

Sygn. akt: KIO/UZP 864/08

**WYROK**  
z dnia 2 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Izabela Niedziałek**  
**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. ul. 7 Dywizji 11, 59-800 Lubań oraz Paweł Jureko, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane i Drogowe Paweł Jureko, ul. Bolesławicka 1, 59-900 Zgorzelec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Bogatynia, ul. Daszyńskiego 1, 59-916 Bogatynia** protestu z dnia 28.07.2008r.

przy udziale **Eugeniusza Figurskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „ELTOR” Eugeniusz Figurski, 59-800 Lubań, ul. Torowa 19**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. ul. 7 Dywizji 11, 59-800 Lubań oraz Paweł Jureko, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane i Drogowe Paweł Jureko, ul. Bolesławicka 1, 59-900 Zgorzelec** 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 uiszczzonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. ul. 7 Dywizji 11, 59-800 Lubań oraz Paweł Jureko, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane i Drogowe Paweł Jureko, ul. Bolesławicka 1, 59-900 Zgorzelec,**
- 2) 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 **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. ul. 7 Dywizji 11, 59-800 Lubań oraz Paweł Jureko, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane i Drogowe Paweł Jureko, ul. Bolesławicka 1, 59-900 Zgorzelec**

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

W dniu 12.06.2008r. Gmina Bogatynia, ul. Daszyńskiego 1, 59-920 Bogatynia (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Poprawa drogowej dostępności między miastami Hradek nad Nysą (CZ) a Bogatynią (PL) i Hermanicami (CZ) na pograniczu czesko-polskim” i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 2 200 627,64 euro.

W dniu 21.07.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej - za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Eugeniusza Figurskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „Eltor”, 59-800 Lubań, ul. Torowa 19.

W dniu 28.07.2008r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. zo.o. ul. 7 Dywizji 11, 59-800 Lubań oraz Paweł Jureko, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane i Drogowe Paweł Jureko, ul. Bolesławicka 1, 59-900 Zgorzelec (dalej: Odwołujący) – złożyli protest, którego Zamawiający nie rozstrzygnął w terminie 10 dni upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu, w związku z czym Odwołujący, zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uznał go za oddalony i w dniu 12.08.2008r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia Eugeniusza Figurskiego, mimo że przedstawił on w ofercie nieprawdziwe dane mające wpływ na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, i zaniechanie odrzucenia jego oferty.

Załączone do oferty Eugeniusza Figurskiego referencje dotyczące wykonania zadania „Zagospodarowanie i uzbrojenie terenu pod budownictwo mieszkaniowe jednorodzinne w obrębie ulic Pocztowa-Świerczewskiego w Bogatyni” wskazują, że zakres wykonanych tam prac może być równoważny najwyżej ok. 550mb drogi. Odwołujący podnosi, że metry wykonanej drogi wskazane przez Eugeniusza Figurskiego w referencji są metrami kwadratowymi wykonanej nawierzchni, zatem Eugeniusz Figurski nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o powtórna ocenę ofert, wykluczenie Eugeniusza Figurskiego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W dniu 29 lipca br. Zamawiający poinformował o wniesieniu protestu Eugeniusza Figurskiego (zwanego dalej również Przystępującym), który w tym samym dniu przyłączył się do postępowania toczącego się w wyniku protestu, a następnie w dn. 25.08.2008r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i oświadczeniami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma szeroko pojęty interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty Przystępującego, przy powtórnej ocenie ofert, oferta Odwołującego znalazłaby się na drugim miejscu w rankingu cenowym ofert i w razie rezygnacji Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający mógłby uznać za najkorzystniejszą, z zawarcia umowy, miałby on szansę na uzyskanie zamówienia.

Zamawiający w SIWZ postanowił, że aby ubiegać się o udzielenie zamówienia, należy spełnić warunek udziału w postępowaniu, polegający na wykonaniu robót odpowiadających zakresem przedmiotowi zamówienia, tj. m.in. wykonaniu dwóch łącznej długości lub jednej (zakończonych) roboty budowlanej, obejmującej swoim zakresem „budowę lub remont drogi klasy L lub wyższej długości nie mniejszej niż 3,0km” (str. 4 pkt 9.1.2.2 SIWZ).

Eugeniusz Figurski do swojej oferty załączył referencje z dn. 22.11.2006r., potwierdzające wykonanie 3077m drogi (strona 20,21 oferty, kopia w aktach sprawy). Referencje te zostały wydane przez Burmistrza Miasta i Gminy Bogatynia.

Odwołujący podnosił, że zakres robót podany w ww. referencji, nie odpowiadał rzeczywistemu zakresowi wykonanych prac. Jako dowód na tą okoliczność Odwołujący powołał stronę 19 SIWZ na „Zagospodarowanie i uzbrojenie terenu pod budownictwo mieszkaniowe jednorodzinne w obrębie ulic Pocztowa-Świerczewskiego w Bogatyni” (załącznik do odwołania), gdzie w pkt. 3.1. podano wielkość nawierzchni jezdni z asfaltobetonu – 3.100m<sup>2</sup>. Wskazał również na swoje obliczenia, złożone na rozprawie, z których wynikało, iż długość nawierzchni przy założeniu długości krawężników podanych w referencji mogła wynosić pomiędzy 516 a 594m<sup>2</sup>.

Zamawiający nie zakwestionował obliczeń dokonanych przez Odwołującego, jednak wskazał, że z długości krawężników nie można wywodzić całkowitego zakresu prac, ponieważ krawężniki były zabudowywane tylko w części wewnętrznej nowego osiedla. Ponadto stwierdził, że faktycznie zakres prac był określony na stronie 19 SIWZ postępowania, po realizacji którego wystawiono kwestionowane referencje, jednak przy

wystawianiu referencji wzięto pod uwagę cały zakres robót, objęty dokumentacją projektową, i wynikający z harmonogramu. W trakcie prowadzonych prac okazało się, że zakres prac jest większy, niż przewidziano. Przystępujący potwierdził stanowisko Zamawiającego – wystawione referencje dotyczyły remontu nawierzchni liczonej „liniowo” (tj. w metrach bieżących), a nie wg wielkości powierzchni (tj. w metrach kwadratowych). Jako potwierdzenie zwiększenia zakresu rzeczowego umowy, po realizacji której wystawiono kwestionowane referencje, złożył wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dn. 14.11.2006., sygn. akt IC 1567/06.

Na podstawie tak pisanego wyżej materiału dowodowego, Izba uznała, że nie ma wystarczających przesłanek, aby stwierdzić, że w referencjach z dn. 22.11.2006r. podano nieprawdziwe informacje dotyczące długości zabudowanej/remontowanej nawierzchni asfaltowej, tj. 3077m. Zamawiającym w postępowaniu, w wyniku którego zawarto umowę, a następnie wystawiono referencje dn. 22.11.2006r., była Gmina Bogatynia, która jest Zamawiającym, przed którym toczy się przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Wystawca referencji z dn. 22.11.2006r. (pełnomocnik Gminy Bogatynia) potwierdził prawdziwość informacji w niej zawartych. Odwołujący nie wykazał, że zakres prac wynikających ze SIWZ był tożsamy z robotami faktycznie zrealizowanymi, ponieważ w ocenie Izby strona 19 z SIWZ postępowania, w wyniku którego zawarto umowę i wystawiono referencje w dn. 22.11.2006r. nie może mieć przesądzającego znaczenia wobec okoliczności, że niewątpliwie zakres robót wykonanych był większy, niż zakres robót wskazany na str. 19 SIWZ (co wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze, oddalającego powództwo Eugeniusza Figurskiego o zwiększenie wynagrodzenia, ponieważ wynagrodzenie określone w umowie było wynagrodzeniem ryczałtowym). Odwołujący nie kwestionował również wielkości cząstkowych, z których wynikała suma zrealizowanych nawierzchni, podanych w poz. 1 wykazu załączonego do oferty. W konsekwencji Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, polegającego na niewykluczeniu Eugeniusza Figurskiego z postępowania, mimo że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Izba nie uznała również za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 82 ust. 3 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych - Odwołujący wskazywał, że treść oferty Eugeniusza Figurskiego nie odpowiada SIWZ, i jako taka powinna być odrzucona. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wskazał przesłanek, które mogłyby świadczyć o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Izba stwierdziła, że Odwołujący kwestionował wyłącznie dokumenty (referencje) potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału

w postępowaniu nie można utożsamiać z treścią oferty – oferta określa istotne postanowienia umowy, jaka ma zostać zawarta, a dokumenty, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, są załącznikami do oferty nie mającymi – co do zasady - wpływu na jej treść.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jako że Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego w jakimkolwiek zakresie jest sprzeczna z ustawą.

Nie potwierdził się także podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, którego podstawę Odwołujący upatrywał w nierównym traktowaniu wykonawców – w ocenie Izby z czynności podjętych przez Zamawiającego nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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 **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....