

Sygn. akt: KIO 1028/15

WYROK

z dnia 11 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 i 10 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 r. przez wykonawcę **EMBIT Sp. z o.o. z siedzibą w Kamyku, ul. Zagłoby 41, 42-125 Kamyk** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę EMBIT Sp. z o.o. z siedzibą w Kamyku, ul. Zagłoby 41, 42-125 Kamyk i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EMBIT Sp. z o.o. z siedzibą w Kamyku, ul. Zagłoby 41, 42-125 Kamyk** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

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

Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę ulicy Poniatowskiego w Częstochowie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 kwietnia 2015 r., poz. 81100.

W dniu 12 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę EMBIT Sp. z o.o. z siedzibą w Kamyku, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty, wskazując, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Pomimo odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień/uzupełnień z przedstawionego dokumentu nie wynika, że spełniono żądany warunek z punktu 6.2.2. SIWZ oraz dokument z punktu 7.1.4. SIWZ, tj. wykaz usług – z uzupełnionego poświadczenia – brak jest informacji potwierdzających, że roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W dniu 18 maja 2015 r. (pismem z dnia 14 maja 2015 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 15 maja 2015 r.) od czynności zamawiającego polegających na:

1. wykluczeniu wykonawcy z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie udzielenia przez zamawiającego zamówienia co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy
2. odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp
3. wyborze oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty a w konsekwencji przyjęcie, że wykonawca nie udowodnił, składając protokół odbioru końcowego oraz poświadczenie faktu, iż roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania, pomimo braku

podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności oraz bez przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności

3. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty wykonawcy za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności oraz bez przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności
6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą
7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, mimo że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wykazał spełnienie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia
8. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy
2. unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu jako oferty najkorzystniejszej
3. dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy
4. obciążenie kosztami postępowania zamawiającego na rzecz wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedstawił wraz z ofertą protokół odbioru końcowego (ostatecznego) robót drogowych z dnia 22 grudnia 2014 r. Pismem z dnia 6 maja 2015 r. zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień, podnosząc, iż z protokołu odbioru końcowego (ostatecznego) nie wynika, że roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone. Tymczasem odbiór inwestycji

budowlanej protokołem stanowi skwitowanie przez inwestora spełnienia świadczenia wykonawcy - z datą dokonania odbioru (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r. (II CKN 28/97)). Tak więc, dokonując odbioru, zamawiający przyjmuje, „kwituje” świadczenie, uznając, że jest ono wykonane zgodnie z umową i zwalnia wykonawcę z wykonania świadczenia.

Zamawiający nie wyjaśnił przy tym, z czego konkretnie, tj. z jakich stwierdzeń zawartych odpowiednio w dołączonym poświadczeniu i protokole końcowego odbioru robót rzekomo wynika, iż ww. roboty nie zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną oraz prawidłowo ukończone. Protokół odbioru końcowego robót drogowych został załączony do oferty. Z protokołu tego wynika, iż termin umowy został dotrzymany, jakość robót jest dobra, droga została odebrana przez komisję bez uwag, wynik wszystkich prób technicznych i badań jest pozytywny. Protokół odbioru końcowego potwierdza, że wykonawca wykonał szeroki zakres prac drogowych w różnych obszarach, bez wątpienia łącznie obejmujących wymagane w SIWZ doświadczenie. Powyższym informacjom w żaden sposób nie zaprzeczają załączone do oferty dokumenty, w szczególności nie wynika z nich, że wykonawca nienależycie wykonał roboty i ich nie ukończył. Dlatego też wykonawca przypuszcza, że rzeczywistą podstawą zanegowania jego doświadczenia przez zamawiającego jest niewyrażone w SIWZ oczekiwanie zamawiającego, iż dokumenty załączone do Wykazu wykonanych dostaw i robót budowlanych będą literalnie w swojej treści stwierdzać, że prace zostały ukończone zgodnie z sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone. Bezprawne jest oczekiwanie, aby przedłożone przez wykonawcę dokumenty podawały w swojej treści szczegółowo i dokładnie to jedno stwierdzenie, którego wymaga zamawiający.

Wykonawca w celu udowodnienia, że roboty budowlane wykonane zostały w sposób wymagany przez zamawiającego, może bowiem przedstawić listy referencyjne, a także: faktury czy protokoły odbioru, z których jednoznacznie wynika, że roboty zostały zrealizowane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone.

Odwołujący nadto podniósł, że zamawiający, wykluczając wykonawcę z postępowania powinien go o tym zawiadomić, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Tymczasem zamawiający podał uzasadnienie prawne dla wykluczenia go z postępowania, natomiast uzasadnienie faktyczne jest tak zdawkowe, że zmusza go do zgadywania jakie konkretnie okoliczności skłoniły zamawiającego do wykluczenia go z postępowania. Z tego też względu - braku jakiegokolwiek uzasadnienia dla stwierdzeń zamawiającego - wykonawca nie jest w stanie odnieść się do nich szerzej w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 6 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt 6.2.3.podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek wiedzy i doświadczenia i w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali (zakończyli) przynajmniej dwa zadania o wartości minimum: 1 500 000,00 PLN brutto każde w zakresie budowy lub przebudowy drogi wraz z odwodnieniem. Zamawiający dopuszcza wykazanie wykonania robót budowlanych w maksymalnie dwóch częściach, tj. osobno na budowę lub przebudowę drogi, osobno na odwodnienie o łącznej wartości jednego zadania minimum 1 500 000,00 PLN brutto.

Na potwierdzenie powyższego, żądając złożenia – zgodnie z rozdziałem 7 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz innych wymaganych dokumentów”, pkt 7.1.4.- wykazu robót budowlanych oraz załączając dowody dotyczące najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący w załączeniu złożył wykaz robót budowlanych, w którym wyspecyfikował dwie roboty, w tym w pozycji pierwszej robotę wykonaną na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach, załączając protokół odbioru końcowego (ostatecznego) robót drogowych z dnia 22 grudnia 2014 r.

Zamawiający, pismem z dnia 6 maja 2015 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do wyjaśnienia/uzupełnienia dotyczącego treści złożonej oferty, wskazując, że nie spełniono warunku i dokumentu: Wykaz robót budowlanych, gdyż wykonawca załączył do oferty protokół odbioru końcowego, z którego nie wynika, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wobec poprosił o wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów w tym zakresie.

Odpowiadając na powyższe odwołujący złożył poświadczenie z dnia 5 lutego 2015 r. wystawione przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. I w tym postępowaniu złożenia takich właśnie dokumentów zażądał zamawiający. Wykonawca, co jest bezsporne, złożył wraz z ofertą protokół odbioru końcowego (ostatecznego) robót drogowych z dnia 22 grudnia 2014 r. Dokument taki może być dokumentem składanym na potwierdzenie, że dane roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Z dokumentu złożonego przez odwołującego wynika, że „komisja postanowiła uznać drogę za wykonaną zgodnie z Dokumentacją Projektową. Komisja odbiera drogę bez uwag”. Niemniej jednak wynika z niego także, że „komisja postanowiła dokonać potrącenia w kwocie (...) za niedostateczną równość podłużną IRI w przedziale 1.2.”. Oznacza to więc, jak słusznie podniósł zamawiający, że robota nie została wykonana zgodnie ze sztuką budowlaną, gdyż mimo jej odbioru i oddania do użytku nie odpowiada parametrom, we wskazanym w protokole zakresie, określonym w rozporządzeniu z dnia 2 marca 1999 r. Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej „Warunki techniczne jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie” (Dz. U. z 1999 r. nr 43 poz. 430 ze zm.). Powyższe potwierdza także poświadczenie z dnia 5 lutego 2015 r. wystawione przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, w treści którego wskazano, że „w trakcie realizacji zadania Wykonawca wymagał wzmożonego nadzoru aby zadanie realizowane było zgodnie z zawartą umową, a w szczególności z zatwierdzonym harmonogramem oraz Wytycznymi Technicznymi. W trakcie prowadzonych prac ujawniono

materiały niezgodne z zatwierdzonymi specyfikacjami”, co również potwierdza nieprawidłowość wykonania tej roboty.

Zamawiający ma prawo do weryfikacji treści dokumentów złożonych przez wykonawcę. I w tym przypadku dokonał oceny merytorycznej treści dokumentów złożonych przez wykonawcę, tj. protokołu odbioru końcowego (ostatecznego) robót drogowych z dnia 22 grudnia 2014 r. oraz uzupełnionego w wyniku wezwania do jego uzupełnienia poświadczenie z dnia 5 lutego 2015 r. wystawionego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach. Treść tych dokumentów nie musi zawierać sformułowania, że „roboty wykazane w wykazie wykonanych robót budowlanych zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Wystarczy, że na podstawie treści złożonych dokumentów możliwym jest uznanie, że „roboty wykazane w wykazie wykonanych robót budowlanych zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Tymczasem z treści dokumentów złożonych przez odwołującego takich okoliczności nie da się wywieść. Istotnie zawierają one szereg istotnych informacji. Niemniej jednak fakt odebrania roboty nie potwierdza jeszcze, że została ona wykonana w sposób należyty, jak bowiem wynika ze złożonych dokumentów, roboty odebrano mimo istnienia usterek, z uwagi na które dokonano potrącenia wynagrodzenia. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: