

**Sygn. akt KIO 987/10**

**WYROK**  
**z dnia 10 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Janusz Antoniak** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Remontowo-Budowlany i Ślusarski „MISTA”**, **Zygmunt Skorupiński** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **„Skorbud”**, **86-014 Sicienko, ul. Ochle 25** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Osielsko, 86-031 Osielsko, ul Szosa Gdańska 55A,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11; 85-375 Bydgoszcz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i dokonanie czynności powtórnego badania o oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Osielsko, 86-031 Osielsko, ul Szosa Gdańska 55A** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Janusz Antoniak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany i Ślusarski „MISTA”, Zygmunt Skorupiński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Skorbud”, 86-014 Sicienko, ul. Ochle 25,**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę Osielsko, 86-031 Osielsko, ul Szosa Gdańska 55A** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Janusz Antoniak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany i Ślusarski „MISTA”, Zygmunt Skorupiński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Skorbud”, 86-014 Sicienko, ul. Ochle 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

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

Zamawiający – Gmina Osielsko, 86-031 Osielsko, ul Szosa Gdańska 55A prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę szkoły podstawowej w Niemczu”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 marca 2010 r. pod pozycją 64963.

Dnia 18 maja 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przeprowadzonej oceny ofert wskazując m.in., iż za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11; 85-375 Bydgoszcz oraz, że z postępowania wykluczono wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Janusz Antoniak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany i Ślusarski „MISTA”, Zygmunt Skorupiński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Skorbud”, 86-014 Sicienko, ul. Ochle 25 (zwani dalej „konsorcjum Mista”). Jako podstawę odrzucenia Zamawiający wskazał przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uznał, iż wykonawca nie dopełnił wymogu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale 10 ust. 1 pkt 1.1 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodziło się konsorcjum Mista i dnia 24 maja 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na zaniechania i czynności podjęte przez Zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów Ustawy i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art 24 ust. 4, art. 26 ust 3 i 4, art. 91 ust. 1 Ustawy, a także postanowień Rozdziału 10 ust. 1 pkt 1.1 ppkt 1) i Rozdziału 11 ust. 2 pkt 1) SIWZ, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezprawne dokonanie:

1. Wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;

2. Wyboru oferty wykonawcy P.W. „EBUD” Przemysłówka Sp. z o.o. w Bydgoszczy, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu, że w sytuacji gdy powziął wątpliwość co do treści referencji zaniechał dokonania czynności, do których był zobowiązany:

1. Wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści referencji  
lub
2. Wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- 1) dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty P.W. „EBUD” Przemysłówka Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 2) dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- 3) dokonania ponownego badania ofert,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,  
lub
- 5) z ostrożności procesowej, na wypadek nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą referencji załączonych do oferty oraz protokołu odbioru robót, jako dokumentów potwierdzających należyte wykonanie przez Odwołującego robót budowlanych w zakresie obiektu użyteczności publicznej (zgodnie z postanowieniami Rozdziału 11 ust. 2 pkt 1) SIWZ), Odwołujący wniósł, w oparciu o art. 26 ust. 3 Ustawy, o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (dokumentu zawierającego wykaz robót - załącznik nr 4 do oferty - *Doświadczenie zawodowe oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień wykazanych w załączniku*).

Uzasadniając wskazał, iż załączył do oferty załącznik nr 1, w którym oświadczył, że posiada wiedzę i doświadczenie. Ponadto załączył do oferty także załącznik nr 4 do oferty, w którym oświadczył, że zrealizował w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania zamówienia na roboty budowlane rodzajowo porównywalne z zakresem przedmiotowego przetargu i wskazał, że zrealizował roboty budowlane polegające na budowie: hali magazynowo - produkcyjnej wraz z zapleczem biurowo - socjalnym w Bydgoszczy przy ul. Łochowskiej 69, gdzie zamawiającym była spółka Belma Accessories Systems Sp. z o. o. w Bydgoszczy oraz hali magazynowej wysokiego składowania z częścią biurowo - socjalną

w Bydgoszczy przy ul. Wojska Polskiego 65, gdzie zamawiającym była spółka HOLKAP Sp. z o.o. w Bydgoszczy. Załączył również stosowne referencje i protokoły odbioru dla potwierdzenia, że obydwu wyżej wymienione zamówienia wykonał należycie.

Zdaniem Odwołującego wypełnił on wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego. Zamawiający uznał, że referencje przedstawione przez Odwołującego są referencjami wystawionymi na budowę hali magazynowej, której zgodnie z przepisami prawa budowlanego nie można potraktować, jako obiektu użyteczności publicznej, w związku z powyższym Zamawiający uznał, że należy Odwołującego wykluczyć z postępowania, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego jest niezgodne z przepisami Ustawy i postanowieniami SIWZ.

Istotnym w sprawie jest to, że Odwołujący załączonymi do oferty wyżej opisanymi oświadczeniami i wykazem robót potwierdził:

- 1) termin wykonania obydwu zamówień, a więc, że wykonał je w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania;
- 2) rodzaj zamówień w porównaniu do przedmiotowego zamówienia, a więc, że obydwie hale są obiektami użyteczności publicznej;
- 3) wielkość zamówień, a więc że w stosunku do przedmiotowego zamówienia i wymagań Zamawiającego warunek jest spełniony (powierzchnia jednej hali wynosi ponad 5.000 m<sup>2</sup>, a drugiej ponad 5.900 m<sup>2</sup>, przy wymaganiu Zamawiającego - realizacji, co najmniej jednego obiektu użyteczności publicznej o powierzchni przynajmniej 2.000 m<sup>2</sup>).

Zaś samą treścią referencji Odwołujący potwierdził jedynie należyte wykonanie zamówień, o których napisał w oświadczeniach i wykazie.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu, w dniu 24 maja 2010 roku.

Dnia 25 maja 2010 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 28 maja 2010 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11; 85-375 Bydgoszcz zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić zgłaszającego przystąpienie wykonawcę do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

Odpowiedź na odwołanie nie została wniesiona.

Krajowa Izba Odwoławcza popiera stanowisko Odwołującego, a dodatkowo wskazuje, co następuje.

Zamawiający, postanowieniem Rozdziału 10 ust. 1. pkt 1.1 ppkt 1) SIWZ określił warunek posiadania przez wykonawców niezbędnej wiedzy i doświadczenia w następujący sposób: *spełnienie warunków udziału odnoszących się do posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji finansowej i ekonomicznej zostanie ocenione według poniższych zasad: 1) udokumentowanie należytego wykonania przez Wykonawcę, w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -*

w tym okresie, co najmniej jednego obiektu użyteczności publicznej o powierzchni odpowiadającej powierzchni przedmiotowi zamówienia.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty „Wykaz” wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj., przed terminem publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego obiektu użyteczności publicznej o powierzchni przynajmniej 2 000 m<sup>2</sup> z podaniem wartości, przedmiotu oraz daty i miejsca wykonania. Do wykazu Wykonawca zobowiązany był dołączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (referencje, protokoły odbioru, itp.).

Odwołujący, wypełniając obowiązek nałożony przez niego postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do oferty załączył wykaz wykonanych robót, wg. wzoru określonego załącznikiem Nr 4 do s.i.w.z. W wykazie tym wskazał na zrealizowanie 4 inwestycji dla:

- 1) Zakładów Tłuszczowych „Kruszwica”,
- 2) Firmy prywatnej XPX Piotr Zakrzewski,
- 3) BAS Sp. z o.o.,
- 4) Holkap Sp. z o.o.

Do wykazu zostały załączone stosowne referencje.

Pod rozstrzygnięcie prawidłowości podjęcia właściwej decyzji przez Zamawiającego, Izba wzięła inwestycje wskazane w wykazie wykonanych robót na pozycji 3 i 4, gdyż bezspornym jest, iż roboty wskazane na pozycjach 1 i 2 w/w wykazu nie spełniają warunku udziału w postępowaniu zarówno pod kątem charakteru wykonywanych budynków, jak i pod kątem powierzchni.

Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu oczekiwał doświadczenia w realizacji obiektów użyteczności publicznej.

W rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.) w § 3 pkt 6) jest zawarta definicja legalna budynku użyteczności publicznej - „należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji

*publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się takie budynek biurowy lub socjalny”.*

W ocenie Izby robota wykazana w punkcie 3 wykazu wykonanych robót (strona 25 oferty), nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w materiale zgromadzonym w aktach sprawy, a w szczególności wynika z protokołów odbioru hal magazynowo-produkcyjnych z zapleczem biurowo-socjalnym w Bydgoszczy oraz z okazanych na rozprawie Decyzji budowlanych.

Izba uznała wyjaśnienia Odwołującego za wiarygodne, a dotyczące faktu, iż na dzień składania ofert, inwestycją zakończoną, wykonaną dla Belma Accessories Systems Sp. z o.o. (BAS), którą może legitymować się w celu potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia, wynikającą z załączonej do oferty referencji jest hala produkcyjno-magazynowa z częścią socjalno-biurową w Bydgoszczy, przy ul. Łochowskiej 69 o powierzchni 3 796,35 m<sup>2</sup>, wykonana w latach 2007-2008.

Jednakże, Izba zwraca uwagę, iż zarówno z treści protokołu odbioru ostatecznego z dnia 27 listopada 2009 roku, jak i z Decyzji Nr 728/2007 z dnia 23 kwietnia 2007 roku Starosty Bydgoskiego zatwierdzającego projekt budowlany i udzielającego pozwolenia na budowę oraz Decyzji Nr 1819/2008 z dnia 3 października 2008 roku Starosty Bydgoskiego zatwierdzającego projekt budowlany i udzielającego pozwolenia na budowę wynika jednoznacznie, iż obiekt powyższy został sklasyfikowany w kategorii obiektu XVIII. Zgodnie z tą kategoryzacją, obiekt ten nie posiada charakteru obiektu czy też budynku użyteczności publicznej, a jest to budynek magazynowy. Tym samym, wykonanie w/w hali produkcyjno-magazynowej z częścią socjalno-biurową nie stanowi podstawy do uznania, iż Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w oparciu o w/w robotę.

W ocenie Izby, Odwołujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia przez wykonanie roboty polegającej na budowie magazynu wysokiego składowania z częścią biurowo-socjalną w Bydgoszczy dla spółki Holkap.



Ocena powyższa dokonana została w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone do oferty, listu referencyjnego z dnia 20 kwietnia 2010 roku, protokołu odbioru końcowego z dnia 10 kwietnia 2010 roku oraz materiałów okazanych na rozprawie.

Z powyższych dokumentów wynika, iż robota polegająca na wybudowaniu magazynu wysokiego składowania z częścią biurowo-socjalną w Bydgoszczy dla spółki Holkap, a w szczególności sam obiekt wypełnia, wymagany przez Zamawiającego charakter obiektu użyteczności publicznej. Dla przykładu Odwołujący przedstawił wydruk ze strony internetowej [www.bpp.bydgoszcz.pl](http://www.bpp.bydgoszcz.pl), na której znajduje się artykuł prasowy o „Uroczystym otwarciu nowego obiektu firmy HOLKAP”. Autor podaje, iż cyt. *„Kolejny inwestor oficjalnie rozpoczął działalność na terenie Bydgoskiego Parku Przemysłowego. (...), ale to właśnie w ubiegły weekend, tj. w dniach 26-27 marca 2010 roku firma oficjalnie otworzyła swój nowy obiekt dla klientów organizując Targi Artykułów Gospodarstwa Domowego. (...)”*. Z załączonych do w/w artykułu zdjęć wynika, że obiekt ma charakter handlowo-usługowy, w którym klienci korzystając z wózków, dokonują koniecznych dla siebie zakupów.

Informacjom powyższym, Zamawiający i Przystępujący nie zaprzeczyli, dowodu przeciwnego nie złożyli.

Powyższe przeznaczenie, a nie nazwa nadana przez inwestora w porównaniu z treścią § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, w którym Minister definiując budynek użyteczności publicznej podał, iż za taki uznawany będzie również budynek przeznaczony na potrzeby handlu, czy też usług, charakteryzując obiekt, klasyfikując go do odpowiedniego zastosowania chyba, że bezpośrednio z decyzji budowlanej wynika inny charakter przeznaczenia obiektu.

Wszystkie wyżej wymienione fakty, Zamawiający uzyskałby bez ponoszenia dodatkowych kosztów (np. postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą), zwracając się do wykonawcy Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych o złożenie stosownych wyjaśnień. Ewentualnie, gdyby wyjaśnienia jednak nie przekonały Zamawiającego, winien on w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych zwrócić się do wykonawcy o uzupełnienie stosownych dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca Zamawiającemu uwagę na obligatoryjny obowiązek wynikający z treści przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, nakazujący Zamawiającemu wzywaniem wykonawców do odpowiednio uzupełnienia

dokumentów lub złożenia wyjaśnień. Powyższe stanowisko ugruntowane zostało zarówno dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Sądów Okręgowych, jak i doktryną. Zamawiający uchybiając powyższemu obowiązkowi naruszył zasadę określoną przepisem art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, przez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W konsekwencji powyższych wad Zamawiający naruszył również przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę, iż w wyniku dokonanej, na rozprawie, oceny dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, Zamawiający nie musi wzywać Odwołującego do ponownego składania wyjaśnień, czy też uzupełniania dokumentów, gdyż takowe złożone zostały na rozprawie i stanowiły podstawę, do uznania, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Reasumując, Izba stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wszystkich wskazanych przez Odwołującego przepisów, tj. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust 3 i 4, art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a także postanowień Rozdziału 10 ust. 1 pkt 1.1 ppkt 1) i Rozdziału 11 ust. 2 pkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe naruszenia wypełniają przesłankę określoną w przepisie art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, nakazującą Izbie uwzględnienie odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:**

.....