

Sygn. akt KIO/UZP 82/09,

KIO/UZO 85/09

WYROK
z dnia 3 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **23 stycznia 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,

B. Konsorcjum firm: Budostal-2 S.A., Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków w Krakowie S.A., ul. Lublańska 34, 31-476 Kraków

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, ul. Podchorążych 2, 30-084 Kraków** protestów:

A Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa z dnia 30 grudnia 2008 r.

B Konsorcjum firm: Budostal-2 S.A., Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków w Krakowie S.A., ul. Lublańska 34, 31-476 Kraków z dnia 30 grudnia 2008 r.

orzeka:

1a. Uwzględnia odwołanie Skanska S.A. i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności zatrzymania

wadium Skanska S.A., dokonanie ponownego wezwania Skanska S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty i dokonanie ponownej oceny ofert.

1b. Oddala odwołanie Konsorcjum firm: Budostal-2 S.A., Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków w Krakowie S.A.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Budostal-2 S.A., Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków w Krakowie S.A.** oraz **Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, ul. Podchorążych 2, 30-084 Kraków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 049 zł 34 gr** (słownie: trzy tysiące czterdzieści dziewięć złotych trzydzieści cztery groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Budostal-2 S.A., Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków w Krakowie S.A., ul. Lublańska 34, 31-476 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 324 zł 67 gr** (słownie: trzy tysiące trzysta dwadzieścia cztery złote dwadzieścia siedem groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty **1 524 zł 67 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, ul. Podchorążych 2, 30-084 Kraków** na rzecz **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - B** kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Budostal-2 S.A., Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków w Krakowie S.A., ul. Lublańska 34, 31-476 Kraków** na rzecz **Uniwersytetu Pedagogicznego im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, ul. Podchorążych 2, 30-084 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym~~
- ~~A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx~~
 - ~~B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **36 950 zł 66 gr** (słownie: trzydzieści sześć tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych sześćdziesiąt sześć groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A kwoty 18 475 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**
 - B kwoty 18 475 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum firm: Budostal-2 S.A., Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków w Krakowie S.A., ul. Lublańska 34, 31-476 Kraków**

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku dydaktycznego Akademii Pedagogicznej w Krakowie, z infrastrukturą techniczną przy ul. Podchorążych 2 w ramach realizacji projektu Rozbudowa Akademii Pedagogicznej im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171 poz. 1058), zwanej dalej „ustawą – Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 5 listopada 2008 roku pod numerem 2008/S215-286256

W dniu 30 grudnia 2008 roku Skanska S.A. (zwana dalej: Odwołującym 1) wniosła protest wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy – Pzp: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 22 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 46 ust. 4a w związku z art. 26 ust. 4 oraz art. 25 ust. 1, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 35 i wniosła o:

1) Przywrócenie wykluczonego i odrzuconego wykonawcy, powtórzenie czynności oceny ofert na wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym skutecznego przesłania Odwołującemu ad 1 stosownego wezwania do uzupełnienia dokumentów i poprawienia oczywistych omyłek pisarskich.

2) Zaniechanie zatrzymywania wadium w trybie art.46 ust. 1 pkt.4a ustawy.

W uzasadnieniu Odwołujący 1 podniósł, iż w dniu 23.12.2008 r. o godzinie 16.51 wysłane zostało drogą faksową pismo od Zamawiającego informujące Odwołującego o fakcie odrzucenia jego oferty z powodu nie przesłania wymaganych dokumentów i oświadczeń oraz zgody na poprawę „Wykazu cen” i tym samym wartości oferty, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Pzp oraz o zatrzymaniu przez Zamawiającego wadium zgodnie z art. .46 ust. 1 pkt. 4a ustawy – Pzp.

Odwołujący 1 nie zgodził się z takim działaniem Zamawiającego, „ponieważ Zamawiający w pkt. 35 SIWZ opisał sposób porozumiewania się z Wykonawcami: faksem

lub elektronicznie, a fakt ich otrzymania powinien być niezwłocznie potwierdzony przez stronę otrzymującą.

Ponieważ zamawiający w w/w faksie powołuje się na pismo z dnia 19.12.2008 r., w którym wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, a które podobno zostało przekazane drogą faksową w tym dniu do Odwołującego 1, Odwołujący 1 jednak nie otrzymał takiego pisma ani faksem, ani żadnym innym nośnikiem, ponieważ potwierdziłby fakt jego otrzymania oraz zapewne udzieliłby informacji wymaganej przez Zamawiającego. Ponieważ jednak takiego wezwania Wykonawcy nie otrzymał, to Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ oraz zatrzymać wadium w trybie art. 46 ust. 1 pkt. 4a ustawy – Pzp.

Odwołujący 1 podniósł, iż jego interes prawny, polegający na możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia oraz utraty wadium, doznał uszczerbku, co uzasadnia złożenie protestu.

Pismem z dnia 7 stycznia 2009 roku Zamawiający odrzucił protest Odwołującego 1. W uzasadnieniu podniósł, że Odwołujący 1 nie zajmuje stanowiska wobec zasadności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także wobec zasadności przyjęcia, że oferty nie odrzucone przez Zamawiającego, istotnie nie podlegają odrzuceniu. Tym samym nie zostało wykazane, że Odwołujący w wyniku działań Zamawiającego utracił szansę na uzyskanie zamówienia publicznego, o którego udzielenie toczy się przedmiotowe postępowanie, tj. interes prawny Odwołującego 1 w uzyskaniu zamówienia został co najmniej zagrożony. W przypadku bowiem, gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego 1 z prowadzonego postępowania i nie zatrzymał wniesionego wadium, oferta złożona przez Odwołującego 1 i tak nie zostałaby uznana najkorzystniejszą. Jak wynika z treści art. 179 ust. 1 ustawy - Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku. Zatem przesłanka, od której spełnienia zależy uprawnienie do wniesienia protestu, odnosi się do interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, nie zaś do jakiegokolwiek interesu prawnego związanego z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w tym do interesu prawnego związanego z zatrzymaniem wadium.

Zgodnie z art. 187 ustawy Pzp, Zamawiający ma, m. in., obowiązek odrzucić protest wniesiony przez podmiot nieuprawniony.

Ponadto Zamawiający stwierdził, iż niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że, w przypadku nie odrzucenia przedmiotowego protestu byłby on oddalony jako bezzasadny. Pismo Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2008 r. przesłane faksem, na co Zamawiający posiada potwierdzenie, zostało bowiem doręczone skutecznie. Fakt braku potwierdzenia jego otrzymania nie może być zaś traktowany, jako powód potwierdzenia okoliczności nie

doręczenia. Nic sposób bowiem wyobrazić sobie sytuacji, w której o braku skutecznego doręczenia pisma decydowałaby dobra wola Wykonawcy.

W niniejszym przypadku Odwołujący 1 nie dysponuje też jakimkolwiek dowodem na okoliczność nie otrzymania pisma, a w przypadku zyskania bilingu faksów Odwołującego 1 zostałyby potwierdzone, że wzmiankowane pismo Zamawiającego zostało jednak skutecznie doręczone. Wobec zaś doręczenia pisma i braku stosownej odpowiedzi od Odwołującego 1, Zamawiający nic miał innego wyjścia, aniżeli postąpić zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co też uczynił.

Nadto, w ocenie Zamawiającego, w przypadku uwzględnienia protestu doszłoby do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), które polegałoby w przedmiotowym przypadku, w szczególności, na bezpodstawnym powtórzeniu prawidłowo wykonanych czynności. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny dotyczyć w równym stopniu wszystkich wykonawców.

Odwołujący 1 wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Skanska S.A. z postępowania i odrzucenia jej oferty,
- 2) unieważnienie czynności zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 1 pkt. 4a w/w ustawy, w związku z zaistnieniem okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (nie leżących po jego stronie).
- 3) nakazanie powtórzenia Zamawiającemu czynności badania i oceny ofert.

W ocenie Odwołującego 1 Zamawiający nie ma prawa odmówić interesu prawnego Wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu i ubiegającemu się o zamówienie do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia postępowania. Bez pokrycia jest twierdzenie Zamawiającego zawarte w odrzuceniu protestu, iż oferta Odwołującego 1, gdyby ten nie został wykluczony a jego oferta nie odrzucona, nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w niniejszym w postępowaniu. Wprawdzie oferta jest na dalszej pozycji w rankingu, jednakże cały czas trwa postępowanie, ponieważ wybór oferty najkorzystniejszej został oprotestowany przez 2 innych Wykonawców. Może się zdarzyć tak, że w wyniku procedury protestacyjno-odwoławczej, oferta Odwołującego 1 może zmienić miejsce w rankingu ofert. Nadto gdyby Zamawiający dokonał skutecznego wyboru oferty innego Wykonawcy, a ten odmówiłby podpisania umowy, Odwołujący 1 zostałby pozbawiony możliwości wyboru swojej oferty na podstawie art. 94 ust. 2, który pozwala Zamawiającemu na wybór najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ponownej oceny.

Ponadto podstawowe znaczenie w przedmiotowej sprawie ma obecny stan prawny wynikający z niedawnej zmiany ustawy - Pzp, który daje Zamawiającemu możliwość zatrzymania wadium w wyniku nie wypełnienia przez Wykonawcę obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy - Pzp. Nie można twierdzić, iż brak jest interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji Zamawiającego, w opinii Wykonawcy wydanych z naruszeniem prawa, w wyniku których Wykonawca doznaje realnego uszczerbku w swoim majątku. Ponadto konsekwencje zatrzymania wadium w jednym postępowaniu mogą rzutować na zdolność Wykonawcy do ubiegania się o zamówienia w innych postępowaniach, poprzez uszczuplenie posiadanych środków finansowych lub zagrożenie dostępu do linii kredytowej.

Nadto Odwołujący 1 podniósł, iż obecnie obowiązujące przepisy ustawy – Pzp określają prawo do składania odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych tylko do możliwości kwestionowania rozstrzygnięcia protestu od wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Wynika z tego jednoznacznie, iż Wykonawca nie ma ani prawa w postępowaniu odwoławczym skarżenia decyzji wyboru najkorzystniejszej oferty. A nawet jeśli by podnosił w odwołaniu zarzuty dotyczące wyboru innego Wykonawcy, nie mogłyby być rozpatrzone przez KIO.

Odnosząc się do merytorycznych podstaw odrzucenia oferty i zatrzymania wadium Odwołujący 1 podniósł, iż fakt posiadania przez Zamawiającego potwierdzenia nadania faksu (bo tym jest raport faksowy) nie jest dowodem doręczenia, szczególnie w taki sposób, aby mieć pewność, że odbiorca faksu mógł zapoznać się z treścią przesyłanych informacji. Nie może się ostać więc twierdzenie Zamawiającego o doręczeniu pisma, jak również twierdzenie, iż to Odwołujący 1 ma udowodnić, iż pisma nie dostał. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, iż Zamawiający ustanowił zasady porozumiewania się w przedmiotowym postępowaniu w pkt 35 SIWZ poprzez zapis, iż w przypadku przesyłania informacji faksem lub elektronicznie fakt ich otrzymania powinien być niezwłocznie potwierdzony przez stronę otrzymującą. Z zapisu tego należy wywodzić, iż dowodem przesądzającym o skutecznym doręczeniu miał być fakt niezwłocznego potwierdzenia przez stronę otrzymującą. A nie mógł więc Odwołujący 1 potwierdzić czegoś czego nie otrzymał.

Ostatnim aspektem przedmiotowej sytuacji, jest fakt, iż Zamawiający nadużył swojego prawa w kontekście art. 46 ust. 4a. Z treści pisma, które jak twierdzi Zamawiający, przesłał do Odwołującego 1 w dniu 19.12.2008 r. (Skanska zapoznała się z protokołem z przedmiotowego postępowania w dniu 15.01.2009 r.) wynika, iż zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy – Pzp o wyjaśnienie i uzupełnienie treści oferty w zakresie osoby

wskazanej na stanowisko przedstawiciela Wykonawcy. W obliczu faktu, iż Wykonawca złożył wszystkie wymagane SIWZ dokumenty i żaden z nich nie stanowił potwierdzenia nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie mógł wzywać do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3, a jedynie do wyjaśnienia dotyczącego złożonych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4. W ocenie Odwołującego brak jest możliwości zastosowania obu tych przepisów łącznie w odniesieniu do tego samego dokumentu, jak również brak możliwości zatrzymania wadium na skutek nie udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Zatem wezwanie do uzupełnienia dokumentów było wadliwe. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwość, co do życiorysu pana Marka N. najpierw powinien wyjaśnić zawartość tego dokumentu, a dopiero w drugiej kolejności wezwać do uzupełnienia, gdyby z wyjaśnień okazało się, że jednak dokument ten nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący 1 próbował złożyć w/w wyjaśnienia dotyczące treści załącznika nr5 w piśmie dołączonym do protestu, jednakże nie miał do końca wiedzy, co jest kwestionowane w tym dokumencie, nie posiadając wezwania z 19.12.2008 r.

Dodatkowo należy zauważyć prawną niekonsekwencję Zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania. W piśmie odrzucającym ofertę Odwołującego 1 podał jako podstawę odrzucenia art. 89 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 87 ust. pkt 3), natomiast w piśmie z 19.12.2008 r. (którego Odwołujący nie otrzymał) wezwał do potwierdzenia poprawek w tabeli "Wykaz cen" na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2).

W dniu 30 grudnia 2008 roku Konsorcjum w składzie: Budostal – 2 Spółka Akcyjna oraz Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków w Krakowie Spółka Akcyjna w Krakowie, ul. Lublańska 34, 31 – 476 Kraków (zwane dalej: Odwołującym 2) wniosło protest na czynności Zamawiającego polegające na:

a) dokonaniu wyboru wykonawcy, pomimo, że jego oferta obarczona jest istotnymi wadami polegającymi na tym, że nie spełnia ona wymogów określonych w Rozdziale 9 pkt 2. ppkt (a), pkt. 3 ppkt (b) akapit 3 i ppkt (c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zgodnie z którymi wykonawca winien: -wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy - Pzp, -dysponować potencjałem technicznym w tym projektantem, który zaprojektował jeden budynek użyteczności publicznej o kubaturze minimum 20.000 m³, -wykonać co najmniej jeden kontrakt na roboty budowlane w formule "projektuj i buduj" o wartości łącznej co najmniej 30 mln PLN netto, w tym roboty budowlane, których przedmiotem była budowa i zaprojektowanie obiektu odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. szkoły o kubaturze 20.000 m³

b) nie odrzuceniu oferty wybranego wykonawcy pomimo tego, że nie spełnia ona wymogów określonych w Rozdziale 9 pkt 2 ppkt (a), pkt. 3 ppkt (b) akapit 3 i ppkt (c) Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia (SIWZ),

c) oferta ABM SOLID S.A. w ocenie protestującego wyczerpuje znamiona oferty z rażąco niską ceną, w szczególności w zakresie sieci LAN oraz instalacji wentylacji i klimatyzacji.

Zdaniem Odwołującego 2 spółka ABM SOLID S.A., której oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, 1) nie dołączyła stosownych zaświadczeń o niekaralności osób podpisanych na pełnomocnictwie z dnia 16.12.2008r. udzielonym panu Adamowi S. - dołączono jedynie stosowne zaświadczenie Wiceprezesa Zarządu Dyrektora Technicznego, a nie dołączono takich zaświadczeń dla głównego księgowego oraz dyrektora ds. marketingu, jak i nie dokonano opłaty od czynności cywilnoprawnych, co czyni stosowne pełnomocnictwo nieważnym;

2) nie wykazała, poprzez brak przedstawienia odpowiednich referencji bądź innych dokumentów, że osoba projektanta dysponuje stosownym doświadczeniem wymaganym w SIWZ, to jest, że zaprojektował on 1 budynek użyteczności publicznej o kubaturze min. 20.000 m³

3) dołączyła do swojej oferty referencje z dnia 28.11.2008r. wystawione przez Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Tarnowie, z której wynika, że spółka ABM SOLID S.A. jako Generalny Wykonawca zrealizowała zadanie inwestycyjne pn. Budowa obiektu dla potrzeb Centrum Nowoczesnych Technologii Instytut Politechniczny Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Tarnowie, w zakresie dwóch pawilonów, w których zakres wchodziły między innymi prace projektowe i nadzór autorski. Protestujący I po zapoznaniu się z Biuletynem Zamówień Publicznych nr 46 z dnia 08.03.2005r. pozycja 1025a stwierdza, że ówczesny zamawiający wskazał, że SIWZ dla zadania inwestycyjnego objętego referencjami z dnia 28.11.2008r. jak i projekt budowlany są do otrzymania za odpłatnością w kwocie 933zł, oraz że wykonawca winien pozyskać od wskazanej przez zamawiającego firmy projektowej dokumentację wykonawczą. W takiej sytuacji przedłożone przez Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Tarnowie referencja z dnia 28.11.2008 r. są niezgodne ze stanem faktycznym gdyż ówczesny zamawiający był w posiadaniu projektu budowlanego, a projekty wykonawcze zostały sporządzone przez projektanta wskazanego przez ówczesnego zamawiającego. Taki stan rzeczy świadczy jednoznacznie, że spółka ABM SOLID S.A. nie może wykazać się zrealizowaniem roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa i zaprojektowanie obiektu odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. szkoły o kubaturze 20.000 m³ w formule "zaprojektuj i wybuduj" oczekiwanej przez Zamawiającego.

Oprócz tego oferta ABM SOLID S.A. w ocenie protestującego wyczerpuje znamiona oferty z rażąco niską ceną, w szczególności w zakresie sieci LAN oraz instalacji wentylacji i klimatyzacji. Szczegółowe określenie wymagań odnośnie przedmiotowych instalacji i sieci w pro-gramie użytkowym, w najwyższym możliwym do uzyskania, na obecnym etapie wiedzy technicznej, rozwiązań nie zostało przez spółkę ABM SOLID S.A. uwzględnione, gdyż kwoty jakie zamierzała ww. spółka przeznaczyć na przedmiotowe sieci i instalacje nie ujmują urządzeń i materiałów, mogą co najwyżej pokryć koszty ich montażu.

Z uwagi na powyższe Odwołujący 2 wniósł o odrzucenie oferty spółki ABM SOLID S.A. i uchylenie decyzji zamawiającego w przedmiocie dokonania wyboru wykonawcy, dokonanie ponownej weryfikacji złożonych ofert oraz następnie dokonanie ponownego wyboru oferty - oferty Odwołującego 2 jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 7 stycznia 2009 roku Zamawiający oddalił protest Odwołującego 2. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazał, że

Oferta złożona przez ABM SOLID.S.A. nie podlega odrzuceniu, zaś sam Wykonawca nie podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania.

Zaświadczenia o niekaralności miały dotyczyć jedynie członków organów zarządzających osób prawnych, nie zaś osób pełniących funkcję głównego księgowego, czy dyrektora ds. marketingu, natomiast brak opłaty od pełnomocnictwa, jest co prawda uchybieniem, lecz nie skutkuje nieważnością. Ponadto nie załączenie dowodu opłaty za pełnomocnictwo nie stanowi o jej nie wniesieniu, gdyż Zamawiający nie wymagał, aby taki dowód został dołączony do oferty.

Po drugie - przeprowadzenie dowodu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu może nastąpić w dowolny sposób, zatem nie jest bezwzględnie wymagane, aby doświadczenie osób wskazanych na poszczególne stanowiska było udokumentowane referencjami, czy innymi dokumentami; wystarczyło bowiem złożyć wymagany w postanowieniach SIWZ wykaz kluczowych osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia oraz uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności (zapisy zawarte w wykazie winny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu).

Po trzecie - Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wykazał, że posiada wymagane doświadczenie tak w zakresie budowy jak i w zakresie projektowania. Z kolei informacje podane w biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 08 03.2005 r. nie przesądzą jeszcze, iż przedmiotowe prace projektowe nie zostały przez wybranego Wykonawcę zrealizowane.

Ponadto, w ocenie Zamawiającego, o rażąco niskiej cenie czy też uzasadnionym przypuszczeniu, że dana oferta zawiera rażąco niską cenę można mówić jedynie W

odniesieniu do ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Zatem okoliczność, czy w odniesieniu do sieci LAN oraz instalacji wentylacji i klimatyzacji (jeden z elementów przedmiotu zamówienia), cena została w sposób znaczny zaniżona, czy też nie, pozostaje bez znaczenia. Ponadto, w tym zakresie Odwołujący 2 nie przedstawił obiektywnej argumentacji, poprzestając na własnych subiektywnych opiniach.

W przypadku uwzględnienia protestu doszłoby do naruszenia art. 7 ust.1 ustawy – Pzp (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), które polegałoby w przedmiotowym przypadku, w szczególności, na bezpodstawnym powtórzeniu prawidłowo wykonanych czynności. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny dotyczyć w równym stopniu wszystkich wykonawców.

Na rozstrzygnięcie protestu Odwołujący 2 wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy – Pzp, w tym: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) wykluczenie z postępowania firmy ABM SOLID S.A. oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy;
- 3) uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący 2 w odwołaniu podtrzymał zarzuty i argumentację podniesione w treści protestu, a w odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez ABM SOLID S.A. warunków udziału wskazał, iż dokumenty załączone do oferty ABM SOLID S.A. świadczą o tym, iż przedsiębiorca ten nie wykazał się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego kontraktu na roboty budowlane w formule „projektuj i buduj” o wartości łącznej co najmniej 30 mln PLN, w tym robót budowlanych, których przedmiotem jest budowa i zaprojektowanie obiektu odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. szkoły o kubaturze minimum 20.000 m³.

W ocenie Odwołującego 2 o powyższym świadczy przedstawiony przez ABM SOLID S.A. wykaz doświadczenia oraz referencje. Opis roboty budowlanej na rzecz Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Tarnowie (jedynej roboty, która mogła być brana pod uwagę w ocenie spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu) nie daje podstaw do uznania, iż jej zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego o kubaturze min. 20.000m³. Wykonawca określił bowiem zakres zamówienia jako „projekt

wykonawczy i realizacja *pod klucz*”, a zatem zakres tej roboty budowlanej nie obejmował sporządzenia dokumentacji projektowej.

Odwołujący 2 podniósł, iż w treści warunku, o którym mowa w pkt. 9 ppkt 3c specyfikacji Zamawiający wyraźnie wymagał wykazania się wykonaniem roboty budowlanej, której zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie i budowę obiektu odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Zatem skoro przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jest m.in. sporządzenie dokumentacji projektowej niezbędnej do wykonania obiektu budowlanego, to wykazanie się przez ABM SOLID S.A. wykonaniem jedynie projektów wykonawczych, to jest części dokumentacji projektowej, nie może być uznane za posiadanie doświadczenia w projektowaniu, które odpowiadałoby swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Odwołujący 2 zwrócił również uwagę na treść referencji przedstawionej przez ABM SOLID S.A., a wystawionej przez Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Tarnowie. Wynika z niej, że zadanie obejmowało budowę budynku złożonego z dwóch segmentów połączonych przewiązką wraz z instalacjami wewnętrznymi, sieci zewnętrzne, roboty drogowe i zagospodarowanie terenu. Z treści referencji nie wynika zaś nie tylko okoliczność wykonania przez ABM SOLID S.A. dokumentacji projektowej w ramach realizacji zamówienia w formule „projekt i wykonanie”, ale również samych projektów wykonawczych.

Ponadto Odwołujący 2 wskazał, iż z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia firmie ABM SOLID S.A. wynika, iż zakres udzielonego zamówienia nie mógł obejmować czynności zaprojektowania obiektu budowlanego, a faktycznym wykonawcą projektów wykonawczych, nie wspominając o pozostałej części dokumentacji projektowej była firma PERBO-PROJEKT Sp. z o.o. w Krakowie.

Na rozprawie w dniu 30 stycznia 2009 roku Odwołujący 2 ograniczył zarzuty i żądania odwołania wyłącznie do niespełnienia przez ABM SOLID S.A. warunku opisanego w pkt. 9 ppkt 3c specyfikacji.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie złożone przez Odwołującego 1 jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Odwołujący 1 wykazał uszczerbek w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do złożenia środków odwoławczych.

Stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie podziela tu argumentacji Zamawiającego, jakoby Odwołujący 1 nie legitymował się posiadaniem interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia z uwagi na fakt, iż nawet gdyby jego oferta nie została odrzucona i nie zatrzymano by mu wadium, i tak – z uwagi na sklasyfikowanie oferty na ostatnim miejscu – nie otrzymałby przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Stosownie do wzmiankowanego przepisu Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które Państwa Członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. Artykuł 1 ust. 3 dotyczy przede wszystkim niezadowolonych przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w przetargu prowadzonym z naruszeniem norm prawnych i nie wygrali kontraktu lub **którzy nie zostali dopuszczeni do uczestnictwa w przetargu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego również na nieprawidłowym wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty** (*vide*: Aleksandra Sołtysińska *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz* Zakamycze 2006 str. 774).

Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy określa minimalny krąg osób uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych, natomiast poszczególne państwa członkowskie mogą przyznać takie prawo również innym podmiotom, ale w żadnym razie nie mogą zawężyć kręgu podmiotom uprawnionym.

Zdaniem Izby naruszenie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowej sprawie polegało na tym, iż wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego 1 uniemożliwiło samo przez się dopuszczenie jego oferty do oceny. W niniejszym przypadku nie ma przy tym znaczenia, że oferta Odwołującego 1 uzyskałaby pozycję uniemożliwiającą mu uzyskanie zamówienia.

Osobną kwestią, jaką należało rozważyć, była przesłanka, na podstawie której Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego 1. Spór w istocie zasadzał się na ustaleniu faktu,

czy Odwołujący 1 otrzymał pismo z dnia 19 grudnia 2008 roku wzywające go do złożenia stosownych wyjaśnień, względnie do uzupełnienia oferty, czy też nie.

W ocenie Izby zasadnicze znaczenie w niniejszym przypadku miała treść pkt. 35 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którą korespondencja pomiędzy Zamawiającym a uczestnikami postępowania mogła być prowadzona faksem lub elektronicznie, przy czym **fakt ich otrzymania powinien być niezwłocznie potwierdzony przez stronę otrzymującą.**

Zamawiający sam ustalił zasady prowadzenia korespondencji za pomocą faksu i postanowienie to winno być respektowane również przez niego. Wobec takiego właśnie postanowienia o nie budzącym wątpliwości fakcie doręczenia Odwołującemu 1 pisma z dnia 19 grudnia 2008 roku można byłoby mówić wówczas, gdyby Zamawiający dysponował otrzymanym od Odwołującego 1 potwierdzeniem otrzymania faksu. Tak więc – wbrew stanowisku Zamawiającego – to nie Odwołujący winien był udowodnić, że faksu nie otrzymał. To na Zamawiającym - stosownie do dyspozycji art. 188 ust. 1 zd. 1 ustawy – Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego – spoczywał obowiązek udowodnienia, iż doręczył Odwołującemu 1 wzmiankowane pismo, a winien był to zrobić poprzez okazanie potwierdzenia przez Odwołującego 1 otrzymania faksu.

Stanowisko Izby nie stoi tutaj w sprzeczności ze stanowiskiem orzecznictwa sądów, zespołów arbitrów czy KIO, na które powoływał się Zamawiający, a zgodnie z którym pozytywny raport faksowy dowodzi, iż faks został przez odbiorcę otrzymany. Jednakże w niniejszym przypadku pierwszorzędne i zasadnicze znaczenie winien mieć ustanowiony przez Zamawiającego obowiązek potwierdzenia otrzymania faksu.

Zdaniem Izby dla niniejszego rozstrzygnięcia bez znaczenia jest fakt, iż w toku postępowania strony przekazywały sobie korespondencję za pomocą faksu i nie przekazywały sobie wymaganych potwierdzeń. Działanie takie, jakkolwiek pozostające w sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowiło bowiem o dorozumianej zmianie zapisu specyfikacji. Zmiana treści specyfikacji jest reglamentowana przez odpowiednie przepisy ustawy – Pzp i dopuszczalna jest wyłącznie w przypadkach i na zasadach ustalonych w ustawie. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości, a z takimi mamy do czynienia w przypadku przekazywania faksu z 19 grudnia 2008 roku, decydujące znacznie mają zaś postanowienia specyfikacji, a nie przyjęta przez strony praktyka.

Wobec tego, iż Zamawiający nie mógł mieć pewności co do skutecznego przekazania faksu, brak odpowiedzi ze strony Odwołującego 1 nie uprawniał go do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp.

Konkludując, Odwołujący 1 wykazał, że jego interes doznał uszczerbku lub na taki uszczerbek został narażony w toku postępowania, w którym uczestniczył, a uszczerbek ten

wiąże się z utratą możliwości uzyskania zamówienia. Wykazał również związek przyczynowy pomiędzy doznanym uszczerbkiem a faktem naruszenia reguł rządzących prawem zamówień publicznych przez Zamawiającego. Świadczy to o zasadności wniesionych przez Odwołującego środków odwoławczych w niniejszej sprawie.

Odwołanie Odwołującego 2 jest bezzasadne.

Dla oceny zasadności protestu i odwołania złożonego przez Konsorcjum Budostal 2 S.A. oraz Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków S.A. w Krakowie (Odwołujący 2) należało ustalić, czy ABM SOLID S.A., którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą, spełnia warunek określony w pkt. 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – co najmniej jeden kontrakt na roboty budowlane w formule „projektuj i buduj” o wartości łącznej co najmniej 30 mln PLN netto, w tym roboty budowlane, których przedmiotem jest budowa i zaprojektowanie obiektu odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. szkoły o kubaturze minimum 20.000 m³.

W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku Wykonawcy winni byli przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (np. referencje).

Dla niniejszego rozstrzygnięcia istotnym jest fakt, że w toku postępowania do Zamawiającego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ust. 1 ustawy - Pzp, w którym poproszono o potwierdzenie, czy Zamawiający uzna za dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 9 ppkt. 3 lit. c SIWZ) poprzez udokumentowanie należytego wykonania: kompletnych projektów wykonawczych i budowę budynku dydaktycznego szkoły wyższej o kubaturze min. 20.000 m³ i wartości netto min. 30 mln PLN. Zamawiający potwierdził, iż opisane w pytaniu doświadczenie spełnia wymagania określone w SIWZ.

Zamawiający czyniąc zadość wynikającemu z ustawy obowiązкови przekazał wyjaśnienia wszystkim wykonawcom, którzy pobrali SIWZ w jednakowym czasie. Na wyjaśnienia Zamawiającego żaden z wykonawców nie wniósł w przepisany terminie przewidzianych w ustawie – Pzp środków ochrony prawnej, mimo że na przedstawione przez zamawiającego wyjaśnienia wykonawca może złożyć protest, jeżeli zachowane są przesłanki do jego wniesienia.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż Zamawiający skutecznie dopuścił do udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy mogli wykazać się sporządzeniem tylko projektów wykonawczych, nie zaś wyłącznie całej dokumentacji projektowej.

Z załączonych przez ABM SOLID S.A. dokumentów wynika, iż wykonawca ten legitymuje się doświadczeniem w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Z załączonego przez niego wykazu wynika, iż w zakres robót budowlanych wykonywanych na rzecz Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Tarnowie wchodziło również wykonanie projektów wykonawczych.

Skład orzekający Izby zwraca tu uwagę na treść art. 179 ust. 1 *in finito* ustawy – Pzp, z którego wynika, iż podstawą skutecznego złożenia środka odwoławczego jest naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy.

W rozpoznawanym przypadku nie sposób zarzucić Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy - Pzp. Dokonując oceny spełniania warunków przez ABM SOLID S.A. Zamawiający stwierdził, iż stosowne doświadczenie tego wykonawcy wynika ze złożonego wykazu robót oraz że wykonawca potwierdził należyty fakt wykonania robót załączając wymagane referencje. Ze względu na fakt, iż przedłożone dokumenty nie budziły wątpliwości Zamawiającego, nie był on obowiązany żądać złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy – Pzp.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy jest konieczną przesłanką zasadności środków ochrony prawnej. Jej brak skutkować musi oddaleniem odwołania.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 pkt 2 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. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*