

WYROK

z dnia 19 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Politechnikę Koszalińską ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin

działającą w imieniu własnym i Gminy Miasta Koszalin

protestu z dnia 3 kwietnia 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu oraz czynności informacyjnych związanych z tą modyfikacją, wymaganych przez ustawę Prawo zamówień publicznych,**

2. kosztami postępowania obciąża Politechnikę Koszalińską ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin oraz Gminę Miasto Koszalin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Politechnikę Koszalińską ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin oraz Gminę Miasto Koszalin** na rzecz **ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę hali widowiskowo – sportowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Koszalinie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 marca 2009 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2009/S 55–079196. Tego samego dnia została opublikowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 37.821.771,37 zł, tj. 9.755.170,45 euro.

3 kwietnia 2009 r. Odwołujący złożył protest na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

14 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu protestu, w którym uwzględnił jeden zarzut, pozostałe zaś oddalił.

24 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 28 kwietnia 2009 r.) odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym podtrzymał zarzuty postawione w proteście dotyczące naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, a nie za pomocą cech technicznych i jakościowych,

2. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 22 ust. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i jest niezgodny z obowiązującymi przepisami,

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez żądanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów, które w świetle obowiązujących przepisów nie są dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zróżnicowanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sytuacji wykonawcy i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,

5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania,

6. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w jaki sposób Zamawiający zamierza poprawiać w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

7. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamieszczenie we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień sprzecznych z zasadami współżycia społecznego, a w szczególności postanowień określających warunki zmiany umowy,

8. naruszenie innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

W związku z tym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał następujących czynności:

1. zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dostosowanie zakwestionowanych postanowień do wymogów ustawy i pozostałych obowiązujących w tym zakresie przepisów,

2. jeżeli powyższe zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,

3. przekazania niezwłocznie dokonanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkim wykonawcom, którym przekazano tę specyfikację,

4. zamieszczenia dokonanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, na której jest ona udostępniana,

5. przedłużenia terminu składania ofert i czynności poinformowania o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków

zamówienia oraz na stronie internetowej, na której specyfikacja jest udostępniana.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia uczciwej konkurencji poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia Odwołujący oparł na dopuszczeniu oferowania materiałów i technologii równoważnych jako niewystarczającym i nieprawidłowym. Zgodnie z rozdziałem 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „wszystkie roboty budowlane i montażowe należy wykonać zgodnie z parametrami technologicznymi nie gorszymi niż określone w dokumentacji projektowej. UWAGA: Wszystkie wskazane z nazwy materiały i przyjęte technologie użyte w dokumentacji projektowej należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza to, że Zamawiający dopuszcza składanie w ofertach zamienników dla nazwanych materiałów oraz proponowanej technologii wykonania, wymienionych w powołanej dokumentacji projektowej z zachowaniem jej wymogów w zakresie jakości.”

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wymaganie to odnosi się również do sytuacji, w której zamawiający opisuje poszczególne elementy przedmiotu zamówienia używając znaków towarowych, patentów lub pochodzenia i dopuszczając produkty równoważne. To, jakie produkty równoważne zamawiający dopuszcza, jest bardzo istotne przy sporządzaniu oferty. Możliwość zaproponowania

zamiennika ma duże znaczenie dla ceny oferty (proponowany zamiennik najczęściej jest tańszy), więc zwiększa prawdopodobieństwo zaoferowania najniższej ceny, a tym samym – uzyskania zamówienia. Jednak jednocześnie zaproponowanie produktu nie będącego „równoważnym” może spowodować odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Przy tym często opinia o „równoważności” produktu zależy od indywidualnych oczekiwań zamawiających.

Z tego powodu samo stwierdzenie, iż proponowany materiał ma być „nie gorszy” jest niewystarczające do uznania, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia „uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Dlatego Izba nakazuje modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dodanie wymagań dotyczących równoważności. Jednocześnie Izba wskazuje, iż nie ma sztywnych zasad, w jaki sposób określenie takie powinno być dokonane – nie musi ono nastąpić wyłącznie przez wskazanie konkretnych parametrów (od – do, nie mniej/nie więcej niż... itd.) – w przypadku, gdy, jak twierdzi Zamawiający, samo wskazanie parametrów nie oddaje istoty produktu oryginalnego, Zamawiający może posłużyć się także np. cechami charakterystycznymi, funkcjonalnymi, żywotnością produktu, długością gwarancji, efektem, który wykonawca ma osiągnąć lub innymi ważnymi dla Zamawiającego.

2. W rozdziale 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał również, iż „zastosowane rozwiązania równoważne należy opisać w formie dodatkowego załącznika, wymienić materiał zastępowany, zastępującym i podać jego parametry techniczne nie gorsze niż dla materiału zastępowanego.” Zamawiający nie określił jednak, w którym momencie wykonawcy mają ów załącznik przedstawić – nie wymienił go wśród dokumentów wskazanych w rozdziale 13. „Opis sposobu przygotowania ofert”. Niedołączenie do oferty wymaganego dokumentu może spowodować odrzucenie oferty. W związku z powyższym Zamawiający powinien wyraźnie wskazać, kiedy wykonawcy mają ten dokument przedstawić, a jeśli

w momencie składania ofert – ująć go w rozdziale 13. pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. W rozdziale 5. pkt 4 ppkt a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: wykonawcy „w momencie składania oferty i, w przypadku uzyskania zamówienia wynikającego z niniejszej specyfikacji, dysponować będą w okresie realizacji inwestycji personelem kierowniczym posiadającym uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie po minimum jednej osobie w poniższych specjalnościach:

- konstrukcyjno – budowlanej,
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, urządzeń energetycznych,
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych, kanalizacyjnych,
- drogowej,

należącym do właściwej izby samorządu zawodowego. Zobowiążą się do zatrudnienia kierownika budowy z nie mniej niż trzyletnim doświadczeniem na tym stanowisku.”

Wykonawcy muszą przedstawić „informację o personelu kierowniczym którym dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z udokumentowaniem uprawnień zawodowych i przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego – Zał. Nr 5”.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający powinien zmodyfikować specyfikację istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie, czy dla poszczególnych kierowników wymaga uprawnień bez ograniczeń, czy też z ograniczeniami, a jeśli tak, to w jakim zakresie. Wymagania te powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz zgodne z obowiązującymi w tej dziedzinie przepisami. Sformułowanie istniejące w chwili obecnej może budzić uzasadnione wątpliwości wykonawców na etapie przygotowywania ofert i spory już po złożeniu ofert. Jednocześnie – w odniesieniu do obaw Zamawiającego – warto zwrócić uwagę, iż z punktu widzenia procedury

udzielania zamówień nie ma przeszkód – jest to nawet konieczne – by strony wymieniły wskazaną osobę, która spełniła postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, lecz nie uzyskała akceptacji nadzoru budowlanego.

Izba stwierdziła również, iż z brzmienia przytoczonego warunku nie wynika, że Zamawiający nie wymaga żadnych uprawnień lub przynależności do izby samorządu zawodowego dla kierownika budowy. Nie oznacza także nałożenia obowiązku zatrudnienia kierownika na podstawie umowy o pracę (takie też jest stanowisko Zamawiającego). Zdanie in fine oznacza jedynie dodatkowy warunek, nie wymagany w przypadku pozostałego personelu, iż kierownik budowy musi posiadać min. 3-letnie doświadczenie.

Również to, iż Zamawiający nie wskazał, czy można łączyć stanowisko kierownika budowy z funkcją kierownika robót, zdaniem Izby, należy czytać w ten sposób, iż Zamawiający nie zakazał takiego połączenia (i nie przeszkadza temu wzór informacji o personelu kierowniczym – załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Ponieważ jednak kwestie te zostały wskazane jako budzące wątpliwości i stanowią potencjalne źródło konfliktów na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazane jest zmodyfikowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (Zamawiający mógłby też w tym zakresie udzielić wyjaśnień, ale nie zostały zadane takowe pytania).

Odnośnie spełnienia tego warunku przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, zdaniem Izby jasne jest, iż muszą oni wykazać się spełnianiem tego warunku w sposób taki sam, jak wykonawcy występujący samodzielnie, tj. jednym kierownikiem budowy, jednym kierownikiem robót branży budowlanej, elektrycznej, instalacyjnej i drogowej. Wynika to m.in. z postanowienia rozdziału 6. pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kwestia ta została szerzej omówiona w punkcie 6.

4. W rozdziale 5. pkt 4 ppkt b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy „osiągnęli z tytułu realizacji prac budowlanych, w ciągu ostatnich 3 lat, roczny przychód równy co najmniej kwocie 15 000 000,00 zł, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

– w tym okresie; w przypadku konsorcjum warunek ten musi być spełniony łącznie przez podmioty wchodzące w skład konsorcjum.”

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mają przedstawić „informację o wartości robót wykonawcy, że wykonawca osiągnął z tytułu realizacji prac budowlanych, w ciągu ostatnich 3 lat, roczny obrót równy co najmniej kwocie 15 000 000,00 zł, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – Zał. Nr 4” (rozdział 8. pkt 10. i rozdział 13. pkt 4 lit. a ppkt 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Odwołujący niedopuszczalność warunku wywodzi w niedopuszczalności dokumentu – Zamawiający mógłby żądać tylko sprawozdania finansowego lub jego części, które nie wyodrębniają osobnej pozycji dotyczącej robót budowlanych. Poza tym Zamawiający postawił już inny warunek dotyczący doświadczenia. Natomiast zdaniem Zamawiającego żądanie takiej informacji jest dozwolone, gdyż jest to jedynie oświadczenie wykonawcy, więc nie musi znajdować się na liście dokumentów wymienionych w rozporządzeniu 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, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155).

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Zamawiający ma prawo postawić warunki udziału w postępowaniu składające się z kilku elementów, zwłaszcza gdy są one uzasadnione wartością lub stopniem skomplikowania zamówienia. Zatem to, że Zamawiający sformułował warunek dotyczący „doświadczenie w realizacji inwestycji budowlanych o podobnym poziomie skomplikowania” (rozdział 5. pkt 4 ppkt c specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie oznacza, że nie może on postawić warunku dotyczącego innego elementu doświadczenia albo osiągniętego wyniku finansowego.

Analizując dopuszczalność warunku należy się kierować przede wszystkim dyspozycją art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający nie może określać warunków w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Stawiane warunki powinny być także adekwatne do przedmiotu zamówienia.

W tak sformułowanym przez Zamawiającego warunku Izba nie dopatrzyła się naruszenia żadnej z tych zasad. Zamawiający odniósł się do robót budowlanych, ale to właśnie roboty budowlane są przedmiotem zamówienia. Również wykazanie spełniania tego warunku nie stanowi dla wykonawców nadmiernej uciążliwości. Zatem samo brzmienie warunku jest zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Lista żądanych dokumentów i oświadczeń, jest elementem specyfikacji istotnych warunków zamówienia wtórnym do postawionych warunków i od nich zależnym, ponieważ wymaga się ich w celu wykazania przez wykonawców spełniania postawionych warunków. Tym samym powinny one być one tak dobrane, aby ten cel osiągnąć. Pod tym względem Zamawiający prawidłowo dobrał dokument (pomijając pomyłkę w określeniu „obrót roczny” – „przychód”, którą powinien skorygować) wiedząc, iż na podstawie informacji zawartych w sprawozdaniu (bilans oraz rachunek zysków i strat) nie uzyska jednoznacznych informacji dotyczących wykonanych robót, gdyż sprawozdanie nie wyróżnia robót budowlanych od innych usług. Co prawda wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, więc, zgodnie z art. 26 ust. 1 tej ustawy, Zamawiający powinien od wykonawców żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a nie wyłącznie oświadczeń. Jednak tylko z tego przepisu nie można wywodzić niedopuszczalności spornego warunku, gdyż prowadziłoby to do sytuacji, w której w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych warunek taki byłby dopuszczalny i prawidłowy, natomiast powyżej progów już nie. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują takiego różnicowania.

5. Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 4 ppkt d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy muszą spełniać następujący warunek udziału w postępowaniu: „posiadają środki obrotowe lub zdolność kredytową z uwzględnieniem potrącenia na inne zobowiązania umowne, stanowiącą 15% ceny ofertowej zapewniając tym zdolność do finansowania robót

w trakcie realizacji pomiędzy płatnościami ze strony zamawiającego do wysokości 15% wartości robót.”

Odwołujący zakwestionował 3 elementy tego warunku: określenie „środków obrotowych”, konieczność uwzględnienia w informacji z banku lub SKOK potrącenia na inne zobowiązania umowne oraz określenie wysokości środków na 15% ceny ofertowej, a nie konkretnej kwoty.

Zarzut dotyczący sformułowania warunku poprzez odniesienie się do 15% ceny nie został podniesiony w proteście, zatem, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może zostać rozpatrzony przez Izbę.

Izba wskazuje, iż Zamawiający powinien wykreślić z treści warunku słowa „z uwzględnieniem potrącenia na inne zobowiązania umowne”. Jeśli bowiem oznaczają one zwykłe czynności banku podejmowane przy wystawianiu takiej informacji, są one zbędne, a budzą wątpliwości co do treści informacji, którą należy przedstawić. Określenie „środków obrotowych”, jak stwierdził Zamawiający, zostało użyte omyłkowo i oznacza „środki finansowe” – zatem powinno zostać skorygowane przy okazji zmiany warunku.

Kwestie te Zamawiający mógłby również wyjaśnić w sposób przewidziany w art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak, w braku odpowiedniego zapytania, powinien zastosować modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

6. W rozdziale 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu przygotowania oferty” Zamawiający zawarł kwestionowane postanowienie: „W przypadku oferty składanej przez konsorcjum, Zamawiający, dokonując oceny, czy konsorcjum spełnia wymagania określone w SIWZ, uwzględni uprawnienia, posiadaną wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, personel oraz sytuację ekonomiczną i finansową członków konsorcjum. W związku z powyższym, wraz z ofertą członkowie konsorcjum mogą złożyć jeden komplet dokumentów: wykaz zrealizowanych zamówień, informacje o wartości robót budowlanych wykonanych, informacje o sytuacji finansowej za ostatnie 3 lata oraz dowody posiadania kapitału obrotowego (dostęp do linii kredytowej lub innych źródeł

finansowania), informacje o kwalifikacjach i doświadczeniach podstawowego personelu kierowniczego którym dysponują lub będą dysponować podmioty wchodzące w skład konsorcjum w wykonaniu zamówienia. Do oferty powinny zostać załączone dokumenty: aktualny odpis z właściwego rejestru albo zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenia z US, ZUS-u, informacje z Krajowego Rejestru Karnego przygotowane odrębnie w odniesieniu do każdego z członków konsorcjum.”

Podobne postanowienie Zamawiający zawarł w punkcie 4. i 5. rozdziału 6. „Wykonawcy występujący wspólnie”: „4) Wszelkie zawarte w SIWZ warunki i wymagania dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ppkt. 1). [wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia]

5) Podmioty występujące wspólnie muszą złożyć odrębne dla każdego podmiotu dokumenty dotyczące pkt 8 SIWZ ppkt. 1 – 6.”

W rozdziale 8. pkt 1 – 6 Zamawiający wymienił dokumenty takie jak: oświadczenie wykonawcy z art. 22 i 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, odpis z rejestru lub zaświadczenie z ewidencji działalności gospodarczej, urzędu skarbowego i ZUS oraz informacje z KRK.

Zdaniem Izby postanowienie rozdziału 6. pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia można czytać wyłącznie tak, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia pozostałe dokumenty, wymienione w punkcie 7 – 12 rozdziału 8. mogą złożyć wspólnie lub dla jednego z nich. Są to: informacja z banku lub SKOK, wykaz wykonanych inwestycji budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, informacja o rocznym obrocie, informacja o personelu kierowniczym oraz zobowiązania innych wykonawców do udostępnienia osób. Taki sposób żądania dokumentów jest standardowy i uzasadniony sposobem wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Podobnie i łącznie z tym postanowieniem należy czytać postanowienie zawarte w rozdziale 13., jakkolwiek powtórzenie to było zbędne, a określenia dokumentów zostały użyte dość niefortunnie, gdyż ich nazwy nie do końca pokrywają się z nazwami zastosowanymi w rozdziale 8. i 13. pkt 4 lit. a.

Jednak pomimo tego nazwy te dadzą się połączyć z dokumentami wymienionymi w tych rozdziałach. Zatem to postanowienie nie stanowi podstawy do twierdzenia o nierównym traktowaniu wykonawców występujących samodzielnie i wspólnie.

7. W punkcie 17. „Wybór najkorzystniejszej oferty” Zamawiający stwierdził, że „zawiadomienie wykonawcy o wyborze jego oferty będzie jednocześnie zaproszeniem do zawarcia umowy, pod warunkiem wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy i dostarczenia kosztorysu szczegółowego w układzie jak w tabeli elementów rozliczeniowych. Poprzez kosztorys oferent zdefiniuje źródło kosztów składających się na realizację poszczególnych robót budowlanych określonych w dokumentacji projektowej, SIWZ oraz postanowieniach projektu umowy.”

Izba nie ma podstaw, by stwierdzić, iż Zamawiający nie może żądać kosztorysu, nawet w przypadku ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego ani, że nie może go żądać dopiero jako załącznika do umowy. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, iż kosztorys posłuży mu do oceny zaawansowania robót oraz wzajemnych rozliczeń w przypadku rozwiązania umowy przed zakończeniem realizacji robót, zatem jego żądanie nie jest nieuzasadnione.

Jednak Izba zwraca uwagę, że, jak wynika z art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, który mówi o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zasad badania ofert, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający może wymagać tylko dopełnienia „formalności”. Natomiast Zamawiający nie może przenieść na ten moment etapu badania ofert.

8. Wymagania dotyczące koniecznych elementów treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały zawarte w art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wśród wymagań tych nie ma konieczności opisanego sposobu poprawiania omyłek rachunkowych. Zatem nie można czynić Zamawiającemu zarzutu nielegalności jego działań w tym zakresie. Co

prawda pojawiają się postulaty wprowadzania takich postanowień do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak są to jedynie sugestie, a ich celowość jest kwestionowana przez przeciwników takich zapisów – nie bez przyczyny sztywne i z góry ustalone zasady poprawiania omyłek zostały usunięte z ustawy Prawo zamówień publicznych na rzecz opcji ich poprawienia w sposób racjonalnie i arytmetycznie wynikający z konkretnej zaistniałej sytuacji.

Przykład dotyczący poprawienia sprzeczności pomiędzy ceną podaną liczbą i słownie pojawił się dopiero w rozstrzygnięciu protestu jako odpowiedź na „pytanie” zawarte w proteście, więc nie był objęty jego zarzutami, zatem nie może zostać rozpatrzony przez Izbę.

9. Odnośnie postanowień ogólnych warunków umowy – Izba nie dopatrzyła się naruszenia zasad współzycia społecznego ani przepisów prawa stwierdzając, co następuje.

Strony mogą kształtować postanowienia umowy w sposób odpowiadający ich wymaganiom. W przypadku zamówienia publicznego to zamawiający określa wymagania w stosunku do wykonawców i za realizację tych wymagań płaci wynagrodzenie, które ustala wykonawca. Takim wymaganiem jest również punkt 2.5.2. ogólnych warunków umowy i powinien być traktowany jako część usługi świadczonej Zamawiającemu przez wykonawcę.

W punkcie 4.13.2. istotnych postanowień umowy Zamawiający zawarł postanowienie, iż wykonawca za odstąpienie od umowy z przyczyn od niego zależnych, zapłaci karę umowną w wysokości 10% ceny umownej. Natomiast w punkcie 3.5.2. istotnych postanowień umownych Zamawiający przewidział tylko 5% kary. Jednak należy zwrócić uwagę, iż wykonawcy od Zamawiającego należą się także odsetki, jeśli naruszenie umowy nastąpi przez opóźnienie w płatnościach – a takie jest główne świadczenie Zamawiającego. Poza tym Zamawiający przewidział karę za odstąpienie od umowy w przypadku określonym w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych, jakkolwiek ustawa Prawo zamówień publicznych takiej sankcji w ogóle nie przewiduje, zatem, niezależnie od wysokości kary umownej,

Zamawiający wprowadził do umowy postanowienie korzystne dla wykonawców.

Pkt 4.13.3. ogólnych warunków umowy Odwołujący powinien czytać łącznie z pozostałymi postanowieniami punktu 4.13. dotyczącego kar umownych, który to punkt w całości dotyczy kar umownych płaconych przez wykonawcę. Zamawiający zawarł identyczne postanowienie odnoszące się do wykonawcy w punkcie 3.5.3. ogólnych warunków umowy.

Istotą zawarcia umowy, jak i jej zmiany jest wspólna wola obu stron i musi ona zaistnieć niezależnie od stwierdzenia zawartego w punkcie 9.1.1. ogólnych warunków umowy „za zgodą Zamawiającego” – nie oznacza ono jeszcze, iż zmiana ta może nastąpić bez zgody wykonawcy. Poza tym w punkcie 9.1.4. stwierdzono wyraźnie, iż „wszystkie zmiany umowy dokonywane są w formie pisemnej i muszą być podpisane przez upoważnionych przedstawicieli obu stron”. Zatem ten fragment punktu 9.1.1. nie ma żadnego wpływu na realizację umowy i postanowienia tego nie trzeba oceniać pod kątem zgodności z zasadami współżycia społecznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania na podstawie przedstawionego rachunku, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....