

Sygn. akt: KIO/UZP 1158/09

WYROK
z dnia 23 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **KDI "Raba" Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o.o., 31-545 Kraków, ul. Mogilska 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademię Górniczo - Hutniczą im. Stanisława Staszica, 30-059 Kraków, Al. Mickiewicza 30** protestu z dnia 24 lipca 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Akademię Górniczo - Hutniczą im. Stanisława Staszica, 30-059 Kraków, Al. Mickiewicza 30 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **KDI "Raba" Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o.o., 31-545 Kraków, ul. Mogilska 4**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **4 559 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Akademię Górniczo -**

Hutnicza im. Stanisława Staszica, 30-059 Kraków, Al. Mickiewicza 30 na rzecz **KDI "Raba" Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o.o., 31-545 Kraków, ul. Mogilska 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **KDI "Raba" Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o.o., 31-545 Kraków, ul. Mogilska 4.**

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

I. W dniu 19.06.2009 r. Akademia Górniczo - Hutnicza im. Stanisława Staszica, Al. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji "Budowa Centrum Komputerowego (Informatyki) AGH - budynek dydaktyczny WEliE w Krakowie", i zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 17.07.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wykluczeniu z postępowania KDI "RABA" Przedsiębiorstwa Realizacji Inwestycji Spółka z o.o., ul. Mogilska 4, 31-545 Kraków (dalej: Odwołujący).

W dniu 24.07.2009 r. Odwołujący – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 31.07.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 5.08.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie (co następnie podtrzymał w odwołaniu) art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu braku referencji od Inwestora

Bezpośredniego i uznanie, że brak tego dokumentu jest równoznaczny z brakiem informacji o należyтым wykonaniu usługi.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, miałby on zwiększone szanse na uznanie jego oferty za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący miał załączyć "Wykaz pełnionych nadzorów + dok. potwierdzające ich zakres oraz informację, że roboty te zostały wykonane z należytą starannością" (str. 8/15 SIWZ)
2. Odwołujący do oferty załączył wykaz wykonanych usług (str. 40 oferty) oraz oświadczenie własne (str. 42 oferty), że usługa nadzoru została wykonana należycie. Załączył także protokół odbioru robót, z którego wynikało, że Odwołujący pełnił w przedsięwzięciu funkcję inwestora zastępczego, a roboty zostały wykonane zgodnie z umową i projektem.
3. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, i Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przedstawił oświadczenie Inwestora Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków-Balice Sp. z o.o. o wykonaniu usługi Inwestora Zastępczego dla zadania inwestycyjnego Modernizacja Przejścia Granicznego-Dostosowanie Terminalu Pasażerskiego MPL im. Jana Pawła II Kraków-Balice do przepisów Unii Europejskiej -Układ z Schengen - Etap II. W piśmie tym brak oceny wykonania usługi i dat jej rozpoczęcia i zakończenia.
4. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.
5. Wykonawca złożył protest, do którego załączył oświadczenie Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków-Balice Sp. z o.o. o innej treści, niż przedłożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, chociaż jest opatrzone tą samą datą i numerem, co pismo złożone w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zostało ono sporządzone na papierze firmowym (z logo Inwestora), jest opatrzone innym podpisem, zawiera pozytywną ocenę wykonania usługi oraz daty jej rozpoczęcia i zakończenia.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego skład orzekający stwierdził, że Odwołujący skutecznie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, zatem nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 3 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Rację ma Zamawiający, że aby uczynić zadość wskazówkom zawartym w SIWZ, w celu potwierdzenia posiadania odpowiedniego doświadczenia, należało przedstawić dokument pochodzący od osoby trzeciej (zatem nie wystarczyło samo oświadczenie Odwołującego). Takim dokumentem może być jakikolwiek dokument, wystawiony przez „inwestora” („zamawiającego” usługę), może to być tzw. „referencja” – to potoczne określenie „dokumentu potwierdzającego, że usługa została wykonana należycie” (mogą to być też inne dokumenty, nie będące referencjami w sensie ścisłym), o którym mowa w par. 1 ust. 2 pkt 2 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. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie).

Odwołujący nieprawidłowo wywodził, że nie musi być to dokument pochodzący od osoby trzeciej, a wystarczające w tym względzie jest jego własne oświadczenie.

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żąda wykazu (wykaz jest oświadczeniem wykonawcy co do „wartości, przedmiotu, dat wykonania [usług] i odbiorców”) oraz dokumentów potwierdzających, że „usługi zostały wykonane należycie” – skoro dokument ten ma potwierdzić (poświadczać) oświadczenie wykonawcy, to winien pochodzić od osoby trzeciej i w tym względzie nie zaistniały wątpliwości ani w piśmiennictwie, ani w doktrynie.

Odwołujący do oferty co prawda załączył dokument pochodzący od osoby trzeciej (protokół odbioru robót), ale potwierdzał on, że roboty (budowlane), zostały wykonane, a nie odnosił się do usługi (nadzoru), która miała być wykonywana przez Odwołującego.

Zamawiający postąpił zatem prawidłowo, wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący skutecznie dokument, którego dotyczyło wezwanie, uzupełnił – wystarczający do pozytywnej oceny statusu Odwołującego w postępowaniu (tj. do stwierdzenia, że spełnił on warunek udziału w postępowaniu), był dokument załączony do odpowiedzi z dn. 11.07.2009 r. na wezwanie Zamawiającego z dn. 10.07.2009 r. Dokument ten – z dnia 6.07.2009 r. – wystawiony przez Prezesa Zarządu

Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków-Balice Sp. z o.o., poświadczą, że Odwołujący wykonywał określony w nim zakres robót, a więc potwierdza dane zawarte w pozycji nr 1 wykazu załączonego do oferty. Zgodnie z Rozporządzeniem, dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, ma wyłącznie potwierdzać fakt ich wykonania (należytego), a nie wartość, zakres prac czy daty ich wykonania (informacje na ten temat zawarte są w wykazie i nie budzą wątpliwości Zamawiającego).

Zamawiający na rozprawie wskazywał, że w dokumencie złożonym w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, brak wyraźnego wskazania, że usługa już została wykonana i zakończona – jednak skład orzekający wziął pod uwagę, że w dokumencie użyto czasu przeszłego „Przedsiębiorstwo (...) wykonywało usługę Inwestora Zastępczego” – w związku z czym nie może być wątpliwości, że dokument dotyczy usługi już zakończonej, a reszta informacji (dokładne, co do miesiąca, daty wykonania usługi) wynika z załączonego do oferty wykazu. Skład orzekający zauważa również, że potwierdzenie wykonania usługi jest oświadczeniem wiedzy, a nie woli, dlatego niekoniecznie dokument taki musi być wystawiony wyłącznie przez osoby uprawnione do reprezentacji danego podmiotu. Sam fakt potwierdzenia wykonania określonych prac stanowi wyraz poświadczenia, że zostały one wykonane z odpowiednią starannością, w sposób co najmniej należyty, dlatego w treści „referencji” nie wymaga się żadnych ściśle określonych wyrażeń o pozytywnym zabarwieniu.

Skoro prawdziwość i treść dokumentu załączonego przez Odwołującego do pisma złożonego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów nie budzi wątpliwości, nie było podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem złożył on dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby nie ma znaczenia rozbieżność – zresztą tylko formalna – pomiędzy dokumentem przedłożonym Zamawiającemu w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, a dokumentem, z tej samej daty i o tym samym numerze (znaku) pisma, załączonym do protestu.

Jak zauważył Odwołujący na rozprawie, nie miał on wpływu na treść pisma, bowiem wystawcą dokumentu była osoba trzecia. Skład orzekający stwierdził, że nie ma sprzeczności merytorycznej pomiędzy oboma dokumentami, a jedynie dokument złożony później został uzupełniony o ocenę wykonanej usługi i o daty jej rozpoczęcia i zakończenia. Nie ma wątpliwości co do prawdziwości któregośkolwiek z tych dokumentów, a drugi z nich powtarza informacje, które już zostały zawarte w pozycji 1 wykazu załączonego do oferty (daty wykonania usługi). Wyżej już stwierdzono, że dokument potwierdzający wykonanie usługi jest niejako dopełnieniem informacji zawartych w wykazie i nie musi dokładnie odzwierciedlać wszystkich informacji zawartych tamże – o ile i Zamawiający i Wykonawca biorący udział w postępowaniu mają wpływ na szczegółowość i zakres danych podanych

w wykazie, to dokument potwierdzający wykonanie prac ujętych w wykazie pochodzący od osoby trzeciej jest trudny do ukształtowania pod kątem konkretnego postępowania (skonkretyzowanych wymagań Zamawiającego). Zarówno pierwsze pismo (przekazane Zamawiającemu w trybie przewidzianym przez art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych), jak i drugie (załączone do protestu) można było uznać za dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału.

Reasumując, skład orzekający stwierdził, że dokument załączony do protestu nie był przeszkodą w uznaniu, że wcześniej złożony dokument potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Wobec ustalenia, że potwierdził się zarzut niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów dojazdu Odwołującego na posiedzenie i rozprawę, zgodnie z Rozporządzeniem 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. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....