami umowy – zgodna, zgodność z warunkami technicznymi – zgodna, jakość usług – dobra.

Zamawiający ponownie w dniu 28 sierpnia 2008r. zwrócił się do Urzędu Miasta w Toruniu o wyjaśnienia czy w dokumentacji postępowania dotyczącej zadania, będącego podstawą przesłanej wcześniej referencji w ofercie lub w toku realizacji zamówienia ECOTHERM wskazał podwykonawców.

Na to zapytanie w dniu 29 sierpnia 2008r. Zamawiający otrzymał informację, że w ofercie ani w toku realizacji inwestycji nie ujawniono podwykonawcy.

Zamawiający pozyskał informację z Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, że przeciwko ECOTHERM sp. z o.o. toczy się postępowanie upadłościowe z możliwością zawarcia układu. Taka sama okoliczność wynika z treści aktualnego odpisu z KRS dla ECOTHERM przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania – ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 18 sierpnia 2008r., pisma Odwołującego z dnia 20 sierpnia 2008r., pism Zamawiającego z 14 sierpnia 2008r. i 28 sierpnia 2008r. do Urzędu Miasta w Toruniu, odpowiedzi Urzędu Miasta w Toruniu z dnia 14 sierpnia 2008r. i 29 sierpnia 2008r., zawiadomień Sądu Rejonowego dla Łodzi – Śródmieścia w Łodzi.

Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron wyrażone proteście, rozstrzygnięciu, przystąpieniu i odwołaniu oraz stanowiska pełnomocników i reprezentantów stron przedstawione na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 187 ust. 4 ustawy i uznała, że odwołanie zasługuje na merytoryczne rozpoznanie.

Izba stwierdza, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, a to z tego względu, że gdyby Odwołujący nie zaskarżył czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a Zamawiający udzielonych wyjaśnień i złożonych przez Odwołującego w dniu 21 sierpnia 2008r. dokumentów nie uznał, Odwołujący byłby pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Warunek postawiony przez Zamawiającego w pkt 5 lit. e) SIWZ dopuszczał do udziału w postępowaniu tylko tych wykonawców, którzy w ciągu pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zrealizowali :

a) co najmniej trzy roboty dotyczące budowy instalacji kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni minimum 600 m²

b) z czego co najmniej jedna z tych robót obejmowała przynajmniej 300 m² kolektorów słonecznych.

Odwołujący wykazał łączne doświadczenie we wszystkich 6 inwestycjach o powierzchni 601,10m². Zakwestionowanie zatem choćby jednej z wymienionych pozycji powodowałoby, że warunek określony w przedstawionym powyżej rozbiściu w pkt a) nie byłby spełniony, Odwołujący zostałby wykluczony, a oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu. Działanie Zamawiającego – wezwanie do uzupełnienia – zagroziło zatem interesowi prawnemu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mógł on doznać uszczerbku w swoim interesie choćby przez utratę planowanych korzyści z uzyskania zamówienia publicznego.

Izba rozpozna zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655) zwanej w skrócie ustawą poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w związku z bezpodstawnym, nieuzasadnionym, w ocenie Odwołującego, wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5 lit. e) SIWZ, gdyż wyłącznie ten zarzut został podtrzymany na etapie odwołania, co Odwołujący przyznał w toku rozprawy.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Ustawodawca nie określił sposobu zdobywania wiedzy czy doświadczenia, ani też pojęcia „niezbędne”. To zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez Zamawiających w poszczególnych postępowaniach. Jednocześnie jednak ustawodawca w art. 22 ust. 2 ustawy nałożył na Zamawiających obowiązek, że nie można określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. § 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 (Dz.U. z 2006r. nr 87 poz. 605) określa, że w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia Zamawiający może żądać 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, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym

stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Zatem ani z art. 22 ustawy, ani z cyt. rozporządzenia nie da się wywieść prawo Zamawiającego do decydowania o tym, że będzie preferował referencje pochodzące od określonych podmiotów prawa np. podmiotów prawa publicznego, czy prywatnego. W przedmiotowej sprawie bezsporne było pomiędzy stronami na etapie protestu to, że Odwołujący wykonywał zamówienie na montaż, instalację kolektorów słonecznych na rzecz podmiotu prawa prywatnego - spółki z ograniczoną odpowiedzialnością działającej pod firmą ECOTHERM. Firma ta zaś niewątpliwie była głównym wykonawcą robót na rzecz dwóch różnych instytucji publicznych. Odwołujący nie był związany jakąkolwiek umową ani z Domem Pomocy Społecznej w Łodzi, ani z Miejskim Ośrodkiem Sportu i Rekreacji w Toruniu, natomiast łączyły go umowy o roboty budowlane z firmą ECOTHERM. Natomiast dopiero na rozprawie Zamawiający ujawnił swoje wątpliwości, co do tego, czy Odwołujący rzeczywiście był podwykonawcą robót, na które powołuje się w wykazie. Te wątpliwości Zamawiającego wyniknęły z analizy pism Urzędu Miasta Torunia z 14 i 29 sierpnia 2008r. Jednakże w ocenie Izby z treści obu tych pism, zwłaszcza w kontekście zadanych przez Zamawiającego pytań, nie można wywieść, że twierdzenia Odwołującego, że był podwykonawcą ECOTHERM są nieprawdziwe. Pismo z dnia 14 sierpnia 2008r. potwierdza jedynie, że wykonawcą głównym była ECOTHERM oraz, że zakres realizacji inwestycji był zbieżny z tym wskazanym w referencji oraz to, że roboty zostały odebrane, a o referencje nie występowało. Również nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że z faktu, że referencje nie wydano, można wnioskować, że roboty zostały wykonane nienależycie, czy to w zakresie powierzonym Odwołującemu jako podwykonawcy, czy też w zakresie całości robót. Referencje wystawia się na wniosek wykonawcy, jeśli takiego wniosku nie było, to inwestor z własnej inicjatywy nie musiał ich wystawiać. Trudno jest natomiast oczekiwać od Odwołującego, jak chciałby Zamawiający, żeby Odwołujący występował do inwestora o referencje dla siebie jako podwykonawcy, skoro dysponuje referencjami od podmiotu na rzecz, którego faktycznie realizował zlecenie. Firma ta, po zakończeniu zleconych robót udzieliła Odwołującemu referencji przedłożonych na kartach 37 i 38 oferty, w których stwierdziła należyte wykonanie robót, a dodatkowo ta okoliczność została potwierdzona protokołami zdawczo-odbiorczymi, końcowymi. Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót. Powszechnie przyjęło się, że takim dokumentem mogą być referencje, czy protokół zdawczo-odbiorczy. Zarówno Dom Pomocy Społecznej w Łodzi, jak i Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Toruniu nie musiały udzielić Odwołującemu referencji, gdyż nie wiązała ich żadna umowa. To właśnie ECOTHERM, jako zlecający wykonanie robót, mógł wystawić referencje i ocenić, czy robota została wykonana należycie. Co więcej, biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca główny odpowiada za całość

inwestycji, w tym również za te części inwestycji, których wykonanie powierzył podwykonawcom (art. 474 kc w związku z art. 14 ustawy), to jest on najbardziej zainteresowany tym, aby przed oddaniem całości przedmiotu zamówienia wykryć wszystkie wadliwości, jakich dopuścił się podwykonawca. Tym bardziej zatem wystawiona przez niego referencja ma walor dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót. Również z pisma Urzędu Miasta w Toruniu z dnia 29 sierpnia 2008r. nie można wywieść, że Odwołujący przedłożył dokumenty potwierdzające nieprawdę, gdyż pytanie zadane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 sierpnia 2008r. narzucało, w pewien sposób, charakter wypowiedzi, czyli odnosiło się do dokumentów, jakie zgromadził inwestor podczas realizacji inwestycji, a nie do okoliczności faktycznych, o których miał wiedzę. W tej sytuacji nie można zarzucić Odwołującemu oświadczenia nieprawdy. Także fakt wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego dla ECOTHERM – wykonawcy głównego postanowienia o otwarciu upadłości z możliwością zawarcia układu nie może powodować negatywnych konsekwencji dla Odwołującego. Wobec niego nie toczy się żadne postępowanie upadłościowe, ani nie jest w stanie likwidacji, brak jest zatem przesłanek do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy. To, że wobec wystawcy referencji otwarto postępowanie upadłościowe nie niweluje doświadczenia uzyskanego przez zleceniobiorcę, co do robót wykonywanych na rzecz wystawcy referencji. Podkreślenia wymaga fakt, iż Odwołujący jest podmiotem stosunkowo nowym na rynku – funkcjonującym od maja 2007r. i mógłby mieć trudności w pozyskaniu zamówienia publicznego na roboty budowlane, w którym wymagane jest doświadczenie. Dlatego realizując roboty budowlane w okresie 07 - 08.2007r. i 10 – 11.2007r. mógł występować jako podwykonawca, w celu zdobycia doświadczenia. Biorąc pod uwagę powyższe, żądanie przez Zamawiającego dokumentu pochodzącego od inwestora głównego jest nieuprawnione, a nadto narusza zasadę uczciwej konkurencji, ograniczając dostęp do zamówienia podmiotom realizującym zlecenia w trybie podwykonawstwa. W szczególności przyjęcie stanowiska Zamawiającego za prawidłowe mogłoby rodzić niebezpieczeństwo ograniczania dostępu do zamówienia małym i średnim przedsiębiorcom posiadającym zdolności do wykonania zamówienia, ale dotychczas nie realizującym zadań samodzielnie.

W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 22 ust. 2 ustawy oraz w związku z art. 26 ust. 3 ustawy.

Wskazać jednocześnie należy, że podnoszony przez Zakład Budowlano-Instalacyjny „Wachelka i Łyczka” sp. j. z Częstochowy, a sformułowany przez Zamawiającego na rozprawie argument, że firma ECO-THERM sp. z o.o. nie była wskazywana jako oficjalny podwykonawca ECOTHERM sp. z o.o. w postępowaniach prowadzonych przez MOSIR w Toruniu i DPS w Łodzi, nie ma wpływu na ocenę badanego stanu faktycznego, gdyż zgoda

inwestora na realizację roboty z udziałem podwykonawcy nie jest przesłanką ważności umowy o podwykonawstwo, ale warunkiem powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy. Zawarcie umowy o podwykonawstwo, w przypadku braku zgody inwestora, może być przez inwestora traktowane jako nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę głównego i rodzić skutki na podstawie art. 363 § 1 kc w związku z art. 656 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy. Jednakże tylko w stosunku do wykonawcy głównego i nie wpływa na ocenę należytego wykonania robót budowlanych przez podwykonawcę.

Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 22 ust. 2 ustawy oraz w związku z art. 26 ust. 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 ustawy i art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp uwzględniając wniosek pełnomocnika Odwołującego o zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika z ograniczeniem do kwoty 3 600 zł. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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 Izba zalicza uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy w maksymalnej wysokości 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....