

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę

Łukasza Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „INTERBUD” Łukasz Kowalski ul. Jarzębinowa 14, 58-310 Szczawno-Zdrój

w postępowaniu prowadzonym przez

Świdnickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Głowackiego 39A, 58-100 Świdnica

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Łukasza Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „INTERBUD” Łukasz Kowalski ul. Jarzębinowa 14, 58-310 Szczawno-Zdrój z postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża Świdnickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Głowackiego 39A, 58-100 Świdnica i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Łukasza Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „INTERBUD” Łukasz Kowalski ul. Jarzębinowa 14, 58-310 Szczawno-Zdrój tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Świdnickiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Głowackiego 39A, 58-100 Świdnica na rzecz Łukasza Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „INTERBUD” Łukasz Kowalski ul. Jarzębinowa 14, 58-310 Szczawno-Zdrój kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Świdnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Świdnickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Świdnicy, ul. Kilińskiego II etap” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 18 marca 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

18 kwietnia 2011 r. Odwołujący – Łukasz Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „INTERBUD” Łukasz Kowalski wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3, art. 92 ust. 1 „oraz innych przepisów” ustawy Prawo zamówień publicznych wnosząc o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że pismem z 6 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował go o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej zapraszając Odwołującego do podpisania umowy 13 kwietnia 2011 r. Jednak 13 kwietnia 2011 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo, w którym Zamawiający poinformował, że wyklucza go z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz odrzuca jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Z pisma Zamawiającego wynika, że decyzję o wykluczeniu podjął on na podstawie pisma otrzymanego od Urzędu Gminy Czarny Bór, które uzyskał w wyniku skierowanej przez Zamawiającego prośby o wyjaśnienie treści referencji załączonych do oferty Odwołującego, która to prośba była następstwem informacji złożonej na podstawie art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych przez innego uczestnika postępowania. W informacji tej zakwestionowano wykonanie przez Odwołującego robót wskazanych w poz. 1 „Wykazu wykonanych robót” pod względem terminu wykonania i wskazanej wartości. Zamawiający stwierdził, iż z otrzymanego 12 kwietnia 2011 r. pisma UG Czarny Bór wyjaśniającego referencje wynika, że Odwołujący w ramach umowy z 26 maja 2003 r. realizowanej do 11 sierpnia 2006 r. (termin odbioru) zrealizował zadanie pod nazwą „budowa budynku sali gimnastycznej z zapleczem i łącznikiem” na ogólną wartość 2.457.581,70 zł netto.

Tym samym oferta Odwołującego nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a złożone dokumenty na potwierdzenie spełniania tego warunku są nieprawdziwe, co uniemożliwia konwalidację złożonej oferty poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentu Zamawiający byłby zobowiązany wskazać wady (błędy) stwierdzone w dokumencie stanowiącym przedmiot wezwania, a takich Zamawiający w dokumencie nie stwierdził.

Odwołujący nie zgodził się ze sposobem działania Zamawiającego oraz treścią ww. zarzutów prawnych i faktycznych. Zwrócił uwagę, że czynność wykluczenia go z postępowania dokonana została bez uprzedniego unieważnienia wykonanych uprzednio przez Zamawiającego czynności wyboru oferty i bez dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, co stoi w sprzeczności z zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającymi z art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż z załączonych dokumentów oraz uzasadnienia Zamawiającego nie wynika, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje. Faktem jest, że w wykazie wykonanych robót budowlanych w pozycji 1. Odwołujący podał zadanie o nazwie „Budowa Kompleksu Szkolno-Sportowego w Czarnym Borze przy ul. XXX-lecia PRL” o wartości netto 5.344.016,96 zł i z okresem realizacji od 28 maja 2003 r. do 11 sierpnia 2006 r., gdzie znalazł się błąd w dacie rozpoczęcia realizacji robót. Jednakże na potwierdzenie należytej realizacji tych robót Odwołujący załączył do oferty referencje, w których wpisano prawidłową datę rozpoczęcia robót. W związku z powyższym Zamawiający w celu wyjaśnienia wskazanych rozbieżności winien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie wezwać do uzupełnienia dokumentu zawierającego wskazany błąd, Zamawiający natomiast przeprowadził własne „śledztwo” bez wiedzy i udziału Odwołującego.

Stwierdzenie Zamawiającego, jakoby oferta Odwołującego nie spełniała warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia ze względu na fakt, iż wykazane roboty budowlane nie były zrealizowane w ramach jednej umowy, także nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał wykonanie co najmniej 2 robót budowlanych w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, o wartości minimum 5 000 000,00 zł netto każda, w okresie ostatnich pięciu lat. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku należało przedstawić wykaz wykonanych 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, tj. minimum dwóch zamówień o wartości robót netto dla każdego zadania minimum 5.000.000 zł na budowę budynków mieszkalnych lub użyteczności publicznej 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 (referencje, protokoły odbioru robót).

Przedstawiony powyżej sposób dokonywania oceny spełniania warunków w zakresie doświadczenia nigdzie nie określa, że wskazane doświadczenie w zakresie realizacji zamówienia o minimalnej wartości 5 mln złotych musi być realizowane w ramach jednej umowy – w opisie mowa jest o robotach budowlanych, zamówieniu, czy też zadaniu.

Odwołujący mając na uwadze powyższe zapisy oraz fakt, że w okresie od 9 marca 2001 r. do 11 sierpnia 2006 r. zrealizował zadanie pn. „Budowa budynku gimnazjum, szkoły podstawowej, sali gimnastycznej, zlokalizowanego przy ul. XXX-lecia PRL 18a w Czarnym Boże wraz z przyłączem wod.-kan” przedstawił w ofercie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie doświadczenia, gdyż niewątpliwie posiada doświadczenie wymagane do realizacji przedmiotowego zamówienia. Faktem jest także, że zamówienie to ze względu na ograniczoną ilość środków, którymi dysponował inwestor, było udzielane w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania i z których każde zakończyło się podpisaniem umowy. Jednakże Odwołujący realizował nieprzerwanie całość zadania (zamówienia), czego efektem było powstanie wskazanego w wykazie robót kompleksu szkolno – sportowego.

Podczas rozprawy Odwołujący przedstawił także kserokopię decyzji zawierającą pozwolenie na budowę spornego obiektu oraz pierwszej strony projektu budowlanego i strony planu zagospodarowania terenu, które jego zdaniem potwierdzają, iż zadanie polegało na budowie jednego obiektu obejmującego szkołę z salą gimnastyczną. Wyjaśnił też, iż budowa szkoły zakończyła się w listopadzie – grudniu 2003 r., po czym zostało wydane warunkowe pozwolenie na użytkowanie – warunkowe ze względu na to, iż cały obiekt nie został zakończony, natomiast budowa sali gimnastycznej rozpoczęła się tuż po podpisaniu umowy, czyli w czerwcu 2003 r.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy podtrzymał swoje stanowisko i stwierdził, że nie może uznać dwóch umów za realizację jednego zadania – jest to realizacja dwóch zadań dotyczących tego samego obiektu. W wykazie Odwołujący nie wskazał realizacji od roku 2001, lecz 2003. Warunek miał na celu wyłonienie odpowiednio „dużego” wykonawcy, aby nie miał on kłopotu z realizacją niniejszego zamówienia. Przyjęcie, że poszczególne zadania można ze sobą łączyć, powodowałoby, iż udział w postępowaniu mogłaby wziąć większa liczba zainteresowanych wykonawców. Zamawiający nie odnosił się do wpisanej w wykazie daty rozpoczęcia robót, ponieważ nie miała ona znaczenia: po pierwsze – istotna była dla niego data zakończenia robót, po drugie – rok 2001 był wpisany w referencjach, po trzecie – z obu dokumentów wynikało, że jest to jedno zamówienie. Po stwierdzeniu, iż są to nieprawdziwe informacje, Zamawiający również

nie prosił o uzupełnienie, ponieważ zgodnie z orzecznictwem i przyjętymi poglądami, dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje nie uzupełnia się.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu zawartym w rozdziale VIII pkt 1 lit. b i IX pkt 1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia mieli wykazać wykonanie co najmniej 2 robót budowlanych w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, o wartości minimum 5.000.000 zł netto każda, w okresie ostatnich pięciu lat, a w celu potwierdzenia spełniania tego warunku mieli przedstawić wykaz wykonanych 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, tj. minimum dwóch zamówień o wartości robót netto dla każdego zadania minimum 5.000.000 zł na budowę budynków mieszkalnych lub użyteczności publicznej 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 (referencje, protokoły odbioru robót).

Bezsporne pomiędzy Stronami jest, że wykazana przez Odwołującego w poz. 1 „budowa kompleksu szkolno – sportowego w Czarnym Borze przy ul. XXX-lecia PRL” wykonywana była na podstawie dwóch umów, z których pierwsza dotyczyła budowy szkoły i trwała od września 2001 r. do listopada lub grudnia 2003 r., a druga sali gimnastycznej i trwała od maja 2003 r. do sierpnia 2006 r., przy tym żadna z umów samodzielnie nie spełnia ww. warunku w zakresie wartości, pierwsza dodatkowo terminu wykonania robót, natomiast ujęte wspólnie ten warunek spełniają.

Z przedstawionych powyżej stanowisk wynika, iż istota sporu dotyczy właśnie tej kwestii i sprowadza się do znaczenia użytego przez Zamawiającego pojęcia „zamówienie / zadanie/ roboty budowlane” – czy należy je rozumieć jako konkretną umowę i tym samym każdą

z umów traktować jako osobne zamówienie, czy też raczej jako zadanie do wykonania i za jedno zamówienie uznać cały kompleks szkolno – sportowy.

Sporu tego nie rozwiązuje sama wykładnia językowa pojęcia „zamówienie”, „roboty budowlane” czy „zadanie”. Zgodnie bowiem ze słownikową definicją, odpowiednią do niniejszej sytuacji, „zamówienie” to „polecenie dostarczenia lub wykonania czegoś” (wg internetowego „Słownika języka polskiego PWN” www.sjp.pwn.pl), a zatem może odnosić się zarówno do zamówienia – dokumentu/umowy, jak i zamówienia – zadania (całości realizowanego przedmiotu). I w obu tych znaczeniach jest powszechnie używane. Podobnie „zadanie” to „to, co należy wykonać”.

Sytuacji nie zmienia również odniesienie się do pojęcia „roboty budowlane”, gdyż używane jest ono, w zależności od potrzeb inwestora, zarówno w stosunku do kilku budynków lub budowli, jednego budynku lub budowli albo ich części, a definicja zawarta w art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nawet znacznie szersza niż definicja zamówienia czy zadania.

W przepisach prawa nie ma rozstrzygnięcia tej kwestii, co jest o tyle zrozumiałe, że ustawodawca pozostawił formułowanie warunków zamawiającym, a więc także rozstrzygnięcie, w jakim zakresie posiadane doświadczenie można sumować. Zatem pojawiają się warunki, w których zamawiający wymagają np. „wykonania min. 10 km kanalizacji”, niezależnie od tego, w ramach ilu umów to doświadczenie jest zdobyte, jak i wyraźnie zastrzeżenie w brzmieniu warunku, iż „jedna usługa to jedna umowa”.

Rzeczywiście w praktyce najczęściej przyjmowane jest, że jedno zamówienie/dostawa/ usługa/roboty budowlane to jedna umowa, jednak jest to wyłącznie pewna przyjęta konwencja, przy tym zdarzają się okoliczności, do których ta prosta zależność nie przystaje, gdyż inwestorzy, najczęściej ze względu na posiadane środki finansowe, zawierają bardziej skomplikowane umowy lub kilka umów. Takie przypadki należy rozpatrywać i klasyfikować jako jedno lub wiele zamówień indywidualnie, z uwzględnieniem ich charakteru i przebiegu realizacji.

W przypadku wskazanych przez Odwołującego robót budowlanych za „realizację obiektu budowlanego” jak najbardziej można uznać budowę całego zaprojektowanego budynku szkoły wraz z salą gimnastyczną, gdyż:

1. oba budynki zostały zaprojektowane oraz uzyskały pozwolenie na budowę jako jeden projekt budowlany na „budowę budynku gimnazjum, szkoły podstawowej, sali gimnastycznej przy ulicy XXX-lecia PRL 18a w Czarnym Borze wraz z przyłączem wod. – kan.”,
2. oba budynki wraz z infrastrukturą towarzyszącą stanowią jedną funkcjonalną całość, są połączone łącznikiem i mają wspólne przyłącza, parkingi, drogi dojazdowe itp.,
3. oba budynki zostały wykonane częściowo równocześnie lub bezpośrednio jeden po drugim, a wykonawca wykonywał je w jednym ciągu, nie opuszczając terenu budowy,

4. rozbieżność budowy obu budynków na dwie umowy wynikało z powodów finansowych, a rozbieżność to było wyłącznie formalne i „sztuczne” w odniesieniu do zamierzonego celu.

Tak więc oba budynki wykonywane były jako jedno przedsięwzięcie stanowiące pewną całość, które, co najważniejsze, było realizowane z zachowaniem jednolitości i ciągłości miejsca i czasu, samo wykonanie spornego zadania w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania zamówienia, które zostałyby zawarte na podstawie jednej umowy, a przy tym żadna z umów nie oddaje całości wykonanej budowy. Zatem w sytuacji tej ograniczenie jednego zadania/zamówienia/robót budowlanych do jednej umowy nie wydaje się właściwe – skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził.

W związku z powyższym Izba uznała, iż przedstawione w wykazie sporne zadanie na budowę kompleksu szkolno – sportowego w Czarnym Borze” można było wykazać jako jedne roboty budowlane, zatem nie stwierdziła złożenia nieprawdziwych informacji.

Na marginesie można zauważyć, iż sytuacja, w której w wyniku odrębnych proceduralnie zamówień i odrębnych umów może dojść do określenia jednego zamówienia – zadania, jest przewidziana również w ustawie Prawo zamówień publicznych, gdzie zamawiający może z wykonawcą zamówienia podstawowego zawrzeć kolejne umowy, które z punktu widzenia możliwości wykazania się doświadczeniem ze względu na stanowiące jednych robót budowlanych można traktować jako jedno zamówienie. Są to zamówienia dodatkowe oraz niektóre zamówienia uzupełniające (art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych), jakkolwiek przy zamówieniach uzupełniających z zastrzeżeniem, że będą one udzielane z zachowaniem równoczesności lub ciągłości czasu wykonania oraz funkcjonalnego powiązania z zamówieniem podstawowym, a nie w ciągu dozwolonych przepisem 3 lat.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając jego zachowanie za proceduralnie poprawne, gdyż w przypadku stwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji Zamawiający nie jest zobowiązany do uzupełniania dokumentów. Jakkolwiek należy przypomnieć, iż Zamawiający gdy zwraca się do innych podmiotów o udzielenie informacji, powinien jednocześnie zażądać wyjaśnień w tym zakresie również od zainteresowanego wykonawcy.

Natomiast rzeczywiście po powtórzeniu czynności brak pełnych informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak w niniejszym stanie faktycznym nie narusza to interesu Odwołującego i nie ma wpływu na wynik postępowania.

Ponieważ odwołanie dotyczy okoliczności mających wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

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. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: