

Sygn. akt: KIO/UZP 220/09

WYROK

z dnia 9 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Luiza Łamejko Anna Majstrowicz
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Robót Inżynieryjnych WODPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** protestu z dnia 12 lutego 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Robót Inżynierskich WODPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec** 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 **Zakład Robót Inżynierskich WODPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **Zakładu Robót Inżynierskich WODPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec**.

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

Zamawiający – Urząd Miasta w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Rozbudowę Szkoły Podstawowej Nr 45 o salę gimnastyczną i przewiązkę łączącą budynki przy ul. Korczaka 11 w Katowicach na działce Nr 721/28*”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 listopada 2008 roku pod pozycją 326555.

Zamawiający, dnia 6 lutego 2009 roku poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o wykonawcach wykluczonych z postępowania i ofertach odrzuconych.

Dnia 12 lutego 2009 roku Wykonawca - Zakład Robót Inżynieryjnych "WODPOL" Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu wniósł protest na czynności Zamawiającego polegające na przyjęciu że Protestujący podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta podlega odrzuceniu, nie podlega rozpatrywaniu i nie podlega ocenie - punktacji ofert.

Tym samym, zdaniem Protestującego działania Zamawiającego naruszają:

- art. 26 ust. 3,
- art. 89 ust. 1 pkt. 5,
- art. 91 ust. 1,
- art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Protestujący wniósł o:

1. Powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie, której nastąpi przywrócenie oferty Protestującego do postępowania,
2. Powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty Protestującego,
3. Zwrot wadium, o co wnosił oddzielnym pismem.

Uzasadniając Protestujący stwierdził, iż badanie i ocena ofert zostało dokonane z obrazą zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Protestującego, spełnia on wszelkie warunki i nie podlega regulacji art. 24, a oferta podlega rozpatrywaniu, gdyż nie jest niezgodna z ustawą a jej treść odpowiada treści specyfikacji, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, nie zawiera błędu w obliczeniu ceny

oferty, nie posiada oczywistej omyłki rachunkowej nie dającej się poprawić, wyrażamy zgodę na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej opisu przedmiotu zamówienia, nie zawiera rażąco niskiej ceny i jest ważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający, zdaniem Protestującego niesłusznie stawia zarzut nie spełniania warunków udziału postępowania dotyczących posiadania doświadczenia w zakresie podobnych realizacji robót budowlanych względem przedmiotu zamówienia.

Doświadczenie wykazane w stosownym załączniku Nr 3 - poz. 1-2, 4-5 spełnia wymogi zapisów siwz - podobnego rodzaju obiekty użyteczności publicznej o kubaturze powyżej 4000 m³ i wartości porównywalnej z wartością obiektu będącego przedmiotem zamówienia. Protestujący wskazał, że Zamawiający nie wymagał realizacji w kwocie oferty, lecz porównywalnej wartości - wartości relatywnej - obiekty wybudowane 3-5 lat wcześniej dzisiaj mają wartość min. 2 krotnie większą w kosztorysowaniu - tym samym posiadają wartość porównywalną (podobną do przedmiotu zamówienia w 2009r).

Zamawiający bezzasadnie wzywał Protestującego o uzupełnienie oferty o inne realizacje, których Protestujący nie posiada. Jeżeli Zamawiający nie uznał tych wskazanych, winien Protestującego wykluczyć, a nie wzywać o dokumenty, których nie mógł uzyskać, tym samym dążąc do celowego zatrzymania wadium.

W świetle powyższego, zdaniem Protestującego nie podlega on wykluczeniu a oferta jego nie podlega odrzuceniu z regulacji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosnie oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Protestującego nie podlega ocenie - punktacji ofert, Protestujący twierdził, że oferta jest ważna, podlega ocenie i tym samym powinna brać udziału w punktacji (rankingu ofert), zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty

Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszają interes prawny Protestującego, gdyż jego oferta nie była rozpatrywana na równi z innymi ofertami. Zamawiający jej nie rozpatrywał, lecz bezpodstawnie ją odrzucił. Oferta nie była oceniana, co doprowadziło do naruszenia naszego dobrego imienia i może zaskutkować zatrzymaniem wadium - utratą środków w wysokości 100.000,00 zł.

Zamawiający dnia 19 lutego 2009 roku protest oddalił.

Zdaniem Zamawiającego Protestujący nie wykazał, że wykonał minimum dwie realizacje odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ww. ustawy ofertę Wykonawcy wykluczonego uznano

za odrzuconą. Ponadto Protestujący nie udzielił w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie odpowiedzi w sprawie zgody na poprawienie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - w związku z powyższym wykonawca podlega wykluczeniu, a jego oferta uznana została za odrzuconą.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, które zostało przedstawione w rozstrzygnięciu protestu firmy "Wodpol" z dnia 22.01.2009 r, które zostało przesłane 29.01.2009r. o treści jn.: „Zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienia wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienia (wyrok KIO z dnia 23.06.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 561/08). Warunkiem udziału w postępowaniu jest, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonywali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, w szczególności wykonali roboty budowlane polegające na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 4000 m³ -minimum 2 realizacje. Wartość zamówienia podana w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania wynosi 5.176.521,92 netto (tj. 6.315.356,74 brutto), Protestujący złożył ofertę na kwotę 6.372.796,53 natomiast wykazał się doświadczeniem w wykonywaniu prac odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, lecz nie odpowiadających wartości zamówienia (jedna o wartości 3.678.134 PLN, a druga o wartości 2.034.013,00 PLN). Z pozostałych trzech - dwie odpowiadają wartości zamówienia, lecz nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia, a jedna nie odpowiada zarówno wartości jak i przedmiotowi zamówienia”.

Zamawiający w takiej sytuacji jest obowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Wykonawca winien był wskazać prace nie ujęte w pierwotnym wykazie, których wartość i przedmiot odpowiadałby przedmiotowi zamówienia. Brak uzupełnienia oferty skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko Zamawiającego jest podobne jak w wyroku z dnia 21 listopada 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 1259/08) „Zamawiający stawiając warunek podmiotowy o treści j.w. i żądając załączenia dokumentów w postaci wykazu i dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie wykazanych prac, mógł ocenić złożone oferty w sposób prawidłowy, pozwalający na eliminację wykonawców, którzy nie posiadają doświadczenia przy realizacji zamówień takich jak będący przedmiotem zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że opis warunków udziału w postępowaniu użyty przez zamawiającego (odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia) pozwala na przyjęcie założenia, że Wykonawcy muszą wykazać się

doświadczeniem przy realizacji zadań przynajmniej zbliżonych wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia”. Protestujący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych zapoznając się z treścią ogłoszenia bez problemu mógł stwierdzić, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 5.176.521,92 netto (tj. 6.315356,74 brutto), i że Zamawiający opisując warunek w ww. sposób będzie mógł żądać wykazania się doświadczeniem na poziomie określonej wartości szacunkowej zamówienia.

Tak więc Protestujący wykazując prace o wartości 3.678.134 PLN i o wartości 2.034.013,00 PLN nie może spodziewać się uznania przez Zamawiającego, że spełniał stawiany warunek. Zdaniem Protestującego, obiekty wybudowane 2 - 3 lata wcześniej obecnie mają wartość min dwukrotnie większą w kosztorysowaniu. Twierdzenie to nie zostało przez Protestującego udowodnione. Jeśli warunek określony w ogłoszeniu był zbyt wygórowany i faktycznie miałyby miejsce taka sytuacja, to Protestujący miał prawo w toku postępowania wnieść o zmianę ustalonych warunków udziału w postępowaniu lub też w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia złożyć protest na warunki udziału w postępowaniu. Na etapie oceny ofert Zamawiający jest obowiązany stosować wszystkie zasady określone w ogłoszeniu. W sytuacji, w której dany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu albo też nie przedkłada na tę okoliczność żądanych dokumentów, powinien być bezwzględnie przez Zamawiającego wykluczony z postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.01.2008r. (sygn. akt KIO/UZP 11/07). Natomiast czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musi zostać obligatoryjnie poprzedzona wezwaniem w trybie art. 26 ust.3 ustawy do uzupełnienia brakującego dokumentu lub dokumentu zawierającego błędy, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.05.2008r. sygn. akt KIO/UZP 400/08).

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Protestującego, że jeśli Zamawiający nie uznał tych wskazanych w wykazie realizacji za spełniające wymagania specyfikacji to powinien był wykluczyć Protestującego, a nie wzywać do uzupełnienia oferty. Podobne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 czerwca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 531/08 „*W obecnym stanie prawnym przyjmuje się, że zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia wykonawcę, który wprowadził żądany dokument, ale nie potwierdza ona spełniania warunku*”. Również w dniu 23 stycznia 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO/UZP 103/08) stwierdziła, że Zamawiający nie powinien *a priori* zakładać, że wykonawca nie spełnia postawionych przez niego warunków, nawet w sytuacji gdy dokument złożony w postępowaniu jednoznacznie potwierdza brak spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia

dokumentów prowadziłyby do przyjęcia, że dla wykonawców korzystniejsze byłoby niezłożenie dokumentu, niż złożenie dokumentu, który w sposób niejednoznaczny potwierdza spełnienie wymagań Zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Protestującego, że jego oferta nie była rozpatrywana lecz bezpodstawnie została odrzucona. Fakt, że pismem z dnia 20.01.2009 r. Zamawiający zwrócił się o wyrażenie zgody na poprawienie omyłek świadczy, że Zamawiający ofertę analizował pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz pod względem zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Również nie doszło do naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy. Protestujący pismem z dnia 02.02.2009 r. wniósł wniosek o zwrot wadium wyznaczając termin na dzień 9.02.2009 r. Jednak zgodnie z art. 46 ust. 2 ustawy Zamawiający, zgodnie z art. 46 ust. 2 ustawy zwraca wadium na wniosek wykonawcy:

- który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert,
- który został wykluczony z postępowania,
- którego oferta została odrzucona.

Wniesienie wadium ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego na wypadek, gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 ustawy). Nowelizacja ustawy pzp (z dnia 04 września 2008 r.) wprowadziła w art. 46 ust. 4a jeszcze jedną przesłankę, która zobowiązuje zamawiającego do zatrzymania wadium, w sytuacji gdy wykonawca nie uzupełnił swojej oferty (zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1530/08 chodzi o brak "fizyczny" dokumentu tzn. nie uzupełnienie a nie o brak w rozumieniu dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu). Przesłanka wskazana w art. 46 ust. 4a została również wskazana w dokumencie potwierdzającym wniesienie przez Protestującego wadium w formie niepieniężnej .

Tak więc w związku z faktem, że Protestujący nie uzupełnił na wezwanie oferty, złożone przez niego wadium zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4a zostanie zatrzymane.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 24 lutego 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący w treści odwołania potrzymał zarzuty z protestu żądając:

1. Cofnięcia czynności wezwania oraz wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego,
2. Przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania,
3. Powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdy taki podmiot dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów. Interes prawny posiada każdy podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i choćby tylko może doznać uszczerbku w naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z postanowieniami art. 1 ust 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) „*Odwołanie może wnieść, co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego*”. Przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez Zamawiającego uregulowań prawa. Za takim szerokim rozumieniem interesu prawnego opowiedział się również Sąd Okręgowy w Krośnie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2006 roku (Sygn. akt I Ca 134/ 06), gdzie stwierdził, że „*Odmienna interpretacja „interesu prawnego” na tle dyrektywy Rady 89/665/EWG nie znajduje uzasadnienia*”. Również ETS w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywał, aby wszelkie wątpliwości pojawiające się na tle rozumienia interesu prawnego rozstrzygać zgodnie z przepisami krajowymi, zachowując jednocześnie ducha dyrektywy.

Protest jest rodzajem sprzeciwu o funkcjach sygnalizacyjno - reklamacyjnych, prowadzić ma bowiem na bieżąco do korygowania ewentualnych uchybień popełnionych w toku

postępowania przez Zamawiającego. Należy zgodzić się z tezą zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku (Sygn. akt V Ca 2056/07), że *„Wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana w art. 183 Pzp a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym”*.

Tym samym, mimo że oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to Odwołujący w myśl powyższego legitymuje się interes prawnym we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż wadliwe wykonywanie czynności bądź też zaniechania Zamawiającego mogą doprowadzić do bezpośredniego uszczerbku w interesie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie – do zatrzymania wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje:

1. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia część III ust. 1 pkt 2 lit. a postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: *„Wykonawcy, o których mowa w pkt 1 mogą się ubiegać o udzielenie zamówienia, jeśli spełniają warunki określone w ar. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują lub będą dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności – w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonywali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, w szczególności wykonali roboty polegające na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 4000 m³ – minimum 2 realizacje”*.
2. Dnia 20 stycznia 2009 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów o wykaz robót budowlanych zawierający dwie realizacje odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.
3. Dnia 22 stycznia 2009 roku Odwołujący, na powyższą czynność zamawiającego wniósł protest – protest, decyzją Zamawiającego został oddalony – z uwagi na brzmienie przepisu art. 184 ust. 1a na powyższe rozstrzygnięcie, środek ochrony prawnej w postaci odwołania nie przysługiwał.

4. Dnia 6 lutego 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania, wykonawcach wykluczonych i odrzuconych ofertach.
5. Dnia 12 lutego 2009 roku Odwołujący wniósł protest, którego rozstrzygnięcie jest przedmiotem niniejszego odwołania.

Do rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, konieczne jest stwierdzenie, czy Zamawiający prawidłowo wykluczył z postępowania Odwołującego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej działanie Zamawiającego należy uznać za prawidłowe w zakresie wykluczenia Odwołującego z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący, w wykazie wykonanych robót budowlanych, stanowiącym załącznik Nr 3 do oferty wykazał wykonanie 5 robót budowlanych, jego zdaniem odpowiadających zarówno rodzajem jak i wartością przedmiotowi zamówienia.

Skład orzekający KIO stwierdził, iż roboty wykazane w pozycjach 3, 4 i 5 wykazu nie spełniają warunku w zakresie *odpowiadających wartością przedmiotowi zamówienia*, gdyż wartość wykonanych robót wynosi odpowiednio: poz. 3) 2 998 107,00 zł, poz. 4) 3 678 134,43 zł, poz. 5) 2 034 013,00 zł, co w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia, określonej przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, w wysokości 5 176 521,92 zł, nie może stanowić podstawy do uznania warunku za spełniony w ww. zakresie. Odnosząc się do roboty wykazanej w pozycji 1 wykazu pn. *„Modernizacja pawilonów A, B i C PZOL Międzybrodzie Bialskie”* Izba stwierdziła, iż jej przedmiot nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 8 ustawy Pzp *„Ilekroć w ustawie jest mowa o robotach budowlanych – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”*. Tym samym, w zakresie oceny, czy dana robota (w omawianym przypadku modernizacja) jest zaliczana do robót budowlanych należy się kierować przepisami ustawy Prawo budowlane. Art. 3 ustawy Prawo budowlane określa w punkcie 6 – co należy rozumieć przez pojęcie budowa, punkt 7 – robotach budowlanych, punkt 7a – przebudowie oraz punkt 8 - remoncie. Tak więc, zgodnie z ww. przytoczonymi przepisami modernizacja nie jest robotą budowlaną, która może stanowić podstawę do zakwalifikowania pozycji nr 1 wykazu za spełniającą

warunek postawiony przez Zamawiającego, w zakresie odpowiadania swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Odnosząc się do pozycji Nr 2 wykazu, Izba stwierdziła, że zarówno przedmiot zamówienia jak i wartość wykonanych robót spełniają postawiony przez Zamawiającego warunek. Wartość wykonanych robót wynosząca 8 204 482,39 zł przekracza wartość zamówienia, natomiast przedmiot określony jako „Wykonanie przebudowy” znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisach ustawy Prawo budowlane – art. 3 punkt 7a oraz w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 ze zm.) w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, gdzie w par. 3 punkt 6 określono, co należy rozumieć pod pojęciem budynku użyteczności publicznej, wskazując między innymi, iż takim budynkiem jest również „[...] inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, w tym także budynek biurowy i socjalny”.

W tym miejscu wskazać należy na treść przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi o obowiązku wezwania wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów lub pełnomocnictw, w przypadku ich braku lub wadliwości, z zastrzeżeniem, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne by było unieważnienie postępowania.

Zamawiający, pismem z dnia 20 stycznia 2009 roku wezwał Odwołującego, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty o wykaz, który będzie zawierał dwie realizacje odpowiadające swoim rodzajem jak i wartością przedmiotowi zamówienia jednocześnie wzywając Odwołującego o wyrażenie zgody na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący, w terminie wynikającym z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Swoją beczynnością wywołał zachowanie Zamawiającego polegające na dokonaniu czynności odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Czynność powyższa nie została przez Odwołującego zakwestionowana, co potwierdził pełnomocnik Odwołującego na rozprawie. Tym samym oferta Odwołującego została skutecznie – nieodwołalnie odrzucona.

O okolicznościach stanowiących podstawę do odrzucenia oferty, Zamawiający wiedział już po upływie terminu 3 dni od dnia wezwania do wyrażenia zgody jw. Działanie Zamawiającego mające na celu ekonomikę i szybkość postępowania związane z

jednoczesnym wezwaniem Odwołującego się w trybie art. 26 ust. 3 jak i 87 ust. 2 ustawy Pzp, było prawidłowe pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp, żaden przepis ustawy Pzp, czy też aktów wykonawczych do ustawy Pzp nie zabrania dokonywania ww. czynności jednocześnie. Jednakże, z zastrzeżenia wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wywieść należy, że czynnością poprzedzającą wezwanie wykonawcy do złożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw (w przypadku ich braku lub wadliwości) musi być czynność eliminująca wadliwość oferty, która skutkowałaby jej odrzuceniem. W przypadku bowiem stwierdzenia przez Zamawiającego, że oferta podlega odrzuceniu, Zamawiający nie jest zobligowany do wzywania go do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w zakresie art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw.

Analizując czynności faktycznie dokonywane przez Zamawiającego w przedmiotowym zamówieniu Izba stwierdziła o wadliwej kwalifikacji prawnej stanowiącej przesłankę do wykluczenia Odwołującego.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który zastosował Zamawiający stanowi o konieczności wykluczenia wykonawcy, który nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3.

Konsekwencją zastosowania tego przepisu jest wprowadzony ustawą z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu zatrzymanie wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Decydujące więc znaczenie ma okoliczność udowodnienia, czy wykonawca miał wpływ na nie złożenie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, czy przyczyny ich niezłożenia leżą po stronie wykonawcy czy też nie.

W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Izby, Odwołujący od samego początku nie miał możliwości złożenia nowego wykazu robót budowlanych, potwierdzających spełnienie stawianego przez Zamawiającego warunku. Dowodem na tą okoliczność jest fakt, iż zarówno w proteście z dnia 22 stycznia 2009 roku jak i w odwołaniu podnosił, iż cyt. „[...] oferta jest wadliwie oceniana, co spowodowało bezzasadne wezwanie, któremu nie jesteśmy w stanie

sprostać [...]”, „Zamawiający bezzasadnie wzywał nas o uzupełnienie oferty o inne realizacje, których nie posiadamy”.

Tym samym, za udowodnione Izba uznała, że Odwołujący się informował Zamawiającego o okolicznościach, iż nie jest w stanie wykazać się innymi robotami budowlanymi, które potwierdzałyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Po uzyskaniu takich informacji Zamawiający, w dalszym ciągu miał obowiązek wykluczyć Odwołującego się z postępowania, jednakże na podstawie innego przepisu, zdaniem Izby przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, cyt. *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3”.* Taka kwalifikacja prawna zgodna jest ze stanem faktycznym sprawy i ma znamieny skutek w dokonywaniu czynności następczych w postępowaniu (zatrzymania wadium).

Reasumując, Izba stwierdziła, że mimo wadliwej kwalifikacji prawnej czynności, na której podstawie wykluczono Odwołującego, sama czynność wykluczenia została wykonana prawidłowo.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia przepisu art. 46 ust. 4a, gdyż Izba zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Odwołujący nie podniósł zarzutu zatrzymania wadium, a jedynie wskazał na taką ewentualność w przyszłości. Protest został wniesiony w dniu 12 lutego 2009 roku, a informacje o zatrzymaniu wadium Odwołujący otrzymał w dniu 18 lutego 2009 roku (na którą wniósł protest w dniu 22 lutego 2009 roku, Zamawiający protest w dniu 25 lutego 2009 roku odrzucił).

Zdaniem Izby, mimo faktu, że potwierdził się zarzut niewłaściwej kwalifikacji skutkującej wykluczeniem Odwołującego się z postępowania, to nie ma to wpływu na wynik postępowania, gdyż Odwołujący i tak podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta została skutecznie odrzucona.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że zarzuty stawiane przez Odwołującego nie potwierdziły się, w związku, z czym na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*