

Sygn. akt: KIO/UZP 135/10

WYROK
z dnia 3 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roberta Koniecznego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Handlu i Usług ROBKON Robert Konieczny, ul. Młynarska 21, 57-200 Ząbkowice Śląskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Stoszowice, w imieniu której działa Gminna Biblioteka Publiczna Stoszowicach, ul. Letnia 10, 57-215 Srebrna Góra** protestu z dnia 5 stycznia 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzuceniu oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Stoszowice, w imieniu której działa Gminna Biblioteka Publiczna Stoszowicach, ul. Letnia 10, 57-215 Srebrna Góra i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu**

uiszczonego przez **Roberta Koniecznego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Handlu i Usług ROBKON Robert Konieczny, ul. Młynarska 21, 57-200 Ząbkowice Śląskie;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Stoszowice, w imieniu której działa Gminna Biblioteka Publiczna Stoszowicach, ul. Letnia 10, 57-215 Srebrna Góra** na rzecz **Roberta Koniecznego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Handlu i Usług ROBKON Robert Konieczny, ul. Młynarska 21, 57-200 Ząbkowice Śląskie,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roberta Koniecznego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Handlu i Usług ROBKON Robert Konieczny, ul. Młynarska 21, 57-200 Ząbkowice Śląskie.**

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

Robert Konieczny, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Handlu i Usług ROBKON Robert Konieczny z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich (dalej: „*Odwołujący*”), złożyli odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Remont świetlicy wiejskiej w miejscowościach Żdanów i Rudnica*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Gminna Biblioteka Publiczna Stoszowicach (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 listopada 2009 r. (nr ogłoszenia: 403460).

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunku określonego w SIWZ dotyczącego wykonania przez oferenta w ciągu 3 lat czterech robót budowlanych podobnego typu na obiektach użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż trzysta

tysięcy każda. O czynności tej Odwołujący został poinformowany w dniu 30 grudnia 2009 r. pismem z tej samej daty.

Protest dotyczący tej czynności został przez niego złożony w dniu 5 stycznia 2010 r. Zamawiający formalnie nie rozstrzygnął protestu, tym samym oddalając go. Od oddalenie protestu w dniu 19 stycznia 2010 r. (data nadania odwołania w urzędzie pocztowym operatora publicznego) Odwołujący złożył do Prezesa UZP odwołanie, przekazując w tej samej dacie jego kopię Zamawiającemu.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 23 grudnia 2009 r. wezwał go do wyjaśnienia treści oferty w części dotyczącej referencji, tj. przedłożenia do dnia 20 grudnia 2009 r. dokumentów potwierdzających, że zrealizowany w 2006 r. budynek Leśniczówki w miejscowości Miskowice dla Nadleśnictwa Henryków jest budynkiem użyteczności publicznej. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w dniu 28 grudnia 2009 r. dostarczył żądany dokument, tj. uaktualnioną referencję Lasów Państwowych, potwierdzającą wskazywaną okoliczność. Odwołujący dodatkowo w piśmie tym przedstawił definicję „budynku użyteczności publicznej” zawartą 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). Zgodnie z tym rozporządzeniem przez „obiekt użyteczności publicznej” rozumie się budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, (...) oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, w tym także budynek biurowy i socjalny. Zdaniem Odwołującego wykazywany w ramach doświadczenia budynek Leśniczówki (poza częścią mieszkalną) wraz z infrastrukturą towarzyszącą jest budynkiem użyteczności publicznej, w którym znajduje się biuro z poczekalnią i pomieszczeniami socjalnymi, oraz infrastrukturą techniczną, składającą się z parkingu, dróg dojazdowych i chodników o czym świadczy udzielone pozwolenie na budowę budynku mieszkalno administracyjnego przez Starostę Ząbkowickiego, którą to decyzję Odwołujący załączył do odwołania.

Odwołujący dodatkowo podniósł, że warunek postawiony przez Zamawiającego w SIWZ, dotyczący wykonania przez oferenta w ciągu 3 lat czterech robót budowlanych podobnego typu na obiektach użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż trzysta tysięcy każda, jest niezgodny z ustawą Pzp, a konkretnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazał przy tym na przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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 ze zm.). Zgodnie z § 1 ust., 2 pkt 1 tego rozporządzenia Zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót

budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a nie ostatnich 3 lat jak to określił Zamawiający w SIWZ.

Odwołujący powołał się na wymogi Zamawiającego odnośnie tej samej inwestycji w postępowaniu, które zostało przez Zamawiającego unieważnione, gdzie takiego wymogu co do wykazania się 4 robotami o określonej wartości – nie mniejszej niż trzysta tysięcy każda – oraz robót na obiektach użyteczności publicznej nie zawarł.

Podkreślił, że dokonana przez niego wizja lokalna na obiektach, które wchodzi w zakres robót objętych przedmiotem zamówienia (również obejmujących część mieszkalną) wskazuje, że wykazywane przez niego w ramach doświadczenia prace są robotami budowlanymi podobnego typu na obiektach użyteczności publicznej.

Wskazał też, że zgodnie z przepisami § 1 ust. 2 pkt 1 wskazanego rozporządzenia referencje przedstawiane przez wykonawców mają potwierdzać jedynie należyte wykonanie robót ujętych w wykazie.

Biorąc pod uwagę podniesioną argumentację Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp i wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Michała Malika, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Handlowo – Usługowa KWADROS Michał Malik z siedzibą Nowej Rudzie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, i w odwołaniu oraz, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uznając, że podnoszony zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego może w przyszłości, na etapie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, narazić Odwołującego na uszczerbek w postaci pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia przez tego właśnie wykonawcę.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ i oferty Odwołującego oraz treści listu referencyjnego z dnia 28 grudnia 2009 r. wystawionego na rzecz Odwołującego przez Nadleśnictwo Henryków oraz z decyzji nr 19/2006 z dnia 3 lutego 2006 r. wydanej przez Starostę Ząbkowickiego w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę leśniczówki dla Nadleśnictwa Henryków. oraz dowód ze stanowisk i oświadczeń stron wyrażonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzuty postawione w odwołaniu Izba stwierdziła, że dokumenty załączone do oferty Odwołującego, jak również uzupełnione w wyniku wezwania skierowanego w tym przedmiocie do Odwołującego potwierdzają spełnianie warunku doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego od wykonawców w postępowaniu na podstawie postanowień SIWZ. Zgodnie bowiem z pkt 7 rozdziału SIWZ zatytułowanego: „*Wymagania od oferentów*”, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykonali w ciągu 3 ostatnich lat cztery roboty budowlane podobnego typu na obiektach użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż trzysta tysięcy każda. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący na str. od 7 do 13 oferty przedłożył wykaz 4 wykonanych przez niego robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Wśród tych dokumentów załączono list referencyjny z dnia 3 stycznia 2007 r. wystawiony przez Nadleśnictwo Henryków potwierdzający należyte wykonanie zadania p.n.: „Budowa Leśniczówki wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Miskowicach Gm. Ciepłowody”, wskazująca na wykonanie budynku mieszkalno – administracyjnego – Leśniczówka – „pod

klucz” i budynku gospodarczego – „pod klucz”. W tym zakresie w wyniku wezwania przez Zamawiającego do uzupełniania dokumentu został przez Odwołującego przedłożony list referencyjny dotyczący tego samego zadania wystawiony w dniu 28 grudnia 2009 r., wskazujący dodatkowo iż owo zadanie obejmowało budynek mieszkalno – administracyjny z biurem obsługi klienta – Leśniczówka – „pod klucz”. Treść tych referencji wskazywała także, że budynek ten (poza częścią mieszkalną) wraz z infrastrukturą towarzyszącą jest budynkiem użyteczności publicznej.

Uwzględniając wskazane okoliczności faktyczne Izba uznała, że powyższa robota budowlana odpowiada określonemu przez Zamawiającego warunkowi udziału w postępowaniu, co do robót podobnego typu na obiektach użyteczności publicznej, co zakwestionował Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że w przypadku nie spełnienia warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, w tym również warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy Zamawiający winien wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 lub art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a nie odrzucać oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. O niezgodności treści oferty w stosunku do treści SIWZ możemy bowiem mówić w sytuacji, gdy treść oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu i zakresu realizacji zamówienia nie odpowiada treści SIWZ, a nie w przypadku podmiotowej weryfikacji potencjalnych możliwości realizacji zamówienia przez wykonawców. Powyższe jednak nie stanowiło przedmiotu zaskarżenia w trybie środków ochrony prawnej, dlatego też niniejsza uwaga czyniona jest przez Izbę jedynie marginalnie. Niemniej jednak uwzględniając okoliczność, że Zamawiający pozbawił możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę, poprzez jego „eliminację” z postępowania, Izba była zmuszona dokonać oceny tego zachowania Zamawiającego.

Odnosząc się zatem do meritum zarzutu, Izba uznała, że wykazywana realizacja budowy leśniczówki stanowi robotę budowlaną podobnego typu. Jeśli bowiem wykonawca wykonywał roboty budowlane w postaci budowy od podstaw określonego budynku stwierdzić należy, że posiada on również kwalifikacje, aby wykonać inną robotę budowlaną, polegającą na remoncie świetlic wiejskich objętych przedmiotem zamówienia. Wykazanie w referencjach z dnia 28 grudnia 2009 r., iż owe roboty budowlane dotyczyły obiektu mieszkalno – administracyjnego z biurem, a dodatkowo wprost, iż były to roboty budowlane dotyczące obiektu o charakterze budynku użyteczności publicznej, jest wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w SIWZ. Powyższe nie może być przez Zamawiającego wyłącznie gołosłownie podważane. Skoro bowiem sam inwestor w treści referencji określił, iż owe roboty dotyczyły właśnie takiego obiektu Zamawiający musiałby, podważając takie stwierdzenie inwestora inwestycji budowlanej, dysponować

niezbędnymi podstawami do wykazania, że informacje zawarte w referencjach stanowią poświadczenie nieprawdziwych informacji. Dodatkowym potwierdzeniem, iż w tym przypadku mamy do czynienia z budynkiem, który oprócz części mieszkalnej zawiera także część administracyjną, czyniąc obiekt również budynkiem użyteczności publicznej zgodnie z definicją tego pojęcia określoną w § 3 pkt 6 rozporządzenia 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), jest decyzja Starosty Ząbkowickiego z dnia 3 lutego 2006 r., zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę co do owego obiektu. Z treści tej decyzji wprost bowiem wynika, że w tym przypadku mamy do czynienia z budynkiem mieszkalno – administracyjnym, a więc – zgodnie z definicją zawartą w przywołanym powyżej przepisie jest to budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji co np. budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, w tym również jest to budynek biurowy, ponieważ oprócz części mieszkalnej – jak wskazano w tej decyzji – budynek ma również pełnić charakter administracyjny, a więc służący do celów biurowych, administracyjnych.

Skład orzekający Izby nie rozpoznawał zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów ustawy Pzp (art. 22 ust. 2) oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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 ze zm.), przy formułowaniu warunku doświadczenia przez Zamawiającego, z uwagi na zgłoszenie tego zarzutu po upływie ustawowego terminu na oprotestowanie postanowień SIWZ, w terminie określonym w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 1 a ustawy Pzp, uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....