

WYROK
z dnia 8 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek - Bujak

Członkowie: Luiza Łamejko
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8.10.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Stanisława Morusiewicza, zam. 19-404 Wieliczki, ul. Lipowa 17, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INTREX – Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany – Stanisław Morusiewicz**, wpisaną do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Wójta Gminy Wieliczki pod numerem 2 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wydminy, 11-510 Wydminy, ul. Grunwaldzka 74** protestu z dnia **17 sierpnia 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Wydminy, 11-510 Wydminy, ul. Grunwaldzka 74 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Stanisława Morusiewicza, zam.**

19-404 Wieliczki, ul. Lipowa 17, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INTREX – Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany – Stanisław Morusiewicz;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Wydminy, 11-510 Wydminy, ul. Grunwaldzka 74** na rzecz **Stanisława Morusiewicza, zam. 19-404 Wieliczki, ul. Lipowa 17, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INTREX – Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany – Stanisław Morusiewicz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Stanisława Morusiewicza, zam. 19-404 Wieliczki, ul. Lipowa 17, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INTREX – Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany – Stanisław Morusiewicz;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie stołówki przy Zespole Szkół Ogólnokształcących w Wydminach* (numer sprawy GKB.2213/10/09), ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 maja 2009 roku, pozycja 158556.

W dniu 12 sierpnia 2009 roku zamawiający przekazał faksem wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane M.Minikowicz, M. Minikowicz Spółka Jawna, jedynej ważnej oferty, zawiadamiając jednocześnie o podstawie wykluczenia z postępowania pozostałych pięciu wykonawców.

W dniu 18 sierpnia 2009 roku protest do zamawiającego wniósł wykonawca wykluczony z postępowania – Stanisław Morusiewicz INTREX Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania pomimo braku przesłanek uzasadniających dokonanie tej czynności oraz naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez

zaniechanie wezwania protestującego do wniesienia nowych, uzupełnienia lub poprawienia złożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia – wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie – wykonał co najmniej jedno zamówienie odpowiadające przedmiotowi zamówienia (budowa stołówki lub obiektu budowlanego o zbliżonym charakterze). Zdaniem odwołującego zamawiający nie podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jakie obiekty budowlane będzie uważał za zbliżone charakterem do stołówki i nie wymienił ani jednego rodzaju, oprócz stołówki, obiektu budowlanego, który według niego będzie potwierdzał spełnienie postawionego warunku. Na tej podstawie protestujący uznał, że decydujące znaczenie dla ustalenia odpowiadającego wymaganiom siwz warunku, ma opis przedmiotu zamówienia. Wskazane na wykazie, w pozycjach 1 (remont i rozbudowa budynku Szkoły Podstawowej w Wieliczkach), 4 (przebudowa i modernizacja szpitala powiatowego w Olecku) i 5 (zaprojektowanie i budowa Sali sportowej z zapleczem przy Gimnazjum) roboty odpowiadają pod względem zakresu prac przedmiotowi zamówienia opisanemu w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a każda z opisanych robót jest budową obiektu budowlanego o charakterze zbliżonym do zakresu prac stanowiących przedmiot zamówienia. Dodatkowo protestujący podniósł, iż zamawiający uznając, że złożone przez protestującego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku w zakresie doświadczenia zawodowego, zobowiązany był przed podjęciem decyzji o wykluczeniu go z postępowania, wezwać wykonawcę do złożenia nowych lub uzupełnienia już złożonych dokumentów i dopiero gdyby nadal nie był spełniony warunek w zakresie doświadczenia, ewentualnie wykluczyć protestującego z postępowania.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 25 sierpnia 2009 roku, przekazany protestującemu faksem w tym samym dniu, oddalając go jako niezasadny. Zamawiający wyjaśnił, iż precyzując warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, miał na uwadze – budowę stołówki lub budowę obiektu o zbliżonym charakterze. Zamawiający uznał, iż protestujący wykonawca nie wylegitymował się w ofercie przetargowej wykonaniem budowy stołówki lub budowy obiektu o zbliżonym charakterze, w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania i o wartości odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, tj. 2.538.000 zł (tj. odpowiadającego wartości kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Dokonując oceny robót wykazanych w ofercie zamawiający kierował się rozumieniem terminu „budowa”, jakie wprowadza ustawa Prawo budowlane i którego zakres nie obejmuje remontu, odrębnie zdefiniowanego w ustawie, potocznie określanego jako modernizacja, przebudowa. Zamawiający wskazał, iż w toku badania oferty protestującego, zwracał się do niego o udzielenie wyjaśnień w sprawie zamówienia dotyczącego przebudowy i modernizacji Szpitala Powiatowego w Olecku, występując o przedłożenie umowy w sprawie zamówienia

oraz protokołów odbioru wykonanych robót. Treść otrzymanych dokumentów potwierdziła, iż wskazana robota obejmowała roboty budowlane typowe dla remontu budynku, a nie wznoszenia nowego budynku od podstaw, tj. wykonywał w istniejącym obiekcie budowlanym roboty budowlane polegające na odtworzeniu stanu pierwotnego, nie stanowiące bieżącej konserwacji. W przypadku wykonawców, którzy nie posiadali doświadczenia w budowie stołówki, opis warunku pozwalał na wykazanie się budową od podstaw (wznoszenie konstrukcji budowlanych budynku) obiektu o zbliżonym charakterze, co oznaczać miało budowę budynków podobnych do stołówki. Do budynków zbliżonych do stołówki nie można zaliczyć sali sportowej. Zamawiający kierował się również bardzo ważnym elementem budowy budynków, tj. wznoszeniem konstrukcji budowlanych, czego protestujący nie wykonywał biorąc pod uwagę przedstawione zamówienia. Zamawiający na tej podstawie nie zakwalifikował zadania inwestycyjnego – zaprojektowanie i budowa sali sportowej, jako odpowiadającego przedmiotowi zamówienia z uwagi na zbyt niską jego wartość i prawie o połowę niższą powierzchnię użytkową. Zamawiający wskazał, iż nietrafny jest zarzut braku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę pismami z dnia 23.07.2009 r. oraz 04.08.2009 r. Protestujący dochowując należytej staranności mógł przedłożyć jako uzupełnienie dokumenty potwierdzające, iż w istocie wykonywał roboty budowlane odpowiadające przedmiotowi zamówienia, z czego protestujący nie skorzystał.

W dniu 28 sierpnia 2009 roku, wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując w nim zarzuty i żądania podniesione w proteście, przekazując jego treść zamawiającemu w tym samym dniu. W odwołaniu odnosząc się do argumentacji zamawiającego, odwołujący podniósł, iż warunek opisany w siwz w ogóle nie określał wymaganej wartości robót, a tym samym element ten nie decydował o uznaniu czy wykonane zamówienie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Ponadto, wykonawca wyjaśnił, iż pisma na które powołał się zamawiający w celu podważenia zasadności zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, dotyczyły wyjaśnień treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, a nie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający stwierdził istnienie interesu prawnego odwołującego we wniesieniu środków ochrony prawnej, mających na celu przywrócenie do oceny jego oferty, która zawiera najniższą cenę spośród pozostałych ważnych oferta

złożonych w postępowaniu. Na skutek czynności wykluczenia odwołującego z postępowania traci on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego uznania przez zamawiającego, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu skutkującego wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą pzp., Izba uwzględniła odwołanie.

Podstawą decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu było złożenie wraz z ofertą dokumentów, które nie potwierdzały warunku doświadczenia postawionego przez zamawiającego. W pkt VI ppkt 2.1 lit a siwz, zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia (*budowa stołówki lub obiektu budowlanego o zbliżonym charakterze*). W celu potwierdzenia spełniania warunku wykonawcy mieli załączyć wykaz wykonanych robót budowlanych (Doświadczenie), odpowiadający treści załącznika nr 2 do siwz., wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (pkt VII pkt 2 lit. a siwz). Zamawiający nie udzielał żadnych wyjaśnień w przedmiocie tak postawionego warunku i nie był on przedmiotem protestów na etapie specyfikacji.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz robót budowlanych, obejmujący:

- remont i rozbudowa Szkoły Podstawowej w Wieliczkach (469.778 zł.),
 - modernizacja systemu grzewczego w Domu Pomocy Społecznej „Tęczowy Dom” w Ełku (2.149.266 zł.),
 - modernizacja systemu ciepłowniczego (5.423.1258,65 zł.),
 - przebudowa i modernizacja Szpitala Powiatowego w Olecku (8.114.064,58 zł.),
 - zaprojektowanie i budowa Sali sportowej z zapleczem przy gimnazjum w miejscowości Płociczno-Tartak (2.365.400 zł.),
- załączając referencje dotyczące wskazanych robót.

Dla oceny potwierdzenia doświadczenia przez odwołującego, koniecznym było dokonanie interpretacji opisu warunku, który był sporny pomiędzy stronami.

Zamawiający dokonując oceny doświadczenia wykonawcy, odnosił zakres wskazanych robót do zakresu przedmiotowego zamówienia, uznając iż budową obiektu budowlanego o zbliżonym charakterze do stołówki, jest budowa obiektu gastronomicznego lub obiektu żywienia zbiorowego, jako zbliżonych pod względem wyposażenia technologicznego kuchni. Wszystkie pozycje z wyjątkiem pozycji pierwszej dotyczyły

obiektów innych niż stołówka lub obiekt zbliżony technologicznie. W zakresie pozycji pierwszej, zamawiający nie uznał jej jako wystarczającej do potwierdzenia doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotowego zamówienia, gdyż wartościowo dobudowany budynek stołówki nie odpowiada przedmiotowemu zamówieniu, którego wartość zamawiający oszacował na kwotę brutto w zaokrągleniu 2.538.000 zł.

Zdaniem odwołującego, treść warunku wskazywała wyłącznie na konieczność wykazania się doświadczeniem w budowie obiektu budowlanego, a zamawiający nie wymagał doświadczenia w budowie budynku wraz z wyposażeniem technologicznym kuchni o określonej wartości.

Skład orzekający Izby uznał, iż warunek dotyczący doświadczenia określał wyłącznie rodzaj obiektu budowlanego, w budowie którego wykonawcy mieli wykazać się doświadczeniem. Izba przyznała rację zamawiającemu, iż nie każdy obiekt można uznać za zbliżony pod względem charakteru do stołówki. Zdaniem Izby jedynie obiekt przeznaczony do żywienia może być uznany za zbliżony pod względem charakteru do stołówki, a tym samym jako obiekty odpowiadające treści warunku Izba uznała obiekty gastronomiczne, lub inne obiekty zbiorowego żywienia. Nie można jednak, co uczynił zamawiający, interpretować z treści punktu VI.2.1 lit a siwz, iż warunek udziału w postępowaniu wymagał od wykonawców doświadczenia również w dostawie technologii kuchennej (wyposażenia kuchni w urządzenia wymienione w przedmiarze stanowiącym załącznik do siwz). Specyfikacja nie określała również wartości roboty budowlanej, jaką zamawiający uznawał za wystarczającą dla stwierdzenia wymaganego doświadczenia. Na tej podstawie Izba uznała za nieprawidłowe stanowisko zamawiającego, iż zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwalały na ocenę doświadczenia wykonawców pod względem wartości wykonanych robót oraz wyposażenia kuchni. Intencje zamawiającego, aby zapewnić w postępowaniu udział wykonawców, którzy wykonywali porównywalny pod względem wielkości, zakresu wyposażenia kuchni oraz wartości przedmiotowego zamówienia obiekt budowlany, jakimi kierował się przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia, nie znalazły odzwierciedlenia w treści warunku udziału w postępowaniu. Rozbieżność pomiędzy zamiarem zamawiającego a rzeczywistym sformułowaniem zawartym w warunku nie może wywoływać ujemnych skutków u potencjalnych wykonawców, którzy winni jedynie wykazać się doświadczeniem w budowie stołówki lub obiektu o zbliżonym charakterze. Zdaniem Izby, odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdyż w ramach remontu i rozbudowy Szkoły Podstawowej w Wieliczkach dobudował budynek stołówki. Bez znaczenia w kontekście zapisów siwz, jest wartość dobudowanego budynku, gdyż nie stanowiło to warunku niezbędnego dla wykazania się wymaganym doświadczeniem. Ponieważ zamawiający wymagał co najmniej realizacji jednego zamówienia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, należało uznać, iż wykonawca spełnia warunek

siwz dotyczący doświadczenia. Pozostałe roboty objęte wykazem, zdaniem Izby nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ albo nie dotyczą budowy, a jedynie modernizacji systemów lub przebudowy lub budowy innych obiektów nie zbliżonych pod względem charakteru do stołówki. W związku z powyższym, zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak również wzywania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp należało oddalić.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami odwołującego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (na podstawie złożonego rachunku), Izba obciążyła zamawiającego.

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, 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*