

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 10 września 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 sierpnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Urząd Miasta Jaworzno

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 sierpnia 2014 r., (znak: UZP/DKD/KND/48/12) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

***Zaprojektowanie i wykonanie ścianki wspinaczkowej w sali gimnastycznej w budynku Ogniska Pracy Pozaszkolnej w Jaworznie przy ulicy Inwalidów Wojennych***

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Grzegorz Matejczuk Aneta Młacka

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany Prezesem UZP), działając na podstawie art. 165 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Urząd Miasta Jaworzna w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie i wykonanie ścianki wspinaczkowej w Sali gimnastycznej w budynku Ogniska Pracy Pozaszkolnej w Jaworznie przy ulicy Inwalidów*

*Wojennych*, którego szacunkowa wartość została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 150.000,00 zł netto, stanowiącą równowartość 38 688,71 euro.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2014 r. Prezes UZP doręczył Zamawiającemu informację o wyniku kontroli, oznaczonej sygnaturą UZP/DKD/KND/48/12, w której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego

1. przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy Warawko s.c., który nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. należytego wykonania co najmniej 2 zamówień polegających na wykonaniu ścianki wspinaczkowej o powierzchni nie mniejszej niż 200 m<sup>2</sup> każda, wynikiem czego doszło do naruszenia zasad przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy), a także zasady legalizmu (art. 7 ust. 3 ustawy);
2. Przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez wezwanie wykonawcy Centrum Wspinaczkowe GATO C.M. do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji kiedy wykonawca ten potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w wykonaniu dokumentacji projektowej ścianki wspinaczkowej.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2014 r. Zamawiający zgłosił Prezesowi UZP umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli. W zastrzeżeniach odniósł się do wskazanego w pkt 2.1. informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 i odrzucenia jego oferty oraz zawarciu umowy z wykonawcą wybranym z naruszeniem ustawy.

Zamawiający odwołał się do definicji obiektu budowlanego wprowadzoną w art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, w świetle której rozbudowa ścianki wspinaczkowej znajdującej się w jednym miejscu (w tym samym budynku), posiadająca te same właściwości techniczne, funkcjonalne i użytkowe – jest budowlą tworzącą całość techniczno-użytkową. Powyższe potwierdzać ma również definicja robót budowlanych ujęta w art. 1 ust. 2 lit b Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, w której „zamówienia na roboty budowlane oznaczają zamówienia, których przedmiotem jest wykonanie (...) obiektu budowlanego, albo też realizacja za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez

instytucję zamawiającego. Przy czym pod pojęciem „obiekt budowlany” należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub technologiczną”. Okoliczność wykonania ścianki wspinaczkowej o powierzchni 240 m<sup>2</sup> potwierdziły post factum wyniki śledztwa prowadzonego przez Komendę Rejonową Policji w Jaworznie oraz Prokuraturę Rejonową w Jaworznie w sprawie podejrzenia popełnienia przestępstwa o oszustwo kapitałowe tj. o czyn z art. 297 § 1 kk.

Zamawiający nie zgodził się z oceną, jakoby wykonawca powinien był przedłożyć wraz z „referencjami” nowy wykaz wykonanych usług i robót budowlanych, a przesłanie tylko referencji (bez względu na ich treść) nie jest wystarczające do potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający oceniając spełnienie warunku zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku łącznie, tzn. badania informacji zawartych w wykazie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę.

Zamawiający wskazał, iż wykonując zadanie pn. Zaprojektowanie i wykonanie ścianki wspinaczkowej w Sali gimnastycznej w budynku Ogniska Pracy Pozaszkolnej w Jaworznie przy ul. Inwalidów Wojennych, wykonawca potwierdził zdobyte doświadczenie.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2014 r. znak: UZP/DKD/PWKZ/421/57(5)/14/PB(23962) KND/48/12 Prezes UZP zawiadomił Zamawiającego że podtrzymuję stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 sierpnia 2014 r., przekazanej przy piśmie nr UZP/DKD/PWKZ/421/57(6)/14/PB(23965) odnośnie wskazanego w punkcie nr 2.1. ww. informacji naruszenia ustawy Pzp, przekazując swoje stanowisko w dniu 28 sierpnia 2014 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Prezes UZP wskazał na różne znaczenie wykazu wykonanych robót budowlanych i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, przypisując podstawowe znaczenie wykazowi wykonanych robót. Prezes UZP wskazał na konieczność dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarówno w oparciu o wykaz, stanowiący oświadczenie wykonawcy, jak i oświadczenia podmiotów, na rzecz których wykonywane były roboty budowlane. W ocenie Prezesa Zamawiający nie miał podstaw prawnych do tego, aby uwzględnić uzupełnione dokumenty (listy referencyjne), które zostały złożone bez wykazu wykonanych robót budowlanych lub wykazu usług. Dodatkowo, oświadczenia wiedzy wystawcy dokumentu, potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia na wykonanie i zaprojektowanie ścianki, nie wskazują między innymi okresu realizacji zamówienia, co należy uznać za istotną informację z punktu widzenia możliwości oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Informacja taka, zgodnie ze wzorem wykazu wykonanych robót,

stanowiącym załącznik nr 4 do siwz, powinna znaleźć się w uzupełnionym wykazie robót budowlanych załączonym do uzupełnionego listu referencyjnego. Uznanie wyjaśnień w tej materii złożonych przez wykonawcę WARAWKO s.c., bez pisemnego wezwania Zamawiającego i po upływie terminu na dokonanie uzupełnienia dokumentów, tj. w dniu 17 listopada należy uznać za naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Prezes UZP odmówił uznania iż wskazane w wykazie w poz. 1 i 2 roboty budowy ścianek wspinaczkowych stanowiły jeden obiekt budowlany, na co nie pozwalały wątpliwości wynikające z niedokładnego określenia miejsca wykonania robót w wykazie, a także z wyjaśnień oraz listu referencyjnego, który dotyczy oceny usługi i wykonania zlecenia na zaprojektowanie dwóch ścianek wspinaczkowych o powierzchni łącznej 240 m<sup>2</sup> w listopadzie 2008 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia, miała na uwadze następujące okoliczności faktyczne i prawne.**

Zastrzeżenia odnoszą się do stwierdzonego w pkt 2.1. informacji o wyniku kontroli zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 4 ustawy, polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Warawko s.c., który pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania poprzez udzielenie zamówienia ww wykonawcy. W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt IV.1.1 siwz, tj. wykonania w okresie 5 lat przed wszyciem postępowania (...), co najmniej 2 zamówień, z których każde odpowiadało swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonanie ścianki wspinaczkowej o powierzchni nie mniejszej niż 200 m<sup>2</sup> każda, wykonawca Warawko s.c. przedłożył w ofercie wykaz wykonanych robót wraz z dokumentami mającymi potwierdzać należyte wykonanie prac. Wykaz obejmował trzy pozycje, w tym dwie pierwsze dotyczyły zamówienia realizowanego na rzecz EIGER Sp. z o.o. we Wrocławiu (rozbudowa ścianki o powierzchni 45 m<sup>2</sup> oraz rozbudowa ścianki o powierzchni 195 m<sup>2</sup>), a trzecia rozbudowy ścianki wspinaczkowej na Uniwersytecie Wrocławskim o powierzchni 188 m<sup>2</sup>. Załączone w ofercie referencje dotyczyły robót objętych pozycją pierwszą i drugą wykazy (rozbudowy ścianki wspinaczkowej zlecone przez Eiger Sp. z o.o.). Do oferty nie załączono dokumentu mającego potwierdzać należyłą realizację pracy z pozycji trzeciej wykazu. Zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy stwierdził, iż powierzchnia każdej z trzech wskazanych w wykazane robót budowlanych polegających na wykonaniu trzech ścian

wspinaczkowych jest mniejsza niż 200 m<sup>2</sup>. Poza tym Zamawiający zauważył, że remont ściany wspinaczkowej w obiekcie Uniwersytetu Wrocławskiego został zakończony w dniu 30 września 2009 r., a więc już po wszczęciu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia (ogłoszone w BZP w dniu 14.09.2009 r., nr 317044-2009).

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień wykonawca oświadczył w piśmie z dnia 28 października 2009 r., że *dwa listy referencyjne od firmy Eiger Sp. z o.o. dotyczące budowy ściany wspinaczkowej o powierzchni 45 m<sup>2</sup> oraz 195 m<sup>2</sup> prowadzone były w ramach jednego zlecenia. Umowa została poszerzona w trakcie o dodatkowe 45 m<sup>2</sup> odpowiednim aneksem.* Wykonawca wystąpił o uznanie tego jako jednego zadania. Do pisma załączone zostały 3 listy referencyjne dotyczące: wykonania w 2009 r. projektu nowej ściany wspinaczkowej w budynku Uniwersytetu Wrocławskiego na rzecz Szkoły Wspinania B.J. (pismo z dnia 10.09.2009 r.), wykonania w listopadzie 2008 r. zlecenia na zaprojektowanie dwóch ścianek wspinaczkowych o powierzchni łącznej 240 m<sup>2</sup> na rzecz Eiger Sp. z o.o. (pismo bez daty) oraz zaprojektowania i wykonania ścianki bulderowej o powierzchni 205 m<sup>2</sup> na rzecz Eiger Sp. z o.o. (pismo z listopada 2008 r.). W piśmie złożonym Zamawiającemu w dniu 17.11.2009 r., po upływie terminu na uzupełnienie/wyjaśnienie dokumentów, wykonawca oświadczył, że budowa ścianki bulderowej dla firmy Eiger Sp. z o.o. zrealizowana była w czasie od 1 lutego 2008 r. do końca listopad 2008 r.

Zamawiający w toku kontroli wskazał, że dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przyjął dwie referencje wystawione przez firmę Eiger Sp. z o.o., potwierdzające należyte wykonanie ścian wspinaczkowych w okresie od 01.03.2009 r. do 15.05.2009 r. o powierzchni 195 m<sup>2</sup> oraz w okresie od 1.07.2009 r. do 27.07.2009 r. o pow. 45 m<sup>2</sup>, co łącznie daje powierzchnię 240 m<sup>2</sup> wraz z wyjaśnieniami, iż prace zostały wykonane w ramach jednego zlecenia oraz potwierdzające należyte wykonanie ściany bulderowej o powierzchni 205 m<sup>2</sup>, wykonanej zgodnie z oświadczeniem wykonawcy w okresie od 1.02.2008 r. do 30.11.2008 r.

W przedmiotowym stanie faktycznym Prezes UZP uznał, iż z treści wykazu jak i referencji wynika, że roboty realizowane w ramach „jednego zlecenia” dotyczyły dwóch osobnych ścianek wspinaczkowych o powierzchni 195 m<sup>2</sup> i 45 m<sup>2</sup> z których powierzchnia żadnej nie przekracza 200 m<sup>2</sup>. Roboty te nie mogły zatem być wzięte pod uwagę dla pozytywnej weryfikacji doświadczenia wykonawcy, a jedynie list referencyjny dotyczący realizacji ścianki bulderowej o powierzchni 205 m<sup>2</sup> mógł być brany pod uwagę. Ponieważ list referencyjny nie zawierał wszystkich istotnych informacji, które powinny być zawarte w brakującym wykazie (brak informacji o okresie realizacji robót), nie było podstaw do pozytywnej weryfikacji doświadczenia wykonawcy, a uzupełnienie brakującej informacji po terminie wskazanym

przez Zamawiającego należy traktować jako złamanie zasady równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba uznała za zasadne wydanie opinii, w której podtrzymany został wynik kontroli w zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 2.1. informacji o wyniku kontroli, od którego wniesione zostały zastrzeżenia Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby, w okolicznościach ustalonych w sprawie, czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty wykonawcy WARAWKO s.c., w sytuacji w której wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego koniecznej wiedzy i doświadczenia, dokonana została z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 4 ustawy, a w konsekwencji z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Izba, odmiennie od Zamawiającego uznała, iż przedłożone przez tego wykonawcę w wyniku uzupełnienia dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku wykonania w okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu ścianki wspinaczkowej o powierzchni nie mniejszej niż 200 m<sup>2</sup> każda. Bezspornym w sprawie był, iż Zamawiający dokonał weryfikacji doświadczenia wykonawcy na podstawie zamówień realizowanych na rzecz Eiger Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, tj. z pominięciem prac realizowanych na Uniwersytecie Wrocławskim, które nie spełniały warunku pod kątem rozmiaru prac (188 m<sup>2</sup>).

Spornym w sprawie było ustalenie Prezesa UZP, który odmówił uznania prac dotyczących rozbudowy ścianki wspinaczkowej o powierzchni 195 m<sup>2</sup> oraz 45 m<sup>2</sup>, jako jednej roboty, a także zakwestionował możliwość dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wyłącznie w oparciu o treść uzupełnionych referencji (bez złożenia przez wykonawcę nowego wykazu robót), tym bardziej iż referencja dotycząca „drugiej” referencyjnej roboty nie zawierała niezbędnych informacji co do zakresu robót oraz terminu realizacji.

Odnosnie spornych zleceń związanych z rozbudową ścianki wspinaczkowej, potwierdzonej uzupełnionym listem referencyjnym obejmującym łączną powierzchnię dwóch ścianek wspinaczkowych, Izba uznała, iż w świetle niekwestionowanych postanowień siwz, nie było podstaw do odmowy przyjęcia jako jednej roboty, prac zlecanych w dwóch etapach. Prezes UZP w wynikach kontroli w ogóle nie odniósł się do tego elementu oceny, co Izba uznała jako okoliczność nie budzącą zastrzeżeń. Podstawę zarzutu w tym zakresie stanowiła ocena wyjaśnień wykonawcy wraz z treścią referencji, w których wystawca wskazywał na wykonanie dwóch ścianek, co zdaniem Prezesa oznaczało, iż każdą z nich należy oceniać oddzielnie. Powyższe wynikało również z okoliczności różnego oznaczenia miejsca wykonania robót w treści wykazu. Wydając opinię Izba była związana tym, że Zamawiający

w toku oceny oferty nie wyjaśniał z wykonawcą wątpliwości związanej z oznaczeniem miejsca wykonania zamówienia, raz określonego jako *Wrocław*, a raz jako *Wrocław, ul. Fabryczna 10/13*. Należy zauważyć, iż adres podmiotu zlecającego wskazany w dwóch pierwszych pozycjach wykazu jest identyczny z miejscem wykonania robót opisanym w pozycji drugiej. Izba uznała, iż wyjaśnienia wykonawcy z dnia 28.10.2009 r. były spójne zarówno z listami referencyjnymi załączonymi do oferty, jak i listem referencyjnym uzupełnionym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Listy referencyjne załączone do oferty sporządzone w tej samej dacie (20.07.2009 r.) wystawione zostały oddzielnie na rozbudowę ścianki wspinaczkowej o powierzchni 195 m<sup>2</sup> oraz rozbudowę ścianki wspinaczkowej o powierzchni 45 m<sup>2</sup>. Z treści tej drugiej wynika, iż przedmiotem zlecenia było wykonanie elementu *łączącego część istniejącą z nowo wybudowaną*, co uzasadniało przyjęcie iż prace prowadzone były w tym samym miejscu, co dodatkowo potwierdziła uzupełniona referencja wskazująca na łączną powierzchnię ścianek wspinaczkowych wynoszącą 240 m<sup>2</sup>. Treść dokumentów (referencji) nie dostarczała podstaw do tego aby zakwestionować oświadczenie wykonawcy, iż oba elementy prac były wykonywane w ramach jednego zlecenia, a tym samym zastrzeżenia Prezesa UZP w tym elemencie opierały się na subiektywnej ocenie dokumentów, dokonanej wybiórczo, tj. z pominięciem okoliczności wystawienia pierwotnych listów referencyjnych w tej samej dacie, a także ich treści. Pomimo, iż Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów, listy załączone do oferty nie powinny być pominięte przy ocenie, gdyż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie zastąpił prac wskazanych pierwotnie w wykazie w pozycjach 1 i 2, nowymi.

Niezależnie od uznania zastrzeżeń Zamawiającego w odniesieniu do „pierwszego” referencyjnego zamówienia, Izba uznała, iż Zamawiający dopuścił się wskazanego w informacji o wyniku kontroli naruszenia przepisów ustawy. Izba uznała, iż nie było możliwe, w oparciu o uzupełnione doświadczenie (wykonanie ścianki bulderowej o powierzchni łącznej 205 m<sup>2</sup>), pozytywne zweryfikowanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Słusznie bowiem Prezes UZP uznał, iż uzupełnienie po terminie wskazanym przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, informacji koniecznych dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie było możliwe, gdyż prowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odbiegając od rozstrzygnięcia, czy koniecznym było złożenie nowego wykazu robót, czy też ocena ta mogła zostać przeprowadzona w oparciu o treść listu referencyjnego, w ustalonym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości stwierdzenie, iż ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie mogła być dokonana w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy złożone po upływie terminu wskazanego na uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Faktycznie bowiem treść wyjaśnień z dnia 17.11.2009 r. zawierała informacje o terminie realizacji roboty wskazanej dodatkowo

przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, której nie podał on przy pierwszym i jedynym uzupełnieniu, do którego został wezwany przez Zamawiającego. Zamawiający w takiej sytuacji nie miał możliwości zwrócenia się ponownie o uzupełnienie dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, takie działanie oceniane jest negatywnie z punktu widzenia zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wykonawca z własnej inicjatywy skierował do Zamawiającego dodatkowe wyjaśnienia, które faktycznie należało uznać za dodatkowe uzupełnienie dokumentów dokonane poza procedurą uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy, a tym samym ocenić je jako bezskuteczne.

Uwzględniając powyższe, wykonawca WARAWKO s.c. nie wykazał się wykonaniem co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu ścianki wspinaczkowej o powierzchni nie mniejszej niż 200 m<sup>2</sup> każda.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....