

Sygn. akt KIO/UZP 1517/08

WYROK
z dnia 13 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Annę Zadrożną, zam. we Wrocławiu, ul. Edmunda Osmańczyka 8/6, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ANN DACH, 54-058 Wrocław, ul. Osmańczyka 8/6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, 53-345 Wrocław, ul. Komandorska 118/120** protestu z dnia 11 grudnia 2008 r.

przy udziale xxx zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, 53-345 Wrocław, ul. Komandorska 118/120 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Annę Zadrożną, zam. we Wrocławiu, ul. Edmunda Osmańczyka 8/6, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ANN DACH, 54-058 Wrocław, ul. Osmańczyka 8/6;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **6 974 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt cztery złotych zero groszy) przez **Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, 53-345 Wrocław, ul. Komandorska 118/120** na rzecz **Anny Zadrożnej, zam. we Wrocławiu, ul. Edmunda Osmańczyka 8/6, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ANN DACH, 54-058 Wrocław, ul. Osmańczyka 8/6** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Anny Zadrożnej, zam. we Wrocławiu, ul. Edmunda Osmańczyka 8/6, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ANN DACH, 54-058 Wrocław, ul. Osmańczyka 8/6;**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *przebudowę dachu w budynku A Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu* (numer referencyjny K/DZP/043/08). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 października 2008 r. nr 1, pozycja 293933.

Zamawiający w dniu 5 grudnia 2008 roku przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu wykonawców z postępowania. W dniu 11 grudnia 2008 roku jeden z wykluczonych wykonawców – Anna Zadrożna ANN DACH wniosła protest do zamawiającego, w którym zażądano dokonania ponownej oceny jego oferty oraz powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej. W proteście zarzucono zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp.

do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji 2 z załącznika nr 5 „doświadczenie zawodowe”. Na potwierdzenie, iż zakres robót wykonanych całkowicie odpowiada wymaganiom określonym w części II pkt 2.1. siwz, wykonawca załączył dokument wystawiony przez kontrahenta, w którym potwierdza on wartość prac dekarских wykonanych na obiekcie „Dwór renesansowy Gola Dzierżoniowska”. Na skutek wniesionego protestu zamawiający poinformował wykonawcę w dniu 11 grudnia 2008 roku o zawieszeniu terminu związania ofertą jednocześnie wzywając go do złożenia stosownych wyjaśnień co do wartości robót dekarских w terminie do 15 grudnia 2008 roku.

W dniu 18 grudnia 2008 roku (po otrzymaniu wyjaśnień) zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu, przekazując wykonawcy swoją decyzję o jego oddaleniu w całości w tym samym dniu. Zamawiający uznał, iż dokumenty załączone do oferty i dotyczące poz 2 załącznika nr 5 „Doświadczenie zawodowe” wskazują, iż zakres zamówienia nie odpowiada w całości rodzajowi oraz wartości robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. Z załączonych referencji, jak i opisu pozycji w załączniku nr 5 wynika, że przedmiotem zamówienia był remont obiektu budowlanego obejmujący remont dachu oraz wykonanie elewacji na całym obiekcie, co nie jest przedmiotem zamówienia, a łączna wartość prac brutto zamówienia wyniosła 1 100 000 zł. Zamawiający nie uwzględnił przy badaniu oferty wykonawcy pisma załączonego do protestu, gdyż zawiera ono informacje niezgodne z informacjami podanymi w załączniku nr 5 i zostało sporządzone po upływie terminu składania ofert.

Wobec rozstrzygnięcia protestu, wykonawca wniósł w dniu 23 grudnia 2008 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przekazując jego kopię zamawiającemu w tym samym dniu. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7, 26 ust. 3 oraz 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wnoszono o nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia badania, oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania wykonawca przypisał zasadnicze znaczenie dla postępowania zaniechaniu obligatoryjnej czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu (referencji).

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 zawierała najniższą cenę spośród pozostałych złożonych w

postępowaniu ofert. 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 skutkujące 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 II ppkt 2.1 siwz, zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 zamówień odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł., oraz udokumentowania ich należytego wykonania. Zamawiający nie udzielał żadnych wyjaśnień w przedmiocie tak postawionego warunku i nie był on przedmiotem protestów na etapie specyfikacji.

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

Izba uznała, iż wartość 1 mln złotych ustalona została w kwocie brutto na co wskazuje treść załącznika nr 5 do siwz, tj. ostatnia kolumna tabeli, w której zamawiający posługuje się wartością zamówienia brutto, mającą potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Po drugie, mając na uwadze treść warunku, tj. wskazania na 2 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym, skład orzekający uznał, iż każde z zamówień powinno być porównywalne pod kątem wartości, tak aby zachować sens warunku minimum dwóch zamówień. W przeciwnym wypadku, wystarczyłoby aby jedno zamówienie opiewało na kwotę 1 mln złotych, a drugie na symboliczną złotówkę. Zamawiający nie użył przy opisie warunku zarówno słowa „łącznie”, jak i „każde z nich” w odniesieniu do wartości zamówień. Na tej podstawie Izba uznała, iż zamawiający oczekiwał aby wykonawcy wykazali się zamówieniami o wartości nie mniejszej niż 1 mln złotych każde. Na taki sposób rozumienia warunku wskazuje pośrednio także oferta odwołującego, który w załączniku nr 5 wskazał dwa zamówienia, których wartość każdego przekraczała 1 mln złotych brutto.

Odwołujący w załączniku nr 5 przedstawił dwa zamówienia, z których jedno nie zostało przyjęte przez zamawiającego, jako potwierdzające doświadczeni wykonawcy niezbędne do wykonania zamówienia. Odwołujący w pozycji drugiej wskazał na wykonanie całkowitego remontu dachu obiektu wraz z położeniem nowej elewacji na całym obiekcie o wartości całkowitej zamówienia w kwocie 1.100.000,00 zł. Wykonawca załączył referencje z

dnia 21 listopada 2008 roku potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych. Zamawiający uznał, iż zakres robót nie odpowiadał pod względem rodzaju robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, gdyż zakres prac wskazanych na wykazie w pozycji nr 2 obejmował również prace elewacyjne. Ponadto, zamawiający uznał, iż nie był w stanie ustalić wartości robót, gdyż wykonawca w załączniku nr 5 podał kwotę brutto, a następnie na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień oświadczył, iż kwota ta jest kwotą netto (pismo z dnia 12 grudnia 2008 roku), co w konsekwencji wprowadzało niezgodność pomiędzy treścią referencji o treścią załącznika.

W tak ustalonych okolicznościach sprawa Izba uznała, iż odwołujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W przypadku pierwszego z zamówień wskazanych w załączniku nr 5 pomiędzy stronami nie było sporu co do jego zgodności zarówno pod względem rodzaju robót jak i ich wartości. Skład orzekający uznał, iż zamówienie wskazane w pozycji nr 2 załącznika nr 5 odpowiada pod względem rodzaju robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, tj. przebudowy dachu budynku. Nie może mieć znaczenia dla ustalenia zgodności zakresu robót okoliczność, iż zamówienie realizowane na obiekcie położonym w Goli Dzierżoniewskiej, poza całkowitym remontem dachu obejmowało również położenie elewacji na całym obiekcie. Okoliczność ta nie ma znaczenia, gdyż pod względem wartości samych prac dekarских, zamówienie to potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Załączone do protestu POTWIERDZENIE z dnia 8 grudnia 2008 roku wystawione przez kontrahenta, wyjaśnia wartość samych prac dekarских wykonanych w ramach zamówienia i opiewających na kwotę netto 1.018.339,84 złotych i nie jest sprzeczne z treścią specyfikacji.

Wątpliwości u zamawiającego nie powinny powstać, gdyby wziął on pod uwagę treść oświadczenia zlecającego roboty z dnia 8 grudnia 2008 roku, które zostało załączone przez odwołującego do protestu, a także treść wyjaśnień wykonawcy z dnia 12 grudnia 2008 roku. Skład orzekający nie miał wątpliwości, iż wartość zamówienia podana przez wykonawcę w załączniku nr 5 wynikała z treści referencji, w których podano kwotę bez wskazania, czy jest to kwota netto, czy też brutto całego zamówienia. Zamawiający uznał, iż jest to kwota brutto, gdyż wykonawca wskazał ją w tabeli w załączniku nr 5. W ocenie składu orzekającego kwota ta została określona w kwocie netto, co potwierdza oświadczenie samego kontrahenta, jak i wykonawcy. Zamawiający w sposób nieuprawniony odmówił wiarygodności oświadczeń wskazując jako podstawę własną wiedzę i doświadczenie. Zamawiający nie okazał żadnego dowodu, który pozwalałby podważyć prawdziwość oświadczeń.

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 (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), 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 227, 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*