

Sygn. akt: KIO 876/10

WYROK
z dnia 31 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Piotra Kwiatkowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Ogólnobudowlana „IZO - BUD”, 62-070 Dopiewo, ul. Ogrodowa 45** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Pilski, reprezentowany przez Zarząd Powiatu w Pile, Al. Niepodległości 33/35, 64-920 Piła,**

przy udziale wykonawcy **THERMBAU Polska Sp. z o.o. Sp. k., ul. Walki Młodych 78A, 64-920 Piła,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Piotra Kwiatkowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Ogólnobudowlana „IZO - BUD”, 62-070 Dopiewo, ul. Ogrodowa 45**

i nakazuje:

zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonego przez **Piotra Kwiatkowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Ogólnobudowlana „IZO - BUD”, 62-070 Dopiewo, ul. Ogrodowa 45** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Poznaniu**.

Skład orzekający Izby:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na termomodernizację obiektów użyteczności publicznej w powiecie pilskim, ogłoszonym w BZP z dnia 07.05 2010 r. (112701-2010) wykonawca - Piotr Kwiatkowski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Ogólnobudowlana „IZO - BUD” (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego - Powiatu Pilskiego, polegającej na żądaniu załączenia do oferty nieuprawnionych dokumentów mających potwierdzić spełnianie warunków podmiotowych.

Odwołujący zażądał nakazania zamawiającemu zmodyfikowania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), opierając swoje zarzuty na art. 22 ust. 1, art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), a także § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że w pkt. 3.4.2. SIWZ zawarty został opis wymagań wobec materiałów zastosowanych do realizacji zamówienia o treści:

„Wykonawca zobowiązany jest załączyć do dokumentów oferty oświadczenie producenta systemu o spełnianiu powyższych parametrów oraz potwierdzenie, że Wykonawca składający ofertą wykonał w danym systemie ocieplenia w ilości minimum 5000 m²”.

Podał nadto, że oświadczenie takie zostało także wymienione w pkt. 7.17., pośród dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu.

Podniósł, że żądane oświadczenie producenta materiałów ma za zadanie potwierdzić, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia oraz, że spełnianie warunków udziału może być potwierdzane wyłącznie za pomocą dokumentów, określonych w w/w rozporządzeniu i wyłącznie dokumentów w nim wymienionych może żądać zamawiający od wykonawców. Zdaniem odwołującego oświadczenie producenta, którego domaga się zamawiający, nie mieści się w zamkniętym katalogu dokumentów, przez co żądanie jest nieuprawnione.

Podkreślił, że producent systemów dociepleniowych może nie posiadać wiedzy w zakresie robót zrealizowanych przez wykonawcę, a więc nie będzie mógł ich potwierdzić, a nadto, że może odmówić wystawienia tego typu oświadczenia, wobec czego wykonawca pozostałby bezsilny wobec stawianych wymagań.

Odwołujący wskazał, że jedynym dokumentem, jakiego zamawiający może żądać na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia jest wykaz zrealizowanych robót budowlanych, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 w/w rozporządzenia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca - THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. Sp. k., wskazując, że zamawiający jasno i trafnie określił, jaki dokument wymaga i co ma potwierdzić

Zdaniem przystępującego, wykonawcy, którzy posiadają autoryzację producenta danego wybranego do wyceny systemu bez problemu uzyskają oświadczenie, gdyż przy takiej ilości wykonanych elewacji każdy producent posiada wiedzę ile, gdzie i przez jakiego wykonawcę prace zostały zrealizowane.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. ogłoszenia o zamówieniu z dnia 07.05.2010 r. (BZP 112701-2010),
2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 05.05.2010 r.,
3. odwołania z dnia 11.05.2010 r.,
4. wyjaśnień zamawiającego z dnia 12.05.2010 r. (pismo znak: WAI.I.3432/12/2010),
5. ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z dnia 13.05.2010 r. (BZP 122745-2010),
6. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Thermbau Polska Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 13.05.2010 r.,
7. pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 14.05.2010 r.

Izba dokonała następujących, istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania ustaleń:

1. odwołujący jako niezgodną z przepisami ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) wskazał część postanowienia pkt 3.4.2.

SIWZ w brzmieniu: „Wykonawca zobowiązany jest załączyć do dokumentów oferty oświadczenie producenta systemu o spełnianiu powyższych parametrów oraz potwierdzenie, że Wykonawca składający ofertę wykonał w danym systemie ocieplenia w ilości minimum 5000 m²”, zamieszczonego w punkcie zatytułowanym: „Wymogi Zamawiającego dotyczące zastosowanych materiałów budowlanych”, odnoszącym się do systemu ocieplenia,

2. pismem z dnia 12.05.2010 r., stanowiącym wyjaśnienie treści SIWZ (odpowiedzi na pytania) zamawiający dokonał jednocześnie zmiany pkt 3.4.2. SIWZ, któremu - w części kwestionowanej przez odwołującego - nadał brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest załączyć do dokumentów oferty oświadczenie producenta systemu o spełnianiu powyższych parametrów oraz załączyć kserokopię dokumentu potwierdzającego, że wykonawca posiada status autoryzowanego wykonawcy danego systemu”,
3. w BZP z dnia 13.05.2010 r. zamawiający dokonał zmian odpowiednich fragmentów ogłoszenia, wynikających z modyfikacji SIWZ,
4. z pisma z dnia 14.05.2010 r., skierowanego do zamawiającego wynika, że odwołujący zapoznał się z treścią pytań i odpowiedzi, zamieszczonych przez zamawiającego na swojej stronie internetowej w dniu 13.05.2010 r., w tym z dokonaną przez zamawiającego modyfikacją pkt 3.4.2. SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby formułując pierwotne brzmienie pkt. 3.4.2. SIWZ zamawiający naruszył obowiązujące przepisy o zamówieniach publicznych, ponieważ - co trafnie podnosił odwołujący - dokumentem, jakiego wolno żądać zamawiającemu w celu wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w przypadku robót budowlanych jest wykaz takich robót, sporządzony przez samego wykonawcę, ewentualnie uzupełniony o dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, pochodzący od innego podmiotu w szczególności zlecniodawcy zamówienia. Żądanie przedłożenia dokumentu pochodzącego od producenta systemu ocieplenia nie może być w żadnej mierze uznane za dokument wykazu pochodzący od wykonawcy.

Bez wątplenia także żądanie potwierdzenia, poprzez oświadczenie producenta systemu ocieplenia, że wykonawca wykonał w danym systemie ocieplenia w ilości minimum 5000 m² zawiera informacje o doświadczeniu takiego wykonawcy, a zatem jest elementem wymogu legitymowania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem. Skład orzekający Izby za nieistotną uznał kwestię technicznego zamieszczenia sformułowanego wymogu, tj. w części odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia, przyznając pierwszeństwo treści samego wymogu.

Uwzględniając jednak wszystkie powyższe ustalenia skład orzekający Izby doszedł do wniosku, iż w dniu rozprawy i rozstrzygnięcia sporu kwestionowane przez odwołującego brzmienie postanowienia pkt 3.4.2. SIWZ nie stanowi treści SIWZ, zostało bowiem w dniu 13.05.2010 r. zastąpione inną treścią (modyfikacja SIWZ). To zaś oznacza, że postanowienie pkt 3.4.2. w pierwotnym brzmieniu SIWZ nie może mieć żadnego wpływu na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji nie pozwala składowi orzekającemu Izby na uwzględnienie odwołania, niezależnie od stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego obowiązujących przepisów o zamówieniach publicznych. Zgodnie bowiem z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu nie doszło jeszcze do wyboru oferty najkorzystniejszej (brak wyniku postępowania, prowadzącego do zawarcia umowy) przepis art. 192 ust. 2 w części: „miał wpływ na wynik postępowania” nie znajduje w przedmiotowym stanie faktycznym zastosowania.

W piśmie z dnia 14.05.2010 r. odwołujący podniósł, że również zmodyfikowana treść SIWZ pozostaje w sprzeczności z przepisami, w szczególności w/w rozporządzenia wykonawczego do ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie może jednak rozpoznać w ramach odwołania z dnia 11.05.2010 r. zarzutu odwołującego, który odnosi się do nowego brzmienia pkt 3.4.2. SIWZ, ponieważ jest ono wynikiem nowej czynności zamawiającego, tj. modyfikacji SIWZ z dnia 13.05.2010 r., nie zaś pierwotnie zakwestionowanej czynności, tj. czynności sporządzenia treści SIWZ zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 07.05.2010 r.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (a contrario) Izba może zaś rozpoznawać wyłącznie te zarzuty odwołania, które zostały objęte odwołaniem.

Zwrócić należy także uwagę na fakt, że rozpoznanie nowych zarzutów w ramach tego odwołania pozbawiłoby innych wykonawców prawa do przystąpienia do postępowania odwoławczego, ponieważ zamawiający wzywał już wykonawców w tym postępowaniu do takiego udziału. Brak bowiem w ustawie Pzp możliwości ponownego, „uzupełniającego” niejako wzywania wykonawców przez zamawiającego do przystąpienia do postępowania odwoławczego w następstwie pojawienia się nowych zarzutów w stosunku do pierwotnego zakresu odwołania.

Wobec powyższego na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Skład orzekający Izby:

.....