

Sygn. akt: KIO/UZP 479 /08

**WYROK**  
**z dnia 2 czerwca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Stanisław Sadowy

**Członkowie:** Anna Packo  
Małgorzata Rakowska

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 czerwca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZAB-BUD ul. Nowosielecka 14a/3, 00-466 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Melioracji i Użytków Zielonych Al. Hrabka 3, 05-090 Raszyn** protestu z dnia **30 kwietnia 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert**

**2. kosztami postępowania obciąża Instytut Melioracji i Użytków Zielonych Al. Hrabka 3, 05-090 Raszyn.**

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 uiszczanego przez **ZAB-BUD Andrzej Zaboklicki ul. Nowosielecka 14a/3, 00-466 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery zł) przez **Instytut Melioracji i Użytków Zielonych Al. Hrabka 3, 05-090 Raszyn** na rzecz **ZAB-BUD Andrzej Zaboklicki ul. Nowosielecka 14a/3, 00-466 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (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 zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ZAB-BUD Andrzej Zaboklicki ul. Nowosielecka 14a/3, 00-466 Warszawa.**

## Uzasadnienie

W dniu 25.03.2008 r. Instytut Melioracji i Użytków Zielonych w Falentach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”, wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę budynku laboratoryjno-biurowego w Falentach”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25.03.2008 r., nr ogłoszenia 59176-2008 oraz w miejscach wskazanych w art. 40 ust. 1 Pzp.

Pismem z dnia 23.04.2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyniku postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji „INSTALPROJEKT HOLDING ” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz COMPLEX BUD Sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej „Konsorcjum”.

W dniu 05.05.2008 r. Wykonawca-Andrzej Zaboklicki prowadzący działalność gospodarczą pn. „ZAB-BUD”, Warszawa, zwany dalej „Odwołującym”, który zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał w dniu 28.04.2008 r., wniósł protest do Zamawiającego na:

1) zaniechanie przez Zamawiającego wymaganego przepisami art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 2 Pzp wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum, które-w ocenie Odwołującego-nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

2) czynność wyboru oferty Konsorcjum z rażącym naruszeniem ustawy w rozumieniu art. 146 ust. 1 pkt 5.

Składający protest zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 oraz art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący w swoim proteście wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpatrzenia protestu,

- 3) powtórne dokonanie oceny złożonych ofert ze szczególnym uwzględnieniem czy wszyscy uczestnicy postępowania spełniają określone warunki udziału w postępowaniu,
- 4) wykluczenie z postępowania Konsorcjum, jako nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący przytoczył następujące argumenty:

Zgodnie z rozdziałem I pkt 2.3 SIWZ, o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który spełnia m.in. następujący warunek: „Wykonawca wykonał samodzielnie w okresie ostatnich 5 lat licząc do miesiąca ukazania się ogłoszenia w BZP (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie) min. 1 zadanie o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia”. W rozdziale I pkt 16.4 SIWZ Zamawiający doprecyzował: „Poprzez określenie „o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia” należy rozumieć obiekt o zbliżonej kubaturze, wzniesiony w technologii tradycyjnej oraz wyposażony w instalacje elektryczne, wod.-kan., co, gaz, wentylację mechaniczną i klimatyzację”.

Do oferty należało dołączyć wykaz wykonanych robót wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane z należytą starannością, ze wskazaniem terminu realizacji, zakresu prac i ich wartości.

Przedmiotem przetargu jest budowa budynku o kubaturze ponad 9 000 m<sup>2</sup>. Dlatego, w ocenie Odwołującego, zadaniem o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia może być jedynie wzniesienie obiektu o zbliżonej kubaturze, przy zastosowaniu technologii tradycyjnej, wyposażonego we wskazane wyżej instalacje. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum nie wykazało w zakresie rzeczowym zrealizowanych prac o nawet zbliżonym charakterze, co winno skutkować jego wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Konsorcjum w załączonym do oferty wykazie wykonanych robót wykazało, iż zrealizowało:

1. Zamówienie o wartości 8.233.132,00 zł – „Przebudowa II kondygnacji budynku o powierzchni 2850 m<sup>2</sup> Nadbudowa budynku „C” 1100 m<sup>2</sup>” na rzecz Instytutu Psychiatrii i Neurologii w Warszawie.

Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum wskazało, iż było to jedno zadanie, co jest nieprawdą i wprowadza Zamawiającego w błąd. Wymienione prace stanowiły bowiem dwa oddzielne zamówienia publiczne.

Jednocześnie, Odwołujący poddał pod wątpliwość wiarygodność referencji wystawionych przez Instytut Psychiatrii i Neurologii.

2. Zamówienie pn. „Modernizacja Bloku Operacyjnego o pow. 950 m<sup>2</sup>”- na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Siedlcach.

Odwołujący zarzucił, iż z referencji wynika, że prace, którymi wykazał się Konsorcjant polegały głównie na wymianie dźwigu i agregatu prądotwórczego, a zamówienie, jako całe zadanie nie zostało jeszcze ukończone. Odwołujący podniósł, iż charakter tych prac oraz wielkość obiektu w żaden sposób nie świadczą o posiadaniu doświadczenia określonego w SIWZ.

3. Zamówienie pn. „Modernizacja Dworca Warszawa Śródmieście”. Odwołujący podniósł, iż w świetle załączonych referencji zamówienie to nie obejmowało prac porównywalnych z przedmiotem zamówienia, tj. wzniesieniem nowego obiektu. Zrealizowane prace dotyczyły bowiem: remontu dachów wieżyc, czyszczenia okładzin granitowych, wymiany stolarki drzwiowej, remontu i czyszczenia ścian, szlifowania posadzki, uszczelniania dylatacji płyty stropowej i innych podobnych prac o charakterze konserwatorsko-remontowym.

4. Zamówienie PN. „Przebudowa na potrzeby Oddziału Intensywnej Opieki Medycznej” na rzecz SP ZOZ w Kozienicach. Zdaniem Odwołującego, zamówienie to w żadnym razie nie może być uznane za porównywalne z przedmiotem zamówienia, gdyż dotyczyło przebudowy oddziału szpitalnego a nie wzniesienia obiektu budowlanego. Ponadto wartość tego zamówienia (785 tys. zł) świadczy, iż były to prace remontowe na niewielkim obiekcie.

W proteście zawarto także zarzut dotyczący niespełnienia przez Konsorcjum zawartego w rozdziale I pkt 2.2 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się posiadaniem zdolności do finansowania przedmiotu zamówienia w formie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000 zł.

Odwołujący podniósł zarzut braku autentyczności Zaświadczenia o stanie salda, wystawionego w dniu 10.03.2008 r. przez Raiffeisen Bank Polska S.A. w Warszawie, bowiem dokument ten nie został sporządzony na druku firmowym Banku. Ponadto, dokument ten nie potwierdza spełniania warunku zdolności finansowej, gdyż informacja o stanie salda nie pozwala na ustalenie wysokości posiadanych środków.

Również, zdaniem Odwołującego, spełniania ww. warunku nie potwierdza treść opinii wydanej przez Bank Pekao SA Oddział w Warszawie z dnia 06.03.2008 r.

Rozstrzygnięciem z dnia 12.05.2008 r. Zamawiający oddalił protest, jako nieuzasadniony.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 16.05.2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty protestu. Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności powtórzenia badania i oceny ofert
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty Konsorcjum, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W rozdz. I pkt 2 SIWZ Zamawiający określił wymagania stawiane wykonawcom. Wśród warunków stawianych wykonawcom Zamawiający zawarł, w pkt 2.3, warunek dotyczący posiadania niezbędnego doświadczenia do wykonania zamówienia, o treści: *„Wykonawca wykonał samodzielnie w okresie ostatnich 5 lat licząc do miesiąca ukazania się ogłoszenia w BZP (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) min. 1 zadanie o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia”*.

Spełnianie tego warunku wykonawca winien udokumentować wypełniając załącznik nr 3 do Specyfikacji oraz poprzez załączenie dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane z należytą starannością ze wskazaniem terminu realizacji, zakresu prac i ich wartości.

W rozdziale I pkt 16.4 SIWZ Zamawiający zawarł informację o treści: *„Poprzez określenie „o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia” należy rozumieć obiekt o zbliżonej kubaturze, wzniesiony w technologii tradycyjnej oraz wyposażony w instalacje elektryczne, wodno - kanalizacyjne, co, gaz, wentylację mechaniczną i klimatyzację”*.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający nie sprecyzował jakie jego zdaniem roboty budowlane mają charakter i złożoność porównywalną z przedmiotem zamówienia, skład orzekający Izby uznał, że najbardziej prawidłową interpretacją tego postanowienia SIWZ będzie uznanie, iż porównywalne roboty budowlane muszą obejmować minimum główne elementy niniejszego przedmiotu zamówienia, tj. wykonanie podstawowych elementów

budynku, takich jak: fundamenty, ściany, dach i przyłącza - niezależnie od tego, czy będzie to budowa, rozbudowa, odbudowa lub nadbudowa budynku.

W wyniku analizy treści Wykazu oraz referencji zawartych w ofercie Konsorcjum, skład orzekający Izby ustalił, iż wykaz, o którym mowa, nie zawiera zadań „o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia”. W szczególności ustalono:

Przedmiotem zamówień wykazanych w pkt 1 i 4 Wykazu jest przebudowa, a nie budowa budynku.

Zgodnie z art. 3 pkt 6 i 7a) ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (j.t. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118) przez pojęcie „budowa” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. „Przebudowa” oznacza natomiast wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji (...).

Budowa jest pojęciem różnym od przebudowy. Wzniesienie obiektu budowlanego zawiera prace, których nie obejmuje przebudowa, jak np.: wytyczenie geodezyjne budynku, inwentaryzacja geodezyjna po odbiorze, wykopanie rowów pod fundamenty, wykonanie fundamentów, wznoszenie ścian wewnętrznych, wykonanie dachu, wykonanie instalacji przyłączeniowych do budynku. Oba te pojęcia: „budowa” i „przebudowa” mieszczą się w pojęciu robót budowlanych, jednakże warunek, który Zamawiający określił w SIWZ, dotyczy wykonania obiektu budowlanego, tj. jego budowy a nie przebudowy.

Warunek ten nie odnosi się także do modernizacji (pkt 2 i pkt 3 Wykazu), która w myśl art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29.09.1994 r. o rachunkowości (j.t. Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.) jest ulepszeniem powiększającym wartość początkową środka trwałego i jednocześnie nie jest: rozbudową, przebudową, rekonstrukcją.

Określone w pkt 2 Wykazu zamówienie pn. „Modernizacja Bloku Operacyjnego o pow. 950 m<sup>2</sup>” wykonane na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Siedlcach, nie jest zadaniem o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia – „Budowa budynku laboratoryjno-biurowego w Falendach”. Z treści referencji z dnia 18.01.2008 r. wystawionych przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Siedlcach wynika, że Firma Complex Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie realizuje etapowo zadanie polegające na modernizacji ww. bloku operacyjnego, a zamówienie to nie zostało jeszcze wykonane (zakończone). Ponadto w zakres zrealizowanego zadania wchodzi między innymi wymiana dźwigu szpitalnego oraz wymiana agregatu prądotwórczego.

Także określone w pkt 3 Wykazu zamówienie dotyczące „Modernizacji Dworca Warszawa Śródmieście”, wykonane na rzecz PKP S.A. Oddział Dworce Kolejowe, nie jest zamówieniem (zadaniem) o charakterze i złożoności porównywanej z przedmiotem zamówienia, w rozumieniu rozdziału I pkt 16.4 SIWZ. Z treści referencji wystawionych przez PKP S.A. wynika, że prace zrealizowane przez Firmę Complex Bud Sp. z o.o. (w okresie od IX 2006 r. do II 2007 r.) miały charakter remontowo-konserwatorski.

W ocenie składu orzekającego Izby, w celu ustalenia, w sposób nie budzący wątpliwości, czy Konsorcjum spełnia określony w SIWZ warunek posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, Zamawiający winien wezwać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Zdarza się bowiem, iż wykonawcy posiadający wymagane przez zamawiającego doświadczenie przedstawiają niepełny lub zawierający błędy wykaz wykonanych zamówień, będąc w przekonaniu, iż wykazane zamówienia potwierdzają spełnianie stawianego warunku.

Skład orzekający Izby uznał za nieuzasadniony zarzut dotyczący niespełnienia przez Konsorcjum zawartego w rozdziale I pkt 2.2 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się posiadaniem zdolności do finansowania przedmiotu zamówienia w formie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000 zł.

Spełnianie warunku znajdowania się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia Konsorcjum wykazało poprzez załączenie do oferty następujących dokumentów:

Zaświadczenia o stanie salda, wystawionego w dniu 10.03.2008 r. przez Raiffeisen Bank Polska S.A. w Warszawie, stwierdzającego, że „Saldo na rachunku bieżącym PLN COMPLEX BUD Sp. z o.o. wynosi: 2.725.252,70 PLN”. Jednocześnie skład orzekający Izby uznał za nieuzasadniony i nie poparty żadnymi dowodami zarzut Odwołującego o nieautentyczności tego dokumentu. Również twierdzenie Odwołującego, iż informacja o stanie salda nie pozwala na ustalenie wysokości posiadanych środków nie znajduje podstaw. Saldo określa bowiem kwotę posiadanych środków na rachunku bankowym, na określony moment (dzień sporządzenia wyciągu). Z zaświadczenia tego wynika, że w dniu 10.03.2008 r. na rachunku bankowym Complex Bud S.A. saldo (dodatknie) wynosiło wskazaną wyżej kwotę.



Fakt spełniania przez Konsorcjum ww. warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawcy potwierdza także treść opinii wydanej przez Bank Pekso SA Oddział w Warszawie z dnia 06.03.2008 r. Zgodnie z opinią Banku, stan konta Firmy P.P. i R.I. INSTALPROJEKT Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na dzień 06.03.2008 r. wynosił 1.672.448,72 PLN, a ponadto posiada ona zdolność kredytową do kwoty 700 000,00 PLN.

Spełnienie warunku posiadania zdolności do finansowania przedmiotu zamówienia wynika z zsumowania kwoty posiadanych środków na rachunku i zdolności kredytowej. Istotą tego warunku jest możliwość sfinansowania wydatków (kosztów) do limitu określonego w SIWZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*