

Sygn. akt: KIO/UZP 1141/08

WYROK

z dnia 6 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony, ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce** protestu z dnia 19 września 2008 r., wniesionego 22.09.2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów.**

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

W dniu 28.08.2008 r. Wojewódzki Szpital Zespolony, ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na „nadbudowę, rozbudowę i przebudowę części budynku Świętokrzyskiego Centrum Kardiologii na potrzeby Kardiochirurgii” i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych)

W dniu 22.09.2008 r. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów (dalej: Odwołujący) – złożyło protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 30.09.2008 r. poprzez jego odrzucenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 3.10.2008 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

Zamawiający naruszył art. 38 ust. 5, art. 36 ust. 6 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 7, art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 353 Kodeksu cywilnego poprzez:

- 1) nieprecyzyjne postanowienia SIWZ odnośnie określenia robót budowlanych, które Zamawiający uzna za odpowiadające rodzajem i wartością za porównywalne z przedmiotem zamówienia (postanowienia 6.2.2 i 7.3.3. oraz załącznik nr 5 do SIWZ). Odwołujący podniósł, że Zamawiający odpowiadając na pytania w dn. 16.09.2008 r. dokonał niedozwolonej modyfikacji SIWZ poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu, przy czym nie wskazał, czy wartość 10 000 000 zł to wartość netto czy brutto, a nadto dokonał modyfikacji załącznika nr 5 do SIWZ przez co zmienił warunek

udziału w postępowaniu w odniesieniu do robót wykonywanych w jednostkach ochrony zdrowia,

- 2) udostępnienie wykonawcom nowych przedmiarów w branży teletechnicznej i nieprzedłużenie w związku z tym terminu składania ofert o co najmniej 7 dni, co jest naruszeniem przepisu mającego wpływ na wynik postępowania (art. 38 ust. 6 Prawa zamówień publicznych) i skutkuje nieważnością umowy zawartej w jego wyniku na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych,
- 3) Odwołujący wniósł o „dokonanie modyfikacji zapisu pkt. 16.3 SIWZ w sposób zgodny z § 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych”,
- 4) modyfikację i odmowę modyfikacji wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ w sposób opisany w odpowiedziach z dn. 16.09.2008 r. W dn. 8.09.2008 r. Odwołujący złożył pytania do SIWZ. Wnosił w nich o wyjaśnienie nieprecyzyjnych zapisów SIWZ dotyczących wymaganego doświadczenia oraz o dokonanie szeregu modyfikacji SIWZ, a w szczególności postanowień zawartych we wzorze umowy (postanowienia dotyczące rodzaju wynagrodzenia, fakturowania, terminów wykonania robót, kar umownych).

Zamawiający odrzucił protest, wskazując na zaistnienie dwóch przesłanek odrzucenia protestu: został on wniesiony przez osobę nieuprawnioną (do protestu nie dołączono odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego) i po terminie (w dn. 28.08.2008r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu).

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że protest został wniesiony przez osobę nieuprawnioną – protest został podpisany przez Prezesa Zarządu, przy pieczęci imiennej informującej o sprawowanej funkcji w zarządzie. W ocenie Zamawiającego, skoro do przesłanego protestu nie załączono odpisu KRS lub odpisu z ewidencji działalności gospodarczej ani pełnomocnictwa, protest musi zostać odrzucony, bowiem jedną z zasad wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego (art. 95 i nast. KC) jest zasada jawności pełnomocnictwa wobec osób trzecich, co stanowi gwarancję bezpieczeństwa obrotu, a zatem pełnomocnik winien legitymować się dokumentem świadczącym o jego umocowaniu do zastępowania reprezentowanego i pozwalającym ocenić, jaki jest zakres danego umocowania.

W istocie Zamawiający nie zakwestionował uprawnienia Prezesa Zarządu do podpisania protestu, ale jedynie brak załączenia do protestu dokumentu, z którego to uprawnienie wynikało. W ocenie Izby, jeżeli protest został podpisany przez osobę umocowaną do jego

podpisania, co wynika z odpisu z KRS nr 0000040930, Zamawiający nie może podważać skuteczności wniesienia protestu.

Skład orzekający Izby stwierdził, że skoro protest został podpisany przez Prezesa Zarządu – nie było podstawy prawnej do załączenia do niego jakiegokolwiek pełnomocnictwa, bowiem Zarząd jest ustawowo organem reprezentującym spółkę. Skład Zarządu, sposób reprezentacji i dane członków zarządu są uwidocznione w Krajowym Rejestrze Sądowym, który, zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym jest jawny; informacje zawarte tamże są powszechnie dostępne (do podstawowych danych tam zawartych jest dostęp przez stronę internetową <http://pdi.cors.gov.pl/>). W powyższych okolicznościach nie było podstawy do uznania, że protest został wniesiony przez osobę nieuprawnioną.

Rozpatrując zarzut Zamawiającego, iż protest został wniesiony po terminie, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Ogłoszenie o zamówieniu, jak wskazano na wstępie niniejszego uzasadnienia, ukazało się w dn. 28.08.2008 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił SIWZ na swojej stronie internetowej. Odwołujący w dn. 8.09.2008 r. zwrócił się do Zamawiającego z pytaniami do SIWZ, Zamawiający udzielił na nie odpowiedzi w dn. 16.09.2008 r. Protest został przez Odwołującego wniesiony w dn. 22.09.2008 r., przy czym Odwołujący wskazał na posiedzeniu, że został on wniesiony w związku z modyfikacją SIWZ zawartą w odpowiedzi na pytania oraz w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego uwzględnienia postulatów Odwołującego zawartych w pytaniach do SIWZ, a nie w związku z wcześniejszymi postanowieniami SIWZ.

Izba, analizując treść zarzutów pod kątem wniesienia ich w terminie, porównała postanowienia SIWZ z treścią odpowiedzi z dn. 16.09.2008 r. i stwierdziła, iż zasadniczo odpowiedzi z dn. 16.09.2008 r. nie zmieniały postanowień SIWZ (z wyjątkami, omówionymi w dalszej części niniejszego uzasadnienia); w konsekwencji, gdyby część zarzutów stanowiła podstawę do samodzielnego protestu, rzeczywiście musiałby być on być odrzucony, jako wniesiony po terminie.

Izba uznała, iż po terminie zostały podniesione następujące zarzuty:

1. Zarzut dotyczący wniosku Odwołującego o „dokonanie modyfikacji zapisu pkt. 16.3 SIWZ w sposób zgodny z § 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych”. Zdaniem Odwołującego, przedmiar robót nie może mieć znaczenia informacyjnego – co wskazał już w pytaniach z dn. 8.09.2008 r. Odpowiedź Zamawiającego z dn. 16.09.2008 r. nie odnosiła się w ogóle do tego postulatu Odwołującego, zgłoszonego już w pytaniach, zatem termin do protestu w tym zakresie, liczyć się powinno od dnia upublicznienia SIWZ.

2. Zarzuty Odwołującego dotyczą modyfikacji i odmowy modyfikacji wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ w sposób opisany w odpowiedziach z dn. 16.09.2008 r. Należy zauważyć, iż Zamawiający uwzględnił część postulatów Odwołującego odnoszących się do modyfikacji wzoru umowy, zgłoszonych w pytaniach. Odwołujący w proteście podtrzymał swoje żądania wobec Zamawiającego, dotyczące pozostałych modyfikacji wzoru umowy, zawarte już wcześniej w pytaniach z dn. 8.09.2008 r., a zatem Izba uznała, że zostały one wniesione po terminie.

Z treści pytań Odwołującego z dn. 8.09.2008 r. odnoszących się do wzoru umowy (oraz porównania ich z wzorem umowy stanowiącym załącznik do SIWZ), wynika, że Odwołujący nie miał podstaw, aby mieć wątpliwości co do poszczególnych wskazywanych przez siebie postanowień wzoru umowy; formułuje on wobec Zamawiającego jednoznaczne postulaty zmiany postanowień, które uważa za – generalnie ujmując - naruszające zasadę równości stron stosunku cywilnego. Instytucja wyjaśnień do SIWZ (art. 38 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) służy rozstrzygnięciu przez Zamawiającego wątpliwości, zgłaszanych przez wykonawców, wobec niezrozumiałych czy dwuznacznych postanowień SIWZ; środki ochrony prawnej są sposobem na ochronę interesu prawnego wykonawcy, jeżeli został on naruszony przez czynności lub zaniechania Zamawiającego; instytucja wyjaśnień do SIWZ nie może być wykorzystywana do przywracania terminu do wniesienia protestu. Zamawiający w odpowiedziach z dn. 16.09.2008 r. uwzględnił spostrzeżenia Odwołującego zawarte w pytaniach, dotyczące postanowień wzoru umowy sprzecznych z treścią SIWZ (np. wynagrodzenia ryczałtowego). Nie można zatem przychylić się do stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na posiedzeniu, iż protest w zakresie nieuwzględnienia postulatów Odwołującego zawartych w pytaniach z dn. 8.09.2008 r. jest protestem na zaniechanie Zamawiającego, bowiem już w momencie zadawania pytań postanowienia wzoru umowy istniały w takim a nie innym kształcie, i Odwołujący, jeżeli miał zastrzeżenia, mógł złożyć już wówczas (tzn. w terminie do składania protestu na SIWZ) protest.

Odwołujący błędnie również wywodzi, iż Zamawiający zmodyfikował § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy załączonego do SIWZ, w związku z czym wykonawca będzie obciążony kredytowaniem inwestycji do chwili zapłaty za faktury. Izba ustaliła, iż już wcześniej ust. 3 i 4 wzoru umowy w brzmieniu wg stanu na dzień opublikowania SIWZ, stanowiły o terminach płatności i wielkości procentowej płatności częściowych (ust. 3) i zakresie robót, który ma być fakturowany (ust. 4) – Zamawiający udzielając odpowiedzi z dn. 16.09.2008 r. rzeczywiście zmodyfikował te postanowienia, jednak modyfikacja odnosiła się wyłącznie do użytych sformułowań (ust. 3 niejako został połączony z ust. 4 poprzez wyraźne przypisanie wielkości procentowej płatności częściowych do zakresu robót, za które będą one dokonywane). Zatem Zamawiający nie zmienił w ogóle sensu dotychczasowych sformułowań,

w konsekwencji czego twierdzenie Odwołującego, iż jego protest w zakresie zarzutów odnoszących się do wzoru umowy odnosi się merytorycznie do odpowiedzi z dn. 16.09.2008 r., a nie do postanowień SIWZ jest nietrafne, wobec czego Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i stwierdziła, że zarzuty te zostały wniesione po terminie, a co za tym idzie - nie rozpatrywała ich merytorycznie.

Niewątpliwie w terminie został wniesiony zarzut dotyczący naruszenia art. 38 ust. 6 Prawa zamówień publicznych poprzez upublicznienie nowych przedmiarów robót w dn. 16.09.2008 r. i nieprzedłużenie w związku z tym terminu do składania ofert. Izba również uznała za wniesiony w terminie zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 22 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w związku z wyjaśnieniem Zamawiającego z dn. 16.09.2008 r. odnoszącym się do warunku udziału w postępowaniu polegającego na realizacji i dwóch robót podobnych do przedmiotu zamówienia.

Izba odnosząc się merytorycznie do dwóch wskazanych wyżej zarzutów, które jako jedyne zostały podniesione w proteście w terminie, uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie.

I. Rozpatrując zarzut dotyczący sprostowania SIWZ poprzez udostępnienie w dn. 16.09.2008 r. przedmiarów zamiennych, Izba ustaliła, że Zamawiający w dn. 16.09.2008 r. opublikował na swojej stronie internetowej sprostowanie do SIWZ (kserokopia wydruku ze strony internetowej Zamawiającego, okazanego przez Odwołującego, w aktach sprawy), w którym wskazał, że do SIWZ załączono pomyłkowo niewłaściwe przedmiary robót w branży teletechnicznej. W piśmie przewodnim, do którego załączono przedmiary zamienne, Zamawiający nie poinformował o przedłużeniu terminu składania ofert.

Odwołujący w związku z powyższym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 38 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, co w jego ocenie skutkuje nieważnością postępowania na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, ponieważ stanowi takie naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, w konsekwencji czego Zamawiający nie może zawrzeć ważnej umowy o zamówienie publiczne, zatem powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 7 Prawa zamówień publicznych.

Oceniając powyższy zarzut, Izba uznała, że nie jest on zasadny. Dzień opublikowania nowych przedmiarów był osiemnastym dniem od ukazania się ogłoszenia, do otwarcia ofert pozostało dwadzieścia dwa dni (w ogłoszeniu o zamówieniu wyznaczono termin otwarcia ofert na dzień 8.10.2008 r.). Jeżeli Odwołujący uznał, że jego interes prawny został naruszony poprzez nieprzedłużenie w takich okolicznościach terminu do składania ofert, mógł złożyć protest na zaniechanie Zamawiającego polegające na niedokonaniu takiej czynności, żądając przedłużenia terminu składania ofert – w okolicznościach niniejszej

sprawy jednak trudno byłoby przyjąć, iż posiada on interes prawny w stawianiu takiego zarzutu, bowiem nawet bez przedłużania terminu składania ofert termin do przygotowania oferty wydaje się wystarczający. Tymczasem Odwołujący zwraca uwagę na uchybienie Zamawiającego, lecz nie wskazuje, w jaki sposób omawiane zaniechanie Zamawiającego miało naruszyć jego interes prawny i nie żąda przedłużenia tego terminu (niezależnie od powyższego, Izba ustaliła, że termin otwarcia ofert był przekładany przez Zamawiającego kilkakrotnie, a więc jeżeli nawet doszło do naruszenia przepisów ustawy poprzez nieprzedłużenie terminu składania ofert w dn. 16.09.2008 r., nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania (postępowanie o udzielenie zamówienia w dniu rozprawy było jeszcze na etapie przed otwarciem ofert; w takich okolicznościach uprawnione jest założenie, że wpływ nieprzedłużenie terminu składania ofert w dn. 16.09.2008 r. nie będzie w przyszłości miało żadnego wpływu na wynik postępowania), zatem nie zaistniały, wskazywane przez Odwołującego, podstawy nieważności postępowania. A jedyny skutek, jaki Odwołujący wywodzi z ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, to niemożność zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego – co nie może zostać przez Izbę uwzględnione, bowiem naruszenie przepisów, które miałyby skutkować nieważnością postępowania i w konsekwencji nieważnością umowy, w ocenie Izby nie zaistniało. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 36 ust. 6 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 7 Prawa zamówień publicznych.

II. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego postanowień SIWZ odnośnie określenia robót budowlanych, które Zamawiający uzna za porównywalne z przedmiotem zamówienia (postanowienia 6.2.2 i 7.3.3. SIWZ oraz załącznik nr 5 do SIWZ), Izba stwierdziła, że zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący podniósł, że Zamawiający odpowiadając na pytania w dn. 16.09.2008 r. dokonał niedozwolonej modyfikacji SIWZ poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu, przy czym nie wskazał, czy wartość 10 000 000 zł to wartość netto czy brutto, ponadto Odwołujący podniósł, iż w jednym miejscu SIWZ Zamawiający wymaga wykonania (w ramach doświadczenia zawodowego) robót budowlanych w jednostkach służby zdrowia, a w innym – nie.

Izba stwierdziła, że zarzut ten w zakresie wymogu Zamawiającego wykonania robót w jednostkach służby zdrowia jest wniesiony po terminie. Sformułowania SIWZ w tym zakresie nie zostały w żaden sposób zmienione odpowiedziami z dn. 16.09.2008 r., Zamawiający nie udzielił też żadnych wyjaśnień w tym zakresie – bowiem z pytania Odwołującego z dn. 8.09.2008 r. nie wynikało, że kwestionuje on warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do wykonania robót w jednostkach służby zdrowia, w związku z czym Zamawiający nie mógł się odnieść do tej kwestii w swoich odpowiedziach. Wszystkie postanowienia SIWZ odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu

(skonkretyzowanie przez Zamawiającego warunku udziału - postanowienia 6.2.2 SIWZ, opis dokumentu potwierdzający jego spełnienie - postanowienia 7.3.3. SIWZ oraz wzór wykazu – załącznik nr 5 do SIWZ) powinny być czytane łącznie – z zestawienia tych postanowień jednoznacznie wynika, że Zamawiający wymagał wykonania dwóch robót budowlanych w jednostkach służby zdrowia. Środki ochrony prawnej odnoszące się zatem do tego aspektu warunku udziału w postępowaniu powinny być wniesione w terminie liczonym od opublikowania ogłoszenia i SIWZ. W ocenie Izby nie stanowi modyfikacji SIWZ stwierdzenie Zamawiającego zawarte w odpowiedziach z dn. 16.09.2008 r. wskazujące, iż „w załączniku nr 5 wymaga się wykonania 2 robót budowlanych co do wielkości i złożoności porównywalnej do przedmiotu zamówienia” (wg pierwotnego brzmienia załącznika nr 5 były to „zamówienia porównywalne z przedmiotem niniejszego zamówienia”). Oczywiście jest, że roboty objęte wykazem muszą spełniać warunek udziału w postępowaniu, a więc zarówno co do rodzaju wykonanych robót, jak i ich wartości – zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 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. z dnia 24 maja 2006 r.), w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać m.in. wykazu wykonanych robót budowlanych (...) odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Odpowiedź Zamawiającego z dn. 16.09.2008 r. nie wniosła więc w tym zakresie nowej treści do SIWZ. W konsekwencji Izba uznała zarzut wobec warunku udziału w postępowaniu - odnoszący się do wykonania robót w jednostkach służby zdrowia – jako wniesiony po terminie i nie rozpatrywała go merytorycznie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wyjaśnienia przez Zamawiającego w odpowiedzi z dn. 16.09.2008 r. warunku udziału w postępowaniu co do wartości robót, którymi należy się wykazać składając ofertę, skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

W punkcie 6.1.1. SIWZ zatytułowanym „Doświadczenie zawodowe” postanowiono, iż „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat, przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, zrealizował, wykonał co najmniej 2 zamówienie odpowiadające swoim rodzajom i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o którym mowa w pkt 4.2 niniejszej SIWZ - na wartość nie mniejszą niż 10.000.000,00 PLN brutto, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.”

W ocenie Izby z zacytowanego sformułowania SIWZ rzeczywiście nie wynikało jednoznacznie, czy Zamawiający wymaga dwóch robót o wartości łącznie 10 000 000 zł brutto (wariant 1), czy dwóch robót każda o wartości dwóch milionów brutto (wariant 2). Dwuznaczności tej nie rozstrzyga nawet informacja (zawarta w ogłoszeniu i SIWZ oraz wynikająca z oświadczenia Zamawiającego), że wartość zamówienia wynosi ok. 10 000 000 zł (Zamawiający wymagał posiadania „ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość nie mniejszą niż 10.000.000,00 PLN.” – wobec czego można było się spodziewać, że wartość zamówienia oszacowano na kwotę 10 000 000 zł; ponadto Zamawiający na rozprawie podał informację, że wartość zamówienia oszacowano na 13 000 000 brutto), ponieważ sposób określenia warunku udziału w postępowaniu należy do Zamawiającego i Zamawiający mógł określić warunek udziału w postępowaniu zarówno wg wariantu 1, jak i wariantu 2 – czyli w dowolny sposób, jaki uzna za adekwatny do przedmiotu zamówienia (co powinien uzasadnić).

Zatem Odwołujący postąpił słusznie, zwracając się do Zamawiającego o wyjaśnienie do treści SIWZ w tym zakresie, ponieważ postanowienia SIWZ były w tym zakresie niejednoznaczne. Odpowiedź Zamawiającego z dn. 16.09.2008 r. skonkretyzowała warunek udziału w postępowaniu, w ten sposób, iż wskazał wariant 2. Wyjaśnienie to nie stanowi zatem niedozwolonej przez art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 23.10.2008 r.) modyfikacji warunku udziału w postępowaniu, ponieważ Zamawiający nie zmienił warunku udziału w postępowaniu, a jedynie skonkretyzował go w taki sposób, iż wybrał wariant 2 z dwóch możliwych, określonych przez dwuznaczne brzmienie pierwotnych postanowień SIWZ. Nie narusza również przepisów ustawy brak określenia w odpowiedziach z dn. 16.09.2008 r., czy wartość 10 000 000 zł to wartość „brutto” czy „netto”, bowiem Zamawiający rozstrzygał w tejże odpowiedzi jedynie kwestię, czy wartość 10 000 000 zł odnosi się do każdej z robót, czy obu wymaganych robót łącznie – a więc rozstrzygał wątpliwość Odwołującego co do możliwego wariantu warunku udziału w postępowaniu (pytanie Odwołującego z dn. 8.09.2008 r. nie dotyczyło kwestii „brutto-netto”).

W związku ze skonkretyzowaniem warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia zawodowego w powyższy sposób, Odwołujący podniósł w proteście, a następnie w odwołaniu zarzut, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ eliminuje on z postępowania Odwołującego, jako że w jego ocenie posiada on odpowiedni potencjał do wykonania zamówienia, lecz nie jest w stanie wykazać, iż w wymaganym okresie wykonał 2 zamówienia o wartości min. 10 000 000 zł każde. W ocenie Izby zarzut ten nie jest zasadny, bowiem Odwołujący nie wykazał, że tak postawiony warunek jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a jedynie wskazał, że on

nie jest w stanie jego spełnić. Zarzut podniesiony przez Odwołującego powinien być poparty odpowiednią argumentacją, a trudno jej się doszukać w uzasadnieniu protestu. Izba oceniając warunek udziału w postępowaniu, skonkretyzowany w odpowiedziach z dn. 16.09.2008 r., uznała, że jest on adekwatny do wartości przedmiotu zamówienia, a więc nie narusza zasady uczciwej konkurencji (tylko warunek postawiony zbyt wysoko – w sposób nieodpowiadający wartości zamówienia mógłby ograniczać uczciwą konkurencję).

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 38 ust. 5 oraz art. 7 ust. 1 i 22 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując, Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 36 ust. 6 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 7 Prawa i art. art. 38 ust. 5 oraz art. 7 ust. 1 i 22 ust. 2 Prawa zamówień publicznych; pozostałe zarzuty nie były przez Izbę rozpatrywane jako wniesione po terminie. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Zamawiającego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy rachunków wymaganych przez § 4 ust. 1 pkt 2 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. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....