

Sygn. akt: KIO/UZP 43/07

WYROK/POSTANOWIENIE^z
z dnia 11 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Barbara Bettman

Protokolant: Kinga Midzio

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach^z..... 09 stycznia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Marek Piotrowicz F. W. „ Polcourt”, ul. Floriańska 11, 09-500 Gostynin od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Miasto st. Warszawa Dzielnica Praga Północ, ul. ks. I. Kłopotowskiego 15, 00-987 Warszawa protestu / protestów^z z dnia 21.11.2007r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa. - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża . Miasto st. Warszawa Dzielnica Praga Północ, ul. ks. I. Kłopotowskiego 15, 00-987

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064.zł,00gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złotych) z kwoty wpisu uiszczanego przez . Miasto st. Warszawa Dzielnica Praga Północ, ul. ks. I. Kłopotowskiego 15, 00-987 Warszawa,
- 2) dokonać wpłaty kwoty .xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez . Miasto st. Warszawa Dzielnica Praga Północ, ul. ks. I. Kłopotowskiego 15, 00-987 .Warszawa. na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych.) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Miasto st. Warszawa Dzielnica Praga Północ, ul. ks. I. Kłopotowskiego 15, 00-987 Warszawa

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

Zamawiający - Urząd Miasta Stołecznego Warszawy dla dzielnicy Praga Północ prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację boisk sportowych z budową zaplecza socjalno-technicznego przy ul. Kawęczyńskiej 44 w Warszawie.

Pismem z dnia 15 listopada 2007 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. (dalej: TAMEX) oraz jednocześnie o wykluczeniu z postępowania firmy Marek Piotrowicz F.W. Polcourt. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wskazał, iż wykonawca nie spełnia warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, co Zamawiający wywiódł z wykazu wykonanych robót budowlanych, referencji załączonych do

oferty oraz dokumentów złożonych przez Wykonawcę po wezwaniu przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655).

W dniu 21 listopada 2007 roku Wykonawca złożył protest podnosząc zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przy dokonywaniu tych czynności:

- art. 24 ust 1 pkt 10 ustawy przez niesłuszne wykluczenie protestującego z postępowania;
- art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy przez dokonanie wyboru oferty o „nie najkorzystniejszym kryterium oceny ofert”;
- art. 8 ustawy w związku z nie odtajnieniem oferty złożonej przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

Dodatkowo Protestujący podniósł, iż dokonane przez TAMEX zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z zasadą jawności postępowania oraz z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.) oraz uniemożliwia mu ocenę prawidłowości oferty TAMEX.

Powołując się na uszczerbek w swoim interesie prawnym Protestujący wnosił o przywrócenie swojej oferty do postępowania, powtórzenie czynności oceny ofert, dokonanie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej.

W dniu 23 listopada 2007 roku do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpił TAMEX.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 3 grudnia 2007 roku (bez zachowania terminu określonego w art. 183 ust. 1 in fine ustawy) oddalając go.

W dniu 6 grudnia 2007 roku z zachowaniem ustawowego terminu zostało wniesione odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym powtórzone zostały zarzuty i żądania jak w proteście.

W dniu 18 grudnia 2007 roku do postępowania odwoławczego powołując się na swój interes prawny (wybór złożonej przez niego oferty) przystąpił TAMEX.

W oparciu o dokumentację postępowania, oryginały ofert i oświadczenia stron złożone na rozprawie w dniu 9 stycznia 2007 roku Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje:

W pkt III.2). ogłoszenia o zamówieniu (opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 września 2007 roku pod numerem 174742-2007) oraz w części III. ust. 1 pkt 2) SIWZ (dostępnej na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem www.praga-pn.waw.pl.) Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy udokumentują, że w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali:

1. co najmniej trzy roboty budowlane mające w swoim zakresie roboty konstrukcyjno-budowlane i instalacyjne (elektryczne i sanitarne) za kwotę nie mniejszą niż 750.000 zł brutto każda lub równoważnie 1 robota o wartości 3.500.000 zł brutto oraz przedstawią dokumenty od poprzednich zamawiających potwierdzające należyte wykonanie robót. W dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie zamówienia ujętego w wykazie winien znaleźć się zakres robót i terminy wykonania, jako potwierdzenie, że przedstawiony dokument dotyczy konkretnej pozycji z wykazu

2. co najmniej jedno pełnowymiarowe boisko (wymiary 100m x 64 m) z nawierzchnią ze sztucznej trawy (wraz z odwodnieniem) spełniającej wymogi Polskiego Związku Piłki Nożnej.

Posiadanie przez Odwołującego doświadczenia w zakresie określonym w pkt 2 nie jest kwestionowane.

Przedmiotem sporu jest okoliczność, czy Odwołujący wykazał doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w części III. ust. 1 pkt 2)1. SIWZ.

Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2, iż posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.. Na jego potwierdzenie wraz z ofertą oraz uzupełniając złożone dokumenty pismem z dnia 12 listopada 2007 roku przedstawił wykaz robót obejmujący m.in.:

1. „Budowę hali sportowej wraz załącznikiem przy Szkole Podstawowej w Górze Św. Małgorzaty”;
2. „Wykonanie drugiego etapu budowy Sali gimnastycznej przy Zespole Szkół Integracyjnych Nr 5 w Warszawie ul. Bartosika 5”;
3. „Modernizacja Centralnego Ośrodka Szkoleniowego TKKF w Sierakowie Wlkp.”;
4. „Wykonanie prac budowlanych, sanitarnych i elektrycznych przy budowie szkoły przy ul Felińskiego w Warszawie” ;
5. Wykonanie kompleksu do hokeja na trawie o nawierzchni typu sztuczna trawa w Siemianowicach Śląskich”.

oraz dokumenty potwierdzające ich wykonanie.

Zamawiający przeprowadził weryfikację złożonych dokumentów i uznał, że z ich treści nie można wywieść posiadania przez Odwołującego doświadczenia w zakresie wymaganym SIWZ. Podstawą do ich zakwestionowania był fakt ich pochodzenia od podmiotu, który nie

mógł poświadczyć należytego wykonania robót przez Odwołującego bądź okoliczność, iż nie potwierdzają wykonania prac odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone przez Izbę nie wykazało, iż Odwołujący nie posiada doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia. Szczegółowa analiza stanu sprawy nie potwierdziła wszystkich okoliczności, które były podstawą decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

W szczególności nie potwierdziły się zarzuty w odniesieniu do „Wykonania kompleksu do hokeja na trawie o nawierzchni typu sztuczna trawa w Siemianowicach Śląskich”.

W dokumencie wystawionym w dniu 19 maja 2006 roku przez Zastępcę Prezydenta Miasta Siemianowice Śląskie wyszczególnione zostały następujące elementy wchodzące w skład robót budowlanych:

- kompleksowe wykonanie boiska do hokeja na trawie o nawierzchni typu „sztuczna trawa” o pow. 6014 mkw (podbudowa, drenaż);*
- wykonanie chodników, dróg dojazdowych;*
- terenów zielonych wokół boiska;*
- wykonanie łapaczy piłek;*
- stanowiska sędziów i zawodników;*
- wykonanie ogrodzenia boiska oraz terenu wokół boiska;*
- wykonanie trybun.*

W zakresie Wykonawcy leżało również wykonanie sieci elektrycznej i wodno-kanalizacyjnej o wartości ponad 900.000zł.

Wartość robót całego zadania wynosiła 5.086.000 zł brutto.

Dokument zawierał stwierdzenie, że Wykonawca wywiązał się powierzonych zadań rzetelnie i terminowo.

Wobec tych sformułowań Zamawiający podniósł zarzut, iż wartość robót instalacyjnych w zakresie wykonania sieci elektrycznej i wodno-kanalizacyjnej oraz wartość robót konstrukcyjno-budowlanych nie wynosiła 3.500.000zł brutto.

Izba stwierdza, iż takie stanowisko Zamawiającego nie znajduje oparcia w treści SIWZ. Zamawiający w części III. ust. 1 pkt 2)1. SIWZ nie zastrzegł, iż wymagana przez niego wartość robót budowlanych ma odnosić się jedynie do prac o charakterze konstrukcyjno-budowlanym lub instalacyjnym. Co więcej stwierdził iż prace te mają się mieścić „w zakresie” prezentowanych robót budowlanych.

W tak sformułowanym postanowieniu SIWZ argumentacja przedstawiona na rozprawie przez Zamawiającego, iż warunek przez niego postawiony będzie spełniony, gdy łącznie wystąpią trzy przesłanki; t.j. wykonanie robót budowlano-konstrukcyjnych, wykonanie prac instalacyjnych (elektrycznych i sanitarnych), wartość prac nie mniejsza niż 3.500.000 zł (lub

750.000 zł, gdy wykonawca udokumentuje trzy roboty o tej wartości) nie może się ostać. Nie jest uprawniona interpretacja zapisów SIWZ, która nie znajduje wystarczającego oparcia w jej treści.

Nie potwierdziło się również stanowisko Zamawiającego, że przedmiot zamówienia nie obejmował prac o charakterze konstrukcyjno-budowlanym.

Cytowane wyżej post. SIWZ nie wskazuje szczegółowo, jaki rodzaj prac o charakterze konstrukcyjno-budowlanym jest wymagany przez Zamawiającego.

Braku możliwości uznania budowy trybun z uwagi na fakt, iż zostały one wykonane z prefabrykatów i w związku z tym ich wykonanie nie jest pracą o charakterze konstrukcyjno-budowlanym nie można wywieść z informacji uzyskanych przez Zamawiającego (pismo z dnia 13 listopada 2007 roku znak IM.IM-0719/28/07 podpisanego przez Naczelnika Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta Siemianowice Śląskie). Ponadto na rozprawie Zamawiający oświadczył, iż trybuna żelbetowa jest konstrukcją oraz, że w jego ocenie, budowa boiska w Siemianowicach Śląskich wymagała sporządzenia dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę. .

Nie może się również ostać pogląd, zgłoszony przez Zamawiającego na rozprawie, że wykazane przez Odwołującego wykonanie sieci nie potwierdza doświadczenia w zakresie wymaganym zamówieniem tzn. wykonania instalacji wodociągowo-kanalizacyjnych.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605) stanowi w par. 1 ust. 2 pkt 1), iż roboty budowlane wskazane w dokumencie poświadczającym ich wykonanie mają odpowiadać swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Izba stwierdziła, że znajdujący się w dokumentacji postępowania kosztorys inwestorski przyłącza wodociągowego nie odnosi się wyłącznie do instalacji wodociągowo-kanalizacyjnej ale zawiera pozycje odnoszące się również do sieci. m.in. str. 4 poz. 1.2.14, str.6 poz.2.2.8, str. 6 poz. 2.2.9, 2.2.10. Zamawiający oświadczył również na rozprawie, iż „w skład zamówienia wchodzi sieci zewnętrzne i instalacje”.

Zatem przedstawiony na rozprawie wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 czerwca 2006 roku sygn. Akt UZP/ZO/0-1605/06, którego uzasadnienie zawiera stwierdzenie, że pojęcia „sieć” i „instalacja” mają różne znaczenie prawne nie może być uznany za dowód w sprawie. Inne były okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności inne były warunki udziału w postępowaniu.

Pogląd, iż z treści dokumentu dotyczącego inwestycji w Siemianowicach Śląskich można wywieść posiadanie przez Odwołującego doświadczenia w zakresie opisanym w SIWZ znajduje oparcie również w art. 14 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 roku, Nr 156, poz. 118 ze zm.), który stanowi, iż uprawnienia budowlane są udzielane m.in. w specjalnościach konstrukcyjno-budowlanej oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Ustawodawca nie przewiduje udzielania uprawnień wyłącznie budowlanych ani też odrębnych do sieci i odrębnych do instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych.

Dodatkowo Izba wskazuje, że przepisy nie statuują wymagań formalnych, jakie powinny spełniać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia (referencje), w szczególności nie jest wymagane dla ich ważności szczegółowe wskazanie zakresu objętych nimi prac. Z uwagi na powyższe oraz fakt, iż są wystawiane do 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania ich interpretacja przez Zamawiającego powinna być dokonywana z uwzględnieniem, iż udzielanie zamówień publicznych powinno następować w warunkach jak najszybszej konkurencji.

Porównując treść referencji złożonych przez obu wykonawców Izba stwierdza, że ich treść jest pojęciowo zbliżona. W dokumentacji postępowania nie znajduje się dowód, by Zamawiający poddał badaniu pod względem zgodności ze stanem faktycznym i szczegółowej analizie w sposób analogiczny do dokumentów złożonych przez Odwołującego dokumenty złożone przez Przystępującego.

W tak ustalonym stanie sprawy Izba uznała, że prace-konstrukcyjno budowlane oraz dotyczące sieci wodociągowo-kanalizacyjnej wykazane w dokumencie potwierdzającym Wykonanie kompleksu do hokeja na trawie o nawierzchni typu sztuczna trawa w Siemianowicach Śląskich odnoszą się rodzajowo do przedmiotu zamówienia i potwierdzają spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Mając na względzie powyższe ustalenia Izba stwierdza, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 8 ustawy w związku z nie odtajnieniem oferty złożonej przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. nie potwierdził się. Na stronie 33 oferty TAMEX znajduje się informacja, że utajnia on następujące dokumenty ze swojej oferty:

- 1. wykaz podwykonawców zał. Nr 16,*
- 2. wykaz robót wg zał. Nr 19 wraz z referencjami,*
- 3. wykaz osób wg zał. Nr 20 wraz z uprawnieniami i zaświadczeniami OIIB,*

4. opinię bankową,
5. polisę ubezpieczeniową,
6. kosztorysy ofertowe.

Izba stwierdziła na rozprawie, iż oferta złożona przez TAMEX nie zawiera wydzielonych zastrzeżonych informacji i jest jawna.

Odwołujący podniósł na rozprawie, iż przez swoje działania Zamawiający uniemożliwił mu zapoznanie się z ofertą TAMEX do dnia złożenia protestu i tym samym uniemożliwił mu podniesienie zarzutów w stosunku do niej. Powołując się na powyższe złożył alternatywny wniosek o unieważnienie postępowania przez Izbę na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał niemożliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo ewentualnego wpływu naruszenia przepisu ustawy na wynik postępowania co uzasadniałoby unieważnienie postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy. Między tymi przesłankami ustawowymi powinien istnieć normalny, adekwatny związek przyczynowy, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo i doktryna.

Interes prawny Odwołującego w niniejszym postępowaniu doznał ochrony przez uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 naruszenia ustawy.

W tak ustalonym stanie rzeczy należało orzec jak w sentencji.

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

Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie przedłożonego rachunku, przyznano kwotę 3000.00 zł stosownie do par. 4 ust. 1 pkt 2b 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)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego
W

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*