

Sygn. akt: KIO/UZP 1013/08

WYROK
z dnia 7 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie: Jolanta Markowska
Grzegorz Mazurek**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: „Energopol-Szczecin” S.A., 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, Zakład Wielobranżowy Usług Budowlanych FASADA Sp. z o.o., 70-673 Szczecin, ul. Kotwiczna 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Świnoujście, 72-600 Świnoujście, ul. Wojska Polskiego 1/5** protestu z dnia 4 września 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: „Energopol-Szczecin” S.A., 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, Zakład Wielobranżowy Usług Budowlanych FASADA Sp. z o.o., 70-673 Szczecin, ul. Kotwiczna 9

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: „Energopol-Szczecin” S.A., 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, Zakład Wielobranżowy Usług Budowlanych FASADA Sp. z o.o., 70-673 Szczecin, ul. Kotwiczna 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 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: „Energopol-Szczecin” S.A., 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, Zakład Wielobranżowy Usług Budowlanych FASADA Sp. z o.o., 70-673 Szczecin, ul. Kotwiczna 9.**

U z a s a d n i e

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 12 września 2008 r. **Odwołujący – Konsorcjum firm: „Energopol-Szczecin” S.A. i Zakład Wielobranżowy Usług Budowlanych „FASADA” Sp. z o.o. z siedzibami w Szczecinie** zarzucił **Zamawiającemu- Gminie Miasto Świnoujście z siedzibą w Świnoujściu** dokonanie nieuzasadnionego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie do złożenia wykazu wykonanych zadań odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich właściwe wykonanie. Stwierdził, że zgodnie z SIWZ p. 8.1.1) wykonawcy zostali zobowiązani do wykazania, że wykonali należycie w okresie ostatnich pięciu lat..., co najmniej dwa zadania odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, przez co Zamawiający rozumie budowę lub przebudowę... budynku zamieszkania zbiorowego ... o wartości co najmniej 8 000 000 zł każde z nich. Odwołujący przedstawił w swojej ofercie dwa zadania, tj.:

1) budowa osiedla budynków wielorodzinnych wraz z zespołem garażowym i zagospodarowaniem terenu w Świnoujściu o wartości 12 691 325,10 zł,

2) budowa trzech budynków mieszkalnych wraz z garażami, przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu w Szczecinie o wartości 11 947 583,55 zł.

Zdaniem Odwołującego wskazane doświadczenie odpowiada wymogom zawartym w SIWZ, gdyż stanowisko przeciwne, takie jak prezentuje Zamawiający, że każdy budynek musi wartością odpowiadać kwocie 8 000 000 zł, jest nieprawidłowe.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji uznanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu za spełnione i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, w którym Odwołujący wskazał zarzuty i argumentację o takiej samej treści jak w odwołaniu.

Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości. Podał, że Odwołujący wskazał w swojej ofercie wykonane dwa zadania składające się, w pierwszym przypadku z dwóch budynków jednoklatkowych oraz trzech budynków dwuklatkowych, co jako iloraz wartości całego zadania i ilości klatek, daje wartość budynków jednoklatkowych, odpowiednio – 1 585 415,63 zł i 3 172 831,26 zł, a więc kwoty poniżej wymaganych 8 000 000 zł, zaś w przypadku drugiego zadania, które dotyczy budowy trzech budynków dwuklatkowych, wartość każdego budynku wynosi 3 982 527,85 zł, a więc wartość również poniżej wymaganej w SIWZ. Zatem, w ofercie nie przedstawiono wymaganego doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, w szczególności protestu, rozstrzygnięcia protestu i odwołania oraz oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, w tym SIWZ, ofert - Odwołującego i „Polimex-Mostostal” S.A., protokołu komisji przetargowej z dnia 3.09.2008 r., a także wyjaśnień stron postępowania złożonych na rozprawie, również opinii językoznawcy Ewy Kołodziejek w zakresie analizy językowej SIWZ i Ewy Barbary Madeja w zakresie interpretacji postanowień SIWZ, dopuszczonych jako dokumenty prywatne, dotyczące pkt 8.1.1) SIWZ, potwierdzające stanowisko Odwołującego, ustaliła następujący stan faktyczny.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem postępowania są roboty budowlane pod nazwą: „przebudowa trybun Amfiteatru Miejskiego w Świnoujściu”. Zamawiający określił w SIWZ w pkt 8. „Warunki udziału w postępowaniu oraz ocena ich spełnienia” w ppkt 8.1.1), że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy którzy „wykażą, że wykonali należycie w okresie ostatnich pięciu lat (a jeżeli okres działalności firmy jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej dwa zadania odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia przez

co Zamawiający rozumie budowę lub przebudowę: budowli sportowej, budynku zamieszkania zbiorowego, budynku użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 8.000.000,00 zł (osiem milionów złotych) brutto każde z nich; realizacja których zostanie potwierdzona załączonymi do wykazu dokumentami potwierdzającymi ich właściwe wykonanie (np. referencjami od zamawiającego)".

W pkt 9.9 SIWZ Zamawiający określił, że wykonawca ma załączyć do oferty wykaz wykonanych robót budowlanych z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania. „Wykaz zadań” miał być sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ. Do wykazu należało dołączyć dokumenty (referencje od zamawiających te roboty), potwierdzające ich wartość i należyte wykonanie, co było dowodem na spełnianie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 8.1.1) SIWZ.

W postępowaniu dwaj wykonawcy złożyli oferty:

- 1) Odwołujący z ceną 7 805 757,04 zł
- 2) „Polimex-Mostostal” S.A. z ceną 7 876 878,28 zł.

Na str. 58 oferty Odwołujący podał, jako doświadczenie zawodowe wykonanie dwóch robót budowlanych:

- 1) budowa osiedla budynków wielorodzinnych wraz z zespołem garażowym i zagospodarowaniem terenu przy ul. Malczewskiego 15-22 w Świnoujściu o wartości brutto 12 691 325,10 zł,
- 2) budowa trzech budynków mieszkalnych wraz z garażami, Przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Smoczej-Falskiego 23-23b, 25-25b, 27-27b w Szczecinie o wartości brutto 11 947 583,55 zł.

Zamawiający dokonując badania ofert uznał, że Odwołujący podał, iż wybudował zespoły zawierające w pierwszym przypadku 5 budynków, a w drugim 3 budynki, jednakże budynki te nie są na tyle duże, by stanowić żadaną wartość 8 000 000 zł każdy z nich, przy wymaganych minimum dwóch budynkach (protokół komisji przetargowej z dnia 3.09.2008 r.).

Na podstawie art. 25, art. 26 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) Zamawiający pismem z dnia 3.09.2008 r., doręczonym w dniu 3.09.2008 r. faksem i 8.09.2008 r. pisemnie, wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych zadań odpowiadających swoim zakresem i wartością przedmiotowi zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich właściwe wykonanie, wyznaczając termin uzupełnienia do dnia 4.09.2008 r. godz.15.

Wezwanie Zamawiającego stanowiło podstawę wniesienia w dniu 4.09.2008 r. protestu i wobec jego oddalenia pismem z dnia 8.09.2008 r., wniesienia odwołania w dniu 12.09.2008 r., stanowiącego podstawą rozpoznania przedmiotowej sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający opisuje w SIWZ warunki udziału w postępowaniu, sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz zamieszcza wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający opisał w pkt 8.1.1) „Warunki udziału w postępowaniu oraz ocena ich spełnienia”, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy niewykluczeni na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, spełniający ponadto następujące warunki:

„1) Wykażą, że wykonali należycie w okresie 5 ostatnich lat (a jeżeli okres działalności firmy jest krótszy, to w tym okresie), co najmniej **dw**a zadania odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, przez co Zamawiający rozumie, **budowę lub przebudowę: budowli sportowej, budynku zamieszkania zbiorowego, budynku użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 8.000.000,00 zł (osiem milionów złotych) brutto każde z nich**; realizacja których zostanie potwierdzona załączonymi do wykazu dokumentami potwierdzającymi ich właściwe wykonanie (np. referencjami od zamawiającego)”. W pkt 9.9 SIWZ Zamawiający podał, że wykaz robót ma być zamieszczony w załączonym do oferty „Wykazie zadań”, sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ. Zamawiający podkreślił, że sporządzony w powyższy sposób wykaz wraz z potwierdzeniami należytego wykonania robót, stanowi udokumentowanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.1) SIWZ.

W ocenie KIO, opisanie warunku przez Zamawiającego w pkt 8.1.1) oznacza, że wykonawcy mieli obowiązek wykazać, że we wskazanym okresie wykonali co najmniej 2 zadania o wartości brutto każde z nich, co najmniej 8 000 000 zł, przy czym zadania miały odpowiadać swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez odniesienie robót budowlanych do przedmiotu zamówienia należało rozumieć budowę lub przebudowę: budowli sportowej, budynku zamieszkania zbiorowego, budynku użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 8 000 000 zł. Zdaniem KIO, powyższego sformułowania nie można rozumieć inaczej niż wykonanie dwóch zadań, przy czym jako jedno zadanie należało rozumieć budowę lub przebudowę budowli sportowej, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej i każdy z budowanych bądź przebudowywanych budynków, rozumianych jako zadanie budowlane,

powinien opiewać na wartość co najmniej 8 000 000 zł. Treść powyższa wynika, w ocenie KIO, zarówno ze sposobu sformułowania wskazanego punktu, w szczególności z podkreślenia niektórych określeń przesądających o istocie treści, czcionką pogrubioną, a także ze stanowiska Zamawiającego ujawnionego podczas badania ofert, zawartego w rozstrzygnięciu protestu oraz potwierdzonego podczas rozprawy.

Odwołujący podał w wykazie wykonanych zadań, robót budowlanych (str 58 oferty), dwie pozycje. W jednej pozycji wskazał budowę osiedla budynków jednorodzinnych, nie podając ile budynków wchodzi w skład tego zadania, w drugiej pozycji podał jednoznacznie, że w zakres zadania wchodzi budowa trzech budynków mieszkalnych. Całkowita wartość brutto robót wskazanych w pozycji 1 przekroczyła 12 000 000 zł, w pozycji 2 wynosiła prawie 12 000 000 zł. Zamawiający ustalił na podstawie mapy ewidencyjnej uzyskanej z Powiatowego Zasobu Geodezyjnego Starostwa Powiatowego w Świnoujściu, że w zakres pierwszego zadania wchodzi 5 budynków składających się w sumie z 8 klatek.

Podczas rozprawy Odwołujący nie potwierdził, że w zakres obu zadań wchodzi przynajmniej dwa budynki o wartości każdy z nich, co najmniej 8 000 000 zł. Zatem, w ocenie KIO, nie można uznać, że wykaz wykonanych robót budowlanych, sporządzony przez Odwołującego, odpowiada treści pkt 9.9 SIWZ w zakresie spełniania warunku opisanego w pkt 8.1.1) SIWZ. Z opinii językoznawcy Ewy K., która jako dowód w sprawie, jest traktowana jedynie jako stanowisko prezentowane przez Odwołującego, wynika omówienie błędów zawartych w sformułowaniu pkt 8.1.1) SIWZ. Autorka opinii podała, że czytający treść SIWZ, z powodu usterek i błędów interpunkcyjnych, ortograficznych i stylistycznych, jest zmuszony domyślać się intencji piszącego i interpretować je zgodnie z własnym doświadczeniem zawodowym. Natomiast z opinii Ewy Barbary M. wynika, że wyrazy „budowla sportowa, budynek zamieszkania zbiorowego, budynek użyteczności publicznej” należy rozumieć jako nazwę (temat, ideę, skrót, hasło) zadania, w skład którego wchodzi szereg czynności do wykonania. Autorka pojęcie to odniosła do zakresu przedmiotu zamówienia wynikającego z załącznika nr 2.1.1 do SIWZ (załącznik nr 1.1 do umowy), tj. „Zakres rzeczowy”.

KIO stwierdziła, że określenia powyższe, istotnie, można rozumieć w sposób wskazany w opinii. Jednakże należy mieć na uwadze, że Zamawiający opisując dokument, jaki należy złożyć na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, miał obowiązek stosować przepisy 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 (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia wynika, że Zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót ... 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 należyście. Zamawiający prawidłowo postąpił precyzując

w SIWZ jakie roboty budowlane odpowiadają swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Wskazał mianowicie, że potwierdzeniem doświadczenia będzie wykonanie co najmniej dwóch zadań, gdzie wartość każdego z zadań wynosi brutto co najmniej 8 000 000 zł. Wskazał, że przez zadanie odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, rozumie budowę lub przebudowę budowli lub budynku określonego w kwestionowanym punkcie SIWZ. W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że potwierdzeniem warunku było wykonanie dwóch zadań o wartości każde co najmniej 8 000 000 zł, lecz zakresem zadania miała być budowla sportowa bądź budynek zamieszkania zbiorowego, bądź budynek użyteczności publicznej. Skoro Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w sposób wyżej omówiony, będąc do tego zobowiązany w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i przepisów wykonawczych do ustawy Prawo zamówień publicznych, to również badania i ceny ofert musi dokonać zgodnie z postanowieniami SIWZ. Z prezentowanego stanowiska przez Odwołującego, popartego złożonymi opiniami, wynika w sposób pośredni, że w podtekście twierdzeń występuje jednak kwestionowanie opisu warunku udziału w postępowaniu. Treść SIWZ, jeśli budziła wątpliwości wykonawcy, mogła być oprotestowana w stosownym czasie, zgodnie z art. 180 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, co miało miejsce w dniu 1.08.2008r.

W rozpoznawanej sprawie sprecyzowanie przez Zamawiającego, iż zadanie (roboty budowlane) jest tożsame z budową lub przebudową pojedynczego obiektu budowlanego, uniemożliwia uznania doświadczenia wykazanego przez Odwołującego, jako doświadczenia odpowiadającego postanowieniom pkt 8.1.1) SIWZ.

Zamawiający badając oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, miał obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w określonym terminie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów, KIO stwierdziła, że Zamawiający, dokonując czynności wezwania Odwołującego pismem z dnia 3.09.2008r. do uzupełnienia dokumentów, nie naruszył przepisów ustawy Pzp i na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*