

WYROK/POSTANOWIENIE*

z dnia 1 sierpnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Agnieszka Trojanowska
Członkowie:	Barbara Bettman Dagmara Gałczewska - Romek
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 29 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Strusia 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Międzyleski Szpital Specjalistyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Bursztynowa 2** protestu ~~protestów~~* z dnia 30 czerwca 2008r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy,

2. kosztami postępowania obciąża **Międzyleski Szpital Specjalistyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Bursztynowa 2** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Strusia 1**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Międzyleski Szpital Specjalistyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Bursztynowa 2** na rzecz **Przedsiębiorstwa Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Strusia 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00. gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Strusia 1**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i modernizację pomieszczeń w budynkach Międzyleskiego Szpitala Specjalistycznego w Warszawie w zakresie dokończenia modernizacji budynku „E” wraz z zaprojektowaniem i wykonaniem elementów techniczno-technologicznych zapewniających prawidłowe funkcjonowanie obiektu oraz dostawę i montaż wyposażenia pomieszczeń bud. „E” wszczął Zamawiający - Międzyleski Szpital Specjalistyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Bursztynowa 2 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 czerwca 2008r. za nr 137810 – 2008.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego www.mssw.pl w dniu 23 czerwca 2008r.

Na treść ogłoszenia i siwz w dniu 30 czerwca 2008r. złożyło protest Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Strusia 1- zwane dalej Odwołującym, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 – w skrócie ustawy) :

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) art. 22 ust. 1 ustawy przez redakcję warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 1 Pzp;
- 3) art. 22 ust. 2 ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 4) art. 23 ust. 3 i 4 ustawy przez żądanie załączenia umowy konsorcjum do oferty oraz określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykonawców działających wspólnie w sposób sprzeczny z brzmieniem ustawy;
- 5) art. 25 ust. 1 ustawy przez żądanie oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Odwołujący żądał unieważnienia postępowania, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 38 ust. 5 ustawy. W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że:

1) postawione przez Zamawiającego warunki odnoszące się do doświadczenia i wiedzy wykonawców zostały określone w sposób ograniczający konkurencję. Wskazał, że wszelkie roboty budowlane realizowane w służbie zdrowia są pokrywane przez jednostki ze środków pozyskiwanych w ramach dotacji i dofinansowań, bardzo rzadko występują tu roboty jednostkowe o dużych wartościach. W większości przypadków prace te dzielone są na etapy realizowane przez okres kilku lat. Podniósł, że prowadzenie robót budowlanych w budynkach służby zdrowia wymaga innego doświadczenia, niż w budynkach o innych celach przeznaczenia. Mimo to Zamawiający wymaga wykazania się tylko jedną robotą budowlaną o znacznej wartości 7 mln zł. bez określania rodzaju robót budowlanych, które zostaną przez niego uznane za odpowiednie do przedmiotu zamówienia. Takie działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego ogranicza konkurencję i utrudnia wybór zgodny z zasadą efektywnego wydatkowania środków publicznych. Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w siwz, że:

„O udzielenie zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1.1 posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności jeśli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;

1.2 posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

- wykonawca winien wykazać się co najmniej 1 robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł

- wykonawca winien wykazać się co najmniej 2 dostawy o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł

1.3 znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;

- wykonawca winien wykazać się wysokością posiadanych środków lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 9.000.000,00 zł

1.4 nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24

Podniósł, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno roboty budowlane, dostawy oraz usługi. Zamawiający postawił warunek w pkt. 1.2 SIWZ, część II - posiadania doświadczenia obejmującego minimum dwie dostawy o wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł., przy czym przedmiotem zamówienia jest m. in. dostawa wyposażenia, a w warunku nie zostało określone jaką dostawą i jaką robotą budowlaną ma się wykazać wykonawca, co powoduje, że warunek udziału spełnia budowa drogi czy energetycznej linii kablowej o wartości 7.000.000 zł, czy dostawa węgla kamiennego albo samochodów o wartości 2.000.000 zł. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak powiązania warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia oraz z dokumentem żądanym na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu przy jednoczesnym wysokim określeniu wymagań wartościowych. Nie można przyjąć, według Odwołującego, że uszczegółowieniem warunków jest określenie rodzaju dokumentów lub oświadczeń, które mają poświadczyć spełnianie tychże warunków, gdyż byłoby to niezgodne z przepisami ustawy. Stawianie kryteriów, co prawda odnoszących się do warunków określonych w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy, ale niedających się zweryfikować za pomocą dokumentów określonych rozporządzeniem, jest niezgodne z przepisami ustawy

2) Odwołujący ponadto wskazał, że zastrzeżenia budzą również zapisy umowy, która zgodnie z decyzją Zamawiającego stanowi element SIWZ. Zamawiający zobowiązał wykonawców do uzyskania w jego imieniu prawomocnego pozwolenia na użytkowanie, co według Odwołującego skraca czas realizacji zadania i uniemożliwia prawidłowe wykonanie zadania. Zamawiający określił jako nieprzekraczalny termin realizacji przedmiotu zamówienia dzień 15.11.2008 r. Odwołujący wskazał, że aby w terminie tym było możliwe uzyskanie pozwolenia na użytkowanie konieczne jest zakończenie wszelkich robót, wraz z przygotowaniem dokumentacji powykonawczej, w terminie maksymalnie do 30.09.2008 r. i to przy założeniu, że wszelkie urzędy (Państwowa Inspekcja Pracy, Państwowy Wojewódzki

Inspektor Sanitarny i Komendant Straży Pożarnej), biorące udział w postępowaniu o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, wydadzą odpowiednie decyzje w minimalnych terminach. Termin składania ofert upływa 15.07.2008r., co według Odwołującego oznacza, że to niemożliwym jest podpisanie umowy wcześniej niż w pierwszej dekadzie sierpnia. W związku z powyższym realny pozostały czas na realizację zadania to 2 miesiące. Ze względów technologicznych nie jest możliwe zrealizowanie zakresu robót objętych zamówieniem w tak krótkim terminie.

3) Dodatkowo Odwołujący zauważył, że przewiduje w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi się, że: „o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”, natomiast Zamawiający postawił warunek: „niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego i dysponowania osobami wykonania zamówienia” Według Odwołującego należy rozróżnić kwestię posiadania od kwestii dysponowania, i dlatego postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu jest sprzeczny z brzmieniem ustawy.

4) Odwołujący podniósł także, iż zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 2 ustawy Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a warunki postawione przez Zamawiającego pozostają z tym nakazem w sprzeczności, gdyż są wygórowane, nie gwarantują należytego wykonania zamówienia przez brak powiązania z przedmiotem zamówienia. Również warunek posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę 9.000.000 zł również w sposób nieuzasadniony ogranicza dostęp Wykonawców do uzyskania zamówienia, gdyż zabezpieczenie finansowe na tym poziomie pozostaje w sprzeczności z przewidzianą przez Zamawiającego możliwością rozliczeń częściowych. Nadto Zamawiający, wbrew wymogom rozporządzenia z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dyskryminuje Wykonawców, którzy posiadają swoje rachunki rozliczeniowe w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej.

5) Odwołujący wskazał, że art. 23 ust. 4 ustawy określa sytuację, w jakiej Zamawiający może żądać przedstawienia umowy konsorcjum. Postawiony w SIWZ wymóg załączenia jej do składanej oferty jest niezgodny z brzmieniem ustawy. Ponadto SIWZ nakłada obowiązek spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie w punkcie V na str. 6 SIWZ, co narusza art. 23 ust. 1 i 3 ustawy przede wszystkim w zakresie warunku posiadania doświadczenia czy udokumentowania posiadania

środków finansowych lub zdolności kredytowej. Narusza to zasady uczciwej konkurencji utrudniając dostęp do uzyskania zamówienia.

6) Również, zdaniem Odwołującego, Zamawiający sprzecznie z art. 25 ustawy postawił w SIWZ wymóg przedstawienia sprawozdania finansowego, koncesji oraz wykazu autoryzowanych punktów serwisowych. Dokumenty te są zbędne w postępowaniu. Zamawiający nie postawił żadnych warunków, których spełnianie mogłoby być dokumentowane przez przedstawienie sprawozdania finansowego, koncesji, czy wykazu autoryzowanych punktów serwisowych.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 9 lipca 2008r. uwzględniając go w zakresie zmiany zapisu § 2 pkt. 3 projektu umowy odstępując od wymogu pozyskania przez wykonawców pozwolenia na użytkowanie. W pozostałym zakresie Zamawiający protest oddalił z następującą argumentacją przywoływany przez Odwołującego nakaz zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty. Postawione warunki są adekwatne do przedmiotu zamówienia i Zamawiający uważał, że wymagając posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 9. 000.000,00 zł na całość, a nie jak Odwołujący zinterpretował na każdy z rodzajów osobno tzn. 9.000.000,00 zł na roboty budowlane oraz 9.000.000,00 zł na dostawy oraz wykazania się co najmniej jedną robotą budowlaną o wartości 7.000.000,000 zł i co najmniej dwoma dostawami o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00zł nie naruszył przepisów ustawy. Według Zamawiającego warunki postawione przez niego są ściśle powiązane z przedmiotem zamówienia i celem jaki przez zamówienie zamierza osiągnąć Zamawiający. Wskazane wysokości stanowią jedynie część wartości przedmiotu zamówienia. Na poparcie twierdzeń wskazał poglądy doktryny „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Zakamycze 2005” autorstwa M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski) oraz w wyroku ZA z 5 .07.2006r. (sygn. Akt. UZP/ZO/0-1909/06), a także zauważył, że z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wynika, że wymaganie wskazania wykonania zamówienia określonej wartości jest dopuszczalne. Zamawiający stwierdził, że z siwz wynika, iż wykonawcy mogą się również wspólnie ubiegać się o udzielanie zamówienia i w takim wypadku warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt. 1 i 3 ustawy dotyczące doświadczenia i posiadania środków finansowych mogą spełniać wspólnie Wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum. Zamawiający stanął na stanowisku, że powiązał warunki udziału z przedmiotem zamówienia, a ten dokładnie określił. Ponadto zgodnie z utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem zarówno Zespołu Arbitrów jak i Sądów Okręgowych, Zamawiający ma pełne prawo żądać aby Wykonawca wykazał się realizacją robót budowlanych czy dostaw odpowiadających swym rodzajem

przedmiotowi zamówienia. Zamawiający wskazał, że określenie warunków, tak jak oczekiwał tego Odwołujący, to jest robót stricte związanych z budynkami służby zdrowia jest niedopuszczalne, gdyż wyłącza z udziału w postępowaniu podmioty, które mają doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem a nie jak Protestujący proponuje miejscem. Wskazał także, że zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dlatego też opis przedmiotu zamówienia oraz załączniki opisują jakiego rodzaju jest przedmiotowe zamówienie. Ponadto ustawa pzp dopuszcza udzielanie zamówień wielorodzajowych o czym stanowi art. 6 ustawy. Odnośnie zarzutu żądania umowy konsorcjum Zamawiający podniósł, że nie żąda umowy regulującej współpracę lecz umowy konsorcjum określającej w szczególności sposób reprezentacji. Jego zdaniem żądanie takie jest uprawnione, gdyż co do zasady każdy z wykonawców działających wspólnie powinien złożyć wszelkie dokumenty potwierdzające spełnienie warunków, ale z drugiej strony należy dopuścić możliwość wspólnych oświadczeń wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Konieczne jest, według Zamawiającego, aby wszelkie dokumenty i oświadczenie były podpisane przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu wykonawcy (konsorcjum), a to uprawnienie wynika z upoważnienia lub umowy określającej reprezentację. Dokumentami zbędnymi w rozumieniu art. 25 ustawy są, zdaniem Zamawiającego, te które potwierdzają informacje nie wymagane przez Zamawiającego jak REGON czy NIP, jak i dokumenty finansowe przekraczające upoważnienie wynikające z przepisów wykonawczych lub rodzaju oświadczenia, np. o zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia i dokumentacją zamawiającego, o nie wnoszeniu zastrzeżeń do siwz, o uzyskaniu wszelkich informacji niezbędnych do przygotowania oferty, o kompletności oferty czy o odpowiedzialności oferenta za wadliwą ofertę. Zamawiający ma obowiązek badać dokumenty służące do potwierdzenia warunków podmiotowych. Nie jest jednak zabronione żądanie niewymienionych w rozporządzeniu dokumentów w innym niż ww. celu. Zamawiający podkreślił także, że wykonawca zawsze ma prawo złożyć dokumenty zgodne z przywołanym wyżej rozporządzeniem bez względu na zapisy SIWZ, a w razie wątpliwości może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie powstałych wątpliwości. To dotyczy także dokumentów ze SKOKu. Zamawiający dokonał także wykładni językowej słowa „posiadać”, które znaczy, zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego -Wydawnictwa Naukowego PWN – mieć jakieś możliwości, dysponować czymś, a nadto Zamawiający nie żądał przedstawienia wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń.

Odwołujący w dniu 14 lipca 2008r. wniósł odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia i podtrzymał wszystkie swoje zarzuty oraz twierdzenia wskazane w proteście. Wniósł o

unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy w związku z niemożliwością modyfikacji siwz w trybie art. 38 ust. 5 ustawy. Podniósł, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż wadliwie opracowana siwz i naruszające ustawę warunki uniemożliwiają mu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w ramach przedmiotowego zadania Zamawiający przewiduje wykonanie:

- 1) robót budowlanych określonych w dokumentacji projektowej;
- 2) usługi w postaci opracowania dokumentacji technicznych i kosztorysów dla Szpitala niedotyczących objętych postępowaniem robót budowlanych [...];
- 3) dostawy i montażu sprzętu oraz wyposażenia takich pomieszczeń jak Apteka Szpitalna, Laboratorium oraz pomieszczeń do Przyjmowania i Wydawania Bielizny do Pralni.

Zamawiający wszczął postępowanie, którego przedmiotem są usługi, roboty budowlane oraz dostawy sprzętu stanowiącego wyposażenie przedmiotowej inwestycji. Zdaniem Odwołującego analiza załączników nr 1 i 2 do Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie nasuwa wątpliwości, że będące przedmiotem zamówienia dostawy to nie są dostawy niezbędne do wykonania robót budowlanych. Przykładowo jest to wyposażenie takie jak meble (stoły, krzesła, fotele, regały), komputery, drukarki, wózki do przewożenia pojemników, chłodziarki, pojemniki na mydło, kosze itp. Takiej konfiguracji rodzajowej w łączeniu zamówień nie ma w art. 6 Pzp i Ustawa nie dopuszcza takiego połączenia. Takie połączenie bowiem, zważywszy na fakt, że Ustawa jest implementacją zarówno Dyrektywy 2004/18 jak Dyrektywy 2004/17 mogłoby spowodować usunięcie zamówień na dostawy zbędne do wykonania robót budowlanych z zakresu stosowania niektórych lub wszystkich przepisów Ustawy np. przez zamawiających sektorowych. To wadliwe połączenie trzech rodzajów zamówień spowodowało konieczność dokonania wyboru wykonawcy, który będzie posiadał zarówno doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych, usług projektowych i dostaw niekoniecznych do wykonania tych robót budowlanych, i ustalenia dla tego wykonawcy wymagań w postaci warunków udziału w postępowaniu. Określając rodzaj zamówienia, zapewne według większościowego udziału procentowego wartości robót budowlanych nad wartością dostaw i usług całe zamówienie, jako zamówienie na roboty budowlane zamawiający zobowiązany był do stosowania do jego udzielenia przepisów dotyczących robót budowlanych i dla robót budowlanych ustalać warunki udziału w postępowaniu. Ustalenie więc w postępowaniu o roboty budowlane warunku w postaci wykazania się co najmniej dwoma dostawami o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł każda jest – zdaniem Odwołującego – warunkiem określonym w sposób, który narusza uczciwą konkurencję. Wykonawcy nie mogą także na podstawie treści załączników 1 i 2 do Specyfikacji Technicznej się domyślać, czy w

postępowaniu na roboty budowlane mają się np. wykazać dostawą komputerów za 2.000.000 zł i osobno mebli za 2.000.000 zł, czy 2 zamówieniami mieszanymi trochę komputery, trochę meble i jeszcze trochę ruchome wyposażenie łazienek. Wskazał, że wartość dostaw w tym postępowaniu przekracza równowartość 133 000 euro, a Zamawiający łącząc zamówienie pozbawiał zarówno grupę wykonawców dostawców krajowych jak i wykonawców zagranicznych możliwości uzyskania informacji o tym zamówieniu, czym niewątpliwie również utrudnia dostęp do jego uzyskania.

Ponadto według Odwołującego wysokie określenie progów oraz brak powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia powoduje wyeliminowanie z kręgu grupy potencjalnych wykonawców firm mogących wykazać się realizacjami robót *stricto* związanymi z budynkami służby zdrowia, również o wartości 7 000 000 złotych, realizowanych w tym samym czasie, ale na kilku obiektach np. o wartościach 3-4 000 000 złotych.

Nadto, mimo tego, że Zamawiający w odpowiedzi na złożony protest na postanowienia specyfikacji dokonał zmiany odpowiedniego paragrafu wzoru umowy, to uwzględnił protest tylko częściowo. Z zakresu realizacji zadania wyłączył obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie, ale pozostawił konieczność uzyskania odbiorów dokonywanych przez organy kontroli technicznej, takie jak: Państwowa Inspekcja Pracy, Państwowy Wojewódzki Inspektor Sanitarny i Komendant Straży Pożarnej. Praktycznie wydłuża to okres realizacji zadania w stosunku do pierwotnie założonego zaledwie o około 2 tygodnie, gdyż tyle wynosi ustawowy termin dokonania odbioru przez Inspektora Nadzoru Budowlanego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: Przebudowa i modernizacja pomieszczeń w budynkach Międzyzyleskiego Szpitala Specjalistycznego w Warszawie w zakresie: dokończenia modernizacji budynku „E” wraz z zaprojektowaniem i wykonaniem elementów techniczno-technologicznych zapewniających prawidłowe funkcjonowanie obiektu oraz dostawą i montażem wyposażenia pomieszczeń bud. „E”.

W ramach tego zadania zamawiający przewiduje wykonanie:

- 1) robót budowlanych i mechaniczno-montażowych;
- 2) opracowania dokumentacji technicznych i kosztorysów
- 3) dostawy wyposażenia oraz dostawy i montażu sprzętu
 - zgodnie ze specyfikacją techniczną istotnych warunków zamówienia.

W pkt II.II.4 siwz Zamawiający określił termin realizacji zamówienia – nieprzekraczający do 15 listopada 2008r. Ten sam termin Zamawiający przewidział w specyfikacji technicznej istotnych warunków zamówienia w pkt VI.1. oraz w § 2 pkt 1 projektu umowy. Jednocześnie

w § 2 pkt 3 (prawidłowa numeracja powinna wskazywać na pkt 4) projektu umowy Zamawiający określił, co rozumie pod pojęciem zakończenia realizacji – pod tym pojęciem należy rozumieć datę podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót i bezusterkowych protokołów zdawczo-odbiorczych wyposażenia oraz przekazanie Zamawiającemu prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Wymóg pozyskania pozwolenia na użytkowanie wynika także z § 1 pkt. 2.13 projektu umowy.

Wartość szacunkowa zamówienia została przez Zamawiającego określona w protokole postępowania ZP-2 na kwotę 9 750 000zł., co stanowi równowartość 2 514 766,16 euro.

Zamawiający wymagał w siwz w pkt IV.1.2, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

- wykonawca winien wykazać się co najmniej 1 robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 7 000 000zł.,
- wykonawca winien wykazać się co najmniej 2 dostawy o wartości nie mniejszej niż 2 000 000zł.

W pkt IV.13 siwz zawarł wymóg, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia:

- wykonawca winien wykazać się wysokością posiadanych środków lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 9 000 000zł.

W pkt V. Zamawiający zawarł wykaz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i wymienił w nim m. in. :

- w pkt 4 koncesję, zezwolenie lub licencję, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym zwanym dalej „zamówieniem”,
- w pkt 8 informację banku, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. – wykonawca winien wykazać się wysokością posiadanych środków lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 9 000 000zł.
- w pkt 11 wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, 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 dat i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów

potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie. - wykonawca winien wykazać się co najmniej 1 robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 7 000 000zł.,

- w pkt 12 wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw, , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości oraz dat i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie. - wykonawca winien wykazać się co najmniej 2 dostawy o wartości nie mniejszej niż 2 000 000zł.
- w pkt 15 wykaz autoryzowanych punktów serwisowych (nazwa, adres, tel/fax) rozmieszczonych na terenie Polski.

W tym samym pkt V siwz Zamawiający zapisał, że w przypadku przystąpienia do postępowania konsorcjum, dodatkowo wymagane są:

- umowa konsorcjum określająca: wspólny cel gospodarczy, strukturę wewnętrzną konsorcjum, w szczególności sposób reprezentowania na zewnątrz (lidera konsorcjum), udział w zyskach i stratach, czas trwania konsorcjum, zakres uprawnień i obowiązków,
- pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu (lidera konsorcjum).

Zapisano także: konsorcjum jest zobowiązane do spełniania takich samych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak wykonawcy występujący samodzielnie.

W formularzu cenowym poz. 92 wskazano procesor Pentium ® C2D, drukarkę HP 3005, a w parametrach wyposażenia apteki szpitalnej poz. 15 procesor Pentium ® C2D, poz. 17 procesor Pentium ® C2D, poz. 10 min. Procesor Intel Core 2 Duo 2330 Mzh, poz. 2 1 procesor Dual Core AMD Operon 2214, 2,2 GHz, 2x1 Mb Casche, 68 W.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania, wyjaśnień Zamawiającego do siwz, umowy o dotację, informacji zamawiającego o unieważnieniu postępowania znak pisma SZPM-ZP/411/59/08 .

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 6 ustawy w związku z art. 29 ust. 2 ustawy poprzez niedopuszczalne połączenie zamówienia na dostawy zbędne do wykonania robót budowlanych z robotami budowlanymi.

Zarzut nie był podniesiony w proteście. Tym samym z mocy art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy nie może być przedmiotem rozpoznania Izby. Na marginesie jednak Izba zauważa, w doktrynie nie ma zastrzeżeń co do możliwości łączenia różnego rodzaju zamówień mimo, że art. 6 Pzp odnosi się tylko do zamówień wielorodzajowych łączących w sobie tylko dwa rodzaje zamówień. Przepis art. 6 Pzp określa jak należy postępować gdy wystąpią przypadki tam ściśle określone. Jednak zasadnicze znaczenie do określenia przedmiotu zamówienia mają art. 29-35 Pzp. Jak wynika z publikacji „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod redakcją Tomasza Czajkowskiego str. 74 cyt. „W tych ostatnich [art. 29-35 Pzp] unormowano zasady oznaczania przedmiotu zamówienia i ustalania jego szacunkowej wartości. Przepisy tych artykułów należy zastosować w pierwszej kolejności bowiem przy ich pomocy możliwe jest zdefiniowanie zakresu każdego rodzaju zamówienia wielorodzajowego (dostaw, usług, robót budowlanych) oraz ich szacunkowej wartości. Dopiero po takim zabiegu można stosować art. 6. Reguły kolizyjne zawarte w tym artykule mają zastosowanie wyłącznie do postępowania o zamówienie, w żaden sposób nie determinują natomiast kwalifikacji umowy o zamówienie wielorodzajowe – umowę tę należy kwalifikować jako tzw. umowę mieszaną, nie zaś jako umowę typową (o roboty budowlane, sprzedaży, dostaw etc.)”. Izba na podstawie zestawienia kosztów budowy budynku „E” ustaliła, że łączna wartość kosztów wyposażenia wynosi 2 845 000zł. Zamawiający nie przeprowadził rozbicia wyposażenia na dostawy związane z robotami budowlanymi i inne dostawy przy szacowaniu wartości szacunkowej zamówienia jak również nie wprowadził podziału mebli i urządzeń na te, które są przeznaczone wyłącznie do użytku szpitalnego jak i mebli i urządzeń biurowych. W sporządzonych kosztorysach występują licznie sprzęty, które mogłyby być przedmiotem obrotu przez większość firm meblowych czy oferujących sprzęt elektroniczny przykładowo należy wskazać na zestawy komputerowe, drukarki, sofy, wieszaki, regały biurowe, biurka pod komputery, telefony bezprzewodowe, dozowniki do mydła, podajniki ręczników papierowych, krzesła, stoły konferencyjne, szafy, blaty, szafki z szufladami, tablice ścieralne, lampki biurkowe, szafy na akta, lustra, drabiny kosze, stelaże na worki, apteczki, gaśnice, koce, taborety, umywalki, stoliki, lodówki, szafki kuchenne . Wśród urządzeń i sprzętu wyłącznego zastosowania wymienić należy regały na leki, higrometr i termometr elektroniczny, regał na chemikalia, waga elektroniczna apteczna, urządzenie do sporządzania maści, natrysk ratunkowy do ciała, wózek do dezynsekcji, dygestorium, dokręćka zakrętek, wózek do transportu butelek umieszczanych w koszach do sterylizacji, komora laminarna, elektryczne urządzenie do mycia butelek, płuczka do butelek, sterylizator na suche i gorące powietrze, suszarka, chłodziarka specjalistyczna do leków, wirówka laboratoryjna, rotor horyzontalny, adaptory do rotora, inkubatory. Znaczna zatem część wyposażenia w szczególności wyceniona przez Zamawiającego jako wyposażenie laboratorium, apteki, segregacji bielizny, piwnicy i ogólne budynku nie stanowi sprzętu i

wyposażenia sensu stricte medycznego czy niezbędnego do wykonania robót budowlanych. Zamawiający przeprowadził rozeznanie rynku wyposażenia przed wszczęciem postępowania w sprawie, jednakże brak jest w dokumentacji informacji o wynikach rozeznania cenowego i wskazania, które ceny zostały przyjęte przez Zamawiającego do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, jak również pisma sporządzonego przez Zamawiającego samodzielnie obejmującego pełny wykaz sprzętu do wszystkich pomieszczeń, na podstawie którego można byłoby ustalić jakie kwoty Zamawiający zamierza wydatkować na sprzęt stricte medyczny i sprzęt związany z robotami budowlanymi, a jakie kwoty na inny sprzęt biurowy. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Wskazać należy, że mimo braku wprost wyartykułowanego zakazu łączenia zamówień różnych rodzajów, nie oznacza to, że łączenie nie może być uznane za niedopuszczalne. Wadliwym łączeniem różnych przedmiotów zamówienia w sytuacji połączenia robót budowlanych, dostaw u usług z usługami niepriorytetowymi – art. 5 ust. 3 ustawy, jak również w przypadku takiego łączenia usług i dostaw z robotami budowlanymi, które nie mogą być uznane za mieszczące się w definicji art. 6 ust. 1 – 4 ustawy, które prowadziłyby do naruszenia przepisów o ogłoszeniach, terminach składania ofert, okresie związania ofertą oraz obowiązku żądania wadium. W takiej sytuacji postępowanie dotknięte byłoby wada nieważności z mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy. Wobec jednak nieudowodnienia przez Odwołującego faktu, iż dostawy wyposażenia niezwiązanego z robotami budowlanymi przekraczają równowartość 206 000 euro, Izba nie przychyliła się do zarzutu Odwołującego i oddała ten zarzut.

1b. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy i art. 22 ust. 2 ustawy poprzez określenie warunku udziału to jest żądania wykazania się 2 dostawami o wartości co najmniej 2 mln. zł. w postępowaniu na robotę budowlaną

Jak wynika z treści § 1 ust. 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. Nr 87, poz. 605) w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać każdego z wymienionych w tym przepisie dokumentów, a nawet może żądać wszystkich tych dokumentów w jednym postępowaniu. Wyliczenie wszystkich punktów (od pkt 1 do pkt 6) tego ustępu należy traktować jako alternatywę nierozłączną. Definicja tej alternatywy jest przedstawiona np. w „Logika dla prawników. Słownik encyklopedyczny” Wydawnictwo LexisNexis 2004 str. 11, cyt: „alternatywa nierozłączna (zwykła) — 1. zdanie utworzone z innych zdań za pomocą funktora prawdziwościowego „v”; zdanie złożone z dwóch zdań połączone spójnikiem „v” (czytany jako „lub”) jest prawdziwe wtedy, gdy przynajmniej

jedno ze zdań składowych jest prawdziwe, a fałszywe, gdy oba zdania są fałszywe; a.n. [alternatywa nierozłączna] składająca się z trzech lub większej liczby zdań jest prawdziwa wówczas, gdy przynajmniej jedno z nich jest prawdziwe, fałszywa zaś, gdy fałszywe są wszystkie składające się na nią zdania; zdania wchodzące w skład a.n. [alternatywy nierozłącznej] są nazywane składnikami.”.

Zamawiający jest obowiązany na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp lub uprawniony na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp, zależnie od wartości zamówienia, do żądania dokumentów potwierdzających spełnienie sprecyzowanych przez siebie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z przytoczonym rozporządzeniem zamawiający nie może żądać na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu innych niż wymienione w rozporządzeniu dokumentów. Jednak zamawiający musi żądać przynajmniej jednego z wymienionych w ww. rozporządzeniu dokumentów. Ponadto zamawiający może żądać złożenia w ofercie każdego z tych dokumentów, a nawet może zażądać załączenia do oferty wszystkich wymienionych w rozporządzeniu dokumentów. Przepisy nie ustanawiają w tym względzie żadnych ograniczeń. Biorąc pod uwagę, że wartość dostaw określona przez Zamawiającego we wniosku o dotację wynosi 2 845 000zł., żądanie wykazania się doświadczeniem w zakresie 2 dostaw o wartości co najmniej 2 mln. zł. jest wartościowo adekwatne do przedmiotu zamówienia i nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 2 i art. 22 ust. 2 ustawy.

1c. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt. 2 i art. 22 ust. 2 ustawy poprzez niesprecyzowanie warunku posiadania doświadczenia w dostawach o wartości co najmniej 2 mln. zł. i nie określenie rodzaju dostawy, którą należy się wykazać na potwierdzenie spełniania warunku.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba wskazuje, że dostawy objęte przedmiotem zamówienia dotyczą urządzeń sanitarnych np. zlewów, umywalek, sanitariatów, a więc urządzeń niezbędnych do wykonania roboty budowlanej – modernizacji budynku E, ale także dotyczą wyposażenia medycznego takiego jak higrometr i termometr elektroniczny, regał na chemikalia, waga elektroniczna apteczna, urządzenie do sporządzania maści, natrysk ratunkowy do ciała, wózek do dezynsekcji, dygestorium, sterylizator, wirówka, rotor, nadto mebli biurowych jak biurka, szafy, regały, krzesła, stoły, taborety i wreszcie zestawów komputerowych w tym stacji roboczych, ekranów, drukarek, klawiatur, myszek. W tej sytuacji wykonawcy mogą się jedynie domyślać jakie dostawy Zamawiający uzna za odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Warunek dopuszczenia do udziału w postępowaniu powinien być określony jednoznacznie, gdyż przesądza on o dostępie do zamówienia publicznego, a jego wadliwe określenie może ograniczać konkurencję. Twierdzenie Zamawiającego, że rodzaj zamówienia został określony za pomocą opisu

przedmiotu zamówienia jest błędne. Wobec wielorodzajowości zamówienia na wyposażenie wskazanej powyżej nie sposób przesądzić czy zrealizowana dostawa mebli biurowych wraz z zestawami komputerowymi o wartości 2 mln. zł. zostanie uznana przez Zamawiającego za odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia, czy wszystkie typy wyposażenia być zrealizowane w jednej wykazywanej dostawie, czy też wystarczające będzie wykazanie się doświadczeniem w dostawie sprzętu medycznego, czy dostawie armatury łazienkowej. Brak sprecyzowania warunku należy uznać za naruszenie przepisów postępowania – art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 22 ust. 2 ustawy i art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy. Wadliwe określenie warunku wpływa na zachowanie zasady uczciwej konkurencji, a więc stanowi także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy i ma wpływ na wynik postępowania ograniczając krąg podmiotów, które będą ubiegały się o udzielenie zamówienia. Biorąc to pod uwagę należy stwierdzić, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy i w związku z art. 38 ust. 5 ustawy.

1d. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt. 2 i art. 22 ust. 2 ustawy poprzez niesprecyzowanie warunku posiadania doświadczenia w dostawach o wartości co najmniej 2 mln. zł i nieokreślenie czy suma dwóch dostaw ma stanowić łącznie wartość 2 mln. zł., czy też Zamawiający oczekuje wykazania się doświadczeniem w realizacji dwóch dostaw o wartości co najmniej 2 mln. zł. każda

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Podobnie jak w rozważanym powyżej zarzucie z pkt. 1c niedookreślenie przez Zamawiającego, jakiej wartości dostawami ma wykazać się wykonawca, stanowi naruszenie art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy. Wykonawca ma prawo mieć uzasadnione wątpliwości czy posiadając doświadczenie w dostawie mebli dla dwóch kontrahentów o wartości 500 000zł. i 1 800 000zł. spełni wymóg Zamawiającego, czy też będzie mógł brać udział w postępowaniu, o ile wykaże się dwoma dostawami wyposażenia: jedną na 2 100 000zł., a drugą na 2 034 000zł. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności, co do spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu. Nadto niejednoznaczne zapisy siwz mogą prowadzić do sporów na dalszym etapie postępowaniu, kiedy dopiero podczas oceny ofert ujawni się rzeczywista wola Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie postępowania z należyłą starannością i jasne, precyzyjne formułowanie swoich oczekiwań i adresowanie zamówienia do podmiotów będących w stanie je wykonać. W przypadku warunków udziału w postępowaniu, jako wyznaczników dostępności do zamówienia nie można pozostawić swobody interpretacyjnej wykonawcom. Tym samym Izba stwierdza, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy i w związku z art. 38 ust. 5 ustawy.

1e. zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 22 ust. 2 ustawy poprzez określenie wygórowanego warunku wykazania się doświadczeniem w realizacji robót budowlanych to jest wykazanie się 1 robotą budowlaną o wartości co najmniej 7 mln zł.

Zamawiający w specyfikacji żąda ogólnie wykazania wykonania *odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia [...] co najmniej 1 robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 7.000.000 zł* – część V ust. 11 specyfikacji. Dlatego do wykazania spełnienia warunku, zgodnie z częścią V ust. 11 specyfikacji, powinno wystarczyć wykazanie wykonania roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 7.000.000 zł. Wartość szacunkowa zamówienia na same roboty budowlane ustalona przez Zamawiającego we wniosku o dotację została określona na kwotę 9 054 677zł. netto Tym samym Zamawiający postawił warunek mniej wygórowany niż przedmiot zamówienia. Jednocześnie Zamawiający oświadczył na rozprawie, że sam w ostatnim okresie czasu udzielił około 6-7 zamówień na roboty budowlane o podobnej wartości. Zamawiający ma prawo postawić warunek adekwatny do przedmiotu zamówienia ograniczający dostęp do tego zamówienia do kręgu podmiotów mających doświadczenie w realizacji inwestycji odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Takie określenie warunku jest dopuszczalne, gdyż zwiększa gwarancję dla Zamawiającego, że udział w organizowanym przez niego postępowaniu wezmą wykonawcy mogący zrealizować zamówienie. Odwołujący nie wykazał, że postawienie takiego warunku nie jest adekwatne do rodzaju i wartości przedmiotu zamówienia. Samo wskazanie, że podmioty mające doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych w zakresie służby zdrowia, mogą nie móc wziąć udziału w postępowaniu z uwagi na niezrealizowanie w tym sektorze rynku zamówień o wysokiej wartości, bez poparcia tego twierdzenia dowodami nie pozwala na uznanie, że Zamawiający naruszył prawo.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do zarzutu Odwołującego i oddała ten zarzut.

2. zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez postawienie warunku posiadania potencjału technicznego wbrew literalnemu brzmieniu art. 22 ust. 1 pkt 2, który wskazuje na dysponowanie potencjałem technicznym

Zamawiający nie może stawiać warunków udziału w postępowaniu w sposób dowolny, a musi stosować się do unormowań art. 22, art. 25 i art. 26 Pzp. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp daje uprawnienie do ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy m.in. dysponują potencjałem technicznym. Zgodnie z tym przepisem nie można wymagać, aby wykonawca posiadał potencjał techniczny. Zgodnie z art. 14 Pzp do

czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.¹⁾), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W związku z tym, że art. 336 Kc precyzyjnie definiuje w przedmiotowym zakresie wyraz posiadanie, zamawiający nie może posługiwać się innymi definicjami.

Podobnie sprawa jest przedstawiona w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji” Michał D. Bubnowski Wydawnictwo BECK 2007 str. 70, cyt.: „[...] zadaniem wykonawców jest zapewnienie wymaganego do realizacji zamówienia potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia publicznego, tym bardziej że osób tych wykonawca posiadać przecież nie może. Przez owo dysponowanie rozumieć należy zdolność wykonawcy do decydowania o wykorzystaniu substratu rzeczowego składającego się na niezbędny potencjał techniczny oraz ludzkiego, tworzonoego przez pozostające w dyspozycji wykonawcy osoby zdolne do wykonania zamówienia publicznego.

Posiadanie, o którym mowa w komentowanym przepisie, powinno być rozumiane jak na gruncie przepisów Księgi drugiej tytułu IV KC. Zgodnie z art. 336 KC, posiadaczem rzeczy jest za równo ten, kto nią faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nią faktycznie włada jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny). W związku z tym, w dotychczasowym stanie prawnym [przed nowelizacją, a więc nie w obecnym stanie prawnym], zwykło się przyjmować, że skoro posiadanie w ujęciu cywilistycznym oznacza *corpus et animus possidendi*, to wykonawca zobowiązany jest do wykazania faktycznego posiadania wymaganego przez zamawiającego potencjału technicznego.”

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że postawienie warunku odbiegającego od unormowanego ustawowo w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Pzp jest sprzeczne z przepisami ustawy i postępowanie obarczone takim błędem podlega unieważnieniu, jak o to wnosi Odwołujący.

3a. zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 poprzez postawienie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia w sposób wygórowany utrudniający konkurencję

¹⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1971 r. Nr 27, poz. 252, z 1976 r. Nr 19, poz. 122, z 1982 r. Nr 11, poz. 81, Nr 19, poz. 147 i Nr 30, poz. 210, z 1984 r. Nr 45, poz. 242, z 1985 r. Nr 22, poz. 99, z 1989 r. Nr 3, poz. 11, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, Nr 55, poz. 321 i Nr 79, poz. 464, z 1991 r. Nr 107, poz. 464 i Nr 115, poz. 496, z 1993 r. Nr 17, poz. 78, z 1994 r. Nr 27, poz. 96, Nr 85, poz. 388 i Nr 105, poz. 509, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1996 r. Nr 114, poz. 542, Nr 139, poz. 646 i Nr 149, poz. 703, z 1997 r. Nr 43, poz. 272, Nr 115, poz. 741, Nr 117, poz. 751 i Nr 157, poz. 1040, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 117, poz. 758, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 22, poz. 271, Nr 74, poz. 855 i 857, Nr 88, poz. 983 i Nr 114, poz. 1191, z 2001 r. Nr 11, poz. 91, Nr 71, poz. 733, Nr 130, poz. 1450 i Nr 145, poz. 1638, z 2002 r. Nr 113, poz. 984 i Nr 141, poz. 1176 oraz z 2003 r. Nr 49, poz. 408, Nr 60, poz. 535, Nr 64, poz. 592 i Nr 124, poz. 1151, z 2004 r. Nr 91, poz. 870, Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1692, Nr 172, poz. 1804, Nr 281, poz. 2783, z 2005 r. Nr 48, poz. 462, Nr 157, poz. 1316, Nr 172, poz. 1438 oraz z 2006 r. Nr 133, poz. 935 i Nr 164, poz. 1166.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z § 1 ust. 2 przytaczanego 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 może żądać potwierdzenia spełniania warunków przez wykonawcę w zakresie niezbędnym, a nie dowolnym. Jednak żadne unormowanie nie określa na jakim poziomie w stosunku do zamówienia można określić zakres niezbędny. Dlatego sam zamawiający musi określić ten poziom niezbędności biorąc pod uwagę konkretne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i w szczególności warunki panujące na rynku zamówień. Ponadto Zamawiający udzielając zamówienia musi brać pod uwagę unormowanie art. 35 ust. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. – o finansach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) i dokonywać wydatków w sposób celowy i oszczędny wiedząc, że jeżeli postawi wyższe warunki i zawęzi tym samym krąg wykonawców mogących spełnić warunki to może otrzymać mniej ofert i w tak stworzonej mniejszej konkurencji oferty te mogą opiewać na wyższe ceny.

Jednak w sytuacji, gdy termin wykonania zamówienia jest dosyć krótki i może nie przekraczać 2 miesięcy to żądanie wykazania się przez wykonawcę środkami lub zdolnością kredytową na poziomie nie wyższym niż wartość zamówienia może nie być uznany za nadmiernie wygórowany i nieprzydatny zamawiającemu. Zamawiający może tak postąpić znając realia realizacji zobowiązań finansowych, także gdy dopuszcza składanie faktur częściowych. Jednak zwykle pierwsza faktura sływa do zamawiającego po upływie miesiąca, a w robotach budowlanych ze względu na procedury często jest ona poprawiana lub kierowana do realizacji po dokonaniu uzupełnień w dokumentach towarzyszących fakturze (protokoły odbioru robót). Następnie okres realizacji takiej faktury wynosi miesiąc i w praktyce okazuje się, że w zamówieniach o tak krótkim okresie realizacji wykonawca sam musi finansować całość wykonania przedmiotu zamówienia nim doczeka się pierwszych wypłat od zamawiającego.

Dlatego, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, określenie warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia na poziomie wartości przedmiotu zamówienia nie może być traktowane jako zbyt wygórowane i w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do zarzutu Odwołującego i oddała ten zarzut.

3b. zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 w związku z § 1 ust. 3 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 w celu potwierdzenia warunku poprzez nie zezwolenie na wykazanie się zdolnością finansową na podstawie informacji ze spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej

Zgodnie z § 1 ust. 3 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 w celu potwierdzenia warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Zamawiający ograniczył możliwość udziału w postępowaniu wykonawcom posiadającym rachunki podstawowe w spółdzielczych kasach oszczędnościowo kredytowych wbrew literalnemu brzemieniu rozporządzenia. Nie można dokonać interpretacji przedstawionej przez Zamawiającego w odwołaniu, że wykonawca przedstawi „informację banku, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy” oznacza również informację z spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gdyż z analizy ustaw z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe. Dz.U.02.72.665 j.t. zm. Dz.U.06.157.1119 i z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych Dz.U.96.1.2 zm. Dz.U.06.183.1354 wynika, że nie są to pojęcia tożsame. Bankiem w rozumieniu art. 2 ustawy prawo bankowej jest osoba prawna utworzona zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym, natomiast zgodnie z art. 2 ustawy o skok Kasa jest spółdzielnią, do której w zakresie nie uregulowanym odmiennie ustawą stosuje się przepisy ustawy z dnia 16 września 1982 r. - Prawo spółdzielcze (Dz. U. z 1995 r. Nr 54, poz. 288 i Nr 133, poz. 654). Celem kas jest gromadzenie środków pieniężnych wyłącznie swoich członków, udzielanie im pożyczek i kredytów, przeprowadzanie na ich zlecenie rozliczeń finansowych oraz pośredniczenie przy zawieraniu umów ubezpieczenia na zasadach określonych w ustawie z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. Nr 59, poz. 344, z 1993 r. Nr 5, poz. 21 i Nr 44, poz. 201, z 1994 r. Nr 4, poz. 17 i Nr 121, poz. 591 oraz z 1995 r. Nr 96, poz. 478 i Nr 118, poz. 574). Nazwa "spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa" może być używana wyłącznie przez podmioty zwane "kasami" w rozumieniu ustawy. Natomiast zgodnie z art 3 ustawy prawo bankowe wyrazy "bank" lub "kasa" mogą być używane w nazwie oraz dla określenia działalności lub reklamy wyłącznie banku w rozumieniu art. 2, z tym że:

- 1) nie dotyczy to jednostek organizacyjnych używających wyrazów "bank" lub "kasa", z których działalności jednoznacznie wynika, że jednostki te nie wykonują czynności bankowych,
- 2) wyraz "kasa" może być także używany w nazwie oraz do określenia działalności lub reklamy jednostki organizacyjnej, która na podstawie odrębnej ustawy gromadzi

oszczędności oraz udziela pożyczek pieniężnych osobom fizycznym zrzeszonym w tej jednostce.

Z tego powodu nie można rozciągnąć informacji z banku na informację z spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Ta sytuacja powoduje, że Zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia podmiotom posiadającym środki finansowe w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej, co narusza zasadę równego traktowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy i art. 22 ust. 2 ustawy.

Pominięcie przez zamawiającego w wyliczeniach podmiotów uprawnionych do wystawiania takich informacji spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej musi być uznane jako naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych skutkujące unieważnieniem postępowania, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż w związku z treścią art. 38 ust. 5 Pzp Zamawiający nie może dokonać modyfikacji specyfikacji w zakresie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do zarzutu Odwołującego w tym zakresie.

4a. zarzut naruszenia art. 23 ust. 4 ustawy poprzez żądanie załączenia do oferty umowy konsorcjum

Zgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego żądanie złożenia razem z ofertą umowy konsorcjum jest żądaniem nie mającym podstawy prawnej. Szczególnie jest to widoczne na tle unormowania art. 23 ust. 4 Pzp, z którego wynika, że zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dopiero po wyborze ich oferty, ale przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Postawienie wymogu złożenia umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia już na etapie składania ofert jest wymogiem specyfikacji, którego nie obejmuje swoim zakresem zakaz modyfikowania specyfikacji określony w art. 38 ust. 5 Pzp. Dlatego wymóg ten może być zmodyfikowany przez zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp bez konieczności unieważnienia postępowania.

Jednak Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do zarzutu Odwołującego w tym zakresie i stwierdza, że Zamawiający bezzasadnie postawił wymóg załączenia do oferty umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

4b. zarzut naruszenia art. 23 ust. 3 ustawy poprzez nałożenie na wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia obowiązku wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu bez uregulowania kwestii posiadania doświadczenia czy dokumentowania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej.

Jak wynika z doktryny – np. Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Wydawnictwo BECK 2007 r. str. 168, cyt.: „Przepis ten [art. 23 ust. 1 Pzp] stwarza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego grupie wykonawców. Często pozwala to takim wykonawcom spełnić warunki udziału w postępowaniu, co więcej, bywa i tak, że jest to wyłączna przyczyna wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. [...]. Zamawiający nie może wyłączyć tego uprawnienia, a ewentualne zastrzeżenia w tym zakresie będą niezgodne z ustawą. [Przepisy ustawy] nie wymagają przybrania określonej formy prawnej nawet po udzieleniu zamówienia publicznego...”.

Również sprawa spełnienia warunków udziału w postępowaniu została bogato omówiona w doktrynie. Krajowa Izba Odwoławcza poprzestanie na przytoczeniu za Wojciechem Hartungiem, Pawłem Laudańskim, Waldemarem Maciejem Stodolakiem, Małgorzatą Stręciwilk i Mateuszem Winiarzem „Zamówienia publiczne po nowelizacji” Oficyna Wydawnicza Unimex 2007 r. str. 164, cyt.: „[...] należy stwierdzić, iż konieczność spełnienia przez każdego członka konsorcjum dotyczy jedynie przypadków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy [Pzp]. Co do zasady, w przypadku warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 [Pzp] wystarczy uznanie, że warunek udziału w postępowaniu spełnia choć jeden członek spełnia choć jeden z członków konsorcjum. Dla spełnienia niektórych wymogów można też sumować potencjały poszczególnych członków konsorcjum. [...] inne rozumowanie prowadziłoby do zakwestionowania samej możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie, przewidzianej przecież przez samego Ustawodawcę.”.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do zarzutu Odwołującego w tym zakresie i stwierdza, że Zamawiający bezzasadnie postawił wymóg spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak wykonawcy występujący samodzielnie bez odpowiedniego wyjaśnienia które z warunków muszą spełnić łącznie wszyscy wykonawcy występujący wspólnie, a które warunki musi spełnić każdy z takich wykonawców. Brak wskazania sposobu spełniania warunków dotyczących doświadczenia i wiedzy wykonawcy oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, oraz znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej realizację zamówienia przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia ma wpływ na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie. Nadto jedynie ogólne wskazanie, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia muszą

wykazać spełnianie takich samych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak wykonawcy występujący samodzielnie, może rodzić usprawiedliwione przekonanie takich wykonawców, że powinni wykazać się każdy samodzielnie takimi samymi wymogami jak wykonawca ubiegający się sam o udzielenie zamówienia publicznego. Dopuszczenie do takiej sytuacji prowadziłoby do zachwiania celu ustawowego uprawnienia wspólnego ubiegania się o zamówienie, a w efekcie mogłoby prowadzić do postawienia wykonawcom ubiegającym się wspólnie o zamówienie wyższych wymogów niż wykonawcom działającym samodzielnie. W ocenie Izby brak uszczegółowienia sposobu spełniania warunku przez wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i narusza art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy.

Jest to zatem naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych skutkujące unieważnieniem postępowania, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż w związku z treścią art. 38 ust. 5 Pzp Zamawiający nie może dokonać modyfikacji specyfikacji w zakresie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

5 zarzut naruszenia art. 25 poprzez żądanie dokumentów sprawozdania finansowego (część V ust. 8 specyfikacji), (5b) koncesji (część V ust. 4 specyfikacji) oraz (5c) wykazu autoryzowanych punktów serwisowych (część V ust. 15 specyfikacji), nie służących potwierdzeniu spełniania warunku.

5a.

Zamawiający nie stawiając warunku zażądał w części V ust. 8 specyfikacji, aby wykonawca złożył z ofertą sprawozdanie finansowe. Jest to czynność niezgodna z unormowaniem art. 26 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż zamawiający żąda albo może żądać (zależnie od wartości zamówienia) tylko dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto zgodnie z art. 38 ust. 5 zamawiający nie ma prawa modyfikować treści specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania. Dodatkowo należy wziąć pod uwagę unormowanie art. 25 ust. 1 Pzp. W myśl tego unormowania zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Nie precyzując żadnego warunku, dla którego potwierdzenia konieczne byłoby złożenie z ofertą omawianego dokumentu zamawiający nie będzie mógł wykluczyć z postępowania wykonawcy, który w określonym terminie nie złoży tych dokumentów lub który złoży te dokumenty zawierające błędy. Ponadto zamawiający nie będzie mógł do takich wykonawców wystosować wezwania do uzupełnienia tych dokumentów w wyznaczonym terminie, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie są to dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania). Również

zamawiający nie będzie mógł w żaden sposób premiować wykonawców, którzy złożą właściwe dokumenty. Ogólnie należy stwierdzić, że przedmiotowe uchybienie nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, ani nie jest rażącym naruszeniem ustawy, a więc zaistnienie tego uchybienia nie spowoduje żadnych skutków. Jednakże należy również ocenić dopuszczalność żądania dokumentów zbędnych w aspekcie dostępności do zamówienia. Zamawiający wyznaczył dwudziestodwudniowy termin składania ofert. Termin ten jest zgodny z art. 43 ust. 1 ustawy. Art. 26 ust. 2 ustawy stanowi, że w postępowaniu, w którym wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, Zamawiający może ale nie ma obowiązku żądania dokumentów. To uprawnienie Zamawiającego jest podyktowane tym, że w postępowaniach poniżej progów unijnych ustawodawca przewidział uproszczone procedury postępowania oraz krótsze terminy. Zamawiający żądając dokumentów zbędnych w postępowaniu powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji ograniczając dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy nie są w stanie w terminie 22 dni zgromadzić wymaganych przez Zamawiającego dokumentów. Tacy wykonawcy, choć zdolni do zrealizowania zamówienia, po zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu mogą odstąpić od ubiegania się o zamówienie, a tym samym Zamawiający nie zapewnia rzeczywistej konkurencji w postępowaniu. Jest to zatem sytuacja, której zaistnienie narusza art. 7 ust. 1 ustawy i może mieć wpływ na wynik postępowania Tym samym w ocenie Izby postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

5b. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że analogiczne skutki prawne wynikają z postawienia wymagania części V ust. 15 specyfikacji załączenia do oferty wykazu autoryzowanych punktów serwisowych.

Zamawiający wymienił ten dokument w części V zatytułowanej „Wykaz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu”. Dlatego zamawiający nie może twierdzić, że żądał załączenia do oferty przedmiotowego dokumentu w celu innym niż potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych przez wykonawców. Wskazać należy, że dokument ten jest zbędny Zamawiającemu na etapie oceny ofert, a nadto może okazać się niemożliwe jego pozyskanie na dzień składania ofert, gdyż wykonawcy mogą nabywać przedmiot zamówienia w trakcie realizacji modernizacji i nie posiadać na swoim stanie magazynowym wszystkich wymaganych elementów wyposażenia. Żądanie podania wykazu autoryzowanych punktów serwisowych jest zasadne w momencie odbioru wyposażenia, na etapie składania ofert gromadzenie informacji od producentów może uniemożliwić złożenie oferty. Tym samym w ocenie Izby postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający zażądał – w części V ust. 4 specyfikacji – złożenia koncesji, zezwolenia lub licencji. Jednak w tym samym zdaniu po przecinku zastrzegł, że żądanie to jest skuteczne jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem. Na pewno zamawiający powinien mieć rozeznanie czy na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem został ustawowo nałożony obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji. Jednak postawienie takiego warunku z przedmiotowym zastrzeżeniem nie jest uchybieniem ani błędem wywierającym jakikolwiek skutek na wynik postępowania. W tym zakresie Izba zarzut oddała.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się w części do zarzutu Odwołującego i uwzględniła ten zarzut, za wyjątkiem zarzutu nieuprawnionego żądania koncesji, zezwoleń i licencji.

6. zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 387 § 1 kc poprzez zawarcie w projekcie umowy wymogów pozyskania odbiorów dokonywanych przez organy kontroli technicznej, takie jak: Państwowa Inspekcja Pracy, Państwowy Wojewódzki Inspektor Sanitarny i Komendant Straży Pożarnej w sposób uniemożliwiający zrealizowanie zamówienia w wymaganym przez Zamawiającego terminie

Zarzut został sformułowany zarówno w proteście jak i odwołaniu, Izba natomiast dokonała subsumcji zarzutu pod przepisy normy prawnej. Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że stawianie wymogu uzyskania zaświadczeń o odbiorach dokonywanych przez organy kontroli technicznej spowoduje niemożliwość wykonania przedmiotu zamówienia bądź jest działaniem naruszającym zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie jest także niemożliwie pozyskanie takich odbiorów przez wykonawców. Działanie takie jest dozwolone w oparciu o pełnomocnictwo udzielone wykonawcy przez Zamawiającego lub poprzez zawarcie umowy o zastępstwo inwestycyjne. Biorąc pod uwagę, że wykonawcy są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą na rynku robót budowlanych, to przeniesienie na nich obowiązku pozyskania opinii i uzgodnień oraz odbiorów, pozwala Zamawiającemu zdobyć pewność, że wymagane prawem dokumenty zostaną prawidłowo przedłożone właściwym organom, a tym samym pozwala na oszczędność czasu realizacji zadania.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do zarzutu Odwołującego i oddała ten zarzut.

7. zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 387 § 1 kc poprzez zawarcie w projekcie umowy wymogu zrealizowania zamówienia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 listopada 2008r.

Izba wzięła pod uwagę terminy wynikające z umowy o dofinansowanie, jak również fakt, iż zamówienie publiczne było już przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało unieważnione. Zamawiający jednak wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien prognozować możliwe scenariusze tego postępowania, w tym unieważnienie postępowania czy składanie środków ochrony prawnej. Postępowanie będące przedmiotem sporu zostało wszczęte w dniu 23 czerwca 2008r., termin składania ofert miał upłynąć w dniu 15 lipca 2008r. zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu. Zamawiający wskazał maksymalny termin związania ofertą – 30 dni. Tym samym powinien był się liczyć z tym, że może zaistnieć sytuacja, w której do podpisania umowy dojdzie 13 sierpnia 2008r., a zatem na wykonanie przedmiotu zamówienia obejmującego wykonanie modernizacji apteki, laboratorium, działu przyjmowania i wydawania bielizny do pralni wraz z pomieszczeniami zaplecza o ogólnej powierzchni użytkowej ok. 2 880m², dostawy i montażu sprzętu oraz wyposażenia pomieszczeń oraz sporządzenia dokumentacji projektowej przyłączy wykonawcy będą mieli w zasadzie 3 miesiące. Nawet zatrudnienie dużej liczby osób oraz zastosowanie szybkoschnących materiałów może czynić nierealnym dotrzymanie terminu realizacji inwestycji. W szczególności zamówienie jest trudne logistycznie, gdyż konieczne jest skoordynowanie dostaw sprzętu i wyposażenia z remontem pomieszczeń. Nadto Zamawiający w § 8 wzoru umowy przewidział konieczność powiadamiania go na piśmie na pięć dni przed rozpoczęciem odbioru o gotowości do odbioru, zaś na sam odbiór wyznaczył termin 14 dniowy, co dodatkowo skraca termin realizacji zamówienia o trzy tygodnie. Tym samym Izba uznała, że nie jest to możliwe. Nadto projekt umowy narusza równości stron zastrzegając kary umowne na rzecz Zamawiającego od wykonawców w przypadku: zwłoki w wymianie sprzętu, zwłoki w naprawach gwarancyjnych, zwłoki w oddaniu przedmiotu zamówienia, zwłoki w usunięciu wad, oraz w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę. Na rzecz wykonawcy zastrzeżono prawa do odszkodowania w dwóch przypadkach odstąpienia przez Zamawiającego z innych przyczyn niż określone w art. 145 ustawy oraz prawa do odsetek w uchybieniu terminowi płatności. Nadto Zamawiający ma prawo do niezwłocznego odstąpienia od umowy w przypadku nie wykonania przedmiotu zamówienia do ustalonego w umowie dnia. Takie kształtowanie postanowień umownych narusza zasadę równowagi stron umowy cywilnoprawnej i skutkuje nieważnością niektórych jej postanowień. Izba nakazuje w tym kontekście dokonanie przez Zamawiającego w przyszłym postępowaniu zmiany terminu wykonania zamówienia i uwzględnienie realnego terminu na wykonanie przedmiotu zamówienia.

8. Izba z urzędu unieważnia także postępowanie z powodu naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy poprzez wskazanie części przedmiotu zamówienia poprzez podanie nazw towarowych konkretnych produktów – procesorów Pentium bez podania, że dopuszczalne są rozwiązania równoważne i podania minimalnych parametrów równoważności. Stanowi to podstawę do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp. oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 a i b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty zastępstwa przez pełnomocnika oraz koszty wpisu Odwołującego.

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) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....