

Sygn. akt KIO/UZP 1062/09

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Concret**” **Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe Spółka Jawna, ul. Fabryczna 10, 43-100 Tychy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tyskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy** protestu z dnia 13 lipca 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Stanisław Paciej** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład-Remontowo-Budowlany „Stanisław Paciej”, ul. Osiecka 3A, 32-300 Olkusz** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Tyskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**Concret**” **Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe Spółka Jawna, ul. Fabryczna 10, 43-100 Tychy,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Tyskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy** na rzecz „**Concret**” **Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe Spółka Jawna, ul. Fabryczna 10, 43-100 Tychy** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~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 **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Concret**” **Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe Spółka Jawna, ul. Fabryczna 10, 43-100 Tychy.**

U z a s a d n i e

Odwołujący – przedsiębiorstwo Produkcyjne i usługowe CONCRET sp. j. uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażami i usługami w Tychach przy ul. Grota Roweckiego (526/13) wraz z zagospodarowaniem terenu wokół budynku” zarzucił Zamawiającemu, którym jest Tyskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o. o. naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że odwołujący spełnia określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności wybudował jeden budynek mieszkalny o pow. co najmniej 2.500 m²,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że Odwołujący nie jest wykonawcą wykluczonym z postępowania, a także innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania,
- z ostrożności podtrzymał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania go do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1

ustawy tj. wykazu wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat robót budowlanych odpowiadających swoim zakresem i wielkością przedmiotowi zamówienia tj. robót, o których mowa w pkt VIII. 1 a SIWZ, z podaniem ich wartości, przedmiotu, okresu realizacji i zamawiających (zał. Nr 3 do SIWZ) wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący stwierdził, że wybór oferty Przystępującego oraz wykluczenie Odwołującego z postępowania doprowadziły do sytuacji, w której utracił on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia mimo złożenia oferty korzystniejszej cenowo.

Powołując opisane w SIWZ warunki udziału w postępowaniu oraz żądane dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków (cz. VIII i IX SIWZ) Odwołujący wskazał, że złożył żądany wykaz wykonanych robót i załączył do niego dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych.

W pozycji 1 wykazu opisał wykonanie budynku mieszkalnego w Pszczynie o pow. użytkowej 2.614 m², wartości 3.600.000 zł, terminie realizacji 11.2007 – 12.2008, gdzie zamawiającym był TBS Pszczyna.

Do wykazu załączył referencje wystawione przez przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe CARBUD S.A. potwierdzające, że Odwołujący jako podwykonawca wystawcy referencji wykonał robotę budowlaną opisaną w wykazie.

W świetle przedstawionych dokumentów Odwołujący uznał za niezrozumiałe i sprzeczne z prawem twierdzenie Zamawiającego, jakoby nie wynikało z nich, że oferent wybudował jeden budynek mieszkalny o powierzchni co najmniej 2.500 m².

Odwołujący powołał treść referencji, gdzie stwierdzono, że: „Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe CONCRET spółka jawna z siedzibą w Tychach przy ul. Fabrycznej 10, jako nasz podwykonawca wykonał roboty przy budowie budynku mieszkalnego w Pszczynie przy ulicy Bielskiej.”

Stwierdził, że sformułowanie „wykonanie robót budowlanych oznacza wybudowanie budynku wskazanego w referencji i w wykazie. Odwołał się do innych fragmentów, gdzie stwierdzono, że „obiekt został zrealizowany należyście, zgodnie z projektem technicznym oraz oczekiwaniami zamawiającego, (...) Wzorowa organizacja pracy, połączona z fachową i zaangażowaną kadrą pozwoliła firmie „Concret” sp. j. na terminowe zakończenie prac. Wybudowany obiekt wraz z infrastrukturą towarzyszącą przeszedł pomyślnie odbiory końcowe.”

Wskazując na ciężar dowodu spoczywający na Zamawiającym stwierdził, że nie miał on podstaw podważać prawdziwości informacji podanych w wykazie. Wobec bezpodstawności czynności wykluczenia go z postępowania wskazał na brak podstaw uznania jego oferty za odrzuconą (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Uzasadniając podniesiony z ostrożności zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Odwołujący wskazał, że Zamawiający przed wykluczeniem go winien wezwać do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził powołując piśmiennictwo i orzecznictwo na obowiązek uprzedniego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, co wynika z zasady równego traktowania wykonawców unormowanej w art. 7 ustawy. W związku z powyższym Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu o braku podstaw do wzywania o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ustawy wobec złożenia dokumentów nie zawierających błędów. W ocenie Odwołującego, jeżeli Zamawiający uznaje, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku doświadczenia, powinny być traktowane jako niezłożone, a w konsekwencji Zamawiający powinien wezwać do ich uzupełnienia.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia oferty,,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów protestu i odwołania. Stwierdził w rozstrzygnięciu protestu, że referencje udzielone przez PPHU CARBUD S.A. wskazują, że Odwołujący wykonał prace przy budowie budynku mieszkalnego w Pszczynie jako podwykonawca. Zamawiający uznał, że sformułowanie zawarte w referencjach o wykonywaniu prac przy budowie budynku nie jest tożsame z warunkiem wybudowania co najmniej jednego budynku mieszkalnego o wymaganej powierzchni 2500 m², uznał zatem, że wykonawca nie spełnia wymagań stawianych w cz. VII pkt 1 a SIWZ. Zamawiający wskazał także, że nie miał podstaw wzywać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów, gdyż złożone dokumenty nie zawierały błędów.

W odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Wskazał na postanowienia SIWZ określające warunki udziału w postępowaniu oraz wymóg udokumentowania spełniania warunku udziału, jakim było wybudowanie budynku usługowo - biurowego o pow. użytkowej nie mniejszej niż 2500 m². Zamawiający wskazał na złożone referencje, z których wynika, że Odwołujący wykonał prace przy budowie budynku mieszkalnego jako podwykonawca. Zdaniem Zamawiającego wykonywanie prac przy budowie nie jest tożsame z warunkiem wybudowania budynku. W tej sytuacji uznając, że wykonawca nie spełnił stawianych wymagań, wykluczył go z postępowania.

Zamawiający odwołał się ponadto do informacji podanych na stronie internetowej Pszczyńskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o. o., z których wynika, że generalnym wykonawcą inwestycji budynków mieszkalno – użytkowych w Pszczynie przy ul.

Bielskiej było konsorcjum firm „Plater” sp. j. Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Pławecki Sylwester, Pławecki Leszek oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Carbud” S.A. Wśród podwykonawców konsorcjum zgłoszonych inwestorowi jako dodatkowi realizatorzy nie ma Odwołującego, zaś powierzchnia całkowita budynku, którego wykonawcą była firma „Carbud” S.A. wynosi – zgodnie z projektem – 2004 m². Zamawiający stwierdził, że Odwołujący mógł co najwyżej wykonać prace wykończeniowe jako podwykonawca podwykonawcy lub podwykonawca nie zgłoszony inwestorowi.

Wskazał na pismo inwestora Pszczyńskiego TBS sp. z o. o. z dnia 28.07.2009 r. z którego wynika, że inwestor ten nie potwierdza referencji złożonych przez Odwołującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego podzielił stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Powołując się na pismo Pszczyńskiego TBS z 28.07.2009 r. stwierdził, że Odwołujący nie był wykonawcą ani podwykonawcą wskazanej inwestycji, a ponadto wskazany budynek ma powierzchnię 2004 m², a zatem poniżej minimum wymaganego przez Zamawiającego. Przystępujący wskazał, że Zamawiający wymagał wykazania się wybudowaniem co najmniej dwóch budynków mieszkalnych o pow. użytkowej nie mniejszej niż 2.500 m² lub jednego budynku mieszkalnego o takiej powierzchni i jednego budynku usługowo – biurowego o pow. nie mniejszej niż 2.500 m². Gdyby nawet przyjąć, że Odwołujący wykazał się wybudowaniem jednego budynku mieszkalnego o wymaganej powierzchni, co wynikałoby z wykazu i złożonych referencji, to, jak stwierdził Przystępujący, Odwołujący nie wykazał się wybudowaniem drugiego budynku o wymaganej minimalnej powierzchni użytkowej.

Przystępujący stwierdził, że Zamawiający nie miał w tej sytuacji podstaw do żądania uzupełnienia dokumentów, skoro sam Odwołujący nie wymienił wymaganych robót w złożonym wykazie, a wzywaniu wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów dotyczy dokumentów przedłożonych. Przystępujący uznał, że Zamawiający prawidłowo zastosował art. 26 ust. 3 ustawy tj. w pierwszej kolejności wykluczył Odwołującego z postępowania, a następnie odrzucił jego ofertę.

Z powołanego wyżej pisma PTBS sp. z o. o. Przystępujący wnioskuje również, że Odwołujący składając oświadczenie o wybudowaniu budynku o pow. 2614 m² podał nieprawdziwe informacje. Wskazał w związku z tym na przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie oraz na rozprawie, a także biorąc pod uwagę stan sprawy ustalony na podstawie dokumentacji postępowania ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem sporu jest ocena zasadności czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na brak dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału określonych w postanowieniach SIWZ oraz zaniechanie przez Zamawiającego czynności, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wynika z treści cz. VIII 1. a SIWZ o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w zakresie warunku będącego przedmiotem rozpoznania, wykonali dwa zamówienia o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Za zamówienie odpowiadające zamówieniu przedmiotowemu, wskazana została budowa budynku mieszkalnego (co najmniej jednego), a także budowa budynku usługowo – biurowego, „o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 2.500 m² każde’.

Przywołana treść postanowienia SIWZ oznacza w ocenie Izby, iż wśród wymaganych w celu wykazania posiadanego doświadczenia w realizacji budów, konieczne było przedstawienie wybudowania co najmniej jednego budynku mieszkalnego o określonych parametrach.

Jak wynika z treści złożonej przez Odwołującego oferty wraz załącznikami, na potwierdzenie opisanego wyżej wymogu złożył on wykaz, w którym w pozycji lp. 1 opisał wykonanie budynku mieszkalnego w Pszczynie o pow. użytkowej 2.614 m², wartości 3.600.000 zł, terminie realizacji 11.2007 – 12.2008, gdzie zamawiającym był TBS Pszczyna.

Do wykazu załączył referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe CARBUD S.A. potwierdzające, że Odwołujący jako podwykonawca wystawcy referencji wykonał roboty przy budowie budynku mieszkalnego opisanego w wykazie.

W ocenie składu orzekającego Izby sformułowanie o wykonywaniu robót przy budowie może budzić wątpliwości, czy istotnie ten wykonawca wybudował w całości obiekt budowlany. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego. Kolejną okolicznością mającą znaczenie przy ocenie wymaganego doświadczenia Odwołującego są informacje zawarte w piśmie Pszczyńskiego TBS z dnia 28 lipca 2009 r., wskazanego jako podmiot zamawiający w poz. 1 powołanego wyżej wykazu robót. W piśmie tym zawarta jest istotna z punktu widzenia oceny oferty informacja, że powierzchnia budynku mieszkalnego wybudowanego przez wystawcę referencji jest niższa od wymaganego minimum wskazanego w SIWZ.

W ocenie składu orzekającego, uwzględniając ustalone okoliczności, uzasadnione jest stwierdzenie, że spełnienie spornego między stronami warunku udziału nie zostało bezspornie potwierdzone złożonymi dokumentami przez Odwołującego.

W tak ustalonym stanie faktycznym należy stwierdzić, że Zamawiający nie miał jednak podstaw dokonać czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na tym etapie postępowania, zwłaszcza że nie była mu znana treść pisma inwestora Pszczyńskiego TBS.

W sytuacji, gdy Zamawiający dokonując badania ofert ustala, że złożone oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy nie potwierdzają spełniania warunków

udziału w postępowaniu przez wykonawcę, jest on zobowiązany do zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Dopiero bezskuteczność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pozwala na uznanie, że w sprawie zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, na co wskazuje końcowy fragment tego przepisu: „z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3”.

Należy również wskazać, że w toku badania ofert Zamawiający powinien, w razie wątpliwości, wzywać do składania wyjaśnień dotyczących otrzymanych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stosownie do przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie dokonał czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów ani złożenia wyjaśnień, w związku z czym Izba uznając czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania za nieuzasadnioną, uwzględniła odwołanie, orzekając jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 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.), uznał za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia jego pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....