

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego PEDBUD Sp. z o.o., ul. Sokola 6, 11-041 Olsztyn**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Warszawska 41, 11-500 Giżycko**,

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT Holding Sp. z o.o., ul. Botaniczna 68 A, 04-543 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego PEDBUD Sp. z o.o., ul. Sokola 6, 11-041 Olsztyn**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego PEDBUD Sp. z o.o., ul. Sokola 6, 11-041 Olsztyn**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego PEDBUD Sp. z o.o., ul. Sokola 6, 11-041 Olsztyn**, na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej, ul. Warszawska 41, 11-500 Giżycko** kwotę 417 zł 90gr (słownie: czterysta siedemnaście złotych dziewięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty dojazdu zamawiającego na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1646/12

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Giżycku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest termomodernizacja obiektów Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Giżycku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 lipca 2012 roku pod poz. 143623-2012.

W dniu 1 sierpnia 2012 roku odwołujący - Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego PEDBUD Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez błędne odrzucenie oferty odwołującego w skutek bezpodstawnego uznania iż została ona złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu na skutek błędnej czynności wykluczenia,
3. art. 91 ust.1 ustawy Pzp przez błędne wybranie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT Holding Sp. z o.o.,

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
2. unieważnienie czynności odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji Instalprojekt Holding Sp. z o.o.
4. wybór oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że wykazana w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów robota budowlana wykonana przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. wraz z oświadczeniem tego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy, doświadczenia potencjału technicznego na okres korzystania z nich, spełnia warunek wymaganego doświadczenia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z wykładnią językową, zasadami gramatyki i interpunkcji z warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, nie wynika, aby cała robota budowlana miała być wykonana w

budynku szpitala działającym całodobowo, ale wystarczające jest aby w budynku szpitala działającym całodobowo były wykonane roboty budowlano - instalacyjne, które ta robota budowlana miała obejmować. Robota budowlana przedstawiona przez odwołującego polegała m.in. na rozbiórce części starego obiektu i włączeniu w istniejący budynek części nowowyprowadzonej, co polegało na wykonaniu robót budowlano – instalacyjnych w budynku szpitala działającym całodobowo w czasie realizacji inwestycji.

Do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego PEDBUD Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest termomodernizacja budynków SP ZOZ Giżycko. W ramach przedsięwzięcia należy wykonać m. in.: wymianę instalacji c.o. w budynku głównym, wymianę kotła parowego na kocioł kondensacyjny z niezbędnymi podłączeniami do sieci c.w.u. oraz c.o., docieplenie stropodachu płytą styropianową w budynku głównym, docieplenie stropu nad nieogrzewanym poddaszem płytą styropianową w budynku głównym, docieplenie ścian zewnętrznych płytą styropianową w budynku głównym, wymianę stolarki okiennej w budynku głównym, wymianę stolarki drzwiowej w budynku głównym, wymianę instalacji c.o. w budynku biurowym, docieplenie ścian zewnętrznych płytą styropianową w budynku biurowym, docieplenie stropodachu wentylowanego w budynku biurowym, wymianę stolarki okiennej w budynku biurowym, wymianę stolarki drzwiowej w budynku biurowym.

W treści siwz rozdział V pkt 1.2 ppkt 1 zamawiający wskazał, że dla uznania, że wykonawca spełnia warunek zamawiający oceni jego spełnienie na podstawie wymaganego oświadczenia - załącznik nr 6 do siwz oraz wykaże, że zrealizował co najmniej 1 robotę budowlaną obejmującą roboty budowlano - instalacyjne w budynku szpitala działającym całodobowo w czasie realizacji inwestycji o wartości co najmniej 2 500 000 zł.

Potwierdzeniem spełniania wyżej określonego warunku udziału w postępowaniu miał być wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Celem potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, odwołujący złożył w ofercie wykaz robót, gdzie wskazał na robotę budowlaną polegającą na pracach remontowo-modernizacyjnych, wykonaną na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie o wartości 3 045 145,70 zł. Do oferty załączył także referencję z dnia 13 grudnia 2011 roku, w której potwierdzono, że firma „PEDBUD S.C. 11-041 Olsztyn, ul. Pawia 2 w roku 2011 wykonała prace remontowo - modernizacyjne w budynkach Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie o łącznej wartości 3 045 145, 70 zł brutto, polegające na: Przebudowie i remoncie Oddziału Chirurgii Ogólnej i Naczyniowej z profilami Torakochirurgii i Urologii oraz remoncie Apteki szpitalnej i Magazynu aptecznego (...)”.

W związku z tym, że z treści złożonych przez wykonawcę dokumentów wynikało, że wykonał dla jednego zamawiającego więcej niż jedną robotę budowlaną w różnych budynkach, Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2012 roku, wezwał odwołującego do wskazania, czy któraś z robót budowlanych była o wartości co najmniej 2 500 000 zł i przeprowadzona była w budynku szpitala czynnym całodobowo oraz wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót i referencji. W piśmie tym, zamawiający wskazał, że dokumenty należy dostarczyć zamawiającemu w formie pisemnej najpóźniej do dnia podpisania umowy.

W dniu 23 lipca 2012 roku odwołujący zawiadomił drogą faxu zamawiającego, że przesłane w dniu 20 lipca 2012 roku pismo to „czysta strona w nagłówku informacja o danych Nadawcy”.

Jednocześnie odwołujący przekazał w dniu 23 lipca: oświadczenie z dnia 12.07 2012 roku Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. z siedzibą w Olsztynie, w którym podmiot ten zobowiązuje się do oddania do dyspozycji firmie PEDBUD Sp. z o.o. niezbędnych zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Załączył także wykaz robót, załącznik nr 8 do siwz, w którym wskazał na robotę budowlaną wykonaną na rzecz Wojewódzkiego Centrum Onkologii SP ZOZ w Gdańsku polegającą na dobudowie do istniejącego budynku Wojewódzkiego Centrum Onkologii Pracowni Diagnostyki Obrazowej i Gabinetów lekarskich, jako spełniającą wymóg określony przez zamawiającego. Wartość robót wyniosła 2 817 306, 20 zł. Załączył także referencje z dnia 12 kwietnia 2010 roku wystawione dla Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. potwierdzające należyte wykonanie robót. W piśmie z dnia 23 lipca odwołujący stwierdził, że „w wyniku przeprowadzonej w dniu dzisiejszym rozmowy telefonicznej ustaliliśmy iż zostaliśmy wezwani do uzupełnienia dokumentów w zakresie dotyczącym referencji. W związku z

powyższym, z ostrożności procesowej, zakładając iż w dniu dzisiejszym może upłynąć termin do uzupełniania dokumentów oraz z uwagi na krótki czas przeznaczony na wykonanie zadania, nie chcąc przedłużać procedury przetargowej, uzupełniamy ofertę o referencje.

Zamawiający, z uwagi na zaistniałe okoliczności poruszone w piśmie z dnia 23 lipca 2012 roku, ponownie skierował do odwołującego wezwanie do uzupełniania dokumentów i pismem z dnia 24 lipca 2012 roku wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania wykazu robót i referencji. W pouczeniu tego pisma wskazał, że powyższe dokumenty należy dostarczyć zamawiającemu w formie pisemnej do dnia 25 lipca 2012 roku. Pismo zostało doręczone osobiście odwołującemu, o czym świadczy podpis osoby uprawnionej do reprezentowania odwołującego opatrzony datą 24 lipca 2012 roku.

Pismem z dnia 25 lipca odwołujący wyjaśnił, że przesłane uzupełnienie z dnia 23 lipca odpowiada treści wezwania i potwierdza spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, ponownie załączył wykaz robót wraz z referencjami i zobowiązaniem Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. z dnia 12 lipca 2012 roku do oddania do dyspozycji firmie PEDBUD Sp. z o.o. niezbędnych zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia.

W dniu 27 lipca 2012 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający stwierdził, że przesłane dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykazana robota budowlana polegająca na dobudowie do istniejącego budynku Wojewódzkiego Centrum Onkologii w Gdańsku nie była wykonana w budynku szpitala działającym całodobowo a polegała na dobudowie do istniejącego budynku. Dodatkowo w złożonej do akt sprawy odpowiedzi na odwołanie, zamawiający wskazał, że przesłane dokumenty nie potwierdzają wymagań określonych w siwz, bowiem wybudowanie odrębnego budynku jako dobudowa do istniejącego budynku nie jest wykonaniem robót budowlanych - instalacyjnych w budynku szpitala. Ponadto nie został spełniony wymóg, że roboty wykonywane były w szpitalu działającym całodobowo w czasie realizacji inwestycji. Jak wynika z rejestru ZOZ Wojewódzkiego Centrum Onkologii w Gdańsku w okresie wykonywania roboty budowlanej, dobudowy budynku, nie prowadził on w ogóle leczenia stacjonarnego. Pierwszy oddział szpitalny został zarejestrowany w tej placówce dnia 2 grudnia 2012 roku, a ze strony internetowej Centrum wynika, że nadal udzielają oni świadczeń ambulatoryjnych, a nie szpitalnych całodobowo.

Mając powyższe na uwadze Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Niespornym między stronami jest, że wykazane w ofercie z dnia 16 lipca 2012 roku roboty budowlane wykonane na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie nie spełniają warunku wymaganego doświadczenia, stąd zasadnym i koniecznym było wezwanie odwołującego do uzupełniania brakujących dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Okolicznością przyznaną przez odwołującego jest to, że dokumenty złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia z dnia 20 lipca oraz 24 lipca 2012 roku do dnia rozprawy nie zostały przedłożone zamawiającemu w formie pisemnej. Odwołujący przekazał w dniu 23 lipca i ponownie w dniu 24 lipca 2012 roku brakujące dokumenty tj. oświadczenie podmiotu trzeciego - Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. wraz z wykazem robót oraz referencjami jedynie w formie faxu oraz drogą elektroniczną.

Tymczasem zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp w przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Z dyspozycji tego przepisu wynika wprost obowiązek zachowania formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego, w którym oddaje on do dyspozycji swoje zasoby w postaci wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego etc.

Ponadto podnieść należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszcza uzupełnienie brakujących czy zawierających błąd oświadczeń i dokumentów po upływie terminu składania ofert jest wyjątkiem od zasady zgodnie z którą wykonawcy winni przedłożyć dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu wraz z ofertą w wyznaczonym przez zamawiającego terminie składania ofert.

Obowiązkiem wykonawcy, który składa dokumenty lub oświadczenia w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest dochowanie należytej staranności w złożeniu dokumentów w wymaganej przepisami ustawy formie i w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Braku złożenia dokumentów w formie pisemnej w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, tj. do dnia 25 lipca 2012 roku nie uzasadnia podnoszona przez odwołującego okoliczność co do rozbieżności treści pism z dnia 20 lipca i 24 lipca 2012 roku wzywających do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanego w nich pouczenia. Przedłożone w dniu 24 lipca dokumenty i oświadczenia były odpowiedzią na wezwanie skierowane przez zamawiającego dnia 24 lipca, w którym wskazał on na konieczność złożenia tych dokumentów w formie pisemnej do dnia 25 lipca 2012 roku. Pismo z dnia 20 lipca 2012 roku, zgodnie z oświadczeniem odwołującego złożonym w toku rozprawy oraz wynikającym z treści pisma z dnia 23 lipca skierowanym do zamawiającego, zostało mu doręczone w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z jego treścią a uzupełnione dokumenty, przesłane w dniu 23 lipca zostały wysłane na skutek informacji uzyskanych drogą telefoniczną, jak sam odwołujący wskazuje niejako „z ostrożności procesowej”.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby złożone przez odwołującego w wyniku uzupełnienia dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunku wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej roboty budowlane - instalacyjne w budynku szpitala działającym całodobowo w czasie realizacji inwestycji o wartości co najmniej 2 500 000 zł. Robota wykonana przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. polegająca na dobudowie do istniejącego budynku Wojewódzkiego Centrum Onkologii w Gdańsku Pracowni Diagnostyki Obrazowej i Gabinetów lekarskich, mimo iż co prawda obejmowała roboty budowlane – instalacyjne (elektryczne wewnętrzne, sanitarne wewnętrzne) wykonane wewnątrz budynku, to jednak roboty te nie były wykonywane w budynku szpitala działającym całodobowo w czasie realizacji inwestycji ale w budynkach nowowytbudowanych.

Z treści referencji z dnia 12 kwietnia wynika, że przedmiotem zamówienia była dobudowa budynku do istniejącego budynku Wojewódzkiego Centrum Onkologii w zakresie której wykonano rozbiórkę starej części budynku, roboty projektowe, budowlane, sanitarne wewnętrzne i zewnętrzne oraz elektryczne wewnętrzne i zewnętrzne a także teletechniczne. Dobudowane do istniejącego budynku: Pracownia Diagnostyki Obrazowej i gabinety lekarskie zostały wyposażone w instalacje wewnętrzne i zewnętrzne, ale z treści referencji wynika, że zarówno roboty instalacyjne jak i pozostałe roboty budowlane nie były wykonywane w budynku szpitala czynnym całodobowo, tylko w budynkach nowych. W ramach robót wykonano co najwyżej roboty polegające na włączeniu w istniejący budynek części nowowytbudowanej, z treści referencji wynika że instalacja wodno- kanalizacyjna była zasilana z budynku istniejącego szpitala, ale prac tych nie można uznać za wykonanych w budynku szpitala czynnym całodobowo. Skoro ani cała robota budowlana ani nawet, jak twierdzi odwołujący same roboty instalacyjne nie zostały wykonane w budynku szpitala

czynnym całodobowo, to w świetle tego bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu jest okoliczność wykazana w pismach złożonych przez zamawiającego, że w okresie realizacji inwestycji przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Wojewódzkim Centrum Onkologii w Gdańsku świadczone były usługi medyczne między innymi w ramach opieki dziennej - jednego dnia.

Izba związana jest zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu, zatem zarzut podniesiony przez zamawiającego i przystępującego co do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na braku wykazania przez odwołującego formy i zakresu udostępnienia mu wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci oraz wykazania realnego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, nie może być przedmiotem orzeczenia Izby.

Zarzuty naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust.1 ustawy Pzp nie zasługują na uznanie.

Z powyższych względów, Izba uznała odwołanie za niezasadne.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: