

Sygn. akt: KIO 1169/10

POSTANOWIENIE
z dnia 22 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron w dniu 22 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 11 kwietnia 2010 r. wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** adres do korespondencji: **ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Port Lotniczy Poznań - Ławica Sp. z o.o., ul. Bukowska 285, 60-189 Poznań**

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. Nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków adres do korespondencji: ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony przez Odwołującego wpis.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do postanowienia z dnia 22 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1169/10

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołań mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na *„Zaprojektowanie (w zakresie projektu wykonawczego) oraz wykonanie rozbudowy i modernizacji budynku terminala pasażerskiego Portu Lotniczego Poznań - Ławica”* – ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 75 - 112295 w dniu 17.04.2010 r.

W dniu 02.06.2010 r. faxem Port Lotniczy Poznań - Ławica Sp. z o.o., ul. Bukowska 285, 60-189 Poznań zwany dalej: *„Zamawiającym”* wezwał STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzewska 10, 05-800 Pruszków adres do korespondencji: ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań zwany dalej: *„STRABAG Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”* w nawiązaniu do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w ww. przetargu ograniczonym, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* do złożenia w terminie do dnia 11.06.2010 r., do godz. 13:00, brakujących lub wadliwych dokumentów (w tym oświadczeń) lub pełnomocnictw wyjustowanych poniżej. Jednocześnie wezwał także, aby złożył wyjaśnienia dotyczące oświadczeń lub dokumentów załączonych do wniosku, na okoliczność stypizowaną szczegółowo poniżej w 13 pkt, w dniu 09.06.2010 r. zrezygnował z pkt 13. W pkt 2 odniósł przywołane wezwanie także referencje dla poz. 8, 13, 14, 15, 16, 18, 24 stwierdzając, że nie potwierdzają one jednoznacznie spełnienia warunku, że obiekty wykonane zostały należycie. Wątpliwości budzą ogólne stwierdzenia, (że wykonawca np. realizował umowę operatywnie), zamiast jednoznacznego przesądzenia, że

wykonane zostały należycie. Zamawiający wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku opisanego w ogłoszeniu.

W dniu 11.06.2010 r. (wpływ bezpośredni do kancelarii Zamawiającego) STRABAG Sp. z o.o. dokonał uzupełnienia oraz wyjaśnień złożonego wniosku zgodnie z wezwaniem z 02.06.2010 r. zmienionym pismem z dnia 09.06.2010 r. Dokonał niniejszego do wszystkich wskazanych pkt za wyjątkiem pkt 2 (informacja zawarta w załączniku przesłanym wraz z pismem przewodnim w dniu 22.06.2010 r.).

W dniu 11.06.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) na podstawie art. art. 179 i art. 180 ust. 1 Pzp STRABAG Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynności oraz zaniechania, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wezwania Odwoływającego do uzupełnienia dokumentów, zaniechanie czynności wezwania Odwoływającego do wyjaśnień treści oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwoływający wnosi o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do uzupełnienia referencji dla pozycji nr 8, 13, 14, 15, 16, 18, 24 Wykazu, z uwagi na mylne uznanie, iż nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji,
- nakazanie powtórzenia czynności oceny wniosku Odwoływającego i załączonych do niego dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lub ewentualne nakazanie wykonania zaniechanej czynności wezwania Odwoływającego do wyjaśnienia czy wykazane w Wykazie pod poz. nr 8, 13, 14, 15, 16, 18, 24 realizacje, w stosunku do których zakwestionowano referencje, zostały wykonane należycie lub zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zdaniem Odwoływającego, ocena w/w dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu, jak również wskazane w treści pkt 2 wezwania z dnia 02.06.2010 r. Zamawiającego uzasadnienie dla tej oceny są niewłaściwe. W wyniku zakwestionowania w/w dokumentów referencji Zamawiający wezwał Odwoływającego do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co jest decyzją niewłaściwą. Narusza to bowiem treść powołanego art. 26 ust. 3 Pzp, jak również zasady określone w art. 7 ust. 1 Pzp. Stwierdził, że Polskie prawo nie definiuje sposobu przedstawiania oraz redakcji treści referencji. Brak jest legalnego wzoru takiego dokumentu. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz

form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) zwane dalej: „Rozporządzeniem”, które w § 1 ust. 1 pkt 2 nakazuje, aby załączone do wykazu dokumenty (referencje) potwierdzały, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone weszło w życie z dniem 31.12.2009 r. Wcześniej obowiązujące rozporządzenie z dnia 19 maja 2006 r., zawierało wymóg załączania dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie. Referencje składane w postępowaniu przetargowym mogą dotyczyć robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania wniosków, tj. także w okresie przed dniem wejścia w życie rozporządzenia i sam fakt odmiennej redakcji treści § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia nie wpływa i nie może wpływać na możliwość ich wykorzystywania. Taką tezę potwierdza także wykładnia UZP. Na oficjalnej stronie internetowej w rubryce „Pytania i Odpowiedzi dotyczące nowelizacji” na pytanie o treści: *Czy za „zgodne z zasadami sztuki budowlanej” i „prawidłowo ukończone” można uznać zamówienia, dla których referencje zawierać będą dotychczasowe sformułowanie „należycie wykonane”?* udzielona została poniższa odpowiedź Urzędu: *„Pojęcie „należycie wykonane” mieści w sobie zarówno określenie „zgodne z zasadami sztuki budowlanej” jak i „prawidłowo ukończone”. Wykonawcy będą mogli zatem posługiwać się referencjami zawierającymi dotychczasowe sformułowanie „należycie wykonane”. Ugruntowane orzecznictwo KIO w przedmiotowym zakresie potwierdza, że przy ocenie dokumentu referencji istotne jest przede wszystkim uznanie, czy dokument ten jednoznacznie potwierdza, iż zamówienie zostało wykonane zgodnie z umową, nie zaś literalna zgodność jego treści z brzmieniem rozporządzenia. Stanowisko takie, zostało wyrażone między innymi w wyroku KIO z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 281/08, wyroku KIO z dnia 24 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 334 i 335/08, wyroku KIO z dnia 9 września 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 889/08, wyroku KIO z dnia 27 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1105/08, jak również w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt: XII Ga 391/08.*

Odwolujący podniósł, iż załączone do Wykazu referencje potwierdzają oczekiwaną przez Zamawiającego, *„należyłą realizacją robót”*. Na każdej z zakwestionowanych przez Zamawiającego referencji, znajduje się informacja wskazująca, że prace zostały wykonane zgodnie z umową tj. należycie, a w szczególności:

- Referencja do poz. nr 8 Wykazu dotycząca budowy centrum handlowego Statgalerie (str. 66-67 wniosku) zawiera stwierdzenie: *„(...)z przyjemnością potwierdzamy zgodne z umową wykonanie opisanych poniżej prac budowlanych i zgadzamy się na opublikowanie do celów prekwalfikacji Państwa przedsiębiorstwa”* oraz datę odbioru 25.02.2009 r. - co oznacza, że budynek został odebrany.
- Referencja do poz. nr 13 Wykazu dotycząca budynku biurowego Konstanz (str. 81-84 wniosku) zawiera stwierdzenie: *„(...)z przyjemnością potwierdzamy zgodne z umową*

wykonanie opisanych poniżej prac budowlanych i zgadzamy się na opublikowanie do celów prekwalfikacji Państwa przedsiębiorstwa" oraz datę odbioru 28.11.2008 r. - co oznacza, że budynek został odebrany.

- Referencja do poz. nr 14 Wykazu dotycząca budynku akademii zawodowej w Mannheim - rozbudowa etap I (str. 85-86 wniosku) zawiera stwierdzenie: *„(...)z przyjemnością potwierdzamy zgodne z umową wykonanie opisanych poniżej prac budowlanych i zgadzamy się na opublikowanie do celów prekwalfikacji Państwa przedsiębiorstwa" oraz datę odbioru 30.09.2008 r. - co oznacza, że budynek został odebrany.*
- Referencja do poz. nr 15 Wykazu dotycząca Centrum Handlowego Galeria Miejska Heilbronn (str. 87-90 wniosku) zawiera stwierdzenie: *„(...)z przyjemnością potwierdzamy wykonanie poniżej wymienionych usług budowlanych, zgodnie z udzielonym zleceniem i wyrażamy zgodę niniejszą publikację w celach prekwalfikacyjnych Państwa przedsiębiorstwa" oraz datę odbioru 5.03.2008 r. - co oznacza, że budynek został odebrany.*
- Referencja do poz. nr 16 Wykazu dotycząca budowy nowego obiektu/przebudowy Alcatel Campus (str. 91-93 wniosku) zawiera stwierdzenie: *„ (...)z przyjemnością potwierdzamy wykonanie poniżej wymienionych usług budowlanych, zgodnie z udzielonym zleceniem i wyrażamy zgodę niniejszą publikację w celach prekwalfikacyjnych Państwa przedsiębiorstwa" oraz datę odbioru 30.06.2008 r. – co oznacza, że budynek został odebrany. Stwierdzenie „wykonanie poniżej wymienionych usług budowlanych" należy traktować na gruncie polskiego prawa, jako stwierdzenie wykonania umowy o roboty budowlane.*
- Referencja do poz. nr 18 Wykazu dotycząca New Headquarters Hyundai Motor Europę (str. 96-97 wniosku) zawiera stwierdzenie: *„(...) z przyjemnością potwierdzamy wykonanie poniżej wymienionych usług budowlanych, zgodnie z udzielonym zleceniem i wyrażamy zgodę niniejszą publikację w celach prekwalfikacyjnych Państwa przedsiębiorstwa" oraz datę zakończenia budowy, tj. marzec 2006. Ponadto Odwołujący oświadcza, iż budynek ten został odebrany bez usterek i jest użytkowany. Stwierdzenie „wykonanie poniżej wymienionych usług budowlanych" należy traktować na gruncie polskiego prawa, jako stwierdzenie wykonania umowy o roboty budowlane.*
- Referencja do poz. nr 24 Wykazu dotycząca budynku biurowego Ezone Bürogebäude Lassallestrasse (str. 126-129 wniosku) zawiera stwierdzenie: *„(...) Prace budowlane związane z poniższym projektem zgodnie z warunkami umowy, na wysokim poziomie technicznym i ku naszemu całkowitemu zadowoleniu" oraz datę zakończenia budowy sierpień 2006 (etap I) oraz kwiecień 2007 (etap II). Ponadto Odwołujący oświadcza, iż*

budynek ten został odebrany bez usterek i jest użytkowany. Stwierdzenie „*wykonanie poniżej wymienionych usług budowlanych*” należy traktować na gruncie polskiego prawa, jako stwierdzenie wykonania umowy o roboty budowlane.

Podniósł, że budzący wątpliwości Zamawiającego zwrot „operatywnie” znajduje się wyłącznie w referencjach do pozycji Wykazu nr 8, 13, 14, podczas, gdy Zamawiający zakwestionował także referencje z pozycji 15, 16, 18, 24 Wykazu, gdzie takiego wyrazu nie ma. Dodatkowo zauważył, że w referencjach do poz. Wykazu 8, 13, 14, zawarte jest stwierdzenie „*Z uwagi na operatywność wykazaną w trakcie realizacji tego projektu w każdej chwili z przyjemnością podjęlibyśmy dalszą współpracę z Państwa przedsiębiorstwem*”, a nie, że jak twierdzi Zamawiający, że „*realizował operatywnie*”. Na uwagę zasługuje także fakt, że wskazane w zdaniu poprzednim sformułowanie stanowi uzupełnienie informacji o wykonaniu robót zgodnie z umową, a nie podstawową treść referencji. Odnosząc się do samego znaczenia słowa „operatywnie” to zgodnie z definicją internetowego słownika języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN S.A. [<http://sjp.pwn.pl>] słowo „operatywny” oznacza tyle co „*działający energicznie, sprawnie i skutecznie*”, a więc określenie „operatywnie” będzie tożsame z określeniem „*działając energicznie, sprawnie i skutecznie*”, co niewątpliwie potwierdza prawidłowość wykonania powierzonego zadania. Zamawiający czytając przedstawione mu referencje skupił się na analizie słowa „operatywny” zamiast, jak wyżej wskazano, na jednoznacznie pozytywnej ocenie wykonanej umowy, o której wspomina każdy wystawca referencji. Odwołujący wskazał także na wyrok ZA z dnia 22.09.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2497/06.

Odwołujący podniósł także, iż wszystkie zakwestionowane referencje zostały wystawione na rynku wspólnotowym. Wystawcą wszystkich zakwestionowanych referencji byli zagraniczni inwestorzy, a ich adresatem zagraniczni wykonawcy robót budowlanych z obszaru Wspólnot Europejskich. Zdecydowanym przejawem naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest kwestionowanie wystawianych na obszarze Wspólnot Europejskich referencji poprzez podnoszenie braku w ich treści sformułowań typu: „*należyte wykonanie robót*”, „*należyte wykonanie zamówienia*”, czy „*wykonane robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie*”, którymi posługuje się polski ustawodawca. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania przetargowego, ale mogą być udzielane przez Inwestorów po zakończeniu realizacji danej inwestycji. Nie można oczekiwać od wykonawców, aby w każdym kraju składali referencje o innej treści, z uwagi na stosowane tam preferencje leksykalne odnośnie wyrażenia satysfakcji ze zrealizowanej umowy. Zamawiający, mając jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące przedstawionych mu dokumentów referencji, mógł wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień, czy roboty wykazane w tych dokumentach zostały wykonane należyście, jak również czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki

budowlanej i prawidłowo ukończone. Celowym i koniecznym w tej sytuacji było także zwrócenie się Zamawiającego o wyjaśnienie tychże wątpliwości odnośnie zakwestionowanych dokumentów, zamiast wezwania do ich uzupełnienia, a de facto do ich zmiany. Zastosowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia tych dokumentów wiąże się z koniecznością uznania, iż zawierają one błędy. Zamawiający wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów referencji nie wskazał takich błędów. Odwołujący oświadczył, iż wszystkie roboty budowlane, wskazane w kwestionowanym przez Zamawiającego Wykazie pod poz. nr 8, 13, 14, 15, 16, 18, 24, zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W dniu 11.06.2010 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania, na potwierdzenie tej okoliczności załączył dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu faxem oraz emailem.

Pismem z 21.06.2010 r., doręczonym do Prezesa KIO faxem tego samego dnia (potwierdzonym na piśmie w dniu 22.06.2010 r.), Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zawniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, z uwagi na fakt, że uwzględnił w całości zarzuty Odwołującego i wykonał żądania zawarte w odwołaniu. Zamawiający oświadczył, że po stronie Odwołującego, w terminie ustawowym, nie przystąpił żaden Wykonawca. Stwierdził również, że motywem jakim kierował się przy uwzględnieniu w całości żądań znajdujących się w odwołaniu (ergo unieważnieniu czynności polegającej na wezwaniu do uzupełnienia referencji dla pozycji ujawnionych w wykazie robót Strabag Sp. z o.o., jaki został załączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, w pozycjach opisanych pod numerami 8, 13, 14, 15, 16, 18, 24) był fakt, że niniejsze referencje uzyskane zostały przy realizacji inwestycji na rynku wspólnotowym, gdzie wystarczające jest, że stwierdzone w ich treści zostało, że zamówienia wykonane zostały zgodnie z umową. Notoryjnością bowiem jest, iż z żadnego przepisu prawa nie wynika jaka ma być stypizowana (minimalna) treść referencji, a stwierdzenie o należyтым wykonaniu zamówienia jest charakterystyczne w szczególności dla dokumentów uzyskiwanych na polskim rynku zamówień publicznych. Tym samym Zamawiający nie uznał za konieczne żądania od wykonawcy wyjaśnień na w/w okoliczność. Odpowiedź na odwołanie podpisał członek zarządu Grzegorz B.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 17.06.2010 r., żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało przekazane uczestnikom postępowania faxem w dniu 14.06.2010 r. (informacja zawarta w załączniku przesłanym wraz z pismem przewodnim w dniu 22.06.2010 r.).

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni zarzuty

odwołania w całości dotyczące pkt 2 wezwania z dnia 2.06.2010 r. (w pozostałym zakresie Odwołujący zastosował się do wezwania), wykona i powtórzy czynności zakwestionowane w prowadzonym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego oraz wykonał żądania zawarte w odwołaniu. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz uczynił zadość w całości żądaniu Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonych na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....