

Sygn. akt KIO/UZP 704/09

WYROK

z dnia 10 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Marek Koleśnikow

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Janów Lubelski, 23-300 Janów Lubelski, ul. Zamoyskiego 59** protestu z dnia **12 maja 2009 r.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Janów Lubelski, 23-300 Janów Lubelski, ul. Zamoyskiego 1A/123: unieważnić czynność wykluczenia wykonawcy Marcina Flisa – FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123 i uznania jego oferty za odrzuconą, unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonać ponownej oceny ofert

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Janów Lubelski, 23-300 Janów Lubelski, ul. Zamoyskiego 59** 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 **Marcina Flisa – FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Janów Lubelski, 23-300 Janów Lubelski, ul. Zamoyskiego 59** na rzecz **Marcina Flisa – FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Marcina Flisa – FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123**

Uzasadnienie

W dniu 12 maja 2009 roku Firma Budowlana REM-BUD-I Bronisław Drąg Spółka jawna Al. Jana Pawła II 60B, 37-450 Stalowa Wola wniosła protest na czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Marcina Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123, 23-300 Janów Lubelski, pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z mocy ustawy.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonanie ponownej oceny i badania ofert;
- 3) wykluczenia wykonawcy Marcina Flisa zgodnie z postanowieniami art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz uznania jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy;
- 4) uznanie, iż oferta protestującego jest najkorzystniejsza.

Protestujący podniósł, iż jego interes prawny doznał uszczerbku, gdyż zamawiający zaniechał wykonania czynności prawnych do których ustawą był zobowiązany, co w konsekwencji uniemożliwiło wybór oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

Protestujący wskazał, iż zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca składając ofertę był zobowiązany spełnić wszystkie wymogi określone w tym dokumencie, niespełnienie któregokolwiek z wymogów musi bezwarunkowo skutkować wykluczeniem takiego wykonawcy. Zamawiający w SIWZ w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 postawił warunek podmiotowy, który każdy z uczestników postępowania składając ofertę musiał spełnić w celu potwierdzenia, że posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie. Rozdział V pkt 1 ppkt 2a stanowi, że w okresie ostatnich pięciu lat (2004-2008), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną, jako główny Wykonawca robót, odpowiadającą swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. o wartości netto co najmniej 3.000.000,00 PLN. Nie spełnienie postawionego warunku przez wykonawcę, który złożył ofertę musi skutkować wykluczeniem go z prowadzonego postępowania zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy po wypełnieniu postanowień wynikających z art. 26 ust. 3 ustawy. Przepis ten nie pozostawia zamawiającemu żadnej swobody w tym zakresie. Rozpatrzenie przez zamawiającego oferty podlegającej odrzuceniu lub oferty wykonawcy wykluczonego z mocy prawa powoduje, iż postępowanie obarczone jest wadą

uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy z tym oferentem co zostało potwierdzone w wydanym wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 6 lipca 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/O-1618/05.

W dalszej części SIWZ w rozdziale VI. pkt C 1 zamawiający wypełniając dyspozycję wynikającą z postanowień art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy przekazał informację o wymaganych oświadczeniach i dokumentach, jakie należy złożyć wraz z ofertą w celu potwierdzenia spełnienia postawionego warunku o treści: wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie.

Zamawiający stawiając taki warunek powinien żądać od wykonawcy przedłożenia wraz ofertą dokumentu, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikało, że wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną, jako główny Wykonawca robót, w okresie ostatnich pięciu lat (2004 – 2008).

W ocenie protestującego Marcin Flis, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, postawionego w SIWZ warunku nie spełnił. Złożone referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo FLISBUD Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim w sposób jednoznaczny o tym dowodzą. Rozbudowę budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie przy ul. Mjr H. Dobrzyńskiego "Hubala" 7 jako Główny Wykonawca wykonuje wystawiający ww. referencje z czego jednoznacznie wynika, że oferent "FLIS" Marcin Flis nie może być nawet podwykonawcą robót ww. obiektu, gdyż FLISBUD nie zgłaszał udziału podwykonawców. Ww. informacje znajdują się w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe FLISBUD Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim w zamówieniu dotyczącym przetargu nieograniczonego na rozbudowę budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie, umieszczonego na stronie internetowej zamawiającego – Sądu Okręgowego w Zamościu. Informację tą potwierdził także Dyrektor Sądu Okręgowego w Zamościu Pan Grzegorz Papierz w piśmie z dnia 7 maja 2009 r. Ponadto z pisma wynika, że termin oddania budynku upłynie dnia 6 września 2010 roku. Rozbudowa budynku sądu rejonowego jest więc niezakończona a referencje nie spełniają podstawowego warunku podstawionego w SIWZ. Firma "FLIS" Marcin Flis nie posiada zatem niezbędnego doświadczenia i wiedzy do wykonania modernizacji i rozbudowy Janowskiego Ośrodka Kultury w Janowie Lubelskim. Jeżeli zamawiający chciał powierzyć realizację przedmiotu

zamówienia podmiotowi, który nie miał do czynienia z budowami jako główny wykonawca, to nie musiał stawiać takiego warunku.

Referencje przedłożone przez wykonawcę Marcina Flisa zawierają zatem nieprawdziwe informacje. Firma FLISBUD wystawiając je poświadczą nieprawdę. Zamawiający powinien dokładnie sprawdzać informacje zawarte w referencjach i wszelkie wątpliwości, w tym zgłaszane przez innych wykonawców, wyjaśniać.

Protestujący uzasadniając swoje stanowisko powołał się na orzecznictwo sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 15 maja 2009 roku wykonawca Marcin Flis prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FLIS Marcin Flis, przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu podniósł, iż protest jest całkowicie bezpodstawny i zasługuje na oddalenie w całości.

W ocenie przystępującego warunek udziału w postępowaniu, na podstawie którego protestujący żąda wykluczenia go z postępowania ma brzmienie: *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat (2004-2008), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną, jako główny wykonawca robót, odpowiadającą swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. o wartości netto co najmniej 3.000.000,00 PLN.*

W ocenie przystępującego warunek ten został przez niego spełniony. Twierdzenia protestującego są niezasadne i nie korespondują z literalnym brzmieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przystępujący podniósł, iż protestujący nie podważył skutecznie wykonawstwa robót przystępującego oraz wartości tych robót. W szczególności nie wynika to z załączonych pism Sądu Okręgowego w Zamościu. Fakt nie zgłoszenia podwykonawców FLISBUD ma tylko takie znaczenie, że wobec tych podmiotów inwestor nie ponosi solidarnej odpowiedzialności przewidzianej w art. 647¹ § 5 K.c. Nie ma on jednak wpływu na ważność umowy pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a jego podwykonawcami.

Przystępujący stwierdził, iż istota wspomnianego warunku podmiotowego sprowadza się do tego, aby wykonawcy wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną jako główny wykonawca robót, odpowiadającą swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. o wartości co najmniej 3.000.000,00 PLN.

Przystępujący zwraca uwagę, iż protestujący podniósł, iż przystępujący nie był głównym wykonawcą usiłując sprowadzić zwrotu użytego do sformułowania warunku do kategorii „generalnego wykonawcy”. Tymczasem w specyfikacji nie ma mowy o „generalnym wykonawcy”, lecz o „głównym wykonawcy robót”. Są to dwa odmienne terminy. Przystępujący był głównym wykonawcą części robót w ramach trwającej cały czas inwestycji PN. rozbudowa budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie, gdzie generalnym wykonawcą jest firma FLISBUD. Przystępujący podkreśla, że w ramach tego zadania firma FLISBUD realizuje modernizację budynku istniejącego (cz. C) oraz dobudowę od strony południowej (cz. A) i od strony północnej (cz. B). Słusznie zatem wskazuje protestujący, że termin zakończenia inwestycji to 6 września 2010 roku. Niemniej roboty realizowane są sukcesywnie i na dzień wystawienia referencji firma FLIS Marcin Flis przekazała FLISBUDOWI (generalnemu wykonawcy) roboty budowlane o wartości powyżej 4.000.000 zł w zakresie dobudowy skrzydła prokuratury. Powierzone prace firma FLIS wykonała samodzielnie – jako główny i jedyny wykonawca robót. Wykonała je również z należytą starannością, o czym świadczą uzyskane referencje. Referencji nie musi wystawiać finalny odbiorca. Wobec podwykonawcy może to uczynić ten, kto zlecił mu wykonanie części prac.

Przystępujący podniósł, iż rozumienie warunku w ten sposób, że chodzi w nim o generalnego wykonawcę byłoby niekorzystne dla zamawiającego. Nie dawałoby bowiem żadnej gwarancji, że dany podmiot wykonał realnie jakiegokolwiek roboty. Istnieje prawdopodobieństwo, że zdecydowana większość prac znajduje się w rękach podwykonawców.

Pismem z dnia 21 maja 2009 roku zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że go uwzględnił.

W uzasadnieniu wskazał, że przystępujący złożył zamawiającemu wykaz wykonanych robót budowlanych, z którego wynikało, że w okresie od 7 września 2007 roku do 15 lutego 2009 roku wykonał dla Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego FLISBUD robotę budowlaną o wartości ponad 4.125.000 zł, polegającą na rozbudowie budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie. Na potwierdzenie powyższego przystępujący załączył referencje, wystawione w dniu 12 kwietnia 2009 roku przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim. W dokumencie tym firma „FLISBUD” stwierdziła, że przystępujący wykonał dla niej główny wykonawca roboty budowlane o wartości ponad 4.125.000 zł w ramach inwestycji o nazwie „Rozbudowa budynku Sądu Rejonowego o Prokuratury Rejonowej w

Hrubieszowie” oraz że wszystkie roboty w ramach przedmiotu zamówienia zostały wykonane należycie i w terminie umownym.

Odnosząc się do treści protestu zamawiający podkreślił, że w dniu 6 maja 2009 roku, tj. w momencie podejmowania przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie było podstaw prawnych do zakwestionowania dokumentów przedłożonych przez przystępującego, ponieważ dokumenty potwierdzające posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia spełniały wymagania specyfikacji, zarówno pod względem formalnym, jak i merytorycznym.

Z treści specyfikacji wynika jednoznacznie, że zamawiającemu nie chodziło o „generalnego wykonawcę” w rozumieniu przepisów art. 647¹ Kodeksu cywilnego, który zawiera umowę z głównym inwestorem, lecz o faktycznego głównego wykonawcę robót budowlanych. W interesie zamawiającego jest bowiem wykonywanie robót przez firmę mającą praktyczne doświadczenie, a nie przez firmę, która jako generalny wykonawca ma wykonać umowę tylko przy pomocy podwykonawców.

Wbrew zarzutom protestującego brak jest przeszkód prawnych do wystawiania referencji przez wykonawcę dla podwykonawcy. Nie musi jej wystawiać inwestor, który podpisał umowę z wykonawcą. Również fakt, że wykonawca nie zgłosił inwestorowi swego podwykonawcy nie ma wpływu na ocenę prawną tej sprawy.

Zamawiający uwzględnił protest, ponieważ z przedstawionego przez protestującego pisma Drektora Sądu Okręgowego w Zamościu z dnia 7 maja 2009 roku oraz z samej treści przystąpienia do protestu z dnia 14 maja 2009 roku wynika jednoznacznie, że dane podane przez przystępującego w wykazie wykonanych robót budowlanych, potwierdzone przez firmę „FLISBUD” nie znajdują potwierdzenia w istniejącym stanie faktycznym. Przystępujący nie wykonał bowiem robót budowlanych polegających na rozbudowie budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie w okresie od 7 września 2007 do 15 lutego 2009 roku. Roboty te są w toku, a ich zakończenie jest planowane we wrześniu 2010 roku.

W przystąpieniu do protestu przystępujący sam oświadczył, że wykonał roboty budowlane tylko w zakresie dobudowy skrzydła budynku prokuratury.

Wobec powyższego zamawiający stwierdził, iż w momencie dokonywania wyboru oferty przystępującego nie miał podstaw do uznania, że zakres robót budowlanych przedstawiony w wykazie wykonanych robót budowlanych obejmuje roboty niezakończone. Przystępujący tak sformułował wykaz, że wynika z niego jednoznacznie, iż w okresie od 7.09.2007 do 15.02.2009 wykonał samodzielnie całość robót pod nazwą „Rozbudowa

budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie”. Zamawiający nie miał podstaw, by inaczej traktować zakres przedmiotowy wykonanych robót, również z tego względu, że specyfikacja nie zawierała zapisu, że dopuszcza możliwość wykazania przez wykonawców również robót niezakończonych.

Zamawiający uznał, że przystępujący wprowadził go w błąd opisując wykonane roboty budowlane w sposób niezgodny ze stanem faktycznym, albowiem z treści wykazu wynikało jednoznacznie, że przystępujący wykonał do dnia 15 lutego 2009 roku całość robót budowlanych o podanym zakresie przedmiotowym. Oznacza to, że przystępujący nie spełnił wymaganego warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, co w konsekwencji powoduje konieczność wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz uznania jego oferty za odrzuconą, ponieważ informacje zawarte w wykazie wykonanych robót budowlanych oraz w referencjach miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W dniu 26 maja 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego wykonawca Marcin Flis wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu, że ten bezpodstawnie uwzględnił protest Firmy Budowlanej REM-BUD-I Bronisław Drag spółka jawna, wykluczył odwołującego się i uznał jego ofertę za odrzuconą i jednocześnie wybrał ofertę ww. spółki, przez co naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz inne, wskazane w uzasadnieniu przystąpienia do protestu i odwołaniu.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego się i uznania jego oferty za odrzuconą,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający błędnie przyjął, że roboty ujęte w wykazie wykonanych robót budowlanych przedstawionym przez odwołującego się są w trakcie realizacji. Odwołujący się nie jest generalnym wykonawcą inwestycji pn. „Rozbudowa budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie” W ramach tego zadania, na zlecenie Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego FLISBUD Stanisława Flisa, odwołujący się wykonał dobudowę jednego skrzydła w ramach rozbudowy istniejącego obiektu. Umowa, którą firma FLISBUD zawarła ze Skarbem Państwa – Sądem Okręgowym

w Zamościu, przewiduje szerszy zakres robót niż ww. rozbudowa, które FLISBUD sukcesywnie realizuje. Niemniej odcinek prac powierzony odwołującemu się został już przez niego wykonany. Odwołujący się nie zna szczegółów kontraktu łączącego firmę FLISBUD i sąd w Zamościu. Jednak nawet, jeśli inwestor nie odebrał robót wykonanych przez odwołującego się, nie zmienia to faktu, że zostały one zrealizowane i przyjął je generalny wykonawca. Jest zaś rzeczą wtórną, kiedy prace te zostaną przedstawione do odbioru inwestorowi.

Wobec powyższego odwołujący się stwierdził, iż stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu, iż zakres robót budowlanych przedstawiony w wykazie odwołującego się obejmuje roboty niezakończone nie jest oparte na prawdzie. Nie może przy tym zamawiający stwierdzić, że sformułowania wykazu sugerowały, że odwołującemu się powierzono całe zadanie. W załączonych referencjach wyraźnie jest mowa o robotach wykonanych w ramach inwestycji. Jeśli jednak zwroty te budziły wątpliwości zamawiającego, to powinien on być wezwać odwołującego się do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Odwołujący się zwrócił uwagę, że zamawiający sam przyznaje w rozstrzygnięciu protestu, że referencje nie muszą być wystawione przez inwestora zgadzając się, że wystarczające jest, jeśli w stosunku do podwykonawcy należyte wykonanie robót potwierdzi generalny wykonawca. Dlatego zaskakujące jest dla niego stanowisko, które zajął w kwestii żądania wykluczenia odwołującego się.

Pismem z dnia 28 maja 2009 roku, złożonym w dniu 4 czerwca 2009 roku, Firma Budowlana REM-BUD-I Bronisław Drąg Spółka jawna w Stalowej Woli, zgłosiła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, po stronie Zamawiającego. Przystępujący REM-BUD-I poinformował, że ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Oferta odwołującego się natomiast, z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz uznaniu jej za odrzuconą.

W przystąpieniu REM-BUD-I podtrzymał stanowisko wyrażone w proteście. Podniósł, iż referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe FLISBUD nic nie mówią na temat wykonania robót, które wg specyfikacji, powinny być zakończone do dnia 31 grudnia 2008 roku, jak również nie wskazują na zakres wykonanych robót. Nie wiadomo więc, czy odpowiadają one swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

Ponadto przystępujący REM-BUD-I stwierdził, iż w rozstrzygnięciu protestu z dnia 21 maja 2009 roku zamawiający słusznie wykazał, że wykaz wykonanych robót budowlanych, stanowiących załącznik do składanej oferty, jednoznacznie wskazuje, że zakres przedmiotowy robót stanowi rozbudowa budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie przy ul. Mjr. H. Dobrzyńskiego „Hubala” 7. Nie ma tam natomiast mowy, że jest to dobudowa jednego skrzydła budynku. Ponadto w tym samym załączniku Firma FLIS wskazała, że termin zakończenia robót upłynął 15 lutego 2009 roku, a rozdział V pkt 2a specyfikacji istotnych warunków zamówienia mówi, że *w okresie ostatnich pięciu lat (2004-2008), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną, jako Główny Wykonawca robót, odpowiadającą swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. o wartości netto co najmniej 3.000.000,00 PLN*, z czego wynika, że roboty budowlane na dzień 31 grudnia 2008 roku nie były zakończone.

Skład orzekający Izby na rozprawie z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron i przystępującego REM-BUD-I, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych ofert, nadto rozważył stanowiska stron złożone do akt sprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wnoszenia środków odwoławczych w niniejszej sprawie. Oferta odwołującego się zawiera bowiem najniższą cenę, co wobec przyjętego kryterium oceny ofert (cena – 100%) powoduje, iż oferta ta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyby odwołującego się nie wykluczono, a jego oferty nie uznano za odrzuconą.

U podstaw rozstrzygnięcia protestu legło przekonanie zamawiającego, iż odwołujący się wprowadził w błąd zamawiającego, albowiem nie wykonał robót budowlanych, polegających na rozbudowie budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie w okresie od 7 września 2007 roku do 15 lutego 2009 roku. Roboty te są bowiem w toku, a ich zakończenie jest planowane we wrześniu 2010 roku. Odwołujący się, w ocenie zamawiającego, tak sformułował wykaz, że wynika z niego jednoznacznie, iż w okresie od 7 września 2007 roku do 15 lutego 2009 roku wykonał samodzielnie całość robót pod nazwą „Rozbudowa budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie”.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego. Przedmiotowy wykaz należy bowiem czytać razem z dołączonymi do niego referencjami. Z treści referencji wynika natomiast, iż odwołujący się wykonywał dla wystawiającego referencje roboty budowlane **w ramach inwestycji** o nazwie: Rozbudowa budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie. Sformułowanie „w ramach inwestycji” nie może być interpretowane wyłącznie jako całość inwestycji. Określenie to wskazuje bowiem, iż wykonane roboty mieściły się w zakresie wskazanej inwestycji, tzn. mogły zarówno stanowić jego całość, jak i określoną, mniejszą część całości, nie mogły natomiast wykraczać poza wskazany zakres. Tym samym przedmiotowej referencji nie można zarzucić, iż zawiera dane nieprawdziwe. Jeżeli zaś zamawiający powziął wątpliwości co do treści referencji, obowiązany był, zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwać w wyznaczonym terminie do złożenia stosownych wyjaśnień.

Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, iż wykonawcy winni byli wykazać, że we wskazanym okresie „wykonali” określoną robotę budowlaną. Użycie formy dokonanej czasownika („wykonać”) jest równoznaczne z wykazaniem, że roboty te winny były zostać już zakończone, na dowód czego wykonawcy powinni byli dołączyć do oferty dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie. W ocenie Izby odwołujący się udowodnił, iż roboty budowlane, które wykonywał w ramach inwestycji „Rozbudowa budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie”, zostały zakończone, przez co spełnił ustanowiony przez zamawiającego warunek. Dowodem powyższego jest złożony do akt sprawy protokół końcowego odbioru robót z dnia 15 lutego 2009 roku, który potwierdza wykonanie zadania w części dotyczącej budowy budynku prokuratury, tj. części B inwestycji. Izba stwierdziła, iż fakt, że cała inwestycja pod nazwą „Rozbudowa budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Hrubieszowie” nie została jeszcze ukończona, nie ma wpływu na uznanie, że odwołujący się spełnił wymagany warunek. Izba jednocześnie zauważa, iż fakt nie zgłoszenia podwykonawców przez FLISBUD inwestorowi, na co wskazuje treść pism Sądu Okręgowego w Zamościu, ma tylko takie znaczenie, że wobec tych podmiotów inwestor nie ponosi solidarnej odpowiedzialności przewidzianej w art. 647¹ § K.c., a tym samym powoduje to zaostrenie odpowiedzialności odszkodowawczej generalnego wykonawcy wobec podwykonawcy. Jednakże ta okoliczność – w ocenie Izby – nie ma wpływu na ważność umowy pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a jego podwykonawcami.

Odnosząc się do podniesionego w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania zarzutu, iż odwołujący się winien był wykazać wykonanie do dnia 31 grudnia 2008 roku robót budowlanych o wskazanym rodzaju i wartości, Izba ustaliła, że zarówno z treści dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, w tym rozstrzygnięcia protestu, jak i z oświadczenia złożonego przez zamawiającego na rozprawie wynika, że

zamawiający nie kwestionował faktu, iż roboty zostały przez odwołującego się zakończone już w 2009 roku. W tej sytuacji Izba pozostawiła zgłoszony zarzut bez rozpoznania, powołując się na treść przepisów art. 184 ust. 5 ustawy Pzp. W myśl przywołanego przepisu czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Skoro zaś zamawiający, do którego przyłączył się wykonawca REM-BUD-I, uznał, iż odwołujący się spełnił warunek w zakresie terminu wykonania robót świadczących o posiadaniu stosownego doświadczenia, odmienne w tym zakresie stanowisko przystępującego nie może zostać uwzględnione.

Wobec powyższego uznać należy, iż zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego się z postępowania, a jego ofertę uznał za odrzuconą, przez co naruszył przepisy wskazane w odwołaniu.

Ponieważ Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, mające istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie należało uwzględnić, stosownie do treści art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).