

Sygn. akt KIO/ UZP 52/07

**WYROK \***  
**z dnia 11 stycznia 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Kuciak

**Członkowie:** Luiza Łamejko  
Emil Kuriata

**Protokolant:** Joanna Chabasiewicz

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ /rozprawie\* w dniu /~~w dniach~~\* 11 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych SAN-BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane San-Bud Wojciech Pawlik, Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowa Agencja Mieszkaniowa Oddział Regionalny w Zielonej Górze, Zielona Góra, Al. Zjednoczenia 104** protestu /~~protestów~~\* z dnia 28 listopada 2007 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Unieważnia postępowanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Wojskowa Agencja Mieszkaniowa Oddział Regionalny w Zielonej Górze, Zielona Góra, Al. Zjednoczenia 104**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 0gr  
(słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)  
z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych SAN-BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane San-Bud Wojciech Pawlik, Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wojskowa Agencja Mieszkaniowa Oddział Regionalny w Zielonej Górze, Zielona Góra, Al. Zjednoczenia 104** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych SAN-BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane San-Bud Wojciech Pawlik, Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **wpisu**
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: **xxx** ) przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)  
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych SAN-BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane San-Bud Wojciech Pawlik, Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Oddział Regionalny Wojskowej Agencji Mieszkaniowej w Zielonej Górze prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych polegających na wybudowaniu budynku mieszkalnego 18-rodzinnego z funkcją internatową wraz z wyposażeniem w meble i niezbędną infrastrukturę zewnętrzną w Żaganiu przy ul. Orłąt Lwowskich”. Dnia 21 listopada 2007 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo z dnia 20.11.2007 r.). Na tę czynność Zamawiającego, jak i na zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjno – Budowlanego „MILBUD” Sp. z o.o., zwanego dalej „MILBUD” Sp. z o.o., dnia 28 listopada 2007 r. protest złożyło Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych SAN-BUD Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „San-Bud” Wojciech Pawlik, zwane dalej Konsorcjum. W proteście podniesiono zarzuty naruszenia art. 7, art. 8, art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 87, poz. 606), a ponadto art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Konsorcjum, przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu, jak również uniemożliwianie sporządzenia kopii i odpisów protokołu postępowania.

Zasada jawności została naruszona, zdaniem Konsorcjum, w ten sposób, że Zamawiający uniemożliwił wgląd do protokołu postępowania oraz zapoznanie się z treścią ofert, co spowodowało, że zarzuty zostały oparte o dokumentację przedstawioną przez „MILBUD” Sp. z o.o. w innych postępowaniach. Tym samym Zamawiający naruszył również regulacje przepisów wykonawczych dotyczące protokołu postępowania.

Ponadto Konsorcjum zarzuciło, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie dołączono do oferty upoważnienia do jej podpisania (wymóg części XIV pkt 1 ppkt 6 SIWZ), zmieniono treść załącznika nr 1 SIWZ (wymóg części XIV pkt ppkt 3 SIWZ), nie wskazano podwykonawców (wymóg części IX pkt 1 ppkt 9 SIWZ) oraz nie dołączono do oferty wykazu robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (wymóg części IX pkt 1 ppkt 7 SIWZ.).

W opinii Konsorcjum firma „MILBUD” Sp. z o.o. podlega wykluczeniu, bowiem złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Oświadczyła, iż zamówienie wykona własnymi siłami, a wedle wiedzy Konsorcjum, firma

„MILBUD” Sp. z o.o. nie posiada własnej kadry wykonawczej. Podnosi również, że wiedzę tę także posiada Zamawiający.

Konsorcjum wskazuje również, że informacje z KRK oraz polisę ubezpieczeniową podpisała osoba nieuprawniona. Budzi również jego wątpliwości fakt, czy osoba, która podpisała polisę miała prawo do zaciągania zobowiązań finansowych.

We wniesionym proteście Konsorcjum zawarło następujące żądania:

- unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonanie ponownej oceny ofert i wykluczenie firmy MILBUD Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy,
- dokonanie wyboru oferty Konsorcjum.

Firma „MILBUD” Sp. z o.o. pismem z dnia 29 listopada 2007 r. przyłączyła się po stronie Zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Zdaniem Przystępującego nie zostały naruszone przepisy art. 8 i 96 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem Konsorcjum oparło się formułując zarzuty na dokumentach dotyczących firmy „MILBUD” Sp. z o.o., ale złożonych w innych postępowaniach. Zwraca uwagę również na brak regulacji w przepisach, co do terminu udostępnienia protokołu.

Zdaniem Przystępującego, zarzut dotyczący nie dołączenia upoważnienia (modyfikacja załącznika nr 1 do SIWZ - formularza oferty) jest bezzasadny, wymóg dołączenia wykazu robót budowlanych został spełniony, natomiast złożenie oświadczenia w trybie art. 44 ustawy Pzp łączy z obowiązkiem wskazania, którą część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom i stwierdza, że wymóg ten również został spełniony.

Konsorcjum dnia 6 grudnia 2007 r. złożyło „uzupełnienie do protestu”, w którym w zakresie naruszenia art. 89 pkt 2 wskazało brak w ofercie firmy „MILBUD” Sp. z o.o. wykazu pracowników zatrudnionych w wykonawstwie (wymóg zawarty w części IX pkt 1 ppkt 8 SIWZ.).

Zamawiający pismem z dnia 7 grudnia 2007 r. protest oddalił. Zasada jawności nie została naruszona w postępowaniu, gdyż Zamawiający wyznaczył Konsorcjum termin na zapoznanie się z dokumentacją przetargową, a nawet, zgodnie z żądaniem Konsorcjum, zmienił ten termin (skrócił termin).

Zamawiający nie stwierdził niezgodności oferty firmy „MILBUD” Sp. z o.o. z SIWZ, gdyż oferta została podpisana przez jej Prezesa. Natomiast modyfikacja załącznika nr 1 do SIWZ przez dodanie pkt 10 dotyczącego upoważnienia wykonawcy, ma jedynie charakter informacyjny, ważne jest, że oferta zawiera wszystkie elementy, jakich wymagał zamawiający i w tym zakresie nie została zmieniona.

Zamawiający nie dopatrył się również przesłanek do wykluczenia wykonawcy – firmy „MILBUD” Sp. z o.o. z postępowania. Firma „MILBUD” Sp. z o.o. załączyła wykaz pracowników dozoru technicznego zgodnie z wymaganiami części IX pkt 1 ppkt 8 SIWZ i

przedstawiła dokumenty potwierdzające wykonanie robót budowlanych o łącznej pow. użytkowej 800 m<sup>2</sup>.

W odwołaniu wniesionym 12 grudnia 2007 r. Konsorcjum podtrzymało zarzuty dotyczące zasady jawności oraz wyboru oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ (w zakresie braku wykazu robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia oraz braku wykazu pracowników zatrudnionych w wykonawstwie).

Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania, oceny i wyboru ofert.

Skład orzekający Izby na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

W przedmiocie naruszenia art. 8 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarzut jest bezzasadny. Odwołujący się pismem z dnia 27 listopada 2007 r. zwrócił się do Zamawiającego o umożliwienie sporządzenia kopii i odpisów protokołu postępowania wraz z załącznikami i wyznaczenie terminu na wykonanie tych czynności. W odpowiedzi Zamawiający wyznaczył termin na 29 listopada 2007 r. Odwołujący się jednak nie zgodził się na zaproponowany termin i zażądał natychmiastowego udostępnienia dokumentacji przetargowej podnosząc jednocześnie, że w ten sposób Zamawiający chce go pozbawić możliwości wniesienia protestu (upływ terminu 28 listopada 2007 r.) W związku z powyższym Zamawiający wyznaczył nowy termin na dzień 28 listopada 2007 r.

W tym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę unormowanie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 cytowanego rozporządzenia należy stwierdzić, że nie ma regulacji dotyczącej terminu udostępnienia kopii protokołu wraz z załącznikami. W tej sytuacji znajdzie zastosowanie przepis art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2001 Nr 112 poz. 1198 z późn. zm.), gdyż norma kolizyjna zawarta w art. 1 ust. 2 przywołanej ustawy wyłącza stosowanie jej przepisów tylko w sytuacji, w której inna ustawa reguluje ten sam zakres. Skoro więc ustawa Pzp nie określa terminu na udostępnienie protokołu, a Zamawiający udostępnił go wraz z załącznikami, w dniu następnym od złożenia wniosku, to z pewnością wypełnił dyspozycję art. 13 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, tj. udostępnił informację publiczną bez zbędnej zwłoki.

Zarzut dotyczący braku wykazu pracowników zatrudnionych w wykonawstwie nie był przez skład orzekający rozpatrywany, gdyż okazał się zarzutem spóźnionym. Należało go najpóźniej podnieść w proteście, a nie w piśmie „uzupełnienie do protestu” z dnia 6 grudnia 2007 r. Podkreślić bowiem należy, że protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym

powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została doręczona 21 listopada 2007 r. i od tego dnia biegł termin na wniesienie przedmiotowego zarzutu.

Zamawiający w SIWZ określił, że na potwierdzenie warunku posiadania doświadczenia wykonawca zobowiązany jest dostarczyć „wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia objętych klasą 1122 i 1130 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie – wg załącznika nr 2 do SIWZ (...). Zamawiający uzna warunek posiadania doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się wykonaniem robót budowlanych o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>.”

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający winien sformułować warunki udziału w postępowaniu w sposób jasny i precyzyjny oraz nie budzący wątpliwości. Tymczasem postawiony przez Zamawiającego warunek zawiera zwroty nieostre – „roboty budowlane odpowiadające swoją wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”. Dookreślenie tego zwrotu jest bezwzględnie konieczne, gdyż każdy z wykonawców musi mieć wiedzę a co za tym idzie pewność, że dokument który złoży, potwierdzi spełnianie postawionego warunku. Z punktu widzenia Zamawiającego taka konkretyzacja jest również niezbędna, gdyż umożliwia w sposób rzetelny dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i prowadzi w sposób bezsporny do podjęcia decyzji o ewentualnym wykluczeniu wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

W badanym stanie faktycznym Zamawiający tej sytuacji nie zapewnił. Jak wskazuje Odwołujący się budzi wątpliwości, jaką wartość robót należało wskazać, żeby spełnić zakreślony warunek.

Ponadto sam Zamawiający na rozprawie przyznaje, że zapis w tym względzie jest niezręczny, a intencją Zamawiającego była ocena w zakresie powierzchni użytkowej a nie wartości zamówienia.

W tym stanie rzeczy nie jest możliwe dokonanie prawidłowej i rzetelnej oceny ofert, a co za tym idzie, wybranie oferty najkorzystniejszej. Okoliczność powyższa stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*