

Sygn. akt: KIO 801/11

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 kwietnia 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2011 r. przez LKJ-BUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Stęszewie

przy udziale wykonawcy – Spółdzielni Rzemieśniczej Wielobranżowej – SRW w Środzie Śląskiej - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża LKJ-BUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Stęszewie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez LKJ-BUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Stęszewie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Gospodarki Mieszkaniowej - Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z w Jelczu-Laskowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych (TBS-6 i TBS-7) w zabudowie bliźniaczej z wbudowanymi usługami, wraz z budową urządzeń i instalacji, przyłączy, parkingu, chodników oraz zagospodarowaniem terenów zielonych na działce nr 10/42 AM-34 przy al. Wolności w Jelczu-Laskowicach.

13 kwietnia 2011 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania. Wykonawca - LKJ-BUD sp. z o.o. w Stęszewie wniósł odwołanie, wobec czynności wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołanie wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 kwietnia 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - przez jego zastosowanie, w sytuacji, w której wszystkie informacje podane przez odwołującego w postępowaniu były prawdziwe;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - przez jego zastosowanie, w sytuacji, w której zamawiający nie udowodnił Odwołującemu, aby ten przedstawił informacje nieprawdziwe;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp - przez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp - przez dokonanie wyboru oferty, która przy założeniu bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia nie była ofertą najkorzystniejszą;

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał wykonania budynku o wymaganej kubaturze i wartości, potwierdzonego oświadczeniem inwestora lub stosownego organu administracyjnego, nie wymagał wykonania prac określonego rodzaju lub zakresu. Oceniał, że spełnił wymagania zamawiającego. Wskazał, że został wezwany do złożenia wyjaśnień treści oferty jednak bez sprecyzowania zakresu oczekiwanych wyjaśnień. Odwołujący podniósł, że zamawiający działał w wyniku pisma Spółdzielni Rzemieślniczej

Wielobranżowej - SRW w Środzie Śląskiej - wykonawcy którego ofertę uznał następnie za najkorzystniejszą - oraz po przeprowadzeniu nieokreślonego postępowania wyjaśniającego. Wskazał, że udzielił wyjaśnień, w ramach których wskazał, że inwestycja realizowana przez IBD Liberty Park sp. z o.o. sp. k. obejmuje całe osiedle budynków wielorodzinnych, wielokondygnacyjnych, mieszkalnych i usługowo-mieszkalnych, a w jej ramach wykonał jako generalny wykonawca jeden z budynków wielorodzinnych, wielokondygnacyjny o spełniającej wymagania kubaturze, przedłożył też umowę, harmonogram robót oraz protokół odbioru końcowego. Odwołujący wyjaśnił, że wykonywanym przez niego budynku nie położono jedynie struktury na ocieplenie, a to z uwagi na fakt, że nie przewidywała tego umowa z inwestorem. Położenie struktury na ocieplenie budynku realizowane jest na podstawie odrębnej umowy zawartej z IBD Liberty Park sp. z o.o. sp. k., którą również przedłożył. Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymaga, aby wykonane przez nich budynki miały oprócz ocieplenia także wykonaną strukturę na ociepleniu, to uznać należy, że zapis taki byłby co najmniej nieprecyzyjny. Argumentował, że wówczas zamawiający winien wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp do złożenia odpowiednio dokumentów lub wyjaśnień. Odwołujący podniósł, iż nie oświadczył, że wykonał strukturę na ociepleniu budynku, a nawet gdyby takie oświadczenie złożył, to wprawdzie byłoby ono nieprawdziwe, ale nie mogłoby być podstawą do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Spółdzielnia Rzemieślnicza Wielobranżowa - SRW w Środzie Śląskiej przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, że prace dotyczące budynku wskazanego przez odwołującego nie zostały zakończone – ocieplenie budynku nie zostało wykonane w całości, a prace dotyczące zagospodarowania terenu nawet nie zostały rozpoczęte, co uwidocznione zostało na dołączonych zdjęciach i wydrukach ze stron internetowych inwestora.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 marca 2011 r. pod pozycją 37316.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt V specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w pkt III.3.2. ogłoszenia o zamówieniu ustalił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia wymagając wykazania, iż w ciągu ostatnich 5 lat, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonawca zrealizował jako generalny wykonawca minimum jedno zamówienie w zakresie budowy wielorodzinnych, wielokondygnacyjnych budynków mieszkalnych lub mieszkalno - usługowych w technologii tradycyjnej o kubaturze nie mniejszej niż 6 400 m³ i wartości nie mniejszej niż 3 300 000 zł netto, udokumentowane pisemnym potwierdzeniem inwestora lub uprawnionego organu administracyjnego o jego wykonaniu zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i w umownym terminie (specyfikacja istotnych warunków zamówienia str. 4 oraz ogłoszenie o zamówieniu w aktach sprawy).

W celu wykazania spełniania przywołanego warunku wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia stosownego wykazu oraz załączenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych (pkt. VI.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia str. 4 oraz pkt. III.4.1. ogłoszenia o zamówieniu w aktach sprawy).

Izba uznała za całkowicie chybiony pogląd odwołującego, że wymagania zamawiającego dotyczą wyłącznie wartości i kubatury budynku. Przeciwnie, zamawiający w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wymagał zrealizowania budynku w charakterze generalnego wykonawcy, czyli wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jedynie ukończonymi robotami budowlanymi, których przedmiotem był wielorodzinny, wielokondygnacyjny budynek mieszkalny lub mieszkalno – usługowy wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i w terminie umownym.

Dostrzec należy, że § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane, pozwala na wykazanie się wyłącznie wykonanymi robotami budowlanymi. Inaczej stanowi odnoszący się do dostaw lub

usług § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia pozwalający na wykazanie wymaganych wiedzy i doświadczenia na podstawie dostaw lub usług będących w trakcie realizacji z zastrzeżeniem, że mają one charakter okresowy lub ciągły.

Art. 647 k.c. stanowi, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zgodnie natomiast z wymaganiami wynikającym z art. 55 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego przed przystąpieniem do użytkowania wielokondygnacyjnych budynków mieszkalnych lub mieszkalno – usługowych należy uzyskać pozwolenie na użytkowanie.

Zamawiający odpowiednio do powyższych przepisów i stosownie do ustalonego warunki udziału w postępowaniu wymagał w specyfikacji potwierdzenie wykonania budynku zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i w terminie umownym przez złożenie oświadczenia inwestora lub uprawnionego organu administracyjnego.

Zamawiający jest uprawniony do tego, aby swoje wymagania w stosunku do wykonawców opisać w ten sposób, że wymaga wykazania części robót budowlanych wchodzących w skład wykonania obiektu budowlanego – budynku wielorodzinnego, jeśli uzna, że jest to wystarczające dla wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Winno to jednak wynikać wprost z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w okolicznościach sprawy nie miało miejsca.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym została wskazana jedna robota „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Brzegu przy ul. Myczkowskiego” o wartości 4.000.000,00zł wykonywana w okresie IX.2009r.-XII.2010r. na rzecz IBD Liberty Park sp. z o. o. z siedzibą w Oleśnicy (str. 5 oferty).

Kubatura, wartość oraz wykonanie robót w wymaganym okresie nie są sporne. Kwestią sporną jest zakończenie realizacji budynku przez odwołującego.

Wraz z wykazem odwołujący złożył referencję z dnia 4 stycznia 2011r. wystawioną przez IBD Liberty Park sp. z o. o. (str. 6 oferty). Referencja wskazuje zakres wykonanych robót, w tym m. in. ocieplenie budynku, szereg innych prac ogólnobudowlanych oraz zagospodarowanie terenu. Zawiera również stwierdzenie, że zakres prac został wykonany zgodnie z dokumentacją techniczną i ustalonym harmonogramem.

Przystępujący w piśmie z 1 kwietnia 2011 r., oświadczył, że wskazany przez odwołującego budynek nie został ukończony, co poparł wykonanymi przez siebie zdjęciami z placu budowy

(w aktach sprawy) wykonanymi po terminie składania ofert, których prawdziwość nie została zakwestionowana przez odwołującego w czasie rozprawy.

Zamawiający powziął wątpliwość, co do prawdziwości informacji złożonych przez odwołującego i powołując się na art. 87 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień (pismo z 4 kwietnia 2011r. w aktach sprawy). Wskazał w treści wezwania, że z poczynionych przez niego ustaleń (zdjęcia z placu budowy, rozmowa z inwestorem) wynika, budowa budynku nie została jeszcze zakończona, gdyż prace budowlane na dzień otwarcia ofert jeszcze trwały, podczas gdy w specyfikacji zawarte zostało oczekiwanie zrealizowanego zamówienia.

Nie może ostać się pogląd odwołującego, że treść wezwania była niejednoznaczna. Zamawiający błędnie przywołał jedynie podstawę prawną swego działania – art.87 ust. 1 Pzp zamiast art. 26 ust. 4 Pzp, jednak precyzyjnie wskazał przyczynę, dla której żąda wyjaśnień i podał ich oczekiwany zakres.

W odpowiedzi z 7 kwietnia 2010r. odwołujący potwierdził, w ocenie Izby, iż w wykazie złożonym wraz z ofertą wskazany został budynek, który nie został ukończony. Powołał bowiem dwie umowy łączące go z inwestorem (w aktach sprawy) jedną z 23 marca 2010r. dotyczącą „wykonania robót budowlanych w celu wybudowania budynku wielorodzinnego w Brzegu przy ul. Myczkowskiego” wraz protokołem odbioru oraz umowę z 21 lutego 2011 r. dotyczącą wykonania struktury – elewacji na budynku wielorodzinnym oraz zagospodarowanie terenu w Brzegu przy ul. Myczkowskiego”, która nie została jeszcze wykonana. Nie można pominąć, że tak treść umowy z 23 marca 2010r. jak i załączone do dokumenty w żaden sposób nie wskazują na zakres wykonanych prac.

Ustalenia poczynione na podstawie przywołanych dokumentów są spójne ze stanem uwidocznionym na załączonych przez przystępującego zdjęciach, przedstawiających m.in. ocieplanie ścian budynku za pomocą styropianu, oraz z informacjami zawartymi na stronie internetowej inwestora powołanymi przy przystąpieniu. Odwołujący nie podniósł, iż prezentują one stan inny, niż istniejący w okresie przypadającym po terminie składania ofert. Fakt nie ukończenia budynku wynika również z treści referencji, złożonych wraz z ofertą która, wbrew twierdzeniom odwołania, nie zawiera stwierdzenia, o wykonaniu budynku zgodnie z zasadami sztuki budowlanej lub równoznacznego, a jedynie stwierdza należyte wykonanie wymienionych w nim prac.

Zamawiający oceniając uzyskane wyjaśnienia, zasadnie uznał, że oświadczenie zawarte w wykazie odwołującego, jak i w treści referencji jest niezgodne z rzeczywistością - budynek przy ul. Myczkowskiego w Brzegu o wymaganych przez zamawiającego cechach i parametrach nie został zrealizowany. Nie budzi też wątpliwości, że stan realizacji budynku nie odpowiada wymogom ustalonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, że nie ma żadnych przeszkód ku temu, by wykonawcy wykazywali wymagane doświadczenie na podstawie kilku umów łączących ich z inwestorem i dotyczących realizacji jednej inwestycji. Odwołujący mógłby na podstawie kilku umów wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt V specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i ile składałyby się one na realizację budynku, o cechach i parametrach wymaganych przez zamawiającego, a który odwołujący wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Trudno jest uznać, że wykonanie budynku ma miejsce w sytuacji, gdy w ramach ocieplenia budynku ściany pokryte zostały jedynie częściowo styropianem, z pominięciem struktury elewacji, chyba, że co innego wynika z projektu. Odwołujący nie przedstawił projektu, mimo że mógł i powinien był to uczynić, skoro zgodnie z art. 647 k.c. wykonanie umowy o roboty budowlane przez wykonawcę sprowadza się do oddania obiektu zgodnego z projektem, a odwołujący twierdził, że budynek w Brzegu został przez niego wykonany.

Zgodnie z art. 190 ust. 3 Pzp katalog dowodów które mogą powoływać strony na poparcie swoich twierdzeń lub dla odparcia stanowisk przeciwnika nie ma charakteru zamkniętego. Nie można zatem *a priori* odmówić mocy dowodowej żadnemu ze środków dowodowych powoływanych przez strony w czasie postępowania odwoławczego.

Art. 190 ust. 7 Pzp stanowi, że Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego.

Izba na podstawie oceny powołanych dowodów oraz po wysłuchaniu stanowisk stron i pełnomocników uznała, że odwołujący w wykazie wykonanych robót budowlanych złożył nieprawdziwe informacje - budynek przy ul. Myczkowskiego w Brzegu nie został ukończony. Odwołujący wykonał część prac, które zostały odebrane przez zamawiającego. Jednak wbrew wymaganiu specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz będącemu odpowiedzią na nie oświadczeniu odwołującego zawartemu w wykazie robót budowlanych, budynek nie został zrealizowany - ukończony.

Spełniona została zatem pierwsza z przesłanek zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Nieprawdziwe informacje złożone przez odwołującego mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Gdyby bowiem zamawiający uznał oświadczenie odwołującego za prawdziwe, odwołujący spełniłby warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta podlegałaby badaniu i ocenie. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert, zatem oferta złożona przez odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Izba uznała, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mogące lub mające wpływ na wynik postępowania. Zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania uniemożliwia zastosowanie przez zamawiającego trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp. Zatem wskazanie przez odwołującego na etapie udzielania wyjaśnień innych robót budowlanych, które hipotetycznie mogłyby spełnić wymagania zamawiającego, nie może odnieść zamierzonego skutku.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi samoistną przesłankę wykluczenia. Tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów stosowany być może jedynie w celu umożliwienia wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu usunięcia uchybień uniemożliwiających wykazanie, że stan ten istniał w dniu składania ofert lub wniosków. W żadnym razie art. 26 ust. 3 Pzp nie stosuje się dla zastąpienia informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania oświadczeniami lub dokumentami prawdziwymi.

Sanacja nieprawdziwego oświadczenia mającego wpływ na wynik postępowania jest niedopuszczalna.

Prezentowana wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wyłączenia w razie zaistnienia zawartych w nim przesłanek - możliwości stosowania art. 26 ust. 3 Pzp potwierdzona została w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia, zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oddaliła odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego. Brak jest podstaw do zasądzenia wynagrodzenia pełnomocnika jedynie na podstawie norm przepisanych. Zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) wynagrodzenie pełnomocnika stanowiące koszt strony, może być zasądzone w kwocie nie wyższej niż 3.600 zł i wyłącznie na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:.....