

Sygn. akt: KIO/UZP 995/08

WYROK
z dnia 2 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska – Romek
Renata Tubisz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 2 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Starogrodzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., 83-200 Starogard Gdański, ul. Ceynowy 27** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., 80-382 Gdańsk, ul. Beniowskiego 5** protestu /~~protestów~~* z dnia 28 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Józefa Narloch Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch”, 83-400 Kościerzyna, Rybaki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Józefa Narloch Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch”, nakazuje dokonanie ponownego badania, oceny i wyboru ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., 80-382 Gdańsk, ul. Beniowskiego 5**

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 **Starogrodzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., 83-200 Starogard Gdański, ul. Ceynowy 27,**
- 2) dokonać wpłaty **4 064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., 80-382 Gdańsk, ul. Beniowskiego 5,** na rzecz **Starogrodzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A., 83-200 Starogard Gdański, ul. Ceynowy 27** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 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 **Starogrodzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A., 83-200 Starogard Gdański, ul. Ceynowy 27**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę dwóch budynków mieszkalnych nr 25 i 26 zlokalizowanych w Gdańsku –Ujeścisku przy ul. Jeleniogórskiej wraz z kompleksem instalacji wewnętrznych, uzbrojeniem i zagospodarowaniem terenu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1, poz. 162027 z 16.07.2008 r.) w dniu 28 sierpnia 2008 r. został wniesiony protest a następnie odwołanie przez Starogrodzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A.

Protest był następstwem powiadomienia w dniu 21 sierpnia 2008 r. o wyborze w tym przetargu oferty Józefa Narloch, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” w Rybakach k/ Kościerzyny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Gdańskiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy, mimo że nie spełniał on w dniu składania ofert warunków podmiotowych udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy,
 - nie wykazał, że zrealizował przynajmniej jeden budynek mieszkalny o wartości nie mniejszej niż 4 mln zł.,
 - złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W wykazie zrealizowanych robót podał łączną wartość dwóch budynków, sugerując wykonanie jednego budynku o wskazanej wartości,
 - w uzupełnionym wykazie podał jako wykonane przed dniem wszczęcia postępowania dwa budynki o wartości ponad 4 mln zł. każdy, mimo że odbiór tych budynków nastąpił po wszczęciu postępowania,
2. art. 22 ust. 1 pkt 4 przez wybór oferty wykonawcy, który nie mógł ubiegać się o zamówienie i powinien podlegać wykluczeniu,
3. art. 26 ust. 3 przez wezwanie wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych,
4. art. 88 przez dokonanie nieprawidłowych poprawek w obliczeniu ceny w zał. 2a–tabela elementów rozliczeniowych,
5. art. 87 ust. 1 przez uwzględnienie uzupełnionego wykazu robót wybranego wykonawcy, co stanowiło zmianę treści oferty.
6. art. 82 ust. 3 przez wybór, oferty która nie odpowiada treści SIWZ, zawierającej błędy w obliczeniu ceny, podającej wartości inne niż określone do dwóch miejsc po przecinku,
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ, zawierającej błędy w obliczeniu ceny nie kwalifikujące się do poprawienia.

Odwołujący zarzucił również naruszenie przepisów § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokument mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), przez uwzględnienie uzupełnionego wykazu robót.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2008 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpił w dniu 29 sierpnia 2008 r. wykonawca Józef Narloch

Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch,” który wniósł o oddalenie protestu oraz utrzymanie w mocy wyboru jego oferty, wywodząc i uzasadniając, że wbrew zgłaszanym zarzutom, spełnił warunki udziału, a złożona oferta odpowiada treści SIWZ.

Pismem doręczonym 4 września 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Podniósł, że zgodnie z obowiązkiem ustawowym wzywał 11 sierpnia 2008 r. Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wykazanego doświadczenia zawodowego, a następnie do uzupełnienia dokumentów poświadczających wykonanie budynku o wartości nie niższej niż 4 mln zł. Wybrany wykonawca w zakreślonym terminie uzupełnił wykaz robót wraz z załączeniem referencji, który odpowiadał wymaganiom SIWZ. W tej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do dokonania oceny oferty, według stanu z daty uzupełnienia do czego obowiązuje art. 26 ust. 3 Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących błędów w tabeli elementów rozliczeniowych załącznika 2 a i błędów w obliczeniu ceny, Zamawiający powołał się na treść postanowień SIWZ i wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, gdzie został wskazany sposób ustalenia ceny i charakter wynagrodzenia jako ryczałtowego, w rozumieniu art. 632 K.c., zatem podaną cenę oferty uznał za prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 9 września 2008 r. zostało złożone odwołanie, z kopią doręczoną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami:

1. nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego:
 - wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego „Narloch,”
 - nakazania unieważnienia wezwania wykonawcy „Narloch” do uzupełnienia dokumentów,
2. nakazania powtórzenia czynności Zamawiającego oceny i wyboru oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego pismem z dnia 23 września 2008 r. przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch.” wnosząc o utrzymanie decyzji o wyborze jego oferty.

Skład orzekający Izby dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego „Narloch,” wraz z jej uzupełnieniami. Skład orzekający nie dopuścił dowodu z opinii biegłego sądowego, o co wnioskował Przystępujący do odwołania,

dot. aktualnej wartości budynku nr 9 zrealizowanego w 2005 r. dla Zamawiającego, gdyż dowód taki odnosi się do postanowień SIWZ.

Nadto Izba rozważyła stanowiska przedstawione przez pełnomocników stron, reprezentanta Odwołującego i Przystępującego do odwołania, przedstawione do protokołu rozprawy.

Skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Termin związania ofertą wynoszący 30 dni rozpoczął swój bieg z dniem składania ofert 7 sierpnia 2008 r. Według Zamawiającego oferty Odwołującego oraz wybranego wykonawcy nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Wartość przedmiotu zamówienia wskazana w protokole postępowania wynosi 1 875 750,29 euro.

W postępowaniu zostało złożone 5 ofert, z czego oferta wybrana firmy Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch,” z ceną 7 967 508,79 zł. została sklasyfikowana jako najkorzystniejsza w jedynym kryterium ceny. Natomiast oferta Odwołującego, z ceną 8 039 538,92 zł zajmuje drugą pozycję. Stąd interes prawny Odwołującego w kwestionowaniu poprzedzającej go oferty Izba uznała za niewątpliwą.

W zakresie zarzutów podniesionych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu oraz w toku rozprawy, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące regulacje.

W rozdziale 5 opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków pkt 5.1 lit.b Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy między innymi posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie wykażą się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy – to w tym okresie, jednego budynku mieszkalnego co najmniej trzykondygnacyjnego, w zakresie wszystkich branż ujętych w niniejszym zamówieniu o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 4 mln zł. brutto, z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 5 pkt 5.2 lit b SIWZ Zamawiający zapowiedział, że oceni spełnienie warunków na podstawie dokumentów załączonych do oferty – wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy – to 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. Wykaz należało sporządzić według wzoru zał. Nr 5 do SIWZ. Ten sam dokument wskazany jest w rozdziale 6 pkt 6.1 lit g SIWZ.

W rozdziale 12 stanowiącym opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający postanowił;

12.1 cenę oferty należy podać w formie ryczałtu, którego definicję zawiera art. 632 K.c. Do ceny netto należy doliczyć podatek VAT w obowiązującej wysokości,

12.2 Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, należy przyjąć następującą stawkę podatku VAT:

a) dla elementów robót ujętych w tabeli elementów rozliczeniowych – zbiorcze zestawienie kosztów (zał. Nr 2 do SIWZ) w pozycjach nr 1 – roboty przygotowawcze placu budowy, poz. nr 7 – przyłącza instalacyjne i sieci wod – kan. oraz nr 8 – urządzenie terenu: w wysokości 22%, (podobnie zał. nr 2 a, 2g i 2h),

b) dla pozostałych elementów robót w wysokości 7%.

12.3 Wszystkie wartości oraz ostateczna cena oferty winny być liczone do dwóch miejsc po przecinku.

12.4 Jeżeli wykonawca stosuje upusty cenowe, to proponując je Zamawiającemu w ofercie musi je uwzględnić w ostatecznej cenie oferty.

12.7 Zamawiający poprawi oczywiste omyłki pisarskie w tekście oferty, a także omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, według zasad określonych w art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

W załączniku nr 1 formularzu oferty wykonawcy złożyli oświadczenia o treści „my niżej podpisani oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wytycznych do wykonania robót za wynagrodzeniem ryczałtowym, łącznym w kwocie.... Wynagrodzenie pokrywa wszystkie nasze zobowiązania wynikające z zamówienia (włączając w to zobowiązania związane z dostawą dóbr, materiałów, i robót) a także wszystko co może być konieczne do właściwego wykonania i wykończenia przedmiotu zamówienia, a także do usunięcia usterek.”

W załączniku nr 4 do SIWZ wzorze umowy pkt 1.2.12 zawarta jest definicja umownego wynagrodzenia ryczałtowego - jako kwoty wraz podatkiem VAT należnej do zapłaty wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy wraz z usunięciem wad ujawnionych przy odbiorze w okresie rękojmi oraz w okresie gwarancji jakości.

W punkcie 6.1.1 wzoru umowy Zamawiający podejmuje zobowiązanie zapłaty wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego. Ustala się, że wynagrodzenie wykonawcy uwzględnia wszystkie obowiązujące w Polsce podatki, włącznie z podatkiem VAT oraz opłaty celne, inne opłaty związane z wykonaniem robót. Wykonawca nie może żądać podwyższenia umownego wynagrodzenia ryczałtowego.

Na zapytania wykonawców odnoszące się do postanowień specyfikacji, Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień.

W piśmie z dnia 29 lipca 2008 r. „do oferty wykonawca może dołączyć kosztorysy w formie uproszczonej.” W piśmie z dnia 4 sierpnia 2008 r. „W niniejszym zamówieniu cenę oferty należy podać w formie ryczałtu. Zgodnie z art. 632 K.c. jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było ustalić rozmiaru lub kosztów prac...”. W związku z powyższym dla Zamawiającego nie ma znaczenia czy prace związane z żurawiem wieżowym oraz obsługa geodezyjna i geologiczna zostanie ujęta w kosztorysie. Wykonawca jest zobowiązany do wykonania tych prac oraz zapewnienia geodezyjnej i geologicznej obsługi budowy na swój koszt. Przedmiar robót stanowi materiał pomocniczy do wyceny ofert. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę.”

Pismem z dnia 11 sierpnia 2008 r. Zamawiający powiadomił wybranego wykonawcę, że w toku badania ofert stwierdził omyłki rachunkowe w tabeli elementów rozliczeniowych na str. 9 oferty dla urządzenia placu budowy i jego zasilania w energię elektryczną, polegające na błędnym obliczeniu iloczynu kwot netto i stawki podatku VAT. W pozycji ogółem wykonawca wpisał prawidłowe sumy kolumny: wartość brutto – budynek 25 i 26. Zamawiający skorygował omyłki, a na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp przyjął, że prawidłowo podano cenę ryczałtową w druku oferty, bez względu na sposób jej obliczenia.

W przekonaniu składu orzekającego Izby cytowane wyżej postanowienia specyfikacji i wyjaśnienia w sposób jednoznaczny i bez żadnych wątpliwości określają ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją.

W takich okolicznościach podnoszone przez Odwołującego błędy w kosztorysie ofertowym (tabeli elementów rozliczeniowych, załącznik nr 2a do SIWZ) wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego „Narloch,” nie mają żadnego negatywnego skutku dla oceny oferty. Dla czynności porównania ofert liczy się bowiem cena całkowita brutto, podana w formularzu ofertowym, o czym stanowi art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp, który przewiduje, że w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo za jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Zamawiający wyraźnie określił rolę kosztorysu ofertowego jako mającego charakter pomocniczy przy obliczaniu ceny oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, sygn. akt IACa 1147/00 z dnia 6.03.2000 r. kosztorys w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, stanowi jedynie uzasadnienie podanej ceny oferty. Dla Zamawiającego kosztorysy, tabele elementów rozliczeniowych mogą być przydatne przy kontrolowaniu postępów prac i dokonywaniu rozliczeń zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym. Zastosowane przez wybranego wykonawcę stawki podatku VAT były właściwe, takie jak

zostały wskazane w rozdziale 12.2 SIWZ przez samego Zamawiającego dla poszczególnych rodzajów robót. W tabeli elementów rozliczeniowych, zał. Nr 2a do SIWZ nie przewidziano podania stawki podatku VAT, a jedynie wartość netto i brutto. Należy więc przyjąć, że stawka podatku VAT była taka jak wprost podał Zamawiający w rozdziale 12.2 SIWZ, wynosząca – 22%. Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego, że została błędnie przyjęta stawka podatku VAT. Błąd wynikał z działania arytmetycznego i nie został powtórzony w podsumowaniu danych z tabeli 2a. Cena w formularzu oferty, odpowiada podsumowaniu cen netto i brutto z poszczególnych tabel elementów rozliczeniowych, została podana prawidłowo, z uwzględnieniem właściwych stawek podatku VAT, a jej wyliczenie jest właściwe i niekwestionowane. Brak jest zatem podstaw do czynienia Zamawiającemu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6, ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2008 r. powiadomił wykonawców na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp o sposobie skorygowania omyłek w załączniku nr 2a (bud. 25 i 26) – Tabela elementów rozliczeniowych – roboty przygotowawcze placu budowy w pozycji 1. z kwoty 3660 zł. na kwotę 4880 zł., na co wykonawca Józef Narloch wyraził swą zgodę.

Cena oferty została podana do dwóch miejsc po przecinku. Tak samo zostały podane wartości w tabelach elementów rozliczeniowych. W sytuacji, gdy wybrany wykonawca podawał wartość pozycji w pełnych złotych, nie umieszczał zer po przecinku. Jest to prawidłowe. Cena oferty ma być wyrażona w sposób zgodny z polskim systemem monetarnym, gdzie najmniejszą jednostką rozliczeniową stanowią grosze. Zatem cena oferty, czy stała cena jednostkowa może być wyrażona w złotych, ewentualnie z uwzględnieniem groszy.

Z przedstawionych względów skład orzekający Izby nie podzielił również stanowiska Odwołującego, że ze względu na wybór oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego „Narloch” Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, czy art. 87 ust. 2 oraz art. 88 Pzp.

W zakresie odnoszącym się do zarzutów braku wymaganego doświadczenia wybranego wykonawcy, Izba ustaliła i zważyła, że pan Józef Narloch w dokumentacji oferty złożył wykaz wykonanych robót budowlanych z dnia 6 sierpnia 2008 r. według wzoru załącznika nr 5, obejmujący ogółem 5 realizacji, trzy poniżej wartości 4 mln zł., ponadto zostały wskazane:

poz. 3 - zamawiający S.M. Południe w Gdańsku, okres realizacji 06/2005–09/2006, wartość brutto 6 290 530 zł.

poz. 5 - zamawiający S.M. Południe w Gdańsku, okres realizacji 05/2007–06/2008, wartość 7 227 055 zł.

Z przedstawionych referencji z dnia 7 listopada 2006 r. wynika, że wybrany wykonawca zrealizował na rzecz S.M. Południe w Gdańsku, od 06/2005 do 09/2006 budynek wielorodzinny nr 36, 37 w Gdańsku Oruni za kwotę 5 879 000 zł. netto.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2008 r. Zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień odnośnie dokumentów załącznika nr 5 na stronie 39 oferty oraz referencji przedstawionych na stronie 45 i 49 oferty.

Wątpliwości Zamawiającego wzbudziło, czy w pozycji 3 wymienionego wykazu ujęty został jeden budynek o wartości 5 879 000 zł., czy też dwa budynki. Z kolei czy w poz. 5 wykazana wartość łączna 7 227 055 zł dotyczy 2 budynków, i jaka jest wartość robót w odniesieniu do pojedynczych budynków.

W zakreślonym terminie, pismem z dnia 19 sierpnia 2008 r. Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” udzieliło odpowiedzi, że poz. nr 3 wykazu dotyczy realizacji dwóch budynków, jeden o wartości 2 678 325,38 zł., drugi o wartości 3 551 665,78 zł. Analogiczna sytuacja miała miejsce w odniesieniu do poz. 5 wykazu, gdzie jeden budynek był o wartości robót 3 587 775,57 zł., natomiast drugi o wartości 3 520 030,55 zł. Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” powołał się na okoliczność, że w stosunku do okresu realizacji, nastąpiła znacząca podwyżka cen produkcji budowlano-montażowej, zatem obecna wartość zrealizowanych budynków przekracza wymaganą przez Zamawiającego kwotę 4 mln zł.

Dodatkowo wyjaśnił, że w załączniku nr 8 do oferty – formularz danych o wykonawcy, zawarł informacje, że realizuje aktualnie na rzecz Zamawiającego budynki nr 23 i 24 przy ul. Jeleniogórskiej, jako największe przedsięwzięcie, spełniające wszelkie wymogi niniejszego postępowania, tak kubaturowe jak i wartościowe. Świadczy to o posiadaniu wystarczającego doświadczenia zawodowego i potencjału technicznego. Zarówno budynek nr 23 jak i 24 zostały zakończone, zgłoszone do odbioru w dniu 26.06.2008 r. W dniu 21 lipca 2008 r. został sporządzony protokół odbioru budynku nr 23, stanowiący potwierdzenie należytego zrealizowania umowy, a budynek 24 jest w trakcie odbioru. Wymagana wartość budynku 4 mln zł., na udokumentowanie doświadczenia jest zawyżona w stosunku do wartości budynków, stanowiących przedmiot zamówienia. Do wymienionego pisma został dołączony protokół odbioru budynku nr 23 z dnia 21 lipca 2008 r.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający pismem z dnia 20 sierpnia 2008 r. wezwał Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” do uzupełnienia wykazu wykonanych robót, o obejmujące przynajmniej jeden budynek mieszkalny wykonany w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, odpowiadający swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów, że roboty te zostały wykonane należyście.

W wyznaczonym terminie 21 sierpnia 2008 r. Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch” przekazało uzupełniony wykaz robót, referencje oraz ponowne protokół odbioru budynku nr 23. W wykazie według załącznika nr 5 do SIWZ została ujęta dodatkowa pozycja nr 6, gdzie jako wykonane na zlecenia Zamawiającego zostały podane budynki nr 23 i 24. Potwierdzenie należytego wykonania umowy stanowi zaś protokół odbioru budynku nr 23 z dnia 21 lipca 2008 r. przy ul. Jeleniogórskiej w Gdańsku, w którym wartość robót została wskazana na kwotę 5 855 396,68 zł. brutto.

W protokole zamieszczono wzmiankę, że wykaz usterek zawiera załącznik nr 8 oraz, że nie stwierdzono wad trwałych.

Zamawiający przyjął uzupełniony wykaz i w tym samym dniu 21 sierpnia 2008 r. wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Budowlanego „Narloch” jako najkorzystniejszą.

Skład orzekający Izby, rozpatrując materiał dowodowy sprawy miał na uwadze, że przepisy § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. Nr 87, poz. 605) wymagają udokumentowania doświadczenia zawodowego wykazu wykonanych robót w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania. Tak samo Zamawiający, wzywając wybranego wykonawcę pismem z dnia 20 sierpnia 2008 r. do uzupełnienia wykazu robót wraz z potwierdzeniem referencjami, nie odstąpił od warunku aby roboty te zostały wykonane przed wszczęciem postępowania. Jak wynika z dokumentacji akt sprawy ogłoszenie o zamówieniu, wszczynające postępowanie zostało opublikowane w dniu 16 lipca 2008 r., natomiast odbiór budynku nr 23 miał miejsce w dniu 21 lipca 2008 r., a więc po wszczęciu postępowania dotyczącego przedmiotowego zamówienia. Nie można jednak pomijać uregulowania zawartego w art. 26 ust. 3 Pzp, wskazującego że uzupełnione dokumenty, na wezwanie Zamawiającego powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w wyznaczonym terminie. W tym zakresie ustawodawca dopuszcza korygowanie oświadczeń wykonawcy, składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pierwotnie złożonych w dokumentach oferty. Nie stanowi to zmiany oferty, gdyż nie odnosi się do treści oferty, jako istotnych postanowień umowy o wykonanie robót będących przedmiotem zamówienia. Ponadto zakres uzupełnianych dokumentów podmiotowych, musi być interpretowany szeroko, może więc dotyczyć złożenia dokumentu, którego oferta nie zawierała, może też uzupełniać wymaganą treść. Wykonawca wybrany miał więc prawo wykazać robotę budowlaną, którą pierwotnie pominął.

Jakkolwiek stwierdzenie usterek nadających się do usunięcia nie stanowi samo przez się o nienależyтым wykonaniu umowy o roboty budowlane, to istotny jest zakres tych usterek i fakt ich terminowego usunięcia. Znamienne jest, że Zamawiający nie wystawił referencji,

jednoznacznie potwierdzających fakt należytego wykonania umowy, a wykonawca wybrany o to nie występował. W tym zakresie posługuje się jedynie protokołem odbioru budynku, który nie daje możliwości oceny, czy roboty zostały wykonane należyście. Protokół odbioru robót tylko wtedy stanowi potwierdzenie należytego wykonania umowy, jeżeli jednoznacznie potwierdza to jego treść. Wykaz braków i usterek stanowiący zał. Nr 8 do protokołu stwierdza istnienie usterek, których data usunięcia została wyznaczona na 29 lipca 2008 r. Wykonawca wybrany miał więc możliwość złożenia na dzień uzupełnienia dokumentów protokołu usunięcia usterek. Wobec zaistnienia usterek stwierdzenie w protokole, że obiekt (co do zasady) odpowiada przeznaczeniu i spełnia wymogi prawa budowlanego oraz nadaje się do odbioru i użytkowania, zgodnie z przeznaczeniem, nie przesądza o należyтым wykonaniu zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie dopuszcza ponownego wzywania wykonawcy do uzupełniania tych samych dokumentów to jest potwierdzających należyte wykonanie określonego zadania inwestycyjnego (referencji lub dokumentów im równoważnych).

Zamawiający jako inwestor przedmiotowego budynku nr 23 w Gdańsku przy ul. Jeleniogórskiej, bez wątpienia dysponuje wiedzą na temat czy wybrany wykonawca należyście wykonał zamówienie. Jednakże winno to jednoznacznie wynikać ze złożonych dokumentów oferty, co ma zabezpieczać jawność procedury udzielania zamówienia i umożliwiać korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawców, których interes prawny w związku z wyborem określonej oferty został naruszony. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wykonawca wybrany Przedsiębiorstwo Budowlane „Narloch „ w wykazie załączonym do oferty podał informacje nieprawdziwe. Z konfrontacji pozycji 3 i 5 wykazu robót i odpowiadających im referencji wynika niejednoznaczność kwestionowanych informacji, co zostało wyjaśnione na wezwanie Zamawiającego przed wyborem oferty, zatem pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. Zamawiający oddalił protest, nie unieważnił wyboru oferty, i nie zapowiedział ponownej oceny ofert. Izba przyjęła, że aktualny jest pierwotny wybór, oparty na uzupełnionym oświadczeniu wykonawcy, że należyście wykonał robotę budowlaną o złożoności i wartości odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. Nie jest rzeczą naganną jeżeli wykonawca w wykazie informacyjnie podaje inne przedsięwzięcia, które zrealizował. Jednak dokument ten jest składany w zasadniczym celu udokumentowania doświadczenia zawodowego, zatem musi zawierać dane o co najmniej tylu odpowiednich robotach, ile było podane w SIWZ. Nie sposób zgodzić się Przystępującym do odwołania Przedsiębiorstwem Budowlanym „Narloch,“ że wskutek zwyczajki cen produkcji budowlano – montażowej budynki zrealizowane przez niego w latach 2004–2007, obecnie przedstawiają wartość nie mniejszą niż 4 mln zł. każdy. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują przeszacowania wartości środków trwałych, a i takie przeszacowanie nie miało miejsca w tym okresie na podstawie ogólnie obowiązujących

przepisów. Liczy się wartość nominalna przewidziana umową. Jeżeli Przystępujący do odwołania uważał, co podnosił, że wymagania nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia, służyła droga protestu na postanowienia SIWZ. Z przedstawionych względów skład orzekający Izby w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy sprawy uznał, że zasadne są zarzuty czynione Zamawiającemu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez uznanie za spełniającego warunki udziału wykonawcy, który nie wykazał jednoznacznie należytego wykonania roboty budowlanej o wartości ponad 4 mln zł. z zakresem rzeczowym podanym w SIWZ. Zastrzeżenia składu orzekającego budzi brak referencji potwierdzających, że budynek nr 23 został wykonany należyście, gdyż okoliczność ta nie została udokumentowana przedstawionym protokołem odbioru i protokołem usunięcia usterek, czego konsekwencją jest stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, przez wybór oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*