

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Agnieszka Trojanowska**
Renata Tubisz

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 kwietnia 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Armac Sp. z o. o., ul. Cicha 6a, 05 – 220 Zielonka** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii i Rehabilitacji Dzieci i Młodzieży w Zagórzku k/Warszawy, 05 – 462 Wiązowna, Zagórze** protestu z dnia **25 marca 2009r.**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie,
2. nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu:
 - a) przez wyeliminowanie pojęcia „obiekt szpitalny” z postanowień punktu 10 lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - b) przez określenie w punkcie 10 lit. n SIWZ jednakowej kwoty, którą winien dysponować wykonawca na rachunku bankowym, bądź w formie zdolności kredytowej, z uwzględnieniem zasad finansowania inwestycji, określonych § 7 i § 8 wzoru umowy, ustalonej w oparciu o obiektywny miernik, na podstawie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii i Rehabilitacji Dzieci i Młodzieży w Zagórzku k/Warszawy, 05 – 462 Wiązowna, Zagórze**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Armac Sp. z o. o., ul. Cicha 6a, 05 – 220 Zielonka**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii i Rehabilitacji Dzieci i Młodzieży w Zagórzku k/Warszawy, 05 – 462 Wiązowna, Zagórze** na rzecz **Armac Sp. z o. o., ul. Cicha 6a, 05 – 220 Zielonka** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i kosztów zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Armac Sp. z o. o., ul. Cicha 6a, 05 – 220 Zielonka**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na adaptację pomieszczeń po kuchni z rozbiórką skrzydła przy Pawilonie Głównym Szpitala w Józefowie, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii Dzieci i Młodzieży w Zagórzku, w dniu 25.03.2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Armac Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce.

Protest dotyczył treści ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1, poz. 67436 w dniu 18 marca 2009 r. oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszczonej w tej samej dacie na stronie internetowej zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), to jest art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy, przez nie zapewnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zarzuty protestu dotyczyły żądania załączenia do oferty:

- 1) informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy (do wartości oferty),
- 2) wykazu wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiących przedmiot zamówienia (kubatura – min. 10 000 m³, złożoność, obiekt szpitalny)

W uzasadnieniu protestu, odwołujący podniósł, że sposób sformułowania wymogów, jest nieprecyzyjny i może doprowadzić do rozbieżności interpretacyjnych, a jednocześnie postanowienia te ograniczają dostęp do udziału w postępowaniu, wykonawcom posiadającym zarówno doświadczenie, jak i środki finansowe, które są konieczne do prawidłowego zrealizowania zamówienia.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, przez uniemożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu, mimo, że posiada zarówno wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu tego typu zamówień oraz, że jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o modyfikację postanowień SIWZ przez:

- a) określenie liczbowo wartości posiadanych na rachunku środków lub zdolności kredytowej w określonej kwocie, jaką musi wykazać się wykonawca, w sposób nie ograniczający dostępu do zamówienia – maksymalnie do 3 miesięcy finansowania inwestycji w związku płatnościami częściowymi zapisanymi w projekcie umowy,
- b) opisanie w sposób jednoznaczny realizacją jakiej roboty i o jakiej wartości (określonej liczbowo) musi wykazać się wykonawca, aby spełniał warunki udziału w postępowaniu, nie ograniczając wykazu robót tylko do obiektów szpitalnych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny i nie pozostawiający żadnych wątpliwości. Przez żądanie załączenia do oferty informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych (bez podania kwoty) lub zdolności kredytowej do wartości ceny oferty, zamawiający w sposób niezasadny ograniczył dostęp do udziału w postępowaniu, jednocześnie naruszając zasadę równego traktowania wykonawców. Z postanowień SIWZ wynika, że zdolność kredytowa powinna mieć wysokość określoną wartością ceny oferty. Wymóg ten nie dotyczy wysokości posiadanych środków

na rachunku. Takie postanowienia różnicują dwa równoważne dokumenty, a tym samym wykonawców, powoduje to, że całe postępowanie obarczone jest błędem prawnym. Wymogi w odniesieniu do informacji z banku, odnoszące się do posiadanych środków bądź zdolności kredytowej, powinny być określone konkretną kwotą i wiązać się z innymi wymaganiami SIWZ, w tym projektem umowy. Z dalszych postanowień SIWZ wynika, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy będzie następowało fakturami częściowymi, zgodnie z harmonogramem. W związku z powyższym żądanie wykazania się przez wykonawcę zdolnością kredytową na realizację całego zadania jest wymogiem wygórowanym, ograniczającym dostęp do zamówienia i nieadekwatnym do treści dokumentów stanowiących SIWZ. Odwołujący powołał się na okoliczność, iż przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 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, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), nie upoważniają do żądania dokumentów, takiej treści jak wymaga zamawiający w tym postępowaniu. Na etapie budowy, charakter oraz przeznaczenie budynku nie ma większego znaczenia, gdyż parametry, jakość i sposób wykonania poszczególnych rodzajów robót, został ściśle określony w dokumentacji projektowej. Budynek, który w przyszłości zostanie przeznaczony na szpital, realizuje się w oparciu o takie same przepisy jak inne obiekty użyteczności publicznej, a dopiero na etapie wyposażenia dostosowuje się obiekt do konkretnych potrzeb, wynikających z jego funkcji. Obowiązkiem zamawiającego jest jasne precyzowanie wymogów, składających się na opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu. W tym przypadku zamawiający w sposób niejednoznaczny określił, iż w wykazie należy zamieścić zrealizowane roboty (w nawiasie odnotowując: „złożoność”; „obiekt szpitalny”). Taki zapis może budzić wiele sprzeczności, gdyż nie można wykluczyć, że zamawiający żąda wykazania, że wykonawca zrealizował obiekt szpitalny. Jednocześnie ogłoszenie i specyfikacja nie podaje, jaka jest minimalna wartość robót, które zostaną uznane za spełniające wymogi. Należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest adaptacja, więc przy takich niejasnych postanowieniach, załączenie do wykazu potwierdzenia, że wykonawca zrealizował nowy obiekt, może spowodować, iż nie zostanie to uznane jako wymagane doświadczenie. Taka sama wątpliwość nasuwa się w przypadku, gdy wykonawca będzie legitymował się wykonaniem remontu generalnego lub modernizacji obiektu o kubaturze 10 000 m³. Zatem może to prowadzić na etapie oceny ofert, do różnorodnych interpretacji ich treści.

Pismem doręczonym w dniu 30 marca 2009 r. zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu tej decyzji podał, że czynione zarzuty naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie znajdują żadnego uzasadnienia, gdyż wszystkie czynności przygotowania ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia

zostały przeprowadzone z poszanowaniem zasad określonych art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy spełniają wymagania opisane w SIWZ oraz, że wymagania nie są łatwe do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający stwierdził, że opisał przedmiot zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 Pzp, za pomocą cech technicznych, przy użyciu dokładnych i zrozumiałych określeń. Zamawiający podał, że ma prawo takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego przez siebie celu, to znaczy wyłonienia wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Granicę kompetencji zamawiającego w tym zakresie wyznaczają jedynie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Sama okoliczność, że konkretny wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bądź tylko ograniczona liczba wykonawców spełnia takie warunki, nie uzasadnia twierdzenia o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, w szczególności w sytuacji, gdy wymagania zamawiającego są uzasadnione jego potrzebami, które nie mogą być zaspokojone przy innym sformułowaniu warunków. Zamawiający uznał zatem żądania modyfikacji postanowień ogłoszenia i specyfikacji za pozbawione podstaw.

W odwołaniu wniesionym w dniu 3 kwietnia 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu dokonania wnioskowanych zmian w SIWZ.

Odwołujący przytoczył dodatkową argumentację, że zamawiający w zakresie zdolności ekonomiczno finansowej, niezasadnie zróżnicował warunki uczestnictwa, żądając dokumentu poświadczającego zdolność kredytową na poziomie sumy określonej ceną oferty, natomiast gdy wykonawca przedstawi zaświadczenie z banku o wysokości środków na koncie, wystarczy wówczas udokumentowanie posiadania nawet jednego grosza. Odwołujący podkreślił, że wymogi w zakresie wiarygodności finansowej powinny być określone konkretną kwotą, jednakową dla wszystkich potencjalnych wykonawców, niezależnie od tego czy odnoszą się do posiadanych środków, czy też do zdolności kredytowej. Natomiast wykazanie zdolności kredytowej na całą wartość inwestycji, nie znajduje podstaw, gdy w umowie przewidziane zostało rozliczenie według harmonogramu, za etapy robót potwierdzone protokołami odbioru częściowego. Wymaganie, że referencyjny obiekt kubaturowy ma być budynkiem szpitalnym, faworyzuje wąską grupę wykonawców, którzy zrealizowali obiekty szpitalne. W ocenie odwołującego przepisy prawa budowlanego definiują pojęcia robót budowlanych, budowli itp. Nie ma podstaw do traktowania obiektów szpitalnych odrębnie, ponieważ nie są wydawane żadne szczególne uprawnienia budowlane, w branży – szpitale.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła następujące dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym. Nadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu posiedzenia i rozprawy.

W postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, to jest przy zamówieniach na roboty budowlane poniżej kwoty 5 150 000 euro, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego, (w tym przypadku) opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak stanowi art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający przytoczył jedynie postanowienia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp, w specyfikacji zamawiający winien sprecyzować warunki udziału i opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Z kolei art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp mówi o oświadczeniach i dokumentach na udowodnienie spełnienia warunków. Zgodnie z art. 26 ust. 2 Pzp, przy wartości zamówień podprogowych, zamawiający może, nie musi żądać dokumentów, na podstawie których zamierza przeprowadzić ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Skoro w niniejszym przypadku, zamawiający, prócz oświadczenia stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, zażądał dokumentów, w oparciu o które będzie przeprowadzał badanie ofert, to w przekonaniu Izby wymagana treść tych dokumentów, powinna umożliwiać sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem zasady równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji. Rezultatem badania oferty przy zastosowaniu niewłaściwego sposobu oceny, może być bezpodstawne wykluczenie wykonawcy z postępowania. Z tych względów Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że przedmiotowa sprawa dotyczy nie tylko ustalenia warunków, ale także opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i z tych względów podlega merytorycznemu rozpatrzeniu w oparciu o art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że pozostałe warunki formalne związane ze skutecznym wniesieniem środków ochrony prawnej zostały spełnione, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie. Odwołujący wykazał też interes prawny w skarżeniu postanowień specyfikacji, skoro uznawał, że za wadliwe i utrudniające uczestnictwo w postępowaniu.

Izba podała analizie zarówno postanowienia ogłoszenia jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W kwestionowanym zakresie, ogłoszenie zawiera następujące regulacje. Sekcja III.2 Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia „mogą brać udział firmy niepodlegające odrzuceniu, spełniające warunki z art. 22 Pzp.”

Informacja o oświadczeniach i dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków – „wykaz robót z ostatnich pięciu lat, informacja z banku o wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa.”

Z kolei specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące regulacje.

W postępowaniu mogą brać udział firmy, które:

- nie podlegają wykluczeniu,
- posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie,
- znajdują się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Pkt 3 SIWZ, ofertę może złożyć wykonawca, o ile spełnia warunki określone w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz w niniejszej specyfikacji. W punkcie 10 SIWZ – zawartość oferty, zamawiający wymagał złożenia:

lit. e) wykazu – według wzoru załącznika nr 6, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (kubatura 10 000 m³ złożoność, obiekt szpitalny) z podaniem ich wartości oraz daty, miejsc wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie (referencje),

lit. n) informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (zdolność kredytowa do wartości oferty).

Izba zważyła co następuje.

Z przedstawionego wyżej opisu, wynika, że zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu, ograniczył się jedynie do zacytowania treści art. 22 ustawy prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem zamawiającego było skonkretyzowanie warunków udziału, między innymi w zakresie postanowień art. 22 ust 2 i 3 Pzp. Zamawiający powinien określić iloma robotami referencyjnymi ma się wykazać wykonawca, ubiegający się o zamówienie, jakiej wartości (kubaturze) i o jakim rodzaju. To samo odnosi się do wiarygodności finansowej. Powinnością zamawiającego było podanie w konkretnej kwocie, wysokości środków jakimi wykonawca powinien dysponować na cele związane z realizacją zamówienia, niezależnie od tego czy będą to środki na koncie, czy też dostępne w postaci zdolności kredytowej. Zamawiający winien mieć na uwadze, aby warunki postawione zostały

również dla wszystkich wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty, w sposób umożliwiający uczestnictwo w postępowaniu tym z nich, którzy są w stanie prawidłowo i terminowo wykonać przedmiotowe zamówienie. W pierwszej kolejności zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, a następnie w nawiązaniu do skonkretyzowanych warunków wymaga przedłożenia dokumentów, na podstawie których dokona oceny ich spełnienia. Zamawiający zażądał przedłożenia dokumentów, które nie mają odniesienia w określonych wprost warunkach udziału. Pozostaje to w sprzeczności z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, który upoważnia zamawiającego jedynie do żądania takich dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym potwierdzających spełnienie warunków udziału. Przepis § 1 ust. 2 i 3 przywołanego wyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, stanowi, że na potwierdzenie opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może wymagać złożenia enumeratywnie wymienionych dokumentów.

Żądanie złożenia dokumentów, w sytuacji braku dokładnego określenia warunków, które miałyby je potwierdzać, jest więc co do zasady bezprzedmiotowe. W ocenie zamawiającego, warunki udziału jakie postawił wykonawcom, wynikały z oznaczenia wymaganej treści dokumentów. Izba nie neguje stanowiska zamawiającego, że zakres wymaganych dokumentów, nie odbiega od postanowień § 1 ust. 2 pkt 1 i 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. (Dz. U Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155). Izba podzieliła natomiast stanowisko odwołującego, że treść wymaganych dokumentów, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stanowiących podstawę badania i oceny, zawsze winna korespondować z konkretnym zamówieniem, jego przedmiotem, zakresem, wartością i innymi istotnymi cechami, umożliwiającymi wybór wykonawcy gwarantującego osiągnięcie rezultatu w postaci prawidłowo wykonanego obiektu budowlanego.

W oparciu o opis przedmiotu zamówienia załącznika nr 1 do SIWZ, Izba stwierdza, że w skład robót wchodzi rozbudowa obiektu o kubaturze łącznej przebudowy i rozbudowy 12 320 m³, w tym roboty ogólnobudowlane, roboty sanitarne w zakresie wykonania i przebudowy instalacji wod-kan, centralnego ogrzewania i ciepła technologicznego, klimatyzacji, instalacji gazowej, roboty elektryczne wykonania instalacji elektrycznej, instalacji kablowej, z wyszczególnieniem przewidzianych robót, wykonawca specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, podaje, iż została ona sporządzona w systemie SEKO na podstawie standardowej STWiOR. W ocenie Izby, określony zakres robót w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w przedmiarze, będącym częścią dokumentacji

projektowej, nie odbiega od zakresu robót budowlanych związanych z budową, rozbudową czy modernizacją obiektów użyteczności publicznej innych niż szpitalne. W szczególności z dokumentacji nie wynika aby przedmiotem zamówienia były wysoce specjalistyczne adaptacje, instalacje czy wyposażenie typowo szpitalne. Nie zmienia tego okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, że rozporządzenie Ministra Zdrowia z 10.11.2006r. określa wymagania jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 213, pozycja 1568 ze zmianami), ani fakt, że prace będą prowadzone w czynnym obiekcie szpitalnym. Z tych względów Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wymaganie aby wykonawca legitymował się wykonaniem jedynie obiektów szpitalnych, co zamawiający dodatkowo potwierdził w odpowiedzi na pytanie z dnia 30.03.2009 r., jest nieuzasadnione i bezzasadnie ogranicza dostęp do zamówienia tym wykonawcom, którzy z pozytywnym skutkiem zrealizowali podobne roboty kubaturowe wraz z wyposażeniem instalacyjnym, w szczególności obiekty o charakterze użyteczności publicznej. Izba również przyznała rację odwołującemu, że wymagana wysokość posiadanych środków finansowych i zdolności kredytowej powinna zostać określona w jednej kwocie, niezależnie czy są to środki na koncie wykonawcy, czy też zdolność do zaciągnięcia kredytu, oceniana przez bank. Kwota ta musi zostać podana w jednakowej wysokości, obowiązującej dla wszystkich wykonawców w oparciu o kosztorys inwestorski (wylczenie szacunkowej wartości zamówienia), a nie wskazana jako relatywna, w zależności od ceny złożonej oferty. Izba podzieliła argumentację odwołującego, że wiarygodność finansowa wykonawcy, mierzona kwotą jaką dysponuje na bieżące finansowanie zamówienia, powinna być skorelowana z ustalonymi we wzorze umowy warunkami płatności. Skoro zamawiający przewidział rozliczenia w trakcie realizacji umowy, na podstawie faktur wystawionych w oparciu o protokoły odbioru częściowego, zgodnie z harmonogramem prac, oznacza to, iż wykonawca nie musi przez cały okres budowy, finansować robót ze środków własnych lub zaciągniętego kredytu.

Materiał dowodowy sprawy potwierdził, że zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 i ust. 2 Pzp, gdyż warunki szczegółowe udziału w postępowaniu, które pośrednio wynikają z treści żądanych dokumentów oraz sposób oceny spełnienia tych warunków, jako przeprowadzany na podstawie wymaganych informacji, zawartych w żądanych dokumentach, określone zostały wadliwie. Kwestionowane postanowienia SIWZ, nie gwarantują równego traktowania wykonawców, są nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Brak przejrzystości i niejednoznaczność sposobu oceny, godzi w interesy wykonawców zainteresowanych udziałem w tym postępowaniu, zdolnych wykonać zamówienie. Prowadzi to wprost do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, jako podstawowych zasad zamówień publicznych, gwarantowania warunków udziału w przetargu, na równych zasadach i z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Z tych względów Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp, mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Izba miała na uwadze, że termin składania ofert w tym postępowaniu, został wyznaczony na 29 kwietnia 2009 r. godz. 10:00, a ponadto może zostać przesunięty przez zamawiającego, na czas niezbędny do złożenia oferty. Jednym z kryterium oceny ofert, jest termin wykonania zamówienia, z czego należy wnosić, iż zamawiającemu zależy na szybkim zrealizowaniu przedmiotowej inwestycji. Jednakże Izba stwierdza, że postępowanie obarczone jest poważnymi błędami i na dotychczasowych warunkach, określonych w specyfikacji nie powinno być kontynuowane. Nowelizacja ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) wprowadziła zmiany w art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp, dopuszczające w uzasadnionych przypadkach, przed upływem terminu składania ofert zmianę treści SIWZ. Dokonaną zmianę zamawiający ma obowiązek bez zwłoki przekazać tym wykonawcom, którzy pobrali specyfikację, a nadto zamieścić na stronie internetowej. Jeżeli, jak w tym przypadku, zmiana treści specyfikacji prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający ma obowiązek zamieścić ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp oraz nakazała modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp, w granicach właściwości określonej art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Jako uzasadnione koszty odwołującego, z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła na rzecz odwołującego kwotę 3 600 złotych na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128 poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie - Pradze.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*