

WYROK

z dnia 8 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Anna Majstrowicz

Jolanta Markowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Instalbud Sp. z o.o. ul. T. Boya – Żeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Włochy

Al. Krakowska 257, 02-133 Warszawa

protestu z dnia 27 marca 2009 r.

przy udziale wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sando Budownictwo Polska Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa oraz Construcciones Sanchez Dominguez – Sando S.A. Avenida Manoteras 46 bis, 28050 Madryt, Hiszpania zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Włochy Al. Krakowska 257, 02-133 Warszawa 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 **Instalbud Sp. z o.o. ul. T. Boya – Żeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 014 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy czternaście złotych zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Włochy Al. Krakowska 257, 02-133 Warszawa** na rzecz **Instalbud Sp. z o.o. ul. T. Boya – Żeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Instalbud Sp. z o.o. ul. T. Boya – Żeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów**.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zespołu budynków pn. „Naukowa dz. 110, 130-132 budowa budynków wielorodzinnych” prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 października 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 210–278929. Wartość zamówienia przekracza 5.150.000 euro.

27 marca 2009 r. protest na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Odwołującego, złożyli wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sando Budownictwo Polska Sp. z o.o. i Conctrucciones Sanchez Dominguez – Sando S.A. zwani dalej

Przystępującym. Zażądali oni m.in. wykluczenia Odwołującego ze względu na niespełnianie warunków udziału w przetargu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania i wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Przystępujący uzasadnił swój protest w następujący sposób.

Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu wykonawca powinien w ramach swego doświadczenia zawodowego wykazać wykonane przez siebie w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej 2 zamówienia, z których każde obejmuje budowę budynku wielorodzinnego lub zespołu budynków wielorodzinnych o kubaturze co najmniej 20 000 m³ i liczących ponad 50 lokali mieszkalnych, a wszystkie te warunki muszą wystąpić łącznie. Tymczasem w przedstawionym przez Odwołującego wykazie zamówień wskazano dwa zamówienia (pierwszy i piąty wiersz tabeli), na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w przetargu. Nie budzi wątpliwości fakt, że pozostałe przedstawione w tabeli zamówienia nie spełniają ww. warunku. Również zamówienie wskazane w pierwszym wierszu tabeli, tj. budowa budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Lewakowskiego w Rzeszowie na rzecz Rzeszowskiej Spółdzielni Mieszkaniowej (zwanej dalej Spółdzielnią) nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż realizowana była w oparciu o dwa odrębne zamówienia, na które Spółdzielnia przeprowadziła dwa odrębne przetargi (poza ustawą Prawo zamówień publicznych), w wyniku których zamówienia te pozyskała P.B.M. Instalbud Sp. z o.o., której Odwołujący jest następcą prawnym. W wyniku tych przetargów zostały podpisane dwie odrębne umowy odpowiednio na budowę budynku przy ul. Lewakowskiego nr 1 (obecnie nr 3a) oraz na budowę budynku przy ul. Lewakowskiego nr 2 (obecnie nr 5a), w znacznym odstępie czasowym pomiędzy ich zawarciem. Oznacza to, że nie ma możliwości traktowania tych dwóch oddzielnych zamówień jako jednego zamówienia, a zatem nie można sumować wielkości kubatury obu budynków, jak również liczby wykonanych lokali mieszkalnych w tych budynkach. Zdaniem Przystępującego poprzez „zamówienie” należy rozumieć odrębną umowę pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem

jest wykonanie robót budowlanych określonych w warunkach udziału w przetargu. Zgodnie z wzorem wykazu zamówień sporządzonym przez Zamawiającego, wykonawca zobowiązany był przedstawić informacje dotyczące całkowitej wartości brutto zadania na podstawie zawartej umowy oraz informacje dotyczące terminu wykonania robót od – do (dzień, miesiąc, rok), również na podstawie zawartej umowy. Zgodnie z wiedzą uzyskaną od Spółdzielni budynek nr 1 ma 17.272 m³ i 67 lokali mieszkalnych, a budynek nr 2 4.451 m³, oraz 14 lokali mieszkalnych i 5 użytkowych, zatem żaden z nich samodzielnie nie spełnia warunku.

Dodatkowo budynek nr 1 został oddany 12.10.2002 r. (odbiór techniczny i pozwolenie na użytkowanie: 20.10.2002 r. i 26.06.2002 r.), natomiast budynek nr 2 został oddany 27.11.2003 r. (odbiór techniczny i pozwolenie na użytkowanie 30.11.2003 r. i 03.03.2004 r.). Tak więc budynek nr 1 nie został zrealizowany w wymaganym terminie, ponieważ nie mieści się w pięcioletnim okresie przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a w wymaganym okresie Odwołujący zrealizował jedynie budynek nr 2, niespełniający wymagań Zamawiającego. Zatem powinien on zostać wykluczony w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie dotyczącym doświadczenia zawodowego firmy, w oparciu o które Zamawiający wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą w przetargu.

30 marca 2009 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. W odpowiedzi na wezwanie 2 kwietnia 2009 r. do postępowania przystąpił Odwołujący wnosząc o oddalenie protestu w całości.

Odwołujący stwierdził, iż kwestionowana budowa była realizacją projektu budowlanego na wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych, zatem realizacja takiego przedsięwzięcia odbywa się etapowo, a budynki powstają kolejno. Budynki te mają wspólne przyłącza, organizację placu budowy oraz wspólny system odbiorów technicznych, wspólny system zasilania mediami,

wspólny parking, drogę dojazdową, zarządzane są przez tę samą administrację. Inwestycja taka jest jedną i tożsamą inwestycją budowlaną, prowadzoną w ramach tego samego planu i przez tego samego inwestora, niezależnie od daty rozpoczęcia i zakończenia etapów – budynków. Dlatego zlecenie to należy traktować jako całość. Użytego słowa „zamówienie” nie należy utożsamiać z odrębną umową, lecz rozumieć również jako zlecenia cywilnoprawne polegające na wybudowaniu zespołu budynków wielorodzinnych, przy czym budynki te łącznie mają spełniać wymagania kubaturowe oraz ilościowe, określone w przywołanym warunku.

Do przystąpienia Odwołujący dołączył „Referencje – oświadczenie” datowane na 2 kwietnia 2009 r. opatrzone pieczęcią Rzeszowskiej Spółdzielni Mieszkaniowej i podpisane przez Zastępcę Prezesa Zarządu ds. Technicznych inż. Stanisława Ruszałę. Z dokumentu tego wynika, iż Spółdzielnia potwierdza, że P.B.M. Instalbud Sp. z o.o. zrealizowała zadanie dotyczące budowy zespołu budynków mieszkalnych nr 1 i 2 przy ul. Lewakowskiego w Rzeszowie, a *dwa budynki, zaplanowane jako zespół, według jednej koncepcji architektonicznej, były realizowane przez P.B.M. „INSTALBUD” Sp. z o.o. jako jedno przedsięwzięcie, przy jednej organizacji placu budowy oraz wspólnym systemie odbiorów technicznych (...) konieczność prowadzenia budowy tego zespołu według oddzielnych umów wynika z wewnętrznych zasad Spółdzielni, a związane jest to ze sposobem wyliczania cen mieszkań tej nieruchomości.*

9 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu protestu, który uwzględnił w zakresie czynności polegającej na dokonaniu błędnej oceny oferty Odwołującego polegającej na uznaniu, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu i zaniechaniu jego wykluczenia, zaniechaniu uznania oferty za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznania tej oferty za najkorzystniejszą.

Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Zamawiający wymagał, aby w wykazie zamówień wskazane zostały zamówienia, a nie inwestycje czy

przedsięwzięcia, a zamówienia te miały być zrealizowane na podstawie jednej, a nie kilku umów i tak wskazane w wykazie. Świadczy o tym zapis w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kolumnie dotyczącej całkowitej wartości brutto i terminu wykonania robót, w których zawarł zapis „na podstawie zawartej umowy”.

20 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 21 kwietnia 2009 r.) odwołanie od rozstrzygnięcia protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez:

1. naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt. 5 i 6 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, to jest wykładnię nieprecyzyjnego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunku doświadczenia (pkt III.2.4) na niekorzyść Odwołującego, a w konsekwencji podjęcie decyzji zmierzającej do wykluczenia Odwołującego z dalszego postępowania;
2. rażąco naruszenie dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia zawartego w pkt. III.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w sposób wprowadzający wykonawcę w błąd, czym utrudnia uczciwą konkurencję przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia;
3. naruszenie dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie i pominięcie przeprowadzenia czynności wyjaśnienia treści dokumentu „list referencyjny” z 3 lipca 2007 r. wystawionego przez Rzeszowską Spółdzielnię Mieszkaniową, w to miejsce dokonanie rozstrzygnięcia protestu jak w pkt. 2., tj. uznania, że zostały spełnione przesłanki do wykluczenia Odwołującego z dalszego postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Naruszenie ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych miało istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie ofertę najkorzystniejszą, przez co w sposób nieuzasadniony wydatkuje środki publiczne.

W związku z tym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wynikających z uwzględnienia protestu Przystępującego i utrzymania w mocy czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Swoje zarzuty Odwołujący uzasadnił następująco.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający powiadomił o jego uwzględnieniu w zakresie czynności polegającej na dokonaniu błędnej oceny oferty wraz z załącznikami złożonej przez Odwołującego i zaniechaniu jego wykluczenia z postępowania z uwagi na niespełnienie „warunku wiedzy i doświadczenia” zawartego w pkt. III 2.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz uznania ww. oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, że było jego intencją, aby w wykazie zamówień wskazane zostały zamówienia, a nie inwestycje czy przedsięwzięcia. Jednocześnie przyznał, że posługując się w pkt. III 2.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminem „zamówienia” nie wymagał, aby były wykonane na rzecz zamawiających z sektora publicznego lub w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, która zawiera legalną definicję „zamówienia”. Jednak wymagane przez niego zamówienia miały być wykonane na podstawie jednej umowy, a nie kilku umów, o czym świadczy zapis w wykazie zamówień w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący nie zgadza się z tym stanowiskiem Zamawiającego. Jego zdaniem z pkt. III 2.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunku „wiedzy i doświadczenia” nie wynika, że zamówienie, które powinien wykazać wykonawca jest równoznaczne z jedną umową zawartą w wyniku udzielenia zamówienia. Nie wynika to również z przywołanego załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, który stanowi wyłącznie wzór, według którego wykonawcy powinni złożyć wykaz wykonanych robót budowlanych. Przedmiotowy warunek wiedzy i doświadczenia został sformułowany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia następująco: „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień, z których każde obejmuje budowę budynku wielorodzinnego lub zespołu budynków wielorodzinnych o kubaturze co najmniej 20.000 m³ i liczących ponad 50 lokali mieszkalnych”. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Zamawiający zażądał dołączenia „wykazu zamówień sporządzonego wg wzoru, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, w którym wykonawca zawarze wykonanie żądanych zleceń w okresie pięciu lat, przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie”. Tak więc Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, aby wymagał określonej formy prawnej, w jakiej powinno być zrealizowane „zamówienie”, to jest podpisania jednej umowy. Formułowanie w ten sposób warunku podmiotowego – na etapie oceny ofert jest niedozwoloną nadinterpretacją warunku. Co więcej, z treści warunku wynika, że Zamawiający dopuszcza sumowanie (kubatury i lokali mieszkalnych) w przypadku wykazania realizacji zespołu budynków wielorodzinnych (parametry odnoszą się wówczas do całego zespołu budynków, a nie poszczególnych budynków), który może odbywać się etapowo, a więc w wyniku zawarcia kilku oddzielnych umów z jednym inwestorem, w ramach tej samej inwestycji. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z realizacją przez Odwołującego zadania w postaci wybudowania dwóch budynków zaplanowanych jako zespół (jedno przedsięwzięcie) na rzecz jednego i tego samego podmiotu – Rzeszowskiej Spółdzielni Mieszkaniowej. Warunek udziału w postępowaniu powinien być skonstruowany w sposób bezsporny, czytelny i jasny dla wszystkich wykonawców. Jeżeli zatem Zamawiający interpretuje treść warunku wbrew jego literalnej wykładni i wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, narusza słuszny interes wykonawcy w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Celem warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jeżeli zatem Odwołujący

legitymuje się żądanym doświadczeniem, albowiem zrealizował dwie roboty budowlane adekwatne kubaturą oraz ilością lokali mieszkalnych do przedmiotu zamówienia, co wykazał w ofercie w poz. 1 i 5 w załączniku nr 4), nie sposób zaprzeczyć posiadaniu przez niego wymaganego doświadczenia i wiedzy. Nie jest przy tym istotne, czy i w jakiej formie prawnej wykonawca te prace budowlane wykonał. Ograniczenie uznania powyższego doświadczenia do konkretnej umowy poprzez zawężenie lub rozszerzenie ilości umów czy rodzaju umowy: o roboty budowlane, zlecenia, dzieło, itp. jest działaniem wbrew prawu i nie korzysta z ochrony prawnej.

Zamawiający uwzględniając protest i uznając, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z dalszego postępowania, a jego ofertę uznać należy za odrzuconą, w sposób rażąco narusza dyspozycję art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na obecnym etapie postępowania wiążące są wyłącznie dokumenty złożone wraz z ofertą. Jeżeli Zamawiający poweźmie wątpliwości co do ich treści, zobowiązany jest skorzystać z trybu wskazanego w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wezwać go do wyjaśnienia treści dokumentu. Nie zmienia tego okoliczność złożenia wraz ze środkami ochrony prawnej dodatkowych pism, oświadczeń itp. Stanowi to istotną wadę postępowania (zaniechanie dokonania czynności obligatoryjnej) i prowadzić może do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podczas rozprawy Odwołujący dodał, iż oba budynki od początku były przewidziane jako jedna inwestycja i w taki sposób były ze Spółdzielnią negocjowane. Dwie umowy były potrzebne Spółdzielni ze względu na różną w obu budynkach cenę sprzedaży mieszkań, Spółdzielnia oczekiwała również na nabywców lokali. Pomiędzy Spółdzielnią a Odwołującym została zawarta również trzecia umowa na wykonanie przyłączy zewnętrznych, a powodem wyłączenia robót do odrębnej umowy było refinansowanie jej przedmiotu przez gminę. Natomiast sama realizacja następowała sukcesywnie na obu obiektach.

Zamawiający wyjaśnił, iż celem warunku było to, aby budynek lub zespół budynków był wykonany na podstawie jednej umowy. Wynika to z charakteru niniejszego zamówienia, w którym budynki nie są budowane po kolei, lecz jednocześnie. Z tego powodu ważne było, aby wykonawca również wykazał się realizacją budynków jednocześnie. Natomiast z informacji Spółdzielni dołączonej do protestu wynika, iż sporne budynki nie były realizowane w jednym czasie. Zdaniem Zamawiającego budynki nie były budowane na podstawie jednego pozwolenia na budowę i nie miały jednego pozwolenia na użytkowanie. Nie wiadomo też, czy zawarcie pierwszej umowy gwarantowało zawarcie z tym samym wykonawcą umowy drugiej.

Przystępujący stwierdził, iż, jeżeli uznać, iż oba budynki są jedną inwestycją i jednym zamówieniem, może okazać się, iż inwestycja nie została zakończona, gdyż Spółdzielnia mogła planować budowę kolejnego budynku, który dla niej wciąż będzie jedną inwestycją z pozostałymi budynkami.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protestu, przystąpień i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu zawartym w punkcie III 2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziałem III pkt 2 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy muszą posiadać „niezbędną wiedzę i doświadczenie w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień, z których

każde obejmuje budowę budynku wielorodzinnego lub zespołu budynków wielorodzinnych o kubaturze co najmniej 20 tys m³ i liczących ponad 50 lokali mieszkalnych.”

Bezsporne jest również pomiędzy Uczestnikami postępowania, iż żaden z budynków zrealizowanych w ramach zadania na „budowę zespołu budynków mieszkalnych nr 1 i 2 przy ul. Lewakowskiego w Rzeszowie” samodzielnie nie spełnia powyższego warunku, natomiast ujęte wspólnie ten warunek spełniają.

Z przedstawionych powyżej stanowisk wynika, iż istota sporu dotyczy właśnie tej kwestii i sprowadza się do znaczenia użytego przez Zamawiającego pojęcia „zamówienie” – czy należy je rozumieć jako konkretną umowę i tym samym każdy z budynków traktować jako osobne zamówienie, czy też raczej jako zadanie do wykonania i za jedno zamówienie uznać cały kompleks.

Sporu tego nie rozwiązuje sama wykładnia językowa pojęcia „zamówienie”. Zgodnie bowiem ze słownikową definicją, odpowiednią do niniejszej sytuacji, „zamówienie” to „polecenie dostarczenia lub wykonania czegoś” (wg internetowego „Słownika języka polskiego PWN” www.sjp.pwn.pl), a zatem może odnosić się zarówno do zamówienia – dokumentu/umowy, jak i zamówienia – zadania (całości realizowanego przedmiotu). I w obu tych znaczeniach jest powszechnie używane.

Sytuacji nie zmienia również odniesienie się do zaproponowanego przez Odwołującego, użytego w § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) pojęcia „roboty budowlane”, gdyż używane jest ono, w zależności od potrzeb inwestora, zarówno w stosunku do kilku budynków lub budowli, jednego budynku lub budowli albo ich części.

Interpretacji „zamówienia” jako wskazania przez Zamawiającego pojedynczej umowy nie można wywodzić także z użytych we wzorze wykazu zamówień (załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nazw kolumn „całkowita wartość brutto na podstawie zawartej umowy” i „termin

wykonania robót (...) na podstawie zawartej umowy”. Po pierwsze, zdaniem Izby, oznacza to, iż Zamawiający żądał podania danych nominalnych, tj. zawartych w umowie, a nie realnego terminu wykonania (choć to on powinien być oceniany) i zapłaconego wynagrodzenia. Po drugie, jest to formularz „wzorcowy”, a więc, co do zasady, odnoszący się do sytuacji typowych (jedna umowa – jedno zamówienie), a nie modyfikujący warunek opisany w rozdziale III pkt 2 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Najczęściej spotykaną i nie budzącą wątpliwości sytuacją jest, gdy jedno zlecenie zostało zawarte w jednej umowie. Jednak w praktyce zdarzają się również mniej „zdecydowani” inwestorzy, którzy, najczęściej ze względu na posiadane środki, zawierają bardziej skomplikowane umowy lub kilka umów. Takie przypadki należy rozpatrywać i klasyfikować jako jedno lub wiele zamówień indywidualnie, z uwzględnieniem ich charakteru i przebiegu realizacji.

W niniejszej sytuacji, zdaniem Izby, bardziej właściwe będzie odniesienie się do zamówienia w znaczeniu zadania, z następujących powodów:

1. bezsporne jest, iż Spółdzielnia i Odwołujący zawarły więcej niż jedną umowę,
2. obie umowy na budowę poszczególnych budynków zostały zawarte w relatywnie niewielkim odstępie czasu, przed rozpoczęciem lub na samym początku realizacji pierwszego budynku (ani Uczestnicy, ani Spółdzielnia nie potrafiły podać dokładnych dat tych zdarzeń),
3. oba budynki wraz z infrastrukturą towarzyszącą stanowią jedną funkcjonalną całość i mają wspólne przyłącza, parkingi, drogi itp.,
4. oba budynki zostały wykonane częściowo równocześnie lub bezpośrednio jeden po drugim (nie podano dokładnych dat tych zdarzeń),
5. wykonawca wykonywał je w jednym ciągu, nie opuszczając terenu budowy.

Tak więc oba budynki wykonywane były jako jedno przedsięwzięcie stanowiące pewną całość, które, co najważniejsze, było realizowane z zachowaniem jednolitości i ciągłości miejsca i czasu. Takie też stanowisko, co nie pozostaje bez znaczenia, jednoznacznie wyraża Spółdzielnia – inwestor

w piśmie z 2 kwietnia 2009 r. podkreślając, iż rozbięcie budowy tego zespołu budynków wynika z zasad związanych z wycenianiem cen mieszkań.

Tak więc samo wykonanie spornego zadania w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania zamówienia, które zostałyby zawarte na podstawie jednej umowy, a przy tym żadna z umów nie oddaje całości wykonanej budowy. Zatem w sytuacji tej ograniczenie jednego zadania/zamówienia do jednej umowy nie wydaje się właściwe – skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził.

Odwołujący stwierdził, iż pomiędzy nim a Spółdzielnią od początku prowadzone były wspólne negocjacje na wykonanie obu budynków i w taki sposób zostały ustalone warunki realizacji, co się przełożyło na cenę ich wykonania, jednak nie przedstawił na to żadnych dowodów. Z kolei Przystępujący uzyskał ze Spółdzielni informację, iż umowy zawarto w wyniku przeprowadzenia dwóch przetargów.

Niezależnie jednak od sposobu, w jaki doszło do zawarcia umowy, tj. czy była ona wynikiem przetargu, negocjacji, czy też złożenia oferty i jej przyjęcia) oraz tego, czy Spółdzielnia planowała początkowo powierzenie Odwołującemu zadania w tym samym, czy w mniejszym zakresie, ani, iż mogła powierzyć jego część innemu wykonawcy, istotne jest, w jaki sposób i w jakim rozmiarze zadanie to zostało wykonane, a więc jako jedna budowa.

To, czy budynki są budowane jednocześnie, częściowo jednocześnie, czy też kolejno, zależy od wymagań inwestora i każda z tych opcji jest dopuszczalna w świetle brzmienia warunku postawionego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Niezależnie bowiem od celu, jaki przyświecał Zamawiającemu przy jego formułowaniu (tj. jak stwierdził, aby wykonawca wykazał się realizacją budynków jednocześnie), żądanie to nie zostało w tym warunku zawarte.

W związku z powyższym Izba uznała, iż przedstawione w wykazie sporne zadanie na „budowę zespołu budynków mieszkalnych nr 1 i nr 2 przy ul. Lewakowskiego w Rzeszowie” spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu i rozdziale III pkt 2

ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Potwierdzają to także wystawione przez Spółdzielnię referencje z 2 kwietnia 2009 r.

Na marginesie można zauważyć, iż sytuacja, w której w wyniku odrębnych proceduralnie zamówień i odrębnych umów może dojść do określenia jednego zamówienia – zadania, jest przewidziana również w ustawie Prawo zamówień publicznych, gdzie zamawiający może z wykonawcą zamówienia podstawowego zawrzeć kolejne umowy, które z punktu widzenia możliwości wykazania się doświadczeniem ze względu na stanowanie jednych robót budowlanych można traktować jako jedno zamówienie. Są to zamówienia dodatkowe oraz niektóre zamówienia uzupełniające (art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych), jakkolwiek przy zamówieniach uzupełniających z zastrzeżeniem, że będą one udzielane z zachowaniem równoczesności lub ciągłości czasu wykonania oraz funkcjonalnego powiązania z zamówieniem podstawowym, a nie w ciągu dozwolonych przepisem 3 lat.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając jego zachowanie za proceduralnie poprawne. Zamawiający nie jest zobowiązany po otrzymaniu protestu do zwracania się do wykonawców o wyjaśnienia, za to mogą oni je złożyć, jak również wyrazić swoje stanowisko, w postaci przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, zatem nie następuje tu uszczerbek w ochronie ich interesów i praw.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów prawa, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Sytuacja taka zachodzi w niniejszym przypadku.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji. Ze względu na to, iż oferta Odwołującego jest obecnie uznana za najkorzystniejszą i Zamawiający

nie musi wykonywać dodatkowych czynności, Izba nie nakazała ich dokonania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przedstawionego rachunku, stosownie do § 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, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....