

Sygn. akt: KIO 2745/10

KIO 2762/10

WYROK

z dnia 7 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Agata Dziuban

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania:

A. w sprawie: **sygn. KIO 2745 /10** wniesionego 22 grudnia 2010 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. z siedzibą w Jędrzejowie ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów.**

B. w sprawie: **sygn. KIO 2762 /10** wniesionego 23 grudnia 2010 r. przez konsorcjum w składzie: 1) **Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o. ul. Grójecka 5, 00 - 695 Warszawa (lider); 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. Parque Científico y Tecnológico de Cantabria 25; 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o. ul. Piwowska 25, 25 - 561 Kielce,**

- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Kielecki, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce.**

Przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwa Budowlano Usługowego DORBUD S.A. ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie: **KIO 2745 /10** po stronie zamawiającego.

Przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwa Budowlano Usługowego DORBUD S.A. ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie: **KIO 2762 /10** po stronie zamawiającego.

orzeka:

A.1. Uwzględnia odwołanie w sprawie: sygn. KIO 2745 /10.

2. Nakazuje zamawiającemu: **Powiatowi Kieleckiemu, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce**, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach. Nakazuje dokonanie ponownych czynności badania, oceny i wyboru oferty, poprzedzone wezwaniem przystępującego DORBUD S.A. do złożenia dokumentu potwierdzającego, że roboty wykazane w załączniku nr 5 poz. 2 dokumentacji oferty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

3. Kosztami postępowania w kwocie **20 000,00 zł.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **Powiat Kielecki, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce.**

4. Nakazuje zaliczyć uiszczony przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. z siedzibą w Jędrzejowie ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów** wpis na poczet kosztów postępowania.

5. Zasądza od zamawiającego: **Powiatu Kieleckiego, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce** na rzecz odwołującego: **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. z siedzibą w Jędrzejowie ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów, kwotę 20 000,00 zł.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

B.1. Uwzględnia odwołanie w sprawie: sygn. KIO 2762 /10.

2. Nakazuje zamawiającemu: **Powiatowi Kieleckiemu, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce**, unieważnienie czynności: wykluczenia z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty wykonawcy: **Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o. ul. Grójecka 5,00 - 695 Warszawa (lider); 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. Parque Científico y Tecnológico de Cantabria 25; 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o.** Nakazuje dokonanie ponownych czynności badania, oceny i wyboru oferty z udziałem oferty odwołującego.

3. Kosztami postępowania w kwocie **20 000,00 zł.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **Powiat Kielecki, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce.**

4. Nakazuje zaliczyć uiszczony przez odwołującego - konsorcjum w składzie: 1) **Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o. ul. Grójecka 5,00 - 695 Warszawa (lider); 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. Parque Cientifico y Tecnológico de Cantabria 25; 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o. ul. Piwowska 25, 25 - 561 Kielce** wpis na poczet kosztów postępowania.

5. Zasądza od zamawiającego: **Powiatu Kieleckiego Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce** na rzecz odwołującego - konsorcjum w składzie: 1) **Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o. o. ul. Grójecka 5,00 - 695 Warszawa (lider); 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. Parque Cientifico y Tecnológico de Cantabria 25; 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o. o. ul. Piwowska 25, 25 - 561 Kielce, kwotę 20 000,00 zł.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku biurowego pod potrzeby siedziby Starostwa Powiatowego w Kielcach wraz z niezbędnymi urządzeniami infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, (Dz. Urz. UE nr ogłoszenia 2010/S 175 - 267187 - z dn. 09.09.2010 r. i nr 2010/S 183 - 278472 z 21.09.2010 r.), zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej następujące odwołania:

1. w dniu 22 grudnia 2010 r. w formie pisemnej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" SA z siedzibą w Jędrzejowie,

2. w dniu 23 grudnia 2010 r. w formie elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym zweryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu przez wykonawcę: konsorcjum w składzie: 1) Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o.(lider); 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A.; 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o.

Kopie odwołań zostały przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołań nastąpiło w następstwie powiadomienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu w dniu 14 grudnia 2010 r. pocztą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej – oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach (punktacja 100). Sklasyfikowaniu na drugie pozycji oferty odwołującego: Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. z siedzibą w Jędrzejowie (suma punktów 99,83) oraz o wykluczeniu konsorcjum wykonawców: 1) Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o., 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A., 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o.

Sygn. akt: KIO 2745 /10

Odwołujący Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. z siedzibą w Jędrzejowie zarzucił zamawiającemu: Powiatowi Kieleckiemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), które miało istotny wpływ na wynik postępowania tj:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 89 ust. 1 pkt. 5, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy: Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. z Kielc z przedmiotowego postępowania oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,

2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust.1 ustawy, przez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe DORBUD S.A.,
 3. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. z Kielc, z powodu nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, (w zakresie wiedzy i doświadczenia),
 4. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, przez jego niezastosowanie i wybór oferty, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
 5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. z Kielc, która to oferta nie odpowiada treści SIWZ,
- oraz naruszenie innych przepisów wskazanych w odwołaniu lub z niego wynikających.

Podnosząc powyższe zarzuty, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach,
2. wykluczenia wymienionego wykonawcy z postępowania,
3. powtórzenia czynności oceny ofert i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Ponadto wnosił o zwrot kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący powołał się na legitymację do wniesienia odwołania i możliwość poniesienia szkody wskutek utraty szansy uzyskania przedmiotowego kontraktu, którego realizacja pozwoliłaby na osiągnięcie zakładanych dochodów.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, iż w jego ocenie, wykonawca wybrany winien być wykluczony - z tego powodu, iż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego przez zamawiającego w rozdziale V ust. 1 pkt 2 SIWZ polecającego wykonawcom wykazanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonania co najmniej dwóch zamówień odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia, tzn. wykonania dwóch robót budowlanych, każda o wartości brutto nie mniejszej niż 40 000 000 zł, polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynków użyteczności publicznej, w tym :

- jedna robota budowlana dla obiektu biurowego określonego według PKOB nr 1220:

- jedna robota budowlana dla obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³.

Odwołujący wyjaśniał, iż wykonawca: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. z Kielc, powołując się na doświadczenie i wiedzę podmiotu trzeciego firmy - Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „Interbud-West” Sp. z o.o. z Gorzowa Wielkopolskiego, przedstawił w załączniku nr 5 wykaz 2 robót budowlanych:

1) poz. 1 Rozbudowa i modernizacja siedziby Fundacji Współpracy Polsko Niemieckiej w Warszawie o kubaturze 50 870,00 m³, PKOB 1220, okres realizacji 2002 -2008 i o wartości brutto 53 785 000,00 zł,

2) poz. 2 - Rodzinne Centrum Handlowo - Rekreacyjne ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim o kubaturze 130 059,00 m³, PKOB 1220, realizowane w latach 05.2006 -10.2007 o wartości robót brutto 119 598 000,00 zł.

W celu potwierdzenia, że roboty te zostały wykonane należyte przedstawił referencję wystawioną dla robót z pozycji 1) w dniu 12 grudnia 2008 r, z treści której wynika, że PBU „Interbud-West” Sp. z o.o. było generalnym wykonawcą zadania pn. Rozbudowa i modernizacja siedziby Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie. W ramach tego zadania inwestycyjnego zrealizowano między innymi 3 budynki biurowe o kubaturze 50 870 m³ i powierzchni 13 234 m², a całkowita wartość zrealizowanych robót wyniosła 53 785 000,00 PLN. Referencja ta, zdaniem odwołującego, nie została podpisana przez inwestora. Widnieją na niej jedynie podpisy prezesa zarządu firmy DORBUD S.A. z Kielc mgr inż. Tomasza T. z jego pieczęcią imienną oraz podpisy dwóch wiceprezesów firmy „Interbud–West” sp. z o.o. - mgr inż. Piotra M. i mgr Grzegorza L. W przekonaniu odwołującego, skoro firma „Interbud–West” była generalnym wykonawcą zadania pn. Rozbudowa i modernizacja siedziby Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie to logicznym jest, że to Fundacja jako zamawiający winna wystawić i podpisać referencje dla generalnego wykonawcy.

Zastrzeżenia odwołującego wzbudziła również pozycja 2) wykazu, w odniesieniu do której wybrany wykonawca przedstawił referencję wystawioną dla konsorcjum firm: „Interbud –West” sp. z o. o. i firmy Merkury Engineering Polska sp. z o.o., które jako generalny wykonawca realizowały zadanie inwestycyjne pn. Rodzinne Centrum Handlowo-Usługowo Rekreacyjne ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim o kubaturze 130 059,00m³ i o wartości wykonanych robót 119 598 000 zł. brutto. Odwołujący stwierdził, iż nie wiadomo przez kogo referencja ta została podpisana, gdyż nie figuruje na niej pieczęć firmowa zamawiającego, którym była firma ASKANA sp. z o.o. (nie podano siedziby zamawiającego), ani pieczęćki imiennej osoby upoważnionej do podpisu w imieniu zamawiającego. Wymieniona referencja zawiera jedynie parafę, po której nie można zidentyfikować osoby, która ją podpisała i w imieniu jakiej firmy.

Zdaniem odwołującego, opisane wyżej okoliczności wskazują, iż złożone przez wybranego wykonawcę dokumenty budzą uzasadnione wątpliwości, co obligowało zamawiającego w myśl przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wezwania tegoż wykonawcy w celu odpowiedniego uzupełnienia dokumentów lub do złożenia wyjaśnień, gdyż ocena spełnienia tego warunku nie może opierać się na przypuszczeniach i domniemaniach. Odwołujący zarzucał, iż zamawiający uchybiając temu obowiązkowi, naruszył zasadę określoną przepisami art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców w tym postępowaniu. Wskazywał, że każde naruszenie przepisów ustawy Pzp mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący przyznał, że wprawdzie wymienione w wykazie zał. nr 5 roboty budowlane dotyczą budynków użyteczności publicznej, jednakże w jego ocenie, żaden z nich nie jest budynkiem typowo biurowym, oddającym charakter przedmiotowego zamówienia gdyż:

1) załączona referencja (nie podpisana przez inwestora) dotycząca „Rozbudowy i modernizacji siedziby Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie podaje, że w ramach tego zadania inwestycyjnego realizowano m.in. trzy budynki biurowe o łącznej kubaturze 50 870 m³, a całkowita wartość robót zrealizowanych na tym zadaniu stanowiła kwotę 53 785 000,00 zł. Ani z wykazu robot, ani też z załączonej referencji nie wynika, jaką kubaturę miał każdy z przywołanych tam budynków biurowych, ani też jaka była wartość robót wykonanych w każdym z nich. Oznacza to, jak utrzymywał odwołujący, że DORBUD S.A. z Kielc nie wykazał spełnienia warunku udziału, w zakresie posiadania doświadczenia w realizacji budynku użyteczności publicznej o wartości minimum 40 000 000,00 zł, typowo biurowego, o kubaturze 40 000 m³. Przedstawiona referencja nie zawiera stwierdzenia, że roboty w niej wymienione zostały wykonane należycie, a obowiązek taki wynika z treści § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz. 605 ze zm.).

2) z załączonej referencji dotyczącej budowy inwestycji pn. Rodzinne Centrum Handlowo-Rekreacyjne ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim – (nie wiadomo przez kogo wystawionej) wynika, zdaniem odwołującego, iż wskazane w niej zadanie jest budynkiem użyteczności publicznej o kubaturze 130 059 m³, o całkowitej wartości robót 119 598 000,00 zł, natomiast nie jest budynkiem typowo biurowym, oddającym charakter przedmiotowego zamówienia jak tego wymagał zamawiający, gdyż część administracyjno - biurowa ma zaledwie 265 m² powierzchni całkowitej. Z referencji wynika, iż obiekt ten miał spełniać głównie funkcje usługowe w zakresie handlu detalicznego, gastronomii, kultury i rekreacji wraz z funkcjami pomocniczymi takimi jak pomieszczenia administracyjno biurowe, zaplecza, części socjalne

dla pracowników, pomieszczenia techniczne oraz parkingu. Nie jest to zatem w ocenie odwołującego, zamówienie odpowiadające przedmiotowi zamówienia.

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 21 września 2010 r. - odpowiadając na pytanie nr 7 wyjaśnił, że wprowadził warunek „jednej roboty budowlanej dla obiektu biurowego określonego według PKOB nr 1220,” ponieważ nie wszystkie obiekty zdefiniowane jako budynki użyteczności publicznej charakteryzują się porównywalnym z przedmiotem zamówienia dużym stopniem skomplikowania technicznego oraz standardem wykończenia i wyposażenia.

Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, iż wybrany wykonawca - DORBUD S.A. z Kielc nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia gdyż nie udokumentował, że wykonał dwa budynki użyteczności publicznej, każdy o wartości nie mniejszej niż 40 000 000,00 zł. brutto, w tym jeden typowo biurowy, oddający charakter przedmiotowego zamówienia i jeden budynek o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³, a więc o wielkości proporcjonalnej do przedmiotowego obiektu. Żadna z robót budowlanych ujęta w zał. nr 5 do SIWZ nie spełnia wymogów zamawiającego dlatego wykonawca ten, jak wywodził odwołujący, powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta winna być uznana za odrzuconą. Podkreślał, iż każdy wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne obowiązany był do starannego przygotowania swojej oferty w sposób uwzględniający wymogi stawiane przez zamawiającego. Uchybienie temu obowiązkowi przez wybranego wykonawcę powoduje, że jego oferta jest sprzeczna z warunkami SIWZ i w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 grudnia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2010 r, przekazanym w kopii stronom postępowania, po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach, który wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Przystępujący powołał się na interes prawny w oddaleniu przedmiotowego odwołania, gdyż jego oferta wybrana została jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu. W przypadku oddalenia odwołania, przystępujący miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający – Powiat Kielecki w odpowiedzi z dnia 3 stycznia 2011 r. wniósł o odrzucenie względnie oddalenie odwołania. W uzasadnieniu podał, iż odwołujący nie

dołączył do kopii odwołania dowodu uiszczenia wpisu oraz odpisu z KRS, na czym oparł wniosek o odrzucenie odwołania.

Żądanie oddalenia odwołania, zamawiający uzasadnił twierdzeniem, iż w sytuacji, gdy wybrany wykonawca bazował na doświadczeniu i wiedzy podmiotu trzeciego: firmy PBU „Interbud-West” sp. z o.o., nie był zobowiązany do przedłożenia referencji, gdyż zamawiający w takim przypadku nie jest uprawniony do określania rodzaju ani formy składanych przez wykonawcę dokumentów, a podstawowe znaczenie miało zobowiązanie się tego podmiotu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. W ocenie zamawiającego, pogląd taki uzasadnia brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, które nie określa katalogu dokumentów, które mają być składane celem udowodnienia zamawiającemu, iż wykonawca może dysponować zasobami innego podmiotu. Zamawiający uznał, że obie przedstawione referencje dotyczące poz. 1 i 2 wykazu doświadczenia zawodowego w ofercie wykonawcy DORBUD S.A. są prawidłowe. Pierwsza z referencji została podpisana w imieniu Fundacji Polsko Niemieckiej przez pracownika Fundacji, Specjalistę do spraw Zarządzania Infrastrukturą mgr Tadeusza S. Przyjął również za wiarygodny dokument referencji wystawionej w imieniu Galerii Askana, opatrzony jedynie parafą wystawiającego. Stwierdził, iż jego zdaniem referencja jako oświadczenie wiedzy, może być wystawiona przez każdego, kto w sposób uprawniony podejmuje wiadomość o okolicznościach w niej przedstawionych. Referencje zostały wystawione na druku z logo inwestora. Kopia referencji została potwierdzona za zgodność z oryginałem, przez przedstawicieli firmy „Interbud-West.” Zamawiający wyjaśnił, że w drodze rozmowy telefonicznej ustalił, iż parafował wymieniony dokument p. Naill O., w imieniu podmiotu zarządzającego Galerią ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim w dacie wystawienia dokumentu. W ocenie zamawiającego, ewentualne wątpliwości nie oznaczały, iż w rzeczywistości DORBUD S.A. nie spełnia warunków udziału. Ponadto zamawiający stwierdził, iż nie zachodziły podstawy do wykluczenia wybranego wykonawcy DORBUD z postępowania, albowiem kryterium wielkości kubatury, czy charakteru budynku biurowego, dotyczyło tylko jednego obiektu referencyjnego. Spełnienie zaś lub nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie może być podstawą zarzutu i żądania odrzucenia oferty, jako sprzecznej z SIWZ.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach do udziału w postępowaniu odwoławczym z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Wobec nie uwzględnienia całości zarzutów odwołania, nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła również podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust.

2 ustawy Pzp. W szczególności, za taką okoliczność Izba nie uznała braku dołączenia do kopii odwołania przekazanej zamawiającemu, pełnego zestawu załączników, tj. dowodu uiszczenia wpisu i odpisu z KRS.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu wraz ze zmianą, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty przystępującego DORBUD S.A., pism stron i przystępującego złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestnika postępowania, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa budynku biurowego pod potrzeby siedziby Starostwa Powiatowego w Kielcach wraz z niezbędnymi urządzeniami infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu.”

W rozdziale V ust. 1 pkt. 2 SIWZ „posiadanie wiedzy i doświadczenia” - zamawiający wymagał by wykonawcy wykazali, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej dwa zamówienia odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, tzn. wykonali dwie roboty budowlane, każda o wartości brutto nie mniejszej niż 40 000 000 zł, polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynków użyteczności publicznej, w tym :

- jedna robota budowlana dla obiektu biurowego określonego wg PKOB nr 1220
- jedna robota budowlana dla obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³;

W uwagach do przytoczonego wyżej zapisu SIWZ, zamawiający podał, iż:

- przez obiekt biurowy rozumie się budynki określone zgodnie z zasadami metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych wprowadzonej rozporządzeniem R.M. z dnia 30.12.1999 r. (Dz. U. Nr 112 poz. 1316 z późn. zm.) tj. mieszczące się w grupowaniu PKOB grupa 112 klasa 1220,
- przez budynek użyteczności publicznej rozumie się budynek o którym mowa w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. nr 75 poz. 690 ze zm.).

Ocena spełnienia tego warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów:

- wykazu robót budowlanych wg wzoru zał. nr 5 do specyfikacji w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, oraz:

- dokumentów potwierdzających, że wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odpowiadając na pytanie do SIWZ nr 7 w piśmie z dnia 21 września 2010 r. zamawiający wyjaśnił: „Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie budynku biurowego pod potrzeby siedziby Starostwa, a więc budynek użyteczności publicznej typowo biurowy o kubaturze 48 921,80 m³ i szacunkowej wartości zamówienia odpowiednio proporcjonalnej do postawionego warunku, zamawiający wymaga od wykonawców doświadczenia w realizacji minimum dwóch budynków użyteczności publicznej, każdy o wartości nie mniejszej niż 40 000 000 zł, w tym jeden typowo biurowy, oddający charakter przedmiotowego zamówienia i jeden o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³, a więc o wielkości proporcjonalnej do przedmiotowego obiektu.” W piśmie tym zamawiający wyjaśnił także, że „wprowadził warunek jedna robota budowlana dla obiektu biurowego określonego wg PKOB nr 1220, gdyż nie wszystkie obiekty zdefiniowane jako budynki użyteczności publicznej charakteryzują się porównywalnym z przedmiotem zamówienia dużym stopniem skomplikowania technicznego oraz standardem wyposażenia i wykończenia. Istotą postawionego warunku udziału jest chęć współpracy z podmiotami, które legitymują się określonym doświadczeniem w przedmiocie zamówienia będącego przedmiotem postępowania.”

W rozdziale VI SIWZ zatytułowanym „wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” pkt 1.2 wymagane było złożenie wykazu wykonanych robót w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; wzór wykazu usług – stanowi załącznik nr 5 do SIWZ.

Załącznik nr 5 do SIWZ „wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania warunku wiedzy i doświadczenia” wymagał: określenia zamawiającego/odbiorcy, podania przedmiotu zamówienia, lokalizacji, kubatury, PKOB. W kolumnie 2 zamawiający żądał podania okresu realizacji, natomiast w kolumnie 3 – wartości robót brutto. Uwagi do załącznika nr 5 zawierały instrukcję, iż należy złożyć dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane należycie, w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W kolumnie 2 należało wymienić przede wszystkim te roboty, które spełniają warunek podany w rozdziale V pkt 1.2 SIWZ.”

W rozdziale VI pkt 4 SIWZ zamawiający postanowił, iż w przypadku gdy, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wykonawca polega na zasobach (wiedzy i doświadczeniu (...)) innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, składa między innymi: pisemne zobowiązanie w formie oświadczenia podmiotu udostępniającego, dokumenty, o których mowa w rozdziale 2.1-2.6 rozdziału VI (dotyczące wykazania braku podstaw do wykluczenia), o ile będą uczestniczyć w realizacji części zamówienia.

Zamawiający wymagał aby dokumenty zostały złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność przez wykonawcę.

Firma „Interbud-West” została wykazana jako podwykonawca w zakresie wykonania robót konstrukcyjnych żelbetowych wg załącznika nr 8 do SIWZ na stronie 74 oferty przystępującego DORBUD S.A.

Jak wynika z druku ZP-12 załącznika do protokołu, wykonawca: 1) Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o., 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A., 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o. zaoferował wykonanie zamówienia za najniższą cenę wynoszącą: 39 263 084,67 zł. brutto, tj. niższą niż odwołujący.

Wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach, w załączniku 5 na stronie 4 swojej oferty ujął 2 pozycje:

1. Jako zamawiający/odbiorca w kolumnie 1 została wskazana Fundacja Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie. Kolumna 2 podaje przedmiot zamówienia: Rozbudowa i modernizacja siedziby Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie, o kubaturze 50 870 m³, PKOB 1220, okres realizacji 09.2002-03.2008, wartość robót 53 785 000,00 zł;
2. Jako zamawiający/odbiorca w kolumnie 1 została wskazana ASKANA Sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim. Kolumna 2 podaje przedmiot zamówienia: Budowa pn. Rodzinne Centrum Handlowo-Rekreacyjne ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim, o kubaturze 130 059 m³, PKOB 1230, kolumna 3 okres realizacji 05.2006 – 10.2007, kolumna 4 wartość robót 119 598 000,00 zł.

Przystępujący Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. z Kielc, w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego firmy - Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „ Interbud-West" sp. z o.o. z Gorzowa Wielkopolskiego.

Na stronie 40 oferty przystępującego zawarte jest oświadczenie podmiotu trzeciego - firmy Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego „Interbud-West” Sp. z o.o. ul. Kosynierów Gdyńskich w Gorzowie Wielkopolskim, zawierające zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy DORBUD S.A. (przystępującego) niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i

doświadczenia.

Ad.1) załączona referencja z dnia 12.12.2008 r. do pozycji 1 wykazu została sporządzona na druku firmowym fundacji. Podaje, iż dotyczy „Rozbudowy i modernizacji siedziby Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie. Z treści dokumentu wynika, że PB-U „Interbud-West” Sp. z o.o. było generalnym wykonawcą zadania pn. Rozbudowa i modernizacja siedziby Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie. Wymieniony dokument został opatrzony podpisem Specjalisty do spraw Zarządzania Infrastrukturą FWPN mgr Tadeusza Stolarskiego. Omówiony dokument zawiera również potwierdzenie, iż przedmiotowa robota budowlana została wykonana należycie - zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Za zgodność z oryginałem dokument potwierdził Prezes Zarządu przystępującego mgr inż. Tomasz T. W dole strony widnieje pieczęć firmowa Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „INTERBUD-WEST” ul. Kosynierów Gdyńskich w Gorzowie Wielkopolskim oraz podpisy Wiceprezesa Zarządu mgr Grzegorza Jana L., Wiceprezesa Zarządu mgr Inż. Piotra M., przedstawicieli Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego „Interbud-West” w Gorzowie Wielkopolskim.

Ad. 2) z załączonej referencji z dnia 12.06.2008 r. dotyczącej budowy inwestycji pn. Rodzinne Centrum Handlowo-Rekreacyjne ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim wynika, że zamawiającym była firma ASKANA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Dokument został wystawiony dla konsorcjum firm: „Interbud-West” sp. z o. o. i firmy Merkury Engineering Polska sp. z o.o., które jako generalny wykonawca realizowały zadanie inwestycyjne pn. Rodzinne Centrum Handlowo- Usługowo - Rekreatywno ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim. Pismo nie podaje nazwy ani siedziby podmiotu wystawiającego. Nie podaje oznaczenia z nazwiska i imienia oraz funkcji, osoby, która podpisała dokument w imieniu danego podmiotu. W/w referencja zawiera jedynie parafę, po której nie można zidentyfikować osoby, która ją podpisała i w imieniu jakiej firmy. Zawiera natomiast potwierdzenie należytego wykonania robót (wysoką jakością i terminowością wykonanych prac przy realizacji wymienionego wyżej Centrum).

Okolicznością bezsporną jest, iż zamawiający nie wzywał przystępującego do uzupełnienia jakichkolwiek dokumentów oferty, ani do złożenia wyjaśnień - w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje.

Odwolujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, ponadto wykazuje, iż czynności zamawiającego w trakcie oceny ofert i wyboru oferty firmy DORBUD S.A. zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, uniemożliwiając jemu

uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Oferta złożona przez odwołującego została oceniona jako druga w rankingu niepodlegających odrzuceniu ofert, a trzecia według wielkości zaoferowanych cen. Powyższe wskazuje, iż odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co legitymowało go do wniesienia odwołania. Wprawdzie ofertę z korzystniejszą ceną złożyło konsorcjum: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o., jednakże wykonawca ten został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Mimo złożenia odwołania na te czynności, status wymienionego konsorcjum w postępowaniu, w dacie wniesienia rozpatrywanego odwołania pozostawał niewyjaśniony.

Z ustaleń Izby wynika, że oprócz zarzutów dotyczących przedstawionych okoliczności, że wybrany wykonawca DORBUD S.A. nie potwierdził w sposób wskazany w SIWZ właściwymi referencjami, iż roboty, które podał w wykazie wiedzy i doświadczenia, zostały wykonane w sposób prawidłowy, odwołujący podważał również sam charakter tych robót, jako nie odpowiadających opisanym w SIWZ warunkom, w odniesieniu do oczekiwanego przez zamawiającego doświadczenia i wiedzy wykonawcy składającego ofertę.

Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie realizacji co najmniej dwóch zamówień odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, każda o wartości brutto nie mniejszej niż 40 000 000 zł, polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynków użyteczności publicznej, w tym:

- jedna robota budowlana dla obiektu biurowego określonego wg PKOB nr 1220
- jedna robota budowlana dla obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³;

Przez obiekt biurowy rozumie się budynki określone zgodnie z zasadami metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB), wprowadzonej rozporządzeniem R.M. z dnia 30.12.1999 r. (Dz. U. Nr 112 poz. 1316 z późn. zm.) tj. mieszczące się w grupowaniu PKOB grupa 112 klasa 1220. Przez budynek użyteczności publicznej rozumie się budynek o którym mowa w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. nr 75 poz. 690 ze zm.). Zgodnie z treścią § 3 pkt. 5 tego rozporządzenia, przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej, lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii usług w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki sportu, obsługi pasażerów w transporcie lotniczym, morskim lub wodnym, śródlądowym oraz inny budynek przeznaczony do

wykonywania podobnych funkcji. Za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Natomiast zgodnie z treścią art. 2 pkt 8 ustawy Pzp - przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2006 Nr 156 z późn. zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Art. 3 pkt.7 ustawy Prawo budowlane podaje, że przez roboty budowlane - należy przez rozumieć budowę a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Z treści art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane wynika, że obiekt budowlany to między innymi: budynek wraz z infrastrukturą i urządzeniami technicznymi, jako obiekt budowlany, który jest trwale z gruntem związany, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.

W świetle przytoczonych wyżej definicji ustawowych, ujęte w wykazie przystępującego roboty budowlane obejmujące rozbudowę i modernizację siedziby Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie, o kubaturze 50 870 m³, o wartości robót 53 785 000,00 zł; znajdujące się w grupowaniu PKOB 1220, oraz roboty budowlane dotyczące budowy Rodzinnego Centrum Handlowo-Rekreacyjne ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim, o kubaturze 130 059 m³, o wartości robót 119 598 000,00 zł; w grupowaniu PKOB 1230, spełniają wymagania zamawiającego. Niewątpliwie siedziba Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie, jest budynkiem biurowym według PKOB grupa 122, klasa 1220, stanowiącym zarazem budynek użyteczności publicznej, niezależnie od tego, iż składa się z kilku obiektów. Natomiast budynek Rodzinnego Centrum Handlowo-Rekreacyjne ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim odpowiada warunkom zdefiniowanym dla określenia budynku użyteczności publicznej, gdyż łączy w sobie funkcje określone w przywołanym przepisie § 3 pkt 5 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie tj. w zakresie: kultury, wychowania, handlu, gastronomii, usług, sportu i inne podobne. Tylko jedna z tych robót (budynków) miała mieć kubaturę nie mniejszą niż 40 000 m³. Warunek ten został spełniony. Robota z pozycji 1 wykazu potwierdzała wartość i charakter budynku o charakterze biurowym, natomiast robota z pozycji 2 potwierdzała charakter budynku użyteczności publicznej oraz jego kubaturę powyżej 40 000 m³.

W ocenie Izby, wykazanie zdolności do wykonania zamówienia wynikać winno z oświadczenia własnego wykonawcy przedstawionego w dokumentacji oferty, tj. wykazu doświadczenia zawodowego, wraz z potwierdzeniem inwestora, że roboty ujęte w tym wykazie zostały wykonane należycie, tzn. „zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz

prawidłowo ukończone.” Poprzedni przepis § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz. 605 ze zm.), wymagał potwierdzenia „należytego wykonania robót.” Z tych względów wykonawcy przedstawiający referencje wystawione pod rządem wymienionego rozporządzenia mogą się nimi posługiwać, mimo iż zawierają zwrot nie odpowiadający dosłownej treści przepisu § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817).

Wykaz robót stosowny do wymagań zamawiającego, został przez przystępującego PB-U DORBUD S.A. złożony. Odwołujący nie udowodnił, iż zawiera on nieprawdziwe oświadczenia w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jedyne z konfrontacji oświadczenia w załączniku nr 5 z treścią przedstawionych referencji starał się wywodzić, iż przystępujący nie wykazał odpowiedniego zakresu robót, czy ich wartości oraz wymaganej kubatury budynku.

Zdaniem Izby, treść przedstawionych referencji nie stanowi dowodu na wymienioną okoliczność – zakresu robót. Odwołujący nie kwestionował, iż złożone referencje dotyczą robót ujętych w wykazie doświadczenia zawodowego wymienionego wykonawcy. Przyznał również, iż przystępujący bazuje na doświadczeniu podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego „Interbud-West” sp. z o.o. ul. Kosynierów Gdyńskich w Gorzowie Wielkopolskim – w oparciu o zobowiązanie się tego podmiotu do udostępnienia na rzecz przystępującego wiedzy i doświadczenia, co dopuszcza obecnie przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W tym zatem zakresie, w ocenie Izby, zarzuty odwołującego nie znalazły potwierdzenia.

Odmienne stanowisko Izba zajęła w odniesieniu do samej oceny przedstawionych referencji w ofercie wybranego wykonawcy - względem pozycji 2 wykazu.

Załączona referencja z dnia 12.12.2008 r. do pozycji 1 wykazu, została sporządzona na druku firmowym Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej, dotyczy „Rozbudowy i modernizacji siedziby Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie. Z treści dokumentu wynika, że PB-U „Interbud-West” Sp. z o.o. było generalnym wykonawcą tego zadania inwestycyjnego. Wymieniony dokument został opatrzony podpisem upoważnionego pracownika Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej w Warszawie - Specjalisty do spraw Zarządzania Infrastrukturą FWPN mgr Tadeusza S. Omówiony dokument zawiera również potwierdzenie, iż wymieniona robota budowlana została wykonana należycie - zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Za zgodność z oryginałem dokument ów potwierdził Prezes Zarządu przystępującego mgr inż. Tomasz T.

W tych okolicznościach, należało podzielić stanowisko zamawiającego, że przedstawiona referencja w odniesieniu do pozycji nr 1 wykazu spełnia wymogi, jakie tym dokumentom wyznaczyła specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz przepisy § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, 1817), gdyż potwierdza prawidłowe wykonanie robót.

Z załączonej referencji z dnia 12.06.2008 r, dotyczącej pozycji 2 wykazu - budowy inwestycji pn. Rodzinne Centrum Handlowo-Rekreacyjne ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim wynika, że została ona wystawiona dla konsorcjum firm: „Interbud-West” sp. z o. o. i firmy Merkury Engineering Polska sp. z o.o., które jako generalny wykonawca realizowały zadanie inwestycyjne pn. Rodzinne Centrum Handlowo- Usługowo - Rekreacyjne ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim, dla firmy ASKANA sp. z o.o. co podano w treści. Wymienione pismo nie podaje nazwy podmiotu wystawiającego, ani nie zostało opatrzone pieczęcią firmową inwestora/zlecającego. Sporządzone zostało na natomiast na papierze z logo „Galeria Askana.” Brak jest adresu siedziby zlecającego. Nie można też zidentyfikować osoby, która wymienione pismo podpisała. Brak jest pieczętki imiennej, lub innego oznaczenia osoby wystawiającej dokument w samej jego treści. Wymieniona referencja została jedynie opatrzona nieczytelnym podpisem. Natomiast wbrew stawianym zarzutom, zawiera potwierdzenie należytego wykonania robót przy realizacji wymienionego wyżej centrum.

W ocenie Izby, prawidłowo wystawiona referencja nie musi w sposób pełny opisywać zakresu robót, natomiast powinna co najmniej umożliwiać identyfikację:

- a) podmiotu ją wystawiającego (inwestora, zlecającego),
- b) robót z podanymi w wykazie,
- c) osoby wystawiającej (podpisującej).
- d) potwierdzać należyte wykonanie robót ujętych w wykazie.

- czego omówiony wyżej dokument nie spełnia, gdyż w oparciu o jego treść, nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie (inwestora), podmiotu wystawiającego referencję oraz osoby, która ją podpisała. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż dokument taki, jako oświadczenie wiedzy, może być sporządzony przez każdego kto posiada informacje na określony temat. Referencja, co oczywiste, nie musi być podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu i zaciągania w jego imieniu zobowiązań (składania oświadczeń woli), natomiast powinna być sporządzona w imieniu inwestora i przez osobę do tego upoważnioną. Jedynie podmiot zlecający roboty i je odbierający, jest w stanie w sposób wiarygodny potwierdzić ich należyte wykonanie. Żadne dokumenty w ofercie

przystępującego DORBUD S.A., że wystawiający był np. inwestorem zastępczym, uprawnionym do wydawania referencji wykonawcom, nie zostały przedstawione.

Referencje poświadczające wiedzę i doświadczenie podmiotu mają określoną wartość, skoro pozwalają ubiegać się o zamówienie publiczne wykonawcy, który się nimi legitymuje. Szczególnie obecnie, gdy ustawa dozwala na powoływanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego. Spełnienie zatem chociażby minimalnych, wyżej podanych wymagań w zakresie formy i treści omawianego dokumentu, jest nieodzowne, dla stwierdzenia jego wiarygodności.

W szczególności Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że skoro wykonawca DORBUD S.A. korzystał w zakresie wiedzy i doświadczenia z zasobów podmiotu trzeciego firmy „Interbud-West” Sp. z o.o., to zwolniony był z przedkładania referencji. Natomiast z uwagi na podmiot trzeci uczestniczący w realizacji zamówienia jako podwykonawca, wykonawca mógł w myśl postanowień art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dowodzić dowolnymi środkami, iż jest w stanie zrealizować zamówienie w oparciu o udostępnione mu zasoby, w tym przedkładać referencje wystawione na rzecz podmiotu trzeciego, mające również „postać dowolną.” Uczestnictwo podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, zgodnie ze zobowiązaniem tego podmiotu, zawartym w dokumentach oferty, w żadnym stopniu nie zwalniało przystępującego DORBUD S.A. od wykazania wiedzy i doświadczenia w taki sposób, jak ustalił zamawiający w SIWZ, oraz w oparciu o dokumenty, które miały służyć tej ocenie, zgodnie z rozdziałem VI pkt 1 podpunkt 2 SIWZ. Było to bowiem wymaganie odnoszące się wprost do wykonawcy. Jeżeli zatem wykonawca przedkładał referencje podmiotu trzeciego, winny one, tak samo jakby stanowiły referencje wydane dla samego wykonawcy, spełniać te same wymagania, tak co do ich treści jak i formy, w której zostały złożone.

Zamawiający bowiem jest związany warunkami uczestnictwa w postępowaniu jakie ustanowił i ustalonym sposobem oceny ich spełnienia, dlatego też w trakcie oceny ofert nie może od nich odstępować w stosunku do niektórych oferentów, bez narażenia się na słuszny zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Wprawdzie w trakcie rozprawy, przystępujący i zamawiający wyjaśniali, iż w oparciu o ustalenia jakie poczynili, z pominięciem procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia wadliwego dokumentu lub złożenia nowego dokumentu, określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zidentyfikowano osobę, która kwestionowaną referencję wówczas wystawiła, jako „zarządzającego” w dacie wystawienia referencji Galerią ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim, którego nazwisko brzmi Naill O’Higgins, (tak twierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, natomiast przystępujący do protokołu rozprawy, stwierdził, iż wystawcą wymienionej referencji był przedstawiciel inwestora CAELUM Development). Nie

mogło to jednak stanowić podstawy do przyjęcia, iż dokument referencji w odniesieniu do pozycji 2 wykazu doświadczenia zawodowego wykonawcy jest prawidłowy, poza jego dosłowną treścią. Ponadto Izba nie może zastępować zamawiającego w czynnościach, które ustawowo jemu przynależą. Rola Izby sprowadza się bowiem oceny tych czynności, które zamawiający przeprowadził, lub ich zaniechał, mimo obowiązku ustawowego ich podjęcia.

Ustalone braki, zdaniem Izby, dyskwalifikują wymienione pismo z dnia 12.06.2008 r. jako referencję, gdyż w oparciu o jego treść, nie można zidentyfikować podmiotu, który go wystawił - zlecającego roboty, ani nie można zidentyfikować osoby, która dokument podpisała. Nawet ustalenia, które na własną rękę czynił zamawiający, nie wyjaśniły tych wątpliwości. Przez wybór oferty przystępującego, w takim kształcie jak została ona złożona, zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp t.j:

- art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy: Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego DORBUD S.A. z Kielc z przedmiotowego postępowania za nie wykazanie spełnienia ustalonych warunków udziału oraz przez zaniechanie uznania oferty za odrzuconą,
- art. 91 ust.1 ustawy, przez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe DORBUD S.A.
- a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców.

Izba miała jednak na względzie, iż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nakazuje przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania, z powodu nie złożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń oraz dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub jeżeli dokumenty te zawierają błędy, aby zainteresowany wykonawca został wezwany do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu z innych przyczyn, albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Odwołujący wprowadził zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, przez jego niezastosowanie i wybór oferty, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), nie podał jednak żadnego uzasadnienia faktycznego dla tego zarzutu. Tak samo zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pozostał gołosłowny, bez przytoczenia uzasadnienia faktycznego.

Zatem Izba uznała, iż obowiązkiem zamawiającego, jest wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego DORBUD S.A. do złożenia prawidłowego

dokumentu potwierdzającego, że roboty budowlane przy budowie Galerii ASKANA w Gorzowie Wielkopolskim, zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone. Okolicznością przyznaną przez odwołującego, jest, że przystępujący dotychczas nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów oferty. Wręcz zostało objęte żądaniem odwołania, aby przed ewentualnym wykluczeniem wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. z postępowania, zamawiający uprzednio wypełnił nakaz zawarty w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wyczerpał procedurę wezwania wykonawcy, który złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Okoliczności, iż oferta przystępującego powinna ulec odrzuceniu bez możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący nie podnosił.

Postępowanie dowodowe w sprawie Sygn. akt KIO 2745/10 potwierdziło zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust.1 ustawy Pzp, a naruszenie to, oceniając zasadność odwołania na dzień jego wniesienia, miało wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w sprawie o sygnaturze akt Sygn. **akt KIO 2745/10** i orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 2762 /10

Odwołujący, konsorcjum spółek w składzie: 1) Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o. (lider); 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A.; 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o., zarzucił zamawiającemu: Powiatowi Kieleckiemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r, nr 113, poz. 759 ze zm.), które miało istotny wpływ na wynik postępowania tj:

1. art. 7 ust. 1, przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz narusza zasady przejrzystości prowadzenia postępowania;

2. art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z § 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), przez bezpodstawne przyjęcie, iż dokument wystawiony tytułem zaświadczenia, iż wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu musi być dokumentem urzędowym, który może wystawić jedynie organ państwowy, a tym samym bezprawne zastosowanie wobec odwołującego sankcji wykluczenia z postępowania;

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez jego bezpodstawne zastosowanie, a w konsekwencji bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania;

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez błędne przyjęcie, iż zaoferowana przez odwołującego cena wyczerpuje znamiona funkcjonującego na gruncie przepisów ustawy Pzp pojęcia „rażąco niskiej ceny”;

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez jego bezpodstawne zastosowanie i przyjęcie, iż odwołujący dopuścił się w toku postępowania czynu nieuczciwej konkurencji;

6. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez jego bezpodstawne zastosowanie, które wynika z błędnego aktu subsumcji.

W związku z powyższym odwołujący: konsorcjum reprezentowane przez lidera - Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o. wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności przeprowadzonej w dniu 13 grudnia 2010 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. z Kielc;

2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.
3. dokonania ponownego badania oraz oceny złożonych ofert;
4. uznania, iż oferta złożona przez odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący powołał się na legitymację do wniesienia odwołania i możliwość poniesienia szkody wskutek utraty uzyskania przedmiotowego kontraktu, którego realizacja przyniosłaby mu zakładane zyski, mimo najkorzystniejszej ceny złożonej oferty.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśnił, iż w toku badania oraz oceny złożonych ofert zamawiający zwrócił się pismem z 25 października 2010 r. z wnioskiem między innymi o złożenie informacji z banku poświadczającej zdolność finansową odwołującego, bowiem dołączony do oferty dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie wzbudził wątpliwości. Przez to, iż dokument ów, w opinii zamawiającego, nie był podpisany przez osobę do tego uprawnioną; informacja banku hiszpańskiego była przygotowana w języku angielskim oraz wartość wykazanych środków finansowych została podana w złotych polskich bez wskazania daty kursu oraz wartości złotówki do euro, w oparciu który to wyliczono wskazaną wartość w złotych.

Zamawiający wezwał również odwołującego do złożenia dokumentu, z którego miałyby wynikać, iż wykonawca nie zalega z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Powodem wątpliwości zamawiającego był brak możliwości zidentyfikowania personaliów osoby, która podpisała odnośny dokument. Ponadto zamawiający oświadczył, iż z treści dołączonego dokumentu nie wynika, by mógł on być przedkładany na cele związane z prowadzonym postępowaniem.

Niezależnie od powyższej czynności, zamawiający wezwał również odwołującego pismem z 29 października 2010 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oferty.

Odwołujący zaznaczył, że przekazał wymagane przez zamawiającego dokumenty, jak również udzielił stosownych wyjaśnień w żądanym zakresie, dołączając do złożonych wyjaśnień oferty cenowe swoich dostawców. Zamawiający uznał uzupełnione dokumenty oraz złożone wyjaśnienia za nieprawidłowe i niewystarczające, w następstwie czego poinformował pismem z 13 grudnia 2010 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Tytułem uzasadnienia wskazał, iż z zaświadczenia wystawionego przez bank nie wynika, by odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu. Ponadto zakwestionował prawidłowość złożonego przez odwołującego zaświadczenia tytułem potwierdzenia braku zaległości z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Zamawiający podniósł również w stosunku do oferty odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny.

I. W odniesieniu do zarzutu, nieodpowiedniego zdaniem zamawiającego, dokumentu potwierdzającego zdolność finansową wykonawcy odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Wyjaśnił, iż przekazał zamawiającemu dwa dokumenty. Oba wystawione 11 października 2010 r. przez Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. Każdy z tych dokumentów potwierdzał posiadaną przez odwołującego zdolność kredytową, w wymaganej przez zamawiającego wysokości. Podkreślił, iż spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w określonej wysokości nie było przez zamawiającego kwestionowane, gdy po raz pierwszy zwracał się do odwołującego z wnioskiem o uzupełnienie zaświadczenia z banku. Bezsporne jest bowiem, iż powodem zwrócenia się do odwołującego z powyższym wnioskiem był fakt wystawienia zaświadczenia przez bank hiszpański (I) w języku angielskim, (II) na kwotę wyrażoną w złotych polskich oraz (III) przez osobę, której nie można było zidentyfikować z imienia i nazwiska. W piśmie z 25 października 2010 r., zamawiający wezwał do „(...) złożenia informacji z banku, poświadczającej zdolność finansową wykonawcy (...)”, co stanowi, zdaniem odwołującego, dowód na to, iż zamawiający staje się purystą w dogodnym dla siebie momencie. Odwołujący uznał zarzut sprowadzający się do posługiwania się przez hiszpański bank językiem angielskim, za absurdalny. Ponadto oświadczył, iż możliwość opatrywania zaświadczeń parafą przez osoby je wystawiające w imieniu banku w Królestwie Hiszpanii jest praktyką. W związku z powyższym nawet, jeśli, co do zasady, zaświadczenie jest podpisywane z imienia i nazwiska, to fakt ograniczenia się przez urzędnika bankowego do odpowiedniego parafowania zaświadczenia nie wpływa na jego ważność. Za błędne poczytał stanowisko zamawiającego odnośnie wymogu pisemnej formy dokumentu (np. zaświadczenia odpowiednika ZUS). Uznał, że zasada pisemności, obowiązuje w kontaktach pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Po drugie przepisy rozporządzenia (w sprawie rodzajów dokumentów) nie regulują, w opinii odwołującego, formy dokumentów w powyższym zakresie. Podkreślał, iż z uwagi na zasadę niedyskryminacji wykonawców ze względu na miejsce ich siedziby, zamawiający winien uwzględniać różnice wynikające z odmiennych porządków prawnych oraz panujących w innych państwach zwyczajów i praktyki. Nie można bowiem nakładać na wykonawcę obowiązku dostosowywania się do reguł obowiązujących na terenie RP, gdy z obiektywnych przyczyn wykonawca nie jest w stanie sprostać stosownemu wymogowi. Za nieuprawnione poczytał domaganie się od odwołującego uzupełnienia dokumentu w powyższym zakresie. W przekonaniu odwołującego, informacja z banku dołączona do oferty była i pozostaje czytelna oraz jest dokumentem prawdziwym i ważnym. Domaganie się przez zamawiającego, by hiszpański bank przedstawił zamawiającemu informację sporządzoną w języku urzędowym państwa, w

którym ten bank ma swoją siedzibę oraz w walucie będącej oficjalnym środkiem płatności, uznał za żądanie stojące w oderwaniu od praktyki bankowej przyjętej nie tylko w Królestwie Hiszpanii, ale również w Polsce. Odwołujący podkreślał, iż zamawiający błędnie dokonał interpretacji oświadczenia wiedzy zawartego w informacji przygotowanej przez bank. W swoim piśmie z dnia 27 października 2010 r, odwołujący wyraźnie stwierdził, iż przekazuje „kopię dokumentu stanowiącego informację banku hiszpańskiego Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. - Santander Branch (Spain) z dnia 11.10.2010 r. o zdolności kredytowej wykonawcy, opiewającej na 20 milionów polskich złotych, podpisaną przez osobę uprawnioną w imieniu instytucji, Panią E. Miguelez F.” W opinii odwołującego, nie można dokonywać interpretacji treści oświadczenia wiedzy zawartego w powyższym zaświadczeniu bez uwzględnienia wyjaśnień oraz celu, który przyświecał wykonawcy, gdy starał się on o wydanie stosownej informacji z banku na potrzeby toczącego się postępowania. Odwołujący oczekiwał od banku potwierdzenia, iż posiada zdolność kredytową w wysokości wymaganej przez zamawiającego i taką odpowiedź otrzymał przy czym zarówno odwołujący, jak i bank posługując się odpowiednimi zwrotami mieli na myśli zdolność kredytową w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Dodał również, iż wywody zamawiającego związane z interpretacją informacji z banku, nawet jeżeli przyjąć, że bank informował o „płynności finansowej” - czemu odwołujący oponował, nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym. Przyznał, iż „płynność finansowa” jest kategorią stricte księgową i rzeczywiście oznacza zdolność podmiotu do spłacania bieżących zobowiązań (płatnych do 1 roku) oraz dokonywania zakupów wszelkiego rodzaju towarów i usług. Podkreślał, że nie przedstawiał bankowi żadnych dokumentów finansowych, nie doręczył sprawozdań finansowych ani jakichkolwiek innych dokumentów finansowych, w oparciu o których analizę bank mógłby wypowiedzieć się o „płynności finansowej” podmiotu. Odwołujący stwierdził, że informacja zawarta w obu dokumentach przedłożonych zamawiającemu dotyczy zdolności kredytowej, która została dokonana przez bank w oparciu o środki zgromadzone na koncie, historię dotychczasowych przepływów pieniężnych oraz renomę odwołującego. Odwołujący tłumaczył, iż nawet jeżeliby przyjąć, iż bank wystawiając informację rzeczywiście miał na myśli płynność finansową, to zważywszy na cel przedkładania informacji z banku, którym jest wykazanie, iż wykonawca jest w stanie podołać finansowo realizacji zamówienia, tj. dysponuje środkami, by rozpocząć i kontynuować roboty budowlane bez wsparcia finansowego zamawiającego, odwołujący dołączył do oferty informację z banku, z której wynika, że jest w stanie pokrywać zobowiązania na kwotę 20 mln zł. lub wyższą, co tym samym potwierdza nie tylko spełnienie warunku udziału w postępowaniu, ale również daje rękojmię tego, że udzielając odwołującemu zamówienia, będzie on w stanie rozpocząć jego wykonanie i z powodzeniem zakończyć bez żadnego uszczerbku dla swojej kondycji finansowej.

Przy tym wskazywał, że krajowe regulacje dotyczące zamówień publicznych powinny być interpretowane w świetle odpowiednich przepisów prawa europejskiego. Z art. 47 ust. 1 lit. a dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30.4.2004 r., seria L 134, str. 114) jednoznacznie wynika, że dowodem sytuacji finansowej wykonawcy może być dostarczone przezeń odpowiednie oświadczenie banku. Za taki właśnie dokument przyjął wystawioną przez wymieniony bank informację.

II. Odwołujący odpierał zarzut istnienia podstaw dla wykluczenia go z postępowania z powodu dołączenia do oferty rzekomo wadliwego zaświadczenia z hiszpańskiego odpowiednika ZUS, podtrzymując swoje stanowisko zaprezentowane w piśmie z 27 października 2010 r, w którym poinformował zamawiającego o tym, że „w hiszpańskim systemie ubezpieczeń społecznych wyżej wymieniony dokument jest dokumentem standardowym, o formacie niezależnym od wykonawcy, generowanym automatycznie przez portal internetowy Tesoreria General de Seguridad Social (Kasę Główną Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) przez firmę chcącą powyższe zaświadczenie uzyskać. Następnie, jest podpisywany przez upoważnionego przez Tesoreria General de Seguridad Social (Kasę Główną Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) pracownika firmy ubiegającej się o ww. informację oraz opatrzony jej pieczęcią. Załączony przez wykonawcę do oferty dokument został podpisany na mocy upoważnienia nr 54494 z dnia 20/06/2002 r. udzielonego spółce GEOPLANK S.A. przez osobę w nim umocowaną tj. Panią Nurię Perez B. Zgodnie z zapisem widniejącym w aktualnym odpisie z właściwego rejestru na str. 71 (tłumaczenie na str. 74) firma Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. została założona w wyniku podziału przez wydzielenie ze Spółki GEOPLANK S.A. na mocy aktu notarialnego sporządzonego 27 listopada 2006 r. i jest jej prawnym następcą."

Odwołujący zaznaczył, iż zamawiający oparł swoje stanowisko na błędnej opinii przekazanej przez Ambasadę Królestwa Hiszpanii albo opinii, która nie opisuje pełnego stanu prawnego obowiązującego w powyższym państwie. Powołał się na przepisy rozporządzenia z 3 kwietnia 1995 o wykorzystaniu mediów elektronicznych, informatycznych i telematycznych do rejestracji przedsiębiorstw, nadawania numeru członkowskiego, rejestrowania i wyrejestrowania, naliczania i pobierania składek w zakresie ubezpieczeń społecznych (Dziennik Urzędowy z 7 kwietnia 1995 roku), w oparciu o który przedsiębiorcy mogą dokonywać odpowiednich czynności przy wykorzystaniu mediów elektronicznych pod warunkiem uprzedniego dopełnienia stosownych obowiązków. O równoważności dokumentu załączonego przez odwołującego do oferty z dokumentem, którego żąda zamawiający przesądza art. 4 powołanego rozporządzenia, który stanowi, iż w przypadku konieczności

przedstawienia informacji pisemnych w formie papierowej, które mają być skuteczne wobec osób trzecich lub instytucji, a dotyczą czynności załatwianych i dokumentów składanych przy użyciu mediów elektronicznych, informatycznych lub telematycznych, o których mowa w niniejszym Rozporządzeniu, osoby upoważnione zezwoleniem do korzystania z tych mediów będą uprawnione również do sporządzania autoryzowanych wydruków i poświadczania pieczęcią i podpisem wydruku uzyskanego z Centralnej Kasy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Zdaniem odwołującego, z treści przywołanego przepisu wynika ponadto iż w każdym przypadku, informacje zapisane w formie papierowej, niezależnie od użytego do wydrukowania sprzętu i jego lokalizacji (włącznie z Automatycznymi Terminalami Informacji i Zarządzania - TAIG) będą uważane za autoryzowane jeśli dokument taki będzie zawierał numer sekwencyjny, ślad elektroniczny i kod identyfikacyjny Centralnej Kasy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Spełnienie tego wymogu będzie wystarczające by potwierdzić treść wydrukowanej informacji i uznawane za poświadczenie jej autentyczności wobec osób trzecich. Na dowód załączył przedmiotowe rozporządzenie.

III. W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, odwołujący przytoczył następującą argumentację.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty zawierającej „rażąco niską cenę.” Pomimo nałożenia przez ustawodawcę na zamawiającego powyższego obowiązku, ustawodawca nie wyjaśnił, co należy rozumieć pod terminem „rażąco niska cena,” pozostawiając wykładnię powyższego terminu dorobkowi judykatury oraz doktryny. W sprawie interpretacji terminu „rażąco niska cena” wypowiedział się między innymi Urząd Zamówień Publicznych. Natomiast cechą wspólną wszystkich opinii, poglądów oraz stanowisk, które pojawiły się w toku definiowania pojęcia „rażąco niskiej ceny,” jest wskazywanie również metodyki jej ustalania.

UZP w opinii zamieszczonej na swojej stronie internetowej wskazał, że za „rażąco nisko cenę” można uznać cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Innymi słowy „rażąco nisko ceną” jest cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych na rynku, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Podkreślił, że w opinii UZP, dokonując oceny czy zaoferowana cena wypełnia znamiona „rażąco niskiej ceny,” zamawiający nie powinni odnosić się tylko do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Powoływał się na podobne stanowisko judykatury. W orzeczeniu SO w Katowicach z 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) wskazano, iż „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych (...).”

Wskazywał, iż Krajowa Izba Odwoławcza przyjmuje podobne stanowisko. W ocenie KIO „rażąco niska cena” to cena nierealistyczna, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe (orzeczenie Zespołu Arbitrów z 4 września 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1082/07), która grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości, (tak Zespół Arbitrów w orzeczeniu z 19 czerwca 2007 r.; sygn. akt UZP/ZO/0-696/07). W podobnym tonie wypowiedział się również skład orzekający Zespołu Arbitrów w orzeczeniu z 13 czerwca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-666/07), w którym stwierdził, iż cena rażąco niska, to cena nie tylko odbiegająca od ceny rynkowej, ale również taka cena, za którą nie można wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności.

Odwołujący, powołując się na poglądy wynikające z wymienionych wyżej wyroków, zaznaczał, że zamawiający dokonując oceny, czy ma do czynienia z ceną „rażąco niską” nie może poprzestawać tylko na dokonywanych przez siebie obliczeniach arytmetycznych. Na takim stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza, która odwołując się w uzasadnieniu orzeczenia z 13 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 249/09) do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, podzieliła utrwalony pogląd, iż cena nie może być oceniana w wyłączenie według kryterium arytmetycznego. Oznacza to, że dla wykazania, że cena jest rażąco niska nie jest wystarczające wskazanie różnicy pomiędzy zaoferowaną ceną a kwotą przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, jak również odniesienia rzekomo „rażąco niskiej ceny” do cen innych ofert złożonych w postępowaniu lub też do oceny zaoferowanej sprzed dwóch lat. Nawet jeżeli przyjąć, że o „rażąco niskiej cenie” decydowałyby różnica pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a zaoferowaną przez wykonawcę ceną, to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tej kwestii nie jest jednolite. Tytułem przykładu wskazał orzeczenia, które za „rażąco nisko cenę” uznawały cenę niższą o 40% (tak Zespół Arbitrów w orzeczeniu z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05), niższą o 30% (orzeczenie Zespołu Arbitrów z 21 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-48/05 i orzeczenie KIO z 27 czerwca 2008 r, sygn. akt KIO/UZP 588/08), w których cena mieściła się pomiędzy 25 a 30% (orzeczenie Zespołu Arbitrów z 13 kwietnia 2005 r, sygn. akt UZP/ZO/0-656/05), lub przekraczała 20% (orzeczenie Zespołu Arbitrów z 4 kwietnia 2005 r, sygn. akt UZP/ZO/560/05).

Za istotne odwołujący przyjął, iż ukształtowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej nakazuje zamawiającym odnoszenie pojęcia „rażąco niskiej ceny” do zaoferowanej ceny w rozumieniu przepisów ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r, Nr 97. poz. 1050 ze zm.). Innymi słowy, zamawiający mają obowiązek odnoszenia się jedynie do całkowitej ceny za zaoferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane, a nie poszczególnych jej elementów (orzeczenie KIO z 13 sierpnia 2009 r, sygn.

akt KIO/UZP 1000/09, 12 sierpnia 2009 r, sygn. akt KIO/UZP 963/09, z 21 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 866/09 i KIO/UZP 879/09).

W świetle poczynionych wywodów, stwierdził, że zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę konsorcjum. Oparcie się przez zamawiającego jedynie na założeniu, że cena zaoferowana przez odwołującego jest „ceną rażąco niską” bowiem jest ona niższa o 30% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, jest w opinii odwołującego niewystarczające. W szczególności w zestawieniu z poziomem cen ofert w tym postępowaniu i zanotowanymi różnicami pomiędzy cenami w ofertach poszczególnych wykonawców. Odwołujący stwierdził, że to zamawiający dokonał szacowania wartości przedmiotu zamówienia bez dochowania należytej staranności. Nawet jeżeli przyjąć, że cena zaoferowana przez odwołującego odbiega od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT, jak twierdzi zamawiający, o ok. 30%, to zwrócił uwagę, iż cena odwołującego jest niższa od ceny kolejnego wykonawcy o 5%, od ceny trzeciego wykonawcy o ok. 6%, od ceny czwartego z wykonawców o ok. 10%, od ceny zaoferowanego przez piątego z wykonawców o ok. 13%, od szóstego z wykonawców o ok. 15%, a od najdroższej zaoferowanej ceny o ok. 26%. Wskazuje to, iż cena odwołującego jest ceną konkurencyjną, ale nie daje podstaw do twierdzeń, iż wyczerpuje ona znamiona pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Na poparcie swego stanowiska odwołujący powołał się na orzecznictwo, w tym orzeczenia ETS z 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-295/89; z 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/91 („Transporoute”) i z 22 czerwca 1989 w sprawie C-103/88 („Frateili Costanzo”), pogląd Sądu Okręgowego w Krakowie, który w uzasadnieniu orzeczenia z 23 kwietnia 2009 r. stwierdził, że zważywszy na fakt, iż zdaniem KIO „rażąco niska cena” to cena, która w sposób rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży odbiega od ogólnej ceny innych ofert. Nie może być to więc cena niższa od pozostałych o 10-15% ponieważ nie spełnia wskazanych wyżej kryteriów (sygn. akt XII Ga 88/09).”

Odwołujący podkreślał, że uwagi na niewielką rozpiętość cenową, zamawiający winien był przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w stosunku do co najmniej 4 wykonawców, tymczasem z niespotykaną wnikliwością, skoncentrował się na szczegółowym badaniu ceny odwołującego, uciekając się przy tym do opinii biegłego, którego pomoc była zbędna, gdyby zapoznał się rzetelnie z przepisami ustawy oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dorobkiem orzecznictwa sądów powszechnych w związku z licznymi problemami związanymi z ustaleniem zakresu pojęciowego „rażąco niskiej ceny.”

Na marginesie swoich uwag, odnosząc się do zarzutów zamawiającego oraz przedstawionej przez niego argumentacji dotyczącej kilku pozycji kosztorysowych, odwołujący wskazywał, iż w ugruntowanej linii orzeczniczej przyjęto, że dla oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy badać cenę globalną, a nie jej wyodrębnione elementy, np. ceny jednostkowe, pozycje asortymentowe (Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 24

marca 2005 r., sygn. akt II Ca 425/04). Nie można tym samym kwestionować, jako wycenionego rażąco nisko, jednego czy kilku elementów złożonego kosztorysu i w konsekwencji odrzucić oferty odwołującego, w sytuacji gdy łączna cena za przedmiot zamówienia nie będzie odbiegała od cen rynkowych, (wyrok Zespołu Arbitrów z 23 marca 2007 r, sygn. akt UZP/ZO/0-297/07; wyrok Zespołu Arbitrów z 16 lutego 2005 r, sygn. akt UZP/ZO/0-242/05; wyrok ZA z 5 sierpnia 2004 r, sygn. akt UZP/ZO/0-1209/04; wyrok ZA z 30 czerwca 2005 r; sygn. akt UZP/ZO/0-1561/05; wyrok ZA z 16 stycznia 2006 r, sygn. akt UZP/ZO/0-34/06 czy też orzeczenie KIO z 12 sierpnia 2009 r, sygn. akt KIO/UZP 963/09 - w którym stwierdzono m.in. „zamawiający nie jest uprawniony aby formułować zarzuty rażąco niskiej ceny oferty w sytuacji, gdy kwestionuje w ogólności ujęcie w kalkulacji kosztów niektórych wyodrębnionych elementów przedmiotu zamówienia, czy ewentualnie odnoszącą się do nich wycenę, a więc podnosi zarzuty wobec części oferty. Nie jest zatem możliwe odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny, oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty.”

IV. Zarzut zaniechania równego traktowania wykonawców odwołujący oparł na poniższych konstatacjach.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Powyższa zasada nie tylko oznacza zakaz różnego traktowania wykonawców ze względu na miejsce zamieszkania, siedzibę wykonawcy czy formę organizacyjno - prawną pod którą wykonawca ubiega się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie parametry, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. Zasada ta stanowi fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Podkreślał, iż pomimo braku w ustawie bezpośredniego odwołania do zasady przejrzystości, obowiązuje ona również w krajowym porządku prawnym, co wynika z utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie z przyjętą w doktrynie wykładnią, zasada przejrzystości oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych reguł i istnieją środki do weryfikacji

prawidłowości ich zachowania zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, co oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili wyznaczenia warunków przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane. Powyższe zasady obowiązują na wszystkich etapach prowadzonego postępowania i odnoszą się w równym stopniu do obowiązku wyznaczania kryteriów oceny ofert na jego początku jak i dokonywania badania i oceny złożonych ofert. Oznacza to między innymi, iż wszyscy uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Nie może bowiem dochodzić do sytuacji, w której zamawiający w stosunku do jednego z wykonawców stawia wybiórczo pewne wymagania, a w stosunku do innych wykonawców nie podejmuje żadnych działań. Tego typu zachowania wyczerpują znamiona naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dokonując analizy czynności podejmowanych przez zamawiającego, odwołujący zarzucił, iż w stosunku do jednych wykonawców przykładał on szczególną staranność, graniczącą niemal z nadgorliwością, by w stosunku do pozostałych poniechać stosownych czynności, które wydawały się oczywiste. Tytułem przykładu wskazał fakt niespotykanie wnikliwego badania elementów cenotwórczych oferty odwołującego i tylko odwołującego na okoliczność rzekomo rażącej ceny oraz zaniechanie takiego samego badania w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali ceny zbliżone.

Podobnym przykładem odmiennego traktowania wykonawców w tym postępowaniu, było, w ocenie odwołującego, wykonanie niemal benedyktyńskiej pracy przy ocenie złożonych zaświadczeń banku, obejmujące np. badanie przez zamawiającego odcieni kolorów oznaczenia bocznego oraz pominięcie wydawałoby się oczywistego uchybienia jednego z wykonawców, co do przedłożonych referencji (patrz referencje przedłożone przez spółkę DORBUD SA z siedzibą w Kielcach).

Dalej odwołujący przywoływał orzecznictwo ETS z 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname; ETS z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06, ETS 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction; ETS z 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 grudnia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 30 grudnia 2010 r, przekazanym w kopii stronom postępowania, po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-

Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach, który wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Przystępujący powołał się na interes prawny w oddaleniu przedmiotowego odwołania, gdyż jego oferta wybrana została jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu. W przypadku oddalenia odwołania, przystępujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Oświadczył ponadto, że oferta odwołującego zawiera inne wady, które przesądzają o zasadności wykluczenia odwołującego z postępowania, a w szczególności podnosił:

- 1) iż zgodnie z częścią V ust. 1 pkt 4 tiret drugie SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o wartości sumy ubezpieczenia nie mniejszej niż 20 000 000 zł. Oferta odwołującego zawiera kopię polisy OC dla firmy Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. Dokument ten zawiera klauzulę o następującym brzmieniu: „W przypadku roszczenia skierowanego do grupy współwykonawców. do której należy Ubezpieczony albo jego podwykonawca. odpowiedzialność Generali ograniczona jest odpowiednio do procentowego udziału Ubezpieczonego w grupie.” Z przytoczonego zapisu oraz zasad ustalonych pomiędzy członkami konsorcjum (poszczególni uczestnicy konsorcjum mają określony, umówiony procentowy udział mniejszy niż 100%) wynika zdaniem przystępującego, że przedstawiony dokument ubezpieczenia OC nie spełnia wymogów SIWZ, ponieważ w przypadku zaistnienia szkody Towarzystwo Ubezpieczeniowe odpowiada jedynie do wysokości procentowego udziału członka konsorcjum. W związku z powyższym, faktyczna kwota ubezpieczenia w tym przypadku jest mniejsza, niż kwota 20 mln zł, wymagana zapisami SIWZ,
- 2) Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt 2 SIWZ wykonawcy muszą wykazać, że „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonali co najmniej dwa zamówienia odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, tzn. wykonali 2 roboty budowlane, każda o wartości brutto nie mniejszej niż 40 000 000,00 PLN, polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynków użyteczności publicznej, w tym:
 - jedna robota budowlana dla obiektu biurowego określonego wg PKOB poz. 1220,
 - jedna robota budowlana dla obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³. W uwagach zamawiający podał:

- przez obiekty biurowy rozumie się budynki określone zgodnie z zasadami metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. (Dz. U. nr 112, poz. 1316, z późniejszymi zmianami), tj. mieszczące się w grupowaniu PKOB grupa 122 klasa 1220,
- przez budynek użyteczności publicznej rozumie się budynek o którym mowa w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12.4.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. nr 75 poz. 690 ze zm.),

Oferta konsorcjum odwołującego zawiera wykaz robót budowlanych, w którym:

- 1) poz. 1 dotyczy budowy siedziby głównej Grupy APPIA XXI. Z referencji wynika, iż całkowity koszt wykonanych prac wynosi 15 203 162,09 EURO, jednakże wykaz prac, które zostały wykonane w ramach zamówienia obejmuje roboty o wartości łącznej 6 475 420,56 EURO. W takim wypadku, zdaniem przystępującego, odwołujący nie udowodnił, że w tym zadaniu wykonał roboty budowlane o wartości wymaganej w SIWZ,
- 2) poz. 2 dotyczy budowy kompleksu sportowo-dydaktycznego w Kleszczowie. Z załączonej referencji wynika, że generalnym wykonawcą było konsorcjum firm POLIMEX Mostostal S.A. (lider), MEGA S.A. (partner) oraz Rystal-Bud sp. z o.o. (partner). Zdaniem przystępującego, odwołujący nie udowodnił, że posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego, ponieważ w żadnym miejscu oferty nie wskazał, w jakim zakresie realizował wymienioną inwestycję. Ponadto z treści referencji wynika, że zamawiający -Urząd Gminy Kleszczów rekomenduje firmę POLIMEX Mostostal S.A. (nie konsorcjum, którego partnerem był Rystal-Bud) jako solidnego i wiarygodnego partnera procesu inwestycyjnego, wysoko ceni profesjonalizm i wiarygodność firmy POLIMEX Mostostal S.A. (nie konsorcjum, którego partnerem był Rystal-Bud).

Przystępujący podnosił także, że nie można stwierdzić jednoznacznie czy oferta odwołującego została podpisana przez osobę uprawnioną, bowiem po pierwsze, pełnomocnictwo, jakiego udzielił pan Alfredo Diego A. w imieniu firmy Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. firmie Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. budzi wątpliwości czy zostało faktycznie podpisane przez pana A., gdyż brak jest czytelnego podpisu mocodawcy, pod dokumentem znajduje się jedynie nieczytelna parafka, a brak jest pieczęci firmowej i pieczęci imiennej pana Alfredo Diego A. Nie ma zatem pewności, że dokument został podpisany przez pana Alfredo Diego A., a w konsekwencji tego nie ma pewności, że lider konsorcjum miał umocowanie do złożenia oferty w imieniu konsorcjum. Przystępujący wskazywał, iż pełnomocnictwo udzielone przez spółkę Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. panu Carlosowi Sivila S.

posiada następujące ograniczenie: „Wystawianie, akceptowanie, negocjowanie, indosowanie, dyskontowanie, inkasowanie, oprotowanie, interweniowanie i realizowanie wszelkich czynności i umów związanych z weksłami, czekami, zobowiązaniami dłużnymi, zleceniami, polisami i wszelkimi innymi dokumentami bankowymi lub handlowymi. W przypadku obu uprawnień bankowych, pan Carlos Sivila S. jest ograniczony limitem do stu tysięcy (100 000,00 €) EURO na operację lub jego równowartością w walucie obcej. W przypadku operacji przekraczających sumę stu tysięcy euro, potrzebował będzie wspólnego podpisu pana Manuela Perez S. (...)”. Ponieważ wartość przedmiotowego zamówienia znacznie przewyższa kwotę 100 tys EURO, odwołujący wskazywał, że pan Carlos Sivila S. nie był uprawniony do samodzielnego podpisania oferty odwołującego.

Zamawiający – Powiat Kielecki: w odpowiedzi z dnia 3 stycznia 2011 r. wniósł o odrzucenie względnie o oddalenie odwołania. Żądania odrzucenia odwołania motywował faktem, że do odwołania nie został załączony pełny zestaw załączników wymienionych w odwołaniu. Natomiast w odniesieniu do wniosku o oddalenie odwołania, zaprzeczył wszelkim podnoszonym twierdzeniom, w tym naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Podkreślał, iż jego działania były spowodowane nie dążeniem do wyeliminowania odwołującego z postępowania ale nakierowane na pełne sprawdzenie złożonej oferty.

Zamawiający podtrzymał zarzut, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postaci sytuacji ekonomiczno finansowej umożliwiającej ubieganie się o przedmiotowe zamówienie, określonej w SIWZ. Stwierdził, iż nie podtrzymał zarzutów dotyczących formy zaświadczenia z banku hiszpańskiego. Kwestionował natomiast spełnienie samego warunku, którego w jego ocenie odwołujący nie spełnił, nie wykazał, iż posiada środki na koncie w wysokości 20 000 000 PLN lub zdolność kredytową w wymienionej kwocie, gdyż nie wynika to wprost z zaświadczenia wystawionego przez bank. Podkreślał, iż z uwagi na niewielkie kwoty kapitału zakładowego, jakim legitymują się spółki tworzące konsorcjum odwołującego, obligowany był szczególnie wnikliwie analizować kwestię wiarygodności finansowej wykonawcy.

W przekonaniu zamawiającego, niezasadny pozostawał zarzut bezprawności wykluczenia odwołującego z powodu nie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, gdyż przedłożony przez odwołującego wydruk papierowy, sporządzony na podstawie hiszpańskiego rozporządzenia nie jest dokumentem, który potwierdza na piśmie okoliczność nie zalegania ze składkami na ubezpieczenie społeczne.

Za niezasadny, uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wbrew zarzutom odwołującego, ocena oferty w tym zakresie nie była dokonana wyłącznie w oparciu o porównanie z wartością szacunkową, ale w oparciu o opinię biegłego, podanych cen rynkowych elementów, które poddał ocenie i ich porównania z wyceną innych

ofert. Powołał się przy tym na pogląd wyrażony w wyroku sygn. akt KIO/UZP 1076/10, iż „dopuszczalne są analizy i porównania poszczególnych elementów cenotwórczych.”

Zamawiający zwrócił uwagę na gołosłowność zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z braku przytoczenia uzasadnienia faktycznego.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach do udziału w postępowaniu odwoławczym z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Wobec nie uwzględnienia całości zarzutów odwołania, nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła również podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności, Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania z braku niektórych załączników, z przekazaną kopią odwołania. Znajdowały się one bowiem w posiadaniu zamawiającego, natomiast w zakresie rozporządzenia hiszpańskiego z dnia 3 kwietnia 1995 o wykorzystaniu mediów elektronicznych (...) było ono przywoływane i cytowane w odpowiedzi odwołującego udzielonej 27 listopada 2010 r. Ponadto przepis § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania w sprawie rozpoznawania odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), nie zalicza do odwołania załączników, ale jedynie ich wykaz.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, wzoru umowy, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, wezwań o uzupełnienie dokumentów i udzielonych wyjaśnień, pism stron i przystępującego złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami. Wnioskowanych dowodów z dokumentów: zestawienia cen ofert. Izba z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp dopuściła dowód z dokumentu z akt sprawy sygn. KIO 2324 i KIO 2325/10 w zakresie zaświadczenia hiszpańskiego odpowiednika ZUS o braku zaległości wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, przedstawionego przez firmę Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Hiszpanii. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestnika postępowania, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa budynku biurowego pod potrzeby siedziby Starostwa Powiatowego w Kielcach wraz z niezbędnymi urządzeniami infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu.”

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Z załącznika do protokołu postępowania Druk ZP 12, wynika, że oferty złożyło 11 wykonawców:

- odwołujący konsorcjum 1) Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o. (lider); 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A.; 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o., z ceną brutto 39 263 084,67 zł,
- Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach z ceną brutto 41 494 000,01 zł,
- Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A. z Jędrzejowa z ceną brutto – 41 562 827 ,67 zł.

Pozostałe oferty przewidują wykonanie przedmiotu zamówienia za ceny brutto: 43 304 352,23 zł; 44 474 158,17 zł; 45 171 919,86 zł; 45 488 676,00 zł; 48 187 113,20 zł; 48 445 705,79 zł; 49 737 425,03 zł; 49 855 000,84 zł.

Zamawiający w protokole postępowania podał szacunkową wartość zamówienia w kwocie 47 715 833 zł. (netto), natomiast na otwarciu ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wynoszącą 46 000 000 zł. brutto.

Rozdział XII postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) opis sposobu obliczenia ceny. Cena ma wynikać z kosztorysu ofertowego który należy opracować metodą kalkulacji szczegółowej. Zamawiający zastrzegł, iż kosztorys ofertowy będzie miał zastosowanie wyłącznie do: 1) sprawdzenia jakiego rodzaju i jakiej jakości materiały i urządzenia przyjął wykonawca, 2) sprawdzenia czy nie zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny oraz 3) rozliczeń z wykonawcą w przypadku ograniczenia zakresu rzeczowego robót lub wyceny ewentualnych robót zamiennych. Podał, iż przekazane przedmiary mają wyłącznie charakter informacyjny, nie stanowią podstawy do sporządzenia oferty. Postanowienia te korespondują z treścią § 6 wzoru umowy „fakturowanie i rozliczenia.”

Stosownie do postanowień SIWZ, rozdział V - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny tych warunków, ust. 1 pkt 4 w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy zobowiązani byli wykazać, iż:

- dysponują środkami lub posiadają zdolność kredytową w kwocie minimum 20 000 000 zł.

W uwadze zamawiający zamieścił adnotację o sposobie przeliczania kwot, jeżeli zostaną one podane w innej walucie niż polska.

Ocena podanego warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów: - informacji z banku.

W rozdziale V SIWZ ust. 2 zamawiający postanowił, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy nie podlegający wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, między innymi za zaległości z tytułu uiszczania opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Ocena spełnienia warunku o nie podleganiu wykluczeniu nastąpi na podstawie analizy przedstawionych przez wykonawcę dokumentów: - zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS.

Wykonawca zobowiązany był wykazać spełnienie warunków i brak podstaw do wykluczenia, nie później niż na dzień składania ofert. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 18 października 2010 r.

W ofercie odwołującego konsorcjum reprezentowanego przez lidera firmę: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o. znajdują się załączniki:

- nr 1 informacja banku hiszpańskiego o zdolności kredytowej wykonawcy (wraz z tłumaczeniem), wystawiona 11 października 2010 r. przez Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., opatrzona podpisem potwierdzająca, że przedsiębiorstwo Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. – CORELIA S.A. według kartotek jednostki banku jest naszym klientem. (...) spółka będąc w dobrej sytuacji ekonomicznej wypełniała na czas wszystkie zobowiązania finansowe oraz posiada środki finansowe do udziału w nowych przedsięwzięciach. Opinią banku jest, że spółka jest wypłacalna i posiada zdolność finansową przekraczającą 20 000 000 zł. (str. 50 oferty),
- dokument z dnia 14.10.2010 r. stanowiący zaświadczenie o stanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, wraz z tłumaczeniem, potwierdzający że Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. nie zalega w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych w opłacaniu składek, których termin spłaty minął. W treści dokumentu widnieje adnotacja, iż dane te zostały zatwierdzone przez p. Nurię Perez Badia za przyznanym jej zezwoleniem z dnia 20.06.2002 r. na rzecz Spółki Geoplank S.A.

Pismem z dnia 25 października 2010 r. odwołujący został wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty o dokumenty między innymi:

- na potwierdzenie sytuacji finansowej, bowiem dołączona do oferty kopia dokumentu zaświadczenia Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.;
- nie pozwala zidentyfikować personaliów osoby, która go podpisała,
- informacja banku hiszpańskiego była przygotowana w języku angielskim, a nie hiszpańskim,

- nie zostało wyjaśnione czy osoba wystawiająca posługuje się językiem angielskim,
- wartość wykazanych środków finansowych została podana w złotych polskich bez wskazania daty kursu oraz wartości złotówki do euro, w oparciu który to wyliczono wskazaną wartość w złotych.
- tłumaczenie nie jest kompletne, nie zawiera danych tłumacza.

Tym samym pismem zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentu, z którego miałyby wynikać, iż wykonawca nie zalega z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, gdyż brak możliwości zidentyfikowania personaliów osoby, która podpisała odnośny dokument. Ponadto zamawiający oświadczył, iż z treści dołączonego dokumentu nie wynika, by mógł on być przedkładany na cele związane z prowadzonym postępowaniem. Zarzucił, iż tłumaczenie nie jest kompletne, nie zawiera danych tłumacza.

W odpowiedzi, na wezwanie pismem z 27 października 2010 r. odwołujący złożył ponownie zaświadczenie z dnia 11 października 2010 r, stwierdzając, iż przekazuje „kopię dokumentu stanowiącego informację banku hiszpańskiego Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. - Santander Branch (Spain) z dnia 11.10.2010 r. o zdolności kredytowej wykonawcy, opiewającej na 20 milionów polskich złotych, podpisaną przez osobę uprawnioną w imieniu instytucji, Panią E. Miguelez F." Wyjaśniał, iż wymieniony bank jest bankiem międzynarodowym, nie ma obowiązku wystawiania dokumentów w języku hiszpańskim. Złoty polski jest walutą kraju UE, w związku z czym bank na prośbę wykonawcy, wystawił zaświadczenie w walucie kraju, w którym zaświadczenie miało zostać użyte.

W piśmie z 27 października 2010 r. poinformował jednocześnie zamawiającego o tym, że „w hiszpańskim systemie ubezpieczeń społecznych wyżej wymieniony dokument na potwierdzenie braku zaległości w składkach, (zamieszczony na stronie 94 oferty), jest wydawany na podstawie rozporządzenia z 3 kwietnia 1995 r. o wykorzystaniu mediów elektronicznych (...) standardowy o formacie niezależnym od wykonawcy, generowany automatycznie przez portal internetowy Tesoreria General de Seguridad Social (Kasę Główną Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) przez firmę chcącą powyższe zaświadczenie uzyskać. Następnie, jest podpisywany przez upoważnionego przez Tesoreria General de Seguridad Social (Kasę Główną Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) pracownika firmy ubiegającej się o w/w informację oraz opatrzony jej pieczęcią. Załączony przez wykonawcę do oferty dokument został podpisany na mocy upoważnienia nr 54494 z dnia 20/06/2002 r. udzielonego spółce GEOPLANK S.A. przez osobę w nim umocowaną tj. Panią Nurię Perez B. Zgodnie z zapisem widniejącym w aktualnym odpisie z właściwego rejestru na str. 71 (tłumaczenie na str. 74) firma Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. została

założona w wyniku podziału przez wydzielenie ze Spółki GEOPLANK S.A. na mocy aktu notarialnego sporządzonego 27 listopada 2006 r. i jest jej prawnym następcą." Powołał się na przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 30.12.2009 r, że brak jest wymogu wskazania przeznaczenia dokumentu.

Pismem z dnia 29 października 2010 r. odwołujący został wezwany o przedstawienie oryginałów zaświadczeń Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., gdyż zdaniem zamawiającego dwa odpisy tego samego dokumentu różniły się treścią.

Z dokumentów akt postępowania wynika, iż w dniu 29.11.2010 r. zamawiający zlecił tłumaczenia przysięgłe: zaświadczenia banku oraz poświadczenia o braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne. Z porównania treści tłumaczenia przez odwołującego (SIWZ dopuszczała tłumaczenie własne) i tłumacza przysięgłego, wynika, iż poza odmiennościami frazeologicznymi, sens treści, które te dokumenty zawierają, nie odbiega od przedstawionych przez odwołującego.

Odrębnym pismem z dnia 29 października 2010 r. zamawiający wezwał również odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zaoferowanej przez ceny oferty, żądając przedstawienia sposobu wyceny wskazanych kilkudziesięciu pozycji kosztorysu ofertowego.

Odwołujący udzielił stosownych wyjaśnień w żądanym zakresie, dołączając oferty cenowe swoich dostawców. Wyjaśnił również, iż przekazane przedmiary miały wyłącznie charakter pomocniczy do sporządzenia oferty. A podana cena nie odbiega znacząco od innych ofert.

Zamawiający zwracał się do Ambasady Hiszpańskiej pismem z dnia 9.11.2010 r. w sprawie oceny kwestionowanych dokumentów. Otrzymał opracowanie firmy Garriguez Polska i Pablo Olabbarri Gortazar sp. komandytowa, dotyczące „dokumentów wymaganych od wykonawcy hiszpańskiego w procedurze zamówień publicznych w Polsce.” Pismem z dnia 10.11.2010 r. prosił o potwierdzenie przez Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. - Santander Branch (Spain) danych zawartych w zaświadczeniu z dnia 11.10.2010 r. Na wymienione pismo nie otrzymał odpowiedzi.

Załączony przez wykonawcę do oferty dokument odpowiednika ZUS, jak wynika z jego treści, został podpisany na mocy upoważnienia nr 54494 z dnia 20/06/2002 r. udzielonego spółce GEOPLANK S.A. przez osobę w nim umocowaną tj. Panią Nurię Perez B..

W aktualnym odpisie z właściwego rejestru na str. 71 (tłumaczenie na str. 74) widnieje zapis,

iż firma Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. została założona w wyniku podziału przez wydzielenie ze Spółki GEOPLANK S.A. na mocy aktu notarialnego sporządzonego 27 listopada 2006 r.

W piśmie z dnia 13 grudnia 2010 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. w Kielcach oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Zamawiający stwierdził, iż zaświadczenie banku potwierdza „płynność finansową” co nie jest równoważne „posiadaniu środków” lub „zdolności kredytowej.” Oświadczył, iż przedłożony dokument nie potwierdza posiadania środków lub zdolności kredytowej, jak wymaga tego § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia (w sprawie rodzaju dokumentów), w wysokości wskazanej przez zamawiającego w specyfikacji. Uznał, że wykonawca nie wykazał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uznał także, że złożony dokument generowany automatycznie przez portal internetowy Tesoreria General de Seguridad Social, podpisany przez upoważnioną przez ten urząd osobę z firmy ubiegającej się o tą informację, nie może być uznany, gdyż został wygenerowany z systemu na mocy upoważnienia udzielonego innej firmie niż Corelia S.A. Nie odpowiada formie prawnej zaświadczenia – certificado de que de contratista esta al Corriente en el Pago de las cuotas de Seguridad Social. Nie został wydany przez odpowiedni miejscowo hiszpański Urząd Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, po uprzednim złożeniu wniosku na oficjalnym formularzu.

Z treści zaświadczenia hiszpańskiego odpowiednika ZUS o braku zaległości wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, przedstawionego przez firmę Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Hiszpanii w dokumentach oferty w sprawie sygn. KIO 2324 i KIO 2325/10, dopuszczonych z urzędu przez Izbę jako dowód w niniejszej sprawie, wynika iż wymieniony wykonawca, złożył takie samo zaświadczenie uzyskane drogą elektroniczną, potwierdzone zgodnie z autoryzacją wydaną podmiotowi, którego dotyczyły przez wskazaną osobę, opatrzone jej nieczytelnym podpisem. Dokument ten został złożony w formie tłumaczenia z podpisem notarialnie poświadczonym. Co do swej treści nie odbiega od dokumentu złożonego na okoliczność wywiązania się z płatności składek na ubezpieczenie społeczne, przez odwołującego.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w związku z wykluczeniem z postępowania w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Ponadto wskazał, iż analizował kosztorys ofertowy odwołującego, pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny w oparciu o przeprowadzone porównanie wybranych pozycji kosztorysu ofertowego z kosztorysem inwestorskim oraz dalsze ustalenia na podstawie opinii rzeczoznawcy, odnoszące się

przykładowo do wyceny robót dotyczących instalacji klimatyzacji, instalacji teletechnicznej, instalacji p.poż., w oparciu o co doszedł do przekonania, iż ceny tych pozycji są rażąco niskie, poniżej kosztów wytworzenia, czy zakupu urządzeń. Z wymienionych względów uznał ofertę odwołującego za podlegającą odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 jako zarówno zawierającą rażąco niską cenę, jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jako stanowiącą przejaw nieuczciwej konkurencji.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący był legitymowany do wniesienia odwołania, bowiem został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona mimo, iż była najkorzystniejsza według ustalonego kryterium. Może zatem doznać szkody w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie w wyniku czynności zamawiającego, które uznał za podjęte bezprawnie.

Przepis rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w § 4 ust. 1 stanowi, iż jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP zamiast dokumentów o których mowa w § 2 ust. 1 pkt (...) 4, składa dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie zalega z uiszczaniem (...) składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Natomiast zgodnie z § 4 ust. 3 wymienionego rozporządzenia jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym administracyjnym, albo samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania lub kraju, gdzie wykonawca ma siedzibę. Ustęp 4 § 4 wymienionego rozporządzenia stwarza dla zamawiającego podstawy - w przypadku wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę mającego siedzibę poza terytorium RP, do zwrócenia się do właściwych organów w kraju miejsca siedziby wykonawcy z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji. Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zamawiający może jedynie wtedy wymagać oryginału lub kopii notarialnie poświadczonej, jeżeli dokument jest nieczytelny lub budzi wątpliwości co do jego prawdziwości. Zamawiający przyznał, iż co do formy dokumentów w odniesieniu do zaświadczenia z banku i zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek, wymagał aby były to oryginały lub kopie poświadczone za zgodność przez wykonawcę, a co do wykonawców nie mających siedziby w Polsce, aby dokument był załączony wraz z tłumaczeniem, mogło być to tłumaczenie własne wykonawcy.

Izba uznała, iż do oceny kwestionowanych dokumentów: tak zaświadczenia z Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. - Santander Branch (Spain) z dnia 11.10.2010 r. po jego uzupełnieniu oraz zaświadczenia z urzędu Tesoreria General de Seguridad Social, odpowiednika polskiego ZUS, zastosowanie znajdują przepisy hiszpańskie, jako kraju ich wystawienia. Wynika to z przepisów prawa międzynarodowego oraz cytowanych wyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które statuują równoważność dokumentów wystawionych w kraju siedziby wykonawcy. Zamawiający błędnie utożsamiał ocenę równoważności dokumentów przedstawianych przez wykonawcę zagranicznego dokonywaną w oparciu o przepisy ustawy Pzp, z podstawami do wystawienia określonego dokumentu zagranicą. Oczywistym jest bowiem, że dokumenty sporządzane w Hiszpanii, nie są wydawane na podstawie prawa polskiego.

Ad. I. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 tej ustawy, przez wykluczenie odwołującego z postępowania, z powodu, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w zakresie sytuacji ekonomiczno finansowej, znalazł potwierdzenie w trakcie postępowania dowodowego.

Odwołujący złożył zaświadczenie z dnia 11 października 2010 r, w dokumentach oferty i ponownie na wezwanie - stwierdzając, iż przekazuje „kopię dokumentu stanowiącego informację banku hiszpańskiego Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. - Santander Branch (Spain) o zdolności płatniczej wykonawcy, opiewającej na 20 milionów polskich złotych, podpisaną przez osobę uprawnioną w imieniu wymienionego banku, Panią E. Miguelez F., której personalia zostały wymienione w treści tego zaświadczenia, a dokument ten ostatecznie podlegał badaniu. Dla oceny prawidłowości wymienionego dokumentu, zdaniem Izby, pozostają bez znaczenia okoliczności, iż został wystawiony w języku angielskim, czy też podaje wysokość kwoty w walucie polskiej. Przepisy w tym zakresie nie zawierają żadnych obostrzeń. Dokument, w sposób dopuszczony w SIWZ, został przetłumaczony na język polski przez wykonawcę, poświadczony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, opiewa na złote polskie, zatem podawanie kursu wymiany na oznaczony dzień składania ofert, było zbędne. Wystarczające i logiczne były wyjaśnienia odwołującego, że wymieniony bank jest bankiem międzynarodowym, nie ma obowiązku wystawiania dokumentów w języku hiszpańskim. Złoty polski jest walutą kraju UE, w związku z czym bank na prośbę wykonawcy, wystawił zaświadczenie w walucie kraju, w którym zaświadczenie miało zostać użyte.

Okoliczność bezsporną stanowi, iż płynność aktywów - liquidity (asset) w doktrynie ekonomii oznacza – możliwość zamiany aktywów na środki pieniężne, zwykle przez sprzedaż według wartości rynkowej. Aby można było mówić o płynności, musi istnieć możliwość przeprowadzenia takiej sprzedaży bez zbędnej zwłoki przy możliwie niskich

kosztach transakcji. Najbardziej płynne są aktywa rynku pieniężnego, ponieważ charakteryzujące się szybkimi i dużymi obrotami, w przeciwieństwie do aktywów takich jak nieruchomości. Czyli inaczej rzecz ujmując, płynność finansowa to zdolność do terminowego regulowania zobowiązań w oznaczonym czasie. Płynność finansowa określana jest przy pomocy wskaźników w relacji aktywów do zobowiązań, np. środków pieniężnych i aktywów pieniężnych do zobowiązań bieżących. Wskaźniki te są podawane w liczbach, natomiast nie są wyrażane w jednostkach pieniężnych w jakiegokolwiek walucie.

Zdolność kredytową na gruncie polskiego prawa definiuje art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), który stanowi, iż przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie.

Podstawowe znaczenie, w ocenie Izby, ma treść omawianego dokumentu. Poświadcza on mianowicie, że przedsiębiorstwo Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. – CORELIA S.A. według kartotek jednostki banku jest naszym klientem. (...) Spółka będąc w dobrej sytuacji ekonomicznej wypełniała na czas wszystkie zobowiązania finansowe oraz posiada środki finansowe do udziału w nowych przedsięwzięciach. Opinią banku jest, że spółka jest wypłacalna i posiada zdolność finansową przekraczającą 20 000 000 zł. (w tłumaczeniu odwołującego). Natomiast w tłumaczeniu zamawiającego, „odwołujący ma wystarczającą płynność do zapłaty 20 000 000 zł. lub wysokiej kwoty.”

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż omawiane zaświadczenie stanowi oświadczenie wiedzy, gdzie posiłkowo stosuje się reguły wykładni oświadczenia woli. Biorąc zatem pod uwagę, iż potwierdzenie płynności finansowej, czy też zdolności finansowej odnosi się do bieżących zdolności płatniczych podmiotu, w oparciu o jego płynne aktywa, zachodziły podstawy do uznania, iż bank potwierdził tym samym posiadanie środków pieniężnych przez odwołującego na wymaganą kwotę 20 000 000 PLN. Zaświadczenie, nie określa bowiem wskaźnika płynności finansowej podmiotu, ale podaje konkretną kwotę 20 000 000 zł. jaką odwołujący dysponował w momencie wystawienia zaświadczenia. Podkreślenia wymaga, iż bank ten nie poprzestał na samym stwierdzeniu posiadania płynności finansowej przez wykonawcę w rozumieniu regulowania jego bieżących zobowiązań, ale podał też kwotę, którą do tej płynności odnosił, tj 20 000 000 zł., co dowodzi, iż w ocenie banku, odwołujący dysponował wymienioną kwotą. Należało zgodzić się z odwołującym, że ze względu na odmienne porządki prawne, nieścisłości terminologiczne używanych pojęć, faktyczne znaczenie terminu użytego przez bank w wymienionym zaświadczeniu, może również oznaczać zdolność kredytową podmiotu w wymienionej kwocie, skoro dawał on pełne zabezpieczenie, poprzez posiadanie aktywów w tej kwocie. Nie mniejsze znaczenie, ma cały kontekst zawarty w zaświadczeniu, potwierdzający dobrą kondycję podmiotu, bieżące regulowanie zobowiązań oraz zdolność do

udziału w realizacji nowych przedsięwzięć. Z przedstawionych względów izba uznała, iż odwołujący w sposób właściwy potwierdził zdolność ekonomiczno finansową do realizacji przedmiotu zamówienia, a jego wykluczenie, z powodu zanegowania przez zamawiającego spełnienia tego warunku, nie znajdowało uzasadnionych podstaw. Ponadto w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, zamawiający nie kwestionował spełnienia przez odwołującego warunku wiarygodności ekonomiczno finansowej i nie wzywał do uzupełnienia zaświadczenia z banku w tym zakresie.

Ad. II. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu, iż wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia – w zakresie niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne, znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy.

Przedstawione tłumaczenie dokumentu z dnia 14.10.2010 r. stanowiącego zaświadczenie o stanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, potwierdza, że Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. nie zalega w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych w opłacaniu składek, których termin spłaty minął, zatem należało uznać je za prawidłowe. Dokument został wystawiony w trybie przepisów rozporządzenia z 3 kwietnia 1995 o wykorzystaniu mediów elektronicznych, informatycznych i telematycznych do rejestracji przedsiębiorstw, nadawania numeru członkowskiego, rejestrowania i wyrejestrowania, naliczania i pobierania składek w zakresie ubezpieczeń społecznych (Dziennik Urzędowy z 7 kwietnia 1995 roku), w oparciu o które przedsiębiorcy z Hiszpanii mogą dokonywać odpowiednich czynności przy wykorzystaniu mediów elektronicznych pod warunkiem uprzedniego dopełnienia stosownych obowiązków. A więc dokument załączony przez odwołującego do oferty, w ocenie Izby, pozostaje równoważny do tego, którego żądał zamawiający w SIWZ. Przesądza o tym art. 4 powołanego rozporządzenia, który stanowi, iż w przypadku konieczności przedstawienia informacji pisemnych w formie papierowej, które mają być skuteczne wobec osób trzecich lub instytucji, a dotyczą czynności załatwianych i dokumentów składanych przy użyciu mediów elektronicznych, informatycznych lub telematycznych, o których mowa w niniejszym rozporządzeniu, osoby upoważnione zezwoleniem do korzystania z tych mediów będą uprawnione również do sporządzania autoryzowanych wydruków i poświadczania pieczęcią i podpisem wydruku uzyskanego z Centralnej Kasy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Przeprowadzony dowód z zaświadczenia hiszpańskiego odpowiednika ZUS o braku zaległości wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, przedstawiony przez firmę Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Hiszpanii w dokumentach oferty w sprawie sygn. KIO 2324/10 i KIO 2325/10, potwierdza, iż w hiszpańskim systemie ubezpieczeń społecznych wyżej wymieniony dokument jest dokumentem standardowym, o

formacie niezależnym od wykonawcy, generowanym automatycznie przez portal internetowy Tesoreria General de Seguridad Social (Kasę Główną Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) przez firmę chcącą powyższe zaświadczenie uzyskać. Następnie, jest podpisywany przez upoważnionego przez Tesoreria General de Seguridad Social (Kasę Główną Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) pracownika firmy ubiegającej się o ww. informację oraz opatrzony jej pieczęcią. Nie stanowi więc jedynie wydruku z zasobu elektronicznego instytucji, ale ponadto jest autoryzowany przez osobę mającą stosowne zezwolenie i przez nią opatrzony podpisem. Jedyną różnicą między tymi dokumentami sprowadzała się do opatrzenia go podpisem notarialnie poświadczonym, czego w niniejszym postępowaniu zamawiający nie wymagał. Załączony przez odwołującego do oferty dokument został podpisany na mocy upoważnienia nr 54494 z dnia 20/06/2002 r. udzielonego spółce GEOPLANK S.A. przez osobę w nim umocowaną tj. Panią Nurię Perez B., w treści przywoływane jest wymienione rozporządzenie z 3 kwietnia 1995 r. Zgodnie z zapisem widniejącym w aktualnym odpisie z właściwego rejestru na str. 71 (tłumaczenie na str. 74 oferty odwołującego), firma Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A. została założona w wyniku podziału przez wydzielenie ze Spółki GEOPLANK S.A. na mocy aktu notarialnego sporządzonego 27 listopada 2006 r, zatem uprawnione jest stanowisko odwołującego, iż jest jej prawnym następcą i nadal może się posługiwać nadanym wcześniej uprawnieniem do autoryzacji dokumentów wydawanych przez wymieniony urząd dla upoważnionego pracownika. Nie stanowi dowodu przeciwnego przedstawione przez zamawiającego opracowanie ogólne firmy Garriguez Polska i Pablo Olabbarri Gortazar sp. komandytowa, dotyczące „dokumentów wymaganych od wykonawcy hiszpańskiego w procedurze zamówień publicznych w Polsce.” Jeżeli nawet możliwe jest uzyskanie zaświadczenia – certificado de que de contratista esta al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social, wydanego przez odpowiedni miejscowo hiszpański Urząd Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, po uprzednim złożeniu wniosku na oficjalnym formularzu, to z dowodów zgromadzonych w sprawie nie wynika, iż jest to jedyny dopuszczalny sposób potwierdzania braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, a wymieniona opinia nie wypowiada się co prawidłowości dokumentu przedstawionego przez odwołującego. Odwołujący złożył wymagane zaświadczenie z dnia 14 października 2010 r. Załączony przez wykonawcę do oferty dokument, nie stanowi jedynie wydruku z zasobu elektronicznego danej instytucji, ale został autoryzowany i podpisany przez osobę w nim wymienioną oraz umocowaną do tej czynności na podstawie stosownego zezwolenia.

Ad. III. Mimo, iż żądanie udzielenia wyjaśnień na temat ceny, zamawiający oparł o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to prosił o udzielenie odpowiedzi na konkretnie zadane pytania w odniesieniu do wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego, w żaden sposób nie nawiązując

do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Interpretację pojęcia „wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” zawiera art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, przy czym nie jest to katalog zamknięty. Kalkulowanie cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy, a zarazem jego obowiązkiem. Wykonawca nie musi w taki sposób wyliczać cen jednostkowych, aby w każdej z tych cen zapewnić rentowność. Istotne jest aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia, pokrywała koszty realizacji usługi budowlanej oraz zapewniała wykonawcy nawet minimalny poziom zysku.

Zamawiający błędnie utożsamiał żądanie wyjaśnień co do poszczególnych pozycji i cen jednostkowych kosztorysu ofertowego, (które mogą dotyczyć treści oferty, w aspekcie jej zgodności z SIWZ, z wyłączeniem sytuacji, gdy w postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe), z wyjaśnieniami w zakresie elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Przykładowo – wykonawcy takich wyjaśnieniach ujmuje: rabaty cenowe udzielane przez stałych dostawców, posiadane zapasy materiałowe nabyte po niższych cenach, innowacyjne rozwiązania projektowe czy techniczne, wydajny sprzęt najnowszej generacji, itp, pozwalające na oszczędność kosztów wykonania zamówienia. Oceniając tego rodzaju wyjaśnienia, bierze się bowiem pod uwagę obiektywnie istniejące czynniki, dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany.

Odwołujący dokładnie odpowiedział na pytania zamawiającego, a treść tych odpowiedzi nie upoważniała, do stawiania zarzutów, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż żądanie wyjaśnień w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, nie stanowi o prawidłowym przeprowadzeniu procedury wyjaśniania ceny oferty w oparciu o wskazania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia lub wykluczenia rażąco niskiej ceny oferty.

Oceniając tylko wybrane pozycje kosztorysu ofertowego, zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Czynność polegająca na uznaniu, że oferta odwołującego zawierała rażąco niską cenę i odrzucenie jej nie znajdowało oparcia w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Należało przyznać rację odwołującemu, iż niewątpliwie punktem odniesienia w tym przypadku jest cena oferty za cały przedmiot zamówienia. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające jedynie co do części oferty ograniczające się do wskazanych

pozycji kosztorysu ofertowego. Oceniając zatem tylko część oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem również art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mówi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. „Choćby nawet sama cena części oferty mogłaby być uznana za rażąco niską to żadną miarą w przyjętym kryterium wagowym, nie czyniła ceny całej oferty rażąco niską. Nie zachodziły zatem przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp,” tak wypowiedział się SO w Częstochowie w wyroku z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05), a nadto SO w Poznaniu w wyroku z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08), stwierdzając, że „Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp” obejmując każdorazowo badanie, czy jest ona realna." Stanowisko takie dominuje w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 03.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 168/09; KIO/UZP 189/09). „Izba podtrzymuje za orzecnictwem (wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1055/08), że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji,” wyrok z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). (...) „W konsekwencji Izba stwierdza, że w pełni podziela dotychczasowe stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecnictwie, iż za cenę rażąco niską może być uznana całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne elementy – składniki (podobnie wyrok KIO z dnia 27.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 878/09 oraz wyrok KIO z dnia 27.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1049/09, sygn. akt: KIO/UZP 1050/09, sygn. akt: KIO/UZP 1051/09, sygn. akt: KIO/UZP 1052/09. „Powyższe jest dodatkowo uzasadnione w wypadku wynagrodzenia ryczałtowego, co ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.” (wyrok z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1594/09).

Izba jest władna rozpatrywać sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, sformułowanych wobec sprecyzowanej czynności zamawiającego. Zatem na marginesie jedynie można dodać, iż właściwymi narzędziami do weryfikacji oferty wykonawcy, której stawia się zarzut rażąco niskiej ceny, są: porównanie tej ceny z przedmiotem zamówienia jako całości, wyceną kosztorysu inwestorskiego, uśrednionych cen ofert wykonawców w danym postępowaniu. Średnich cen rynkowych w bieżącym okresie na porównywalny przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, zamawiający nawet nie miał uzasadnionych podstaw, aby wszcząć procedurę żądania wyjaśnień pod kątem potwierdzenia lub wykluczenia rażąco niskiej ceny oferty. Porównując ceny złożonych ofert, z wyłączeniem najwyższych, kształtują się one na wyrównanym poziomie, zatem można przyjąć, iż stanowi to odzwierciedlenie tendencji rynkowych. Średnio ceny kolejnych ofert, pokazują, iż różnica między nimi nie przekraczała 10%. Świadczy to o działaniu normalnego mechanizmu konkurencji. Z tych

względów za trafne Izba przyjęła spostrzeżenie odwołującego, że najwyraźniej zamawiający w kosztorysie inwestorskim wycenił realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego na poziomie odbiegającym od realiów rynkowych, skoro jego wycena była wyższa niż średnie ceny ofert na poziomie około 20%. Stąd podnoszone naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego z podaniem zarzutu rażąco niskiej ceny, Izba uznała za dowiedzione. Zamawiający naruszył także przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez jego bezpodstawne przywołanie i przyjęcie, iż odwołujący dopuścił się w toku postępowania czynu nieuczciwej konkurencji. W żadnej mierze do takich twierdzeń nie upoważniała zamawiającego przeprowadzona analiza kalkulacji wybranych pozycji cen jednostkowych (w tym w kalkulowanych cen materiałów). Kosztorys miał charakter pomocniczy, a treść oferty stanowiła cena całkowita za przedmiot zamówienia w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego. Nawet jeżeli zamawiający zaznaczył w SIWZ, iż przy pomocy kosztorysu, będzie weryfikował cenę oferty, to nie oznacza, iż mógł pominąć imperatywne wskazania art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, mówiące o ocenie ceny oferty – w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ad. IV Izba w pełni podzieliła stanowisko odwołującego oraz całą argumentację, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Powyższa zasada nie tylko oznacza zakaz różnego traktowania wykonawców ze względu na miejsce zamieszkania, siedzibę wykonawcy czy formę organizacyjno - prawną pod którą wykonawca ubiega się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert, a zamawiający nie czynił żadnych odstępstw i różnic w podejściu do oceny ofert poszczególnych wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych

kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, co oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili wydawania wytycznych do przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane.

Nie może bowiem dochodzić do sytuacji, w której zamawiający w stosunku do jednego z wykonawców stawia wybiórczo pewne wymagania a w stosunku do innych wykonawców nie podejmuje żadnych działań, nawet gdy złożone dokumenty mogą budzić wątpliwości. Tego typu działania wyczerpują znamiona naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba uznała trafność uwag odwołującego, iż oceniając czynności zamawiającego, nasuwa się spostrzeżenie, iż w stosunku do oferty odwołującego przykładał on szczególną dociekliwość, natomiast w stosunku do oceny oferty wybranej – wykonawcy: DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach (co stanowiło przedmiot oceny Izby), nie dochował takiej samej skrupulatności, przy ocenie złożonych referencji. Trafnym przykładem jest także badanie elementów cenotwórczych oferty odwołującego i tylko tej oferty na okoliczność rażącej ceny, a zaniechanie takiego samego badania w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali ceny zbliżone (różnica na poziomie około 5%).

Zamawiający może co oczywiste, przyjąć sposób badania ofert jaki uzna za stosowny, ale musi to czynić zgodnie z przepisami Pzp, warunkami ustalonymi w SIWZ i przy tym jednakowo traktować wykonawców.

Izba uznała za niedopuszczalne zgłaszanie nowych zarzutów przeciwko ofercie odwołującego przez przystępującego, których nie podał zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania oraz odrzucając jego ofertę. Odwołujący zatem mógł jedynie odnieść do zarzutów podanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 13 grudnia 2010 r. o wyniku przetargu.

Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca może bowiem zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, wskazując stronę, do której przystępuje oraz interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Jeżeli przystępujący uważał, że zamawiający wykluczył wprawdzie odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę, ale nie podał wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających, to służyło mu prawo do wniesienia własnego odwołania na zaniechania zamawiającego w tym zakresie. Z tych względów izba pozostawiła bez rozpoznania dodatkowe zarzuty przystępującego wobec oferty odwołującego przedstawione w piśmie o przystąpieniu. Czynności uczestnika postępowania, jak stanowi art. 185 ust. 5 ustawy Pzp nie mogą

pozostawać w sprzeczności ze stanowiskiem strony, do której przystąpił. Zamawiający zaś, nie podnosił zarzutów tej treści, jakie zgłosił przystępujący DORBUD S.A.

Postępowanie dowodowe w sprawie Sygn. akt KIO 2762/10 potwierdziło zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 91 ust.1 ustawy Pzp, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w sprawie o sygnaturze akt Sygn. **akt KIO 2762/10** i orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach w sprawach **sygn. akt: KIO 2745 /10 oraz sygn. akt KIO 2762/10** orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skoro odwołania zostały uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w tych sprawach należało obciążyć zamawiającego.

W sprawie **sygn. akt KIO 2745/10** Izba zasądziła na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. z siedzibą w Jędrzejowie od zamawiającego Starostwa Powiatowego w Kielcach kwotę 20 000,00 zł. tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania. W sprawie **sygn. akt KIO 2762/10** Izba zasądziła na rzecz odwołującego konsorcjum w składzie:1) Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o.o.; 2) Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A.; 3) Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o. od zamawiającego Starostwa Powiatowego w Kielcach kwotę 20 000,00 zł. tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

- na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

