

WYROK

z dnia 24 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez:

**Waldemara Żaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBM
– ŻAK Zakład Instalacyjno – Budowlany
ul. Świerszcza 50, 02-401 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Wojskowy Instytut Medycyny Lotniczej

ul. Krasińskiego 54, 01-755 Warszawa

protestu z dnia 27 czerwca 2008 r., przy udziale przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz

1. Przedsiębiorstwa Budowlanego POLBUD Sp. z o.o.

ul. Żwirki i Wigury 61, 17-100 Bielsk Podlaski,

2. FADBET S.A. ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

**2. kosztami postępowania obciąża Waldemara Żaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBM – ŻAK Zakład Instalacyjno –
– Budowlany ul. Świerszcza 50, 02-401 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Waldemara Żaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBM – ŻAK Zakład Instalacyjno –
– Budowlany ul. Świerszcza 50, 02-401 Warszawa;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 799 zł 50 gr** (słownie: tysiąc siedemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy) przez Waldemara Żaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBM – ŻAK Zakład Instalacyjno – Budowlany ul. Świerszcza 50, 02-401 Warszawa na rzecz Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej ul. Krasińskiego 54, 01-755 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **37 968 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Waldemara Żaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBM – ŻAK Zakład Instalacyjno – Budowlany ul. Świerszcza 50, 02-401 Warszawa.

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *modernizację budynku nr 1 Szpitala – II etap przy ul. Krasińskiego 54/56 w Warszawie*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE 2 kwietnia 2008 r. pod numerem 2008/S 64-086418. Wartość zamówienia wynosi 23.441.000 zł, tj. 6.046.013,77 euro.

Informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez POLBUD Sp. z o.o., Odwołujący otrzymał 20 czerwca 2008 r. Na tę decyzję Zamawiającego Odwołujący złożył protest 27 czerwca 2008 r., który Zamawiający oddalił 4 lipca 2008 r.

9 lipca 2008 r. Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 14 lipca 2008 r.).

Protest dotyczył następujących czynności Zamawiającego: badania i oceny ofert, wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia z postępowania POLBUD Sp. z o.o., co, zdaniem Odwołującego, naruszyło przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 4, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym zażądał powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odstąpienia od wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, wykluczenia z postępowania POLBUD Sp. z o.o. i odrzucenia jej oferty, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ, pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie przesłał on „Wykazu wykonanych robót budowlanych” i odrzucił on jego ofertę na

podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (wykaz ten znajdował się w spisie załączników, natomiast nie został załączony do pisma przewodniego).

Zgodnie z postanowieniem punktu VIII ppkt 2 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia ubiegający się o zamówienie wykonawcy musieli wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. zrealizowany od podstaw jako samodzielny obiekt lub zmodernizowany budynek służby zdrowia służący do celów medycznych takich jak: szpital, zakład opieki zdrowotnej, przychodnia lekarska, instytut medyczny, laboratorium medyczne, sanatorium, uzdrowisko, dom opieki społecznej, zakład rehabilitacji medycznej, o powierzchni co najmniej 1200 m² i wartości minimum 3.000.000 PLN.

Z brzmienia powyższego warunku nie wynika, iż wykonawca musi to zrobić w formie wykazu (tym bardziej, iż przedstawiając jedne roboty budowlane nie może on sporządzić wykazu, który ze swojej istoty powinien dotyczyć wyliczenia więcej niż jednego elementu). Natomiast z przedstawionych referencji dla budynku Centralnej Sterylizacji Oddziału Laryngologicznego, Oddziału Ortopedii i Chirurgii oraz Bloku Operacyjnego o pow. 13.506 m³ i wartości 6.666.573 PLN wynika jednoznacznie, iż powyższy warunek został spełniony. Katalog przesłanek odnoszących się do wykluczenia wykonawców nie uprawnia do wykluczenia wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale wynika to z dokumentów innych niż żądane lub złożonych w odmiennej formie. Nie zaistniały więc przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Natomiast art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak wynika z jego brzmienia, nie ma zastosowania do przetargu nieograniczonego, ponieważ nie ma możliwości, by wykonawca uprzednio wykluczony złożył ofertę ani nie występują „zaproszenia do składania ofert”. Poza tym ofertę taką uznaje się za odrzuconą ex lege.

W stosunku do zarzutu zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty POLBUD Sp. z o.o. Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z punktem XI ppkt 7

specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożone poręczenie lub gwarancja wadium musiały „zawierać w swojej treści zobowiązanie zgodne z art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych”, natomiast w treści gwarancji złożonej przez POLBUD Sp. z o.o. wskazane są następujące okoliczności: „Zobowiązany odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, Zobowiązany nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia / regulaminie przetargu, zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego”. Różnica pomiędzy treścią złożonej gwarancji a treścią, jaką powinna ona zawierać zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter istotny, trzeba zatem uznać, że wykonawca nie wniósł wadium, więc Zamawiający miał obowiązek go wykluczyć zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a taka sytuacja występuje w treści oferty złożonej przez POLBUD Sp. z o.o. ponieważ w następujących pozycjach kosztorysowych występują błędy:

1. gazy medyczne poz. 5 dz. 1 – brak podstawy wyceny, a powinien być wpis KNNR 5 0408 020 020,
2. instalacja ciepła technologicznego dział 1 poz. 42 – 44 brak w podstawie wyceny dodatkowego opisu „jw.”,
3. branża budowlana dział 2 poz. 34 brak w podstawie wyceny słowa „analogia”,
4. branża sanitarna technologia – hydrofornia i zbiorniki wody dział 1 poz. 1 brak w podstawie wyceny dodatkowego opisu „podchloryn sodu”
5. branża sanitarna technologia – hydrofornia i zbiorniki wody dział 1 poz. 2 – nieprawidłowa podstawa wyceny KNR-W 2-15 0108-0800 zamiast KNR-W 2-15 0106-08,

6. branża sanitarna technologia – hydrofornia i zbiorniki wody dział 1 poz. 4 brak w podstawie wyceny dodatkowego opisu „z sieci miej., ze studni ze zb.”,
7. branża sanitarna technologia – hydrofornia i zbiorniki wody dział 1 poz. 5 brak w podstawie wyceny dodatkowego opisu „przelew i spust”,
8. branża sanitarna instalacja w węźle I etap dział 1 poz. 1 w podstawie wyceny brak dodatkowego opisu „węzeł c.o.2, węzeł c.w.1”
9. branża sanitarna instalacja w węźle I etap dział 1 poz. 5 w podstawie wyceny brak części rozwinięcia tej podstawy, tj. opisu „9909-1”,
10. branża sanitarna instalacja w węźle I etap dział 1 poz. 6 w podstawie wyceny brak dodatkowego opisu „układ 1+1”,
11. branża sanitarna instalacja w węźle I etap dział 1 poz. 7 w podstawie wyceny brak dodatkowego opisu „układ 1+1 i stp. istniej.”,
12. branża sanitarna instalacja w węźle I etap dział 1 poz. 33 w podstawie wyceny brak dodatkowego opisu „mal. dwukrotne”.

Przedmiary robót stanowią integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy.

Tak więc Zamawiający w sposób wadliwy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej co oznacza, że jest on zobowiązany do powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych bowiem nie dokonał czynności, których powinien był dokonać i dokonał czynności, których nie powinien był dokonać.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający:

1. podtrzymał swoje stanowisko w sprawie wykluczenia Odwołującego, stwierdzając, iż, jeśli Odwołujący uważał wezwanie do uzupełnienia dokumentów za niesłuszne, powinien był złożyć na tę czynność protest,
2. stwierdził, iż twierdzenie, że Polbud Sp. z o.o. nie wniosła wadium nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym,
3. pomimo wymienionych braków kosztorysu, opis pozycji, jednostka miary, ilość jest zgodna z zapisami przedmiaru, a cena i wartość pozycji jest

również prawidłowa, natomiast brak numeru KNNR i KNR można uznać za błąd pisarski nie mający wpływu na wycenę oferty.

Od powyższego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący złożył odwołanie, w którym powtórzył zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Skład orzekający Izby, na podstawie przedstawionej dokumentacji postępowania oraz oświadczeń uczestników postępowania złożonych podczas rozprawy, ustalił i zważył: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że Odwołujący wykazał swój interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu poszczególnych zarzutów stwierdzić należy co następuje.

Zgodnie z postanowieniem punktu VIII ppkt 2 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia ubiegający się o zamówienie wykonawcy musieli wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. zrealizowany od podstaw jako samodzielny obiekt lub zmodernizowany budynek służby zdrowia służący do celów medycznych takich jak: szpital, zakład opieki zdrowotnej, przychodnia lekarska, instytut medyczny, laboratorium medyczne, sanatorium, uzdrowisko, dom opieki społecznej, zakład rehabilitacji medycznej, o powierzchni co najmniej 1200 m² i wartości minimum 3.000.000 PLN.

Odwołujący do swojej oferty dołączył wykaz robót budowlanych wykonanych wyłącznie przez pana Krzysztofa Głęba prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą REMBUD, w związku z czym 17 czerwca 2008 r. Zamawiający wezwał go do uzupełnienia tego dokumentu (wykazu robót).

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przekazał Zamawiającemu „List referencyjny” wystawiony 18 czerwca 2008 r. przez K.T.S. Elpom S.A. dotyczący modernizacji pawilonu nr I w ramach restrukturyzacji Zespołu Szpitali w Dziekanowie Leśnym wykonywanych przez PBM Żak (w spisie załączników do pisma przewodniego figuruje on jako „Wykaz wykonanych robót”).

Z treści tego listu referencyjnego oraz oświadczenia Odwołującego złożonego podczas rozprawy wynika, iż przedstawione roboty budowlane są w trakcie realizacji, w związku z powyższym warunek postawiony przez Zamawiającego nie został spełniony. Z treści warunku, jak również brzmienia § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) wynika bowiem, iż roboty budowlane wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku posiadanego doświadczenia muszą być wykonane, tj. cały kontrakt musi być zrealizowany, zakończony. Ponieważ dla uznania, iż warunek został spełniony, muszą być spełnione wszystkie jego elementy to, że powierzchnia użytkowa przekracza 1200 m², a wartość już odebranych protokołami częściowymi robót przekracza 3.000.000 złotych, nie jest wystarczające.

Z uwagi na to, iż list referencyjny nie potwierdza spełniania warunku, rozważania, czy sam list referencyjny może takie spełnianie potwierdzić, są bezprzedmiotowe.

Skład orzekający Izby uznał więc, iż Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania.

Zgodnie z postanowieniem punktu XI ppkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „złożone poręczenie lub gwarancja wadialna musi zawierać w swojej treści zobowiązanie zgodne z art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych”, którego treść brzmi następująco: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

W treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez POLBUD Sp. z o.o. wskazane są następujące warunki zapłacenia kwoty gwarancyjnej przez gwaranta: „Zobowiązany odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, Zobowiązany nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia / regulaminie przetargu, zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego”. Treści te różnią się więc tym, iż ominięto słowa „[umowy] w sprawie udzielenia zamówienia publicznego”, zamiast „[zabezpieczenia] wymaganego” dodano „na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia / regulaminie przetargu” oraz „wykonawcę” nazwano „Zobowiązanym”.

Skład orzekający Izby uznał, iż, niezależnie od zmiany nazewnictwa, treść gwarancji odpowiada treści art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ i gwarancja, i ustawa określają te same warunki, w których Zamawiający uprawniony jest do uzyskania sumy gwarancyjnej (wadium). Ustawa Prawo zamówień publicznych posługuje się bowiem właściwym sobie, ogólnym nazewnictwem, natomiast w praktyce powszechnie stosowane jest, iż gwaranci w gwarancjach używają nazewnictwa właściwego umowie gwarancji oraz praktyce bankowo – ubezpieczeniowej, a nie ustawie Prawo zamówień publicznych. Natomiast dla ważności gwarancji nie ma znaczenia, czy Polbud Sp. z o.o. zostanie nazwana „zobowiązanym” czy „wykonawcą”, a umowa umową „w sprawie zamówienia publicznego”, skoro został określony jej przedmiot. To samo odnosi się do słów „regulaminie przetargu” alternatywnych do „specyfikacji istotnych warunków zamówienia” – skoro w przedmiotowym postępowaniu występowała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, która została ujęta w treści gwarancji, nie ma znaczenia, iż gwarant dopuszcza, aby

dokument określający warunki przetargu nazywał się regulaminem przetargu.

Skład orzekający Izby uznał więc, iż Zamawiający słusznie przyjął, iż gwarancja wadialna jest w tym zakresie poprawna.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści kosztorysu z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia skład orzekający Izby podzielił stanowisko Zamawiającego, iż, pomimo wymienionych rozbieżności pomiędzy przedmiarem a kosztorysem treść oferty w znaczeniu „tego, co jest zawarte w czyjejs wypowiedzi; tego, co stanowi istotę, sens czegoś” (za internetowym *Słownikiem języka polskiego PWN*), a także art. 66 § 1 kodeksu cywilnego jest ta sama.

Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie polega bowiem na idealnym przepisaniu specyfikacji lub jej elementów do oferty, lecz zaoferowanie wykonania zamówienia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego – a tym samym – niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest zaoferowanie wykonania zamówienia w sposób inny niż przez Zamawiającego wymagany. W przedmiotowym przypadku nie można uznać, iż Polbud Sp. z o.o. zaoferowała rodzaj, zakres, ilość, sposób wykonania itd. robót inny niż określony przez Zamawiającego, a Odwołujący nie wykazał, że Polbud Sp. z o.o. zastosowała inną podstawę wyceny niż podana przez Zamawiającego. Zamawiający nie miał więc podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania i zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886) uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości połowy kwoty wynikającej z przedstawionej faktury z uwagi na fakt, iż podczas rozprawy rozpatrywane były łącznie dwa odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....