

Sygn. akt: KIO/UZP 968/09,

KIO/UZP 976/09

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

**Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 sierpnia 2009r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **24 lipca 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., „VECTRA” S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno (sprawa o sygn. akt KIO/UZP 968/09)

B. Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa (sprawa o sygn. akt KIO/UZP 976/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, ul. Senatorska 29/31, 00-099 Warszawa** protestów:

A Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., „VECTRA” S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno (sprawa o sygn. akt KIO/UZP 968/09) z dnia 29.06.2009 r.

B Konsorcjum: INSTAL Białystok S.A., ul. E. Orzeszkowej 32, 15-084 Białystok, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „PROMONT” Sp. z o.o., ul. Smocza 21A, 01-034 Warszawa do którego przyłączył się, Mostostal Warszawa S.A., Acciona

Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa (sprawa o sygn. akt KIO/UZP 976/09) z dnia 25.06.2009 r.

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 968/09 oraz wykonawcę **Konsorcjum: INSTAL Białystok S.A., ul. E. Orzeszkowej 32, 15-084 Białystok, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „PROMONT” Sp. z o.o., ul. Smocza 21A, 01-034 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 976/09.

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., „VECTRA” S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno (sprawa o sygn. akt KIO/UZP 968/09), Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa (sprawa o sygn. akt KIO/UZP 976/09)

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., „VECTRA” S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,**
 - B** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx), stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

- A** kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx,
na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx,
 - B** kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx
na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
 - A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 426** zł **00** gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **17 713** zł **00** gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., „VECTRA” S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,**
 - B** kwoty **17 713** zł **00** gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa.**

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

Zamawiający, Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na przebudowę i modernizację budynku Teatru Powszechnego.

W dniu 19.06.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Mostostal Warszawa S. A. i Acciona Infraestructuras S.A. (zwanym dalej „Konsorcjum Mostostal”) oraz odrzuceniu oferty

tańszej od wybranej (jedynym kryterium wyboru ofert była najniższa cena) złożonej przez konsorcjum wykonawców w składzie Instal Białystok S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Promont” Sp. z o.o. (zwanymi dalej „Konsorcjum Instal”) - oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

KIO/UZP 968/09

W dniu 29.06.2009 r. Konsorcjum wykonawców w składzie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POLAQUA" S.A. oraz "VECTRA" S. A. wniosło protest wobec wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Mostostal z postępowania, pomimo że Konsorcjum Mostostal w prawidłowy sposób złożyło dokumenty, z których wynika, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w punkcie 9) rozdziału XVI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: "SIWZ"),
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Mostostal z postępowania, pomimo że Konsorcjum Mostostal wniosło wadium w sposób, który nie pozwala na zaspokojenie się Zamawiającego z gwarancji wadialnej.

W związku z powyższymi okolicznościami wniesiono o powtórzenia czynności badania ofert oraz uznanie, że Konsorcjum Mostostal podlega wykluczeniu z postępowania i poinformowanie o wynikach badania i oceny ofert zawierających wybór jako najkorzystniejszej oferty Protestującego.

W uzasadnieniu protestu podniesiono:

„(...)

I. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Mostostal pomimo że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w punkcie 9) rozdziału XVI. SIWZ:

Zgodnie z postanowieniami pkt 9) rozdziału XVI. SIWZ:

"O udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać Wykonawcy spełniający warunki:
[...]

8) Wykażą się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub budowie budynku o charakterze użyteczności publicznej** o powierzchni użytkowej co najmniej 4000,00 m²

Uwaga! W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie, ww. warunek musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców występujących wspólnie.

9) Wykażą się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej w obiektach o charakterze użyteczności publicznej** i wartości zamówienia co najmniej 30000000,00 zł brutto (słownie złotych: trzydziestu milionów złotych)***.

Uwaga! W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie, ww. warunek musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców występujących wspólnie.

10) Wykażą się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie: teatru lub kina wielosalowego lub filharmonii lub opery lub sali koncertowej. Uwaga! W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie, ww. warunek musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców występujących wspólnie.

* Za wykonanie zamówienia Zamawiający rozumie takie, których przedmiot umowy został odebrany przez Zamawiającego jako należycie wykonane. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawdziwości przedstawianych danych, które będą wyszczególnione w ofercie.

** Przez budynek użyteczności publicznej Zamawiający rozumie, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późno zm.) -budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury kultu religijnego, oświaty szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, świadczenia usług pocztowych lub telekomunikacyjnych oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, w tym także budynek biurowy i socjalny.

*** W przypadku gdy rozliczenie pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym za wykonane zamówienie zostało dokonane w innej walucie niż w złotych polskich, Zamawiający dokona przeliczenia wartości wykonanych zamówień w innej walucie na złote polskie -na podstawie

średniego kursu złotego w stosunku do walut obcych określonego w Tabeli Kursów Narodowego Banku Polskiego na dzień 06.04.2009r. "

Warunek wykazania się doświadczeniem w wykonaniu zamówień określonego rodzaju został więc wyraźnie podzielony na 3 rodzaje prac:

- a) pkt 8) - przebudowa lub budowa budynku o charakterze użyteczności publicznej,
- b) pkt 9) - wykonanie roboty budowlanej w obiektach o charakterze użyteczności publicznej,
- c) pkt 10) - budowa lub przebudowa: teatru lub kina wielosalowego lub filharmonii lub opery lub sali koncertowej.

Sformułowanie warunku opisanego w pkt 9) wskazuje na konieczność wykazania się pracami wewnątrz obiektu budowlanego, będącego obiektem użyteczności publicznej, a nie wykonaniem nowego obiektu czy też przebudową obiektu już istniejącego. Na powyższe wskazuje wprost sposób opisanego ww. warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie zaś z przepisami art. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zmianami -dalej: "Prawo budowlane"):

"Ilekcroć w ustawie jest mowa o:

1) obiekcie budowlanym - należy przez to rozumieć: a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, b) budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, c) obiekt małej architektury;

2) budynku -należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;

[...]

7) robotach budowlanych -należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego; "

Skoro warunkiem udziału w postępowaniu, określonym w pkt 9) rozdziału XVI. SIWZ, było wykazanie się wykonaniem roboty budowlanej w określonych obiektach, oczywistym jest, że nie chodziło o roboty polegające na budowie nowego obiektu, ale o roboty polegające na

-przebudowie,

-montażu,

-remontcie lub

-rozbiórce obiektu budowlanego.

Przy czym, pod pojęciem przebudowy art. 3 pkt 7a) Prawa budowlanego nakazuje rozumieć: "wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem

charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;"

Remont natomiast, to "wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym;" (art. 3 pkt 8) Prawa budowlanego)

Jak z powyższych definicji wynika zamawiający wyraźnie podzielił warunki udziału w postępowaniu na te, które dotyczyły przebudowy lub budowy określonego obiektu budowlanego od tych, które dotyczyły wykonania robót budowlanych w obiektach o określonych cechach.

W opisie warunku dotyczącym wykonania prac w określonych obiektach nie chodziło więc o wykonanie budowy nowego obiektu, ale o wykonanie tylko i wyłącznie samej przebudowy lub remontu, ewentualnie montażu lub rozbiórki obiektu budowlanego o charakterze użyteczności publicznej, których wartość zamówienia wynosiła co najmniej 30 000 000,00 zł brutto.

Powyższe sformułowanie warunku udziału w postępowaniu odpowiada także zakresowi i przedmiotowi prac, które mają być wykonane w ramach zawartej umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Zachodzi więc związek logiczny pomiędzy sformułowaniem warunku a zakresem zadania do wykonania. W opisie zakresu wykonywanych prac, np.: w pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu, wyraźnie wskazuje się, że ich przedmiotem ma być:

"II.1. 5) Krótki opis zamówienia lub zakupu(ów)

Teren objęty inwestycją położony jest na działkach nr: 6 obręb ewidencyjny 3-02-04 i części działki 5/1 obręb 3-02-04 w jednostce ewidencyjnej Praga Południe położonych przy ul. Zielenieckiej i ul. Zamoyskiego m. st. Warszawy. Zakres robót budowlanych zewnętrznych:

- 1) ocieplenie elewacji północnej, wschodniej, południowej i zachodniej oraz ocieplenie "żyłetek" na części elewacji zachodniej;
- 2) wykonanie przeszklonej ściany na profilach stalowo -aluminiowych od strony ul. Zielenieckiej i ul. Zamoyskiego;
- 3) wymiana pokrycia dachowego;
- 4) wymiana obróbek blacharskich, rynien i rur spustowych;
- 5) wymiana stolarki okiennej i drzwiowej zewnętrznej;
- 6) przebudowa rampy wyładowniczej na dziedzińcu wewnętrznym;

- 7) zagospodarowanie terenu w tym: wykonanie nowych nawierzchni parkingów i dróg dojazdowych dla pracowników i widzów teatru, zieleń;
- 8) rozbudowa wejścia głównego z niezależnym wejściem dla Sceny 200 oraz dobudowa niezależnego wejścia dla Sceny IDO z montażem windy zewnętrznej panoramicznej (transport osób niepełnosprawnych) od strony ul. Zielenieckiej;
- 9) budowa pomostu techniczno-wystawowego zewnętrznego, łączącego dwie dobudowane części;
- 10) przebudowa i nadbudowa Sceny 200.

Zakres robót budowlanych wewnętrznych:

- 1) wykonanie instalacji wentylacji mechanicznej i klimatyzacji ogólnej oraz wentylacji mechanicznej pożarowej dla napowietrzania klatek schodowych;
- 2) wymiana instalacji centralnego ogrzewania i ciepła technologicznego;
- 3) wymiana węzła cieplnego wraz z automatyką i instalacją elektryczną;
- 4) wymiana instalacji wodo-kan. i hydrantowej;
- 5) wymiana i modernizacja instalacji elektrycznych;
- 6) wymiana i modernizacja instalacji teletechnicznych;
- 7) roboty ogólnobudowlane. "

Mając na uwadze opisany wyżej zakres pracy, nie dziwi postawienie przez Zamawiającego warunku wykazania się wykonaniem roboty budowlanej w obiektach o charakterze użyteczności publicznej, a nie wykonaniem określonego obiektu budowlanego. Doświadczenie w wykonywaniu właśnie tego rodzaju prac jest konieczne dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Tym czasem ofercie Konsorcjum Mostostal widnieje wykaz prac polegających na wzniesieniu nowego obiektu budowlanego, a nie wykonywaniu prac w obiekcie już istniejącym.

W wykazie wskazuje się bowiem na następujące doświadczenie Konsorcjum Mostostal:

- a) "North Cate -Centrum Wielofunkcyjne .Bonifraterska" budowa budynku biurowego",
- b) " Budowa szpitala " Hospital del Norte" San Sebastian budowa budynku szpitalnego",
- c) "Nowy Szpital Fuenlabrada budowa 2 budynków: szpitalnego i instalacyjnego",

Zarówno analiza wykazu wykonanych prac jak i załączonych referencji nie może prowadzić do wniosku, że ww. prace spełniają postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wykonania określonych prac w obiekcie już istniejącym.

Powyższe nie może być uznane za spełnienie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż dotyczy wykonania nowych

obiektów budowlanych. Zakres zdobytego doświadczenia podczas wykonywania tych prac jest inny niż zakres doświadczenia zdobytego podczas wykonywania prac polegających na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce istniejącego obiektu budowlanego.

2. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Mostostal pomimo że Konsorcjum Mostostal w nieprawidłowy sposób wniosło wadium.

Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001r., Nr 142, poz. 1591): "Gmina posiada osobowość prawną." Nie ulega więc wątpliwości, że stroną przyszłej umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a na etapie przedmiotowego postępowania Zamawiającym, będzie nie: "Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta", ale: "Miasto Stołeczne Warszawa", działające oczywiście przez swoją jednostkę budżetową -"Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta".

Zgodnie bowiem z załącznikiem nr 1 do Uchwały Nr LVV1519/2005 Rady miasta stołecznego Warszawy z dnia 8 lipca 2005 roku w sprawie statutu jednostki budżetowej m.st. Warszawy pod nazwą Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, zatytułowanym: "STATUT Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta"

[...]

SZRM jest jednostką organizacyjną m.st. Warszawy nie posiadającą osobowości prawnej, prowadzoną w formie jednostki budżetowej."

Zgodnie natomiast z § 5 ww. Statutu: "Do zakresu działania Dyrektora należy w szczególności: [...] składanie w imieniu m.st. Warszawy oświadczeń woli w zakresie praw i zobowiązań majątkowych do wysokości kwot określonych w planach finansowych, na podstawie udzielonego przez Prezydenta m.st. Warszawy pełnomocnictwa."

Wobec powyższego, wskazać należy, że zgodnie z art. 41 pkt I) ustawy PZP:

"Art. 41.I. Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej:

1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego; ... "

Ogłoszenie o zamówieniu, które w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przekazał celem publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot

\.,. Europejskich także zawiera informacje, z których wprost wynika, że Zamawiającym jest "Miasto Stołeczne Warszawa -Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta". W sekcji I ogłoszenia o zamówieniu: "Instytucja zamawiająca" wskazano: "Oficjalna nazwa: Miasto Stołeczne Warszawa -Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta"

Wobec faktu, że Zamawiającym w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych jest Miasto Stołeczne Warszawa, albowiem to gmina, jako osoba prawna, będzie stroną umowy i zapłaci za wykonane prace, a Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta jest jedynie jednostką organizacyjną Zamawiającego, stwierdzić należy, że wadium w przedmiotowym postępowaniu powinno być wniesione nie na Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, ale na Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta.

Tymczasem konsorcjum Mostostal wniosło wadium w formie gwarancji bankowej w której jako beneficjenta wskazano: "Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta ul. Senatorska 29/31 00 - 099 Warszawa."

Ww. wadium jest więc wniesione w sposób, który w razie sporu pomiędzy Zamawiającym (gminą) a Konsorcjum Mostostal o jego wypłatę może być wzięty przez gwaranta pod uwagę jako okoliczność uniemożliwiająca jego wypłatę.

Jednocześnie ani art. 26 ust. 3 ani art. 87 ustawy PZP, nie pozwalają na uzupełnianie wadliwie złożonego dokumentu wadium. Nie jest to bowiem dokument żądany w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego ani nie stanowi on treści ofert. Badanie i ocena ofert winny w tym zakresie nastąpić jedynie w oparciu o złożone w ofercie dokumenty, bez możliwości ich uzupełniania czy wyjaśniania. Powyższe wynika z okoliczności, że art. 26 ust. 4 w ocenie Protestującego także nie znajduje tu zastosowania, gdyż dotyczy tylko: "oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1", a gwarancja wadium do dokumentów tych nie należy. Dodatkowo wskazać należy, że gwarancja wadium zakłada bezwarunkowy obowiązek spełnienia świadczenia przez gwaranta. Oznacza to, że powinna być sporządzona w sposób, który nie może dopuszczać zastrzeżenia warunku, a także wykładni czy interpretacji jej treści. Powyższe potwierdza także aktualne w tym zakresie orzecznictwo Zespołów Arbitrów [wyrok z dnia 21 czerwca 2004 r. (sygn. akt. UZP/ZO/0-876/04)].

Poprawność powyższego potwierdza także orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Szczecinie. Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym: "Art. 2.2 Gmina posiada osobowość prawną.", a więc tylko ten podmiot może zaciągać zobowiązania i występować z roszczeniami w stosunkach cywilnoprawnych, które go dotyczą. W postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 21 czerwca 2006 r. (Sygn. akt I ACz 134/05) wskazuje się m.in. na brak przepisu szczególnego, który przyznawałby Zachodniopomorskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich osobowość prawną. Zatem zdolność sądowa przysługuje wyłącznie Województwu Zachodniopomorskiemu, które posiada osobowość prawną z mocy przepisu art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie wojewódzkim. W tej sytuacji, tylko Województwo może wystąpić z roszczeniem o zapłatę gwarancji do gwaranta a nie jego jednostka organizacyjna.

W sytuacji w której jednostkom organizacyjnym przysługuje zdolność sądowa (niezależnie od zdolności sądowej osób prawnych), mamy do czynienia w stosunkach z zakresu prawa pracy, ale dzieje się jedynie ze względu na podstawę prawną, która zawarta jest w art. 3 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tekst jednolity: Dz.U. z 1998r., Nr 21 poz.94 ze zmianami), który stanowi:

"Art. 3. Pracodawcą jest jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudniają one pracowników. "

W pozostałych stosunkach cywilnoprawnych, do których zaliczyć należy stosunki wynikające z przepisów o zamówieniach publicznych obowiązuje zasada, że zdolność sądową mają osoby prawne, co w przypadku Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta nie pozwala uznać go za podmiot uprawniony do samodzielnego dochodzenia roszczeń z gwarancji wadialnej.

Podobnie wypowiedział się Zespół Arbitrów w orzeczeniu o sygnaturze akt: UZP/ZOIO-648/07 z dnia 6.06.2007r., gdzie stwierdza się: "Z treści ogłoszenia wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiającym w sprawie niniejszej jest Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie. Określenie zamawiającego nastąpiło w oparciu o art. 41 pkt I ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez podanie nazwy i adresu zamawiającego. Z SIWZ wynika, że Zamawiającym jest Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie wraz ze Skarbem państwa - Głównym Urzędem Geodezji i Kartografii w Warszawie jako współzamawiającym. Wymóg podania nazwy i adresu zamawiającego w SIWZ wynika z art. 36 ust. 1 pkt I ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak więc w obu wymienionych wyżej dokumentach, tj. w ogłoszeniu i w SIWZ w różny sposób określono Zamawiającego. Sprzeczności tej na obecnym etapie postępowania nie da się usunąć. Okoliczność tę Zespół Arbitrów, jako skutkującą unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobligowany był wziąć z urzędu. Niewątpliwie bowiem okoliczność ta jest wadą, która nie pozwoli na zawarcie ważnej umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego.

W innym orzeczeniu Zespół Arbitrów stwierdza: "Z kolei nie dokonując czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Jak ustalił Zespół Arbitrów zgodnie z rozdz. VII pkt I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należało wnieść wadium w kwocie 160.000 zł. Jeden z uczestników Konsorcjum -Firma" ROMINES" Sp. z o.o. złożyła "Ubezpieczeniową Gwarancję Zapłaty Wadium" z dnia 4.09.2006r. na kwotę 80.000 zł. Drugi uczestnik Konsorcjum - Stanisław Olesiak złożył gwarancję ubezpieczeniową z dnia 5.09.2006 roku na taką samą kwotę. Wystarczającą okolicznością do stwierdzenia, że Konsorcjum nie wniosło prawidłowego wadium, jest to, że na dokumencie gwarancji wystawionej na zlecenie Stanisława Olesiaka jako beneficjent został wskazany "Zarząd Województwa Śląskiego".

Zarząd jest jedynie organem województwa (por. art. 15 ustawy o samorządzie województwa, Dz. U. z 2001r. Nr 142, poz. 1590). Organ ten nie może być utożsamiany z samym województwem, które ma osobowość prawną (art. 6 ust. 2 ustawy o samorządzie województwa). W związku z tym jedynie Województwo Śląskie mogło być wskazane w dokumencie gwarancji jako jej beneficjent." - orzeczenie o sygnaturze akt: UZP/ZOIO-2599/06 z dnia 13.10.2006r.

Podobnie podnosi się w innym wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 26 kwietnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZOIO-788/05), gdzie m.in. stwierdza się, że w sytuacji gdy środki przeznaczone na realizację zamówienia są ujęte w budżecie miasta, a nie w budżecie Zarządu Budynków Mieszkalnych, to wydatkującym te środki, a więc zamawiającym może być tylko miasto, a nie jego jednostka budżetowa. Powyższa teza potwierdza stanowisko Protestującego, zgodnie z którym Zamawiający jako gmina powinien być wskazany jako beneficjent gwarancji wadialnej. Beneficjentem tym nie może być sarna jednostka organizacyjna gminy, gdyż nie ma ona możliwości samodzielnego dochodzenia roszczenia o zapłatę gwarancji, gdyby gwarant odnowił zapłaty.

Ze względu na powyższe stwierdzić należy, że Konsorcjum Mostostal winno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania ze względu na brak prawidłowo wniesionego wadium."

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 03.07.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podniesiono:

„

W ocenie Zamawiającego zarzuty podniesione w proteście są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum; Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. (zwane dalej Konsorcjum Mostostal) pomimo, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego w pkt. 9 Rozdz. XVI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ) tj.: "Wykażą się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej w obiektach o charakterze o użyteczności publicznej i wartości zamówienia co najmniej 30 000 000,00 zł. brutto (słownie złotych: trzydziestu milionów złotych)" zdaniem Zamawiającego nie znajduje on uzasadnienia zarówno w okolicznościach faktycznych jak i przepisach obowiązujących prawa.

Zamawiający nie może zgodzić się z twierdzeniem Protestującego, że poprzez zawarcie w ww. warunku treści o brzmieniu: "co najmniej jednej roboty budowlanej w obiektach o charakterze użyteczności publicznej" ograniczył krąg potencjalnych Wykonawców tylko do tych, którzy wykazą się doświadczeniem w realizacji robót budowlanych w już istniejącym budynku, a polegających na: „(...) przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego". Zgodnie z ustawą Prawe zamówień publicznych pod pojęciem robót budowlanych, należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ww. ustawy, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Wobec powyższego, Zamawiający formułując przedmiotowy warunek, uwzględnił w nim definicję "robót budowlanych", zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którą przez robotę budowlaną należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Zamawiający, biorąc pod uwagę zarówno specyficzny i złożony charakter przedmiotu zamówienia w ramach, którego należy wykonać różnego rodzaju roboty budowlane (w tym w szczególności przebudowę, rozbudowę, nadbudowę istniejącego obiektu), jak i pojęcie "budowy" zawarte w art. 3 pkt 6 ww. ustawy, sformułował warunek w taki sposób, aby umożliwić udział w przedmiotowym postępowaniu jak najszerszemu kręgowi wykonawców, zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego celem Zamawiającego było zachowanie naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie można zatem zgodzić się z prezentowaną przez Protestującego, zawężającą interpretacją, pojęcia "robót budowlanych", gdyż z przepisu art. 3 pkt 6 ustawy prawo budowlane ex lege wynika, że budowa (w tym wykonanie obiektu budowlanego) mieści się w przedmiotowej definicji robót.

Jednocześnie należy podkreślić, iż zdaniem Zamawiającego treść przedmiotowego warunku jest precyzyjna i jednoznaczna (również dla Protestującego), ponieważ wykazał się on wykonaniem robót polegających na budowie budynków biurowych (odpowiednio budynków: KBP -400, KBP -200), oraz wykonaniem przebudowy i nadbudowy (które to pojęcie mieści się w definicji; budowy w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane) budynku przy ul. Podolskiej 21 w Gd)Tli, a także wykonaniem "pod klucz" budynku biurowego Zarządu PERN "Przyjaźń" S.A. w Płocku -vide część 2 Wykazu wykonanych robót budowlanych (załączonych do oferty Protestującego, str. 72-73) oraz dokumenty tj. referencje (załączone do oferty Protestującego, str. 92 -95). Wobec powyższych okoliczności, niezrozumiałym dla Zamawiającego jest żądanie Protestującego dotyczące: powtórzenia czynności badania ofert, uznania, że Konsorcjum Mostostal podlega wykluczeniu oraz wyboru jako

najkorzystniejszej oferty Protestującego, skoro 2 załączonych do oferty Protestującego ww. dokumentów wynika, że Protestujący w ten sam sposób zinterpretował przedmiotowy warunek jak Konsorcjum Mostostal.

W tych okolicznościach przedmiotowy zarzut Protestującego stanowi nadużycie prawa, bowiem Protestujący próbuje stosować różne kryteria dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wobec własnych dokumentów i dokumentów składanych przez pozostałych Wykonawców.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający zwraca uwagę na kierunek linii orzeczniczej w zakresie interpretowania warunków udziału w postępowaniu, postawionych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, z którego to wynika, iż przy odczytaniu treści warunku nie stosuje się domniemania dotyczącego wyrażonych w nim zamiarów, czy intencji Zamawiającego, a wątpliwości związane z jego treścią wyjaśnia się na korzyść Wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum Mostostal pomimo, że ww. Konsorcjum w nieprawidłowy sposób wniosło wadium, Zamawiający wskazuje, iż:

Po pierwsze należy stwierdzić, że podnoszenie tego zarzutu na obecnym etapie postępowania jest spóźnione, Sposób wnoszenia wadium został określony przez Zamawiającego w Rozdziale XV ust. 2 (w Uwadze) SIWZ. Następnie w trybie udzielania odpowiedzi na pytania Wykonawców, Zamawiający potwierdził, iż wadium wnoszone w formach innych niż w pieniądzu) winno być wystawione na Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta. Zatem kwestionowanie przez Protestującego powyższych zapisów, zgodnie z art. 180 ust. 2 i 3 Ustawy, winno nastąpić w terminie odpowiednio nie późniejszym niż 10 lub 14 dni, od dnia powzięcia przez Protestującego wiadomości o powyższych okolicznościach. SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 06.04.2009 r., natomiast ww. odpowiedź została przekazana wszystkim potencjalnym wykonawcom (w tym Protestującemu) oraz zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 14.05.2009 r. Powyższe oznacza, iż najpóźniej w dniu 29.05.2009 r. upłynął termin na składanie protestów na nieprawidłowość ww. zapisów SIWZ.

Po drugie, niezależnie od powyższej uzasadnionej przesłanki oddalenia protestu w zakresie przedmiotowego zarzutu, nie można także uznać za uprawnione twierdzenia Protestującego, iż Beneficjentem gwarancji nie może być Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, gdyż nie będzie stroną przyszłej umowy na wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Formułując przedmiotowy zarzut Protestujący nie dokonał systemowej wykładni przepisów prawa, mających zastosowanie dla oceny okoliczności dotyczących oznaczenia podmiotu Zamawiającego. Wprawdzie w uzasadnieniu protestu wskazano przepisy ustaw:

o finansach publicznych, o samorządzie gminnym, ustawy o ustroju m.st. Warszawy, ustawy prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego, to nie dokonano właściwej ich wykładni. Protestujący podkreśla jedynie jedną z okoliczności, nie kwestionowaną przez Zamawiającego, iż SZRM jest jednostką budżetową gminy, nie posiadającą osobowości prawnej. Konstatacji tej, Protestujący nie uwzględnia w kontekście pozostałych w/w przepisów prawa. W szczególności wskazać należy, że Protestujący pomija definicję Zamawiającego, zawartą w przepisie art, 2 pkt.12 Ustawy, z której wynika, iż Zamawiającym jest także jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej. Przywołany przepis konstytuuje po stronie jednostek nie posiadających osobowości prawnej, legitymację do występowania w procedurach dotyczących udzielania zamówień publicznych i w tym zakresie przyznaje im możliwość samodzielnego działania. Natomiast Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie, uwzględnił wszystkie, obowiązujące w przedmiotowym zakresie przepisy i określił jako Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa -Stołeczny zarząd Rozbudowy Miasta. Taka decyzja Zamawiającego uwzględnia zarówno fakt, iż ostatecznym podmiotem praw powstających w wykonaniu udzielanego zamówienia jest Miasto (zgodne z kc i ustawą o samorządzie gminnym) jak i okoliczność, iż podmiotem wykonującym obsługę procedury udzielenia zamówienia publicznego (organizatorem przetargu) jest SZRM -budżetowa jednostka organizacyjna Miasta, nieposiadająca osobowości prawnej, wyodrębniona organizacyjnie, finansowo i podatkowo (zgodne z ustawą o finansach publicznych i ustawą Prawo zamówień publicznych). Taki sposób określenia Zamawiającego uwzględnia cały system obowiązującego prawa i w sposób rzeczywisty odzwierciedla relacje pomiędzy Miastem i SZRM..i1.

SZRM jako jednostka sektora finansów publicznych, zobowiązana do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 3 Ustawy oraz art. 138 pkt 5 ustawy o finansach publicznych), zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 30.06.2005 r. o finansach publicznych, jest uprawniona do zaciągania zobowiązań i sfinansowania wydatków do wysokości wynikającej z zatwierdzonego Planu Finansowego Wydatków Inwestycyjnych na dany rok, a w przypadku inwestycji wieloletnich do wysokości, wynikających z Wieloletniego Programu Inwestycyjnego (WPI).Przedmiotowe zamówienie jest realizowane przez SZRM w ramach planu finansowego wydatków inwestycyjnych na 2009 r. i WP!. Z powyższego wynika, że SZRM jest uprawniony do zaciągania zobowiązań na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Uprawnienie do ponoszenia wydatków przez SZRM, co jest oczywiste, stwarza także jego uprawnienie do podejmowania wszelkich czynności, wynikających związanych z dokonywanymi wydatkami, w tym do dochodzenia praw, przysługujących Zamawiającemu w trybach przewidzianych w Ustawie.

Powyższa argumentacja wskazuje, iż określenie SZRM jako Beneficjenta gwarancji bankowej (stanowiącej formę wniesionego wadium) jest uprawnione i Sama gwarancja jest skuteczna, co oznacza, że w przypadku zaistnienia okoliczności w niej wskazanych, nastąpi możliwość jej skutecznego zrealizowania. SZRM jako Zamawiający (organizator przetargu) i posiadający pełnomocnictwo m. st. Warszawy, może być podmiotem dochodzącym praw z gwarancji, ze skutkiem dla m. sto Warszawy. Ewentualna kwota uzyskana z gwarancji będzie stanowiła pierwotnie przychód SZRM, zaewidencjonowany w księgach rachunkowych SZRM zgodnie z ustawą z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (przelany na jego własny, odrębny od Miasta rachunek bankowy), który po dokonaniu stosownych rozliczeń zostanie odprowadzony jako dochód Miasta, stosownie do art. 138 pkt I ustawy o finansach publicznych,

Także przywołane w proteście wyroki nie potwierdzają zasadności przedmiotowego zarzutu, ponieważ okoliczności faktyczne, które stanowiły podstawę ich wydania nie znajdują odniesienia do okoliczności kwestionowanych przez Protestującego w przedmiotowym postępowaniu.”

ODWOŁANIE

W dniu 13.07.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od oddalenia jego protestu.

W odwołaniu podtrzymano wszystkie zarzuty, żądania i argumenty podniesione w proteście.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono dodatkowo:

„[...]”

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w oddaleniu protestu i twierdzeniom Przystępującego zawartym w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu warunek udziału w postępowaniu sformułowany jest precyzyjnie i nie budzi wątpliwości co do jego interpretacji. Nie ma więc konieczności stosowania jakichkolwiek domniemań co do jego znaczenia.

[...]”

W szczególności warunku tego nie spełnia wskazana przez Przystępującego referencja na wykonanie "Budowy szpitala Hospital del Norte" San Sebastian budowy budynku szpitalnego". Bez konieczności dokonywania wykładni tekstu ww. referencji oczywistym jest, że przedmiotem zamówienia publicznego było wykonanie obiektu budowlanego a nie prac w istniejącym już obiekcie. Dziwi więc fakt przywołania w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku rozstrzygnięcia protestu ww. roboty budowlanej. Powyższe nie może być uznane za spełnienie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż dotyczy wykonania nowych obiektów budowlanych. Zakres

zdobytego doświadczenia podczas wykonywania tych prac jest inny niż zakres doświadczenia zdobytego podczas wykonywania prac polegających na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce istniejącego obiektu budowlanego.

[...]

Nie można także przystać na twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego dotyczące sformułowania w wadliwy sposób zasad składania wadium w formie innej niż gotówka. Od dawna w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów jak i Krajowej Izby Odwoławczej utarł się pogląd, że nie jest możliwe aby wadliwe postanowienia SIWZ, w przypadku, gdy nie zostaną oprotestowane obowiązywały. Ponadto, każdy przypadek kwestionowanego sformułowania należy rozpatrywać indywidualnie. Ze względu na powyższe, Odwołujący nie protestował na treść sposobu określenia zasad składania wadium, gdyż na wcześniejszym etapie postępowania nie zamierzał składać wadium w sposób opisany przez Zamawiającego. Skoro z przepisów prawa powszechnie obowiązującego wynika, że Zamawiający nie ma legitymacji do zaspokojenia swoich roszczeń z gwarancji wadialnej złożonej przez Przystępującego, to legitymacja ta z żadnych postanowień SIWZ wynikać nie może.”

KIO/UZP 976/09

W dniu 25.06.2009 r. Konsorcjum Instal wniosło protest wobec odrzucenia jego oferty i wybór najkorzystniejszej oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez odrzucenie oferty protestującego pomimo faktu, że złożył kompletną ofertę i stosowne oświadczenia zgodne z siwz,
2. art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców,
3. art. 91 ust. 1 poprzez wybranie oferty, która nie jest najkorzystniejsza.

W związku z powyższym zażądano unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, przywrócenia protestującego do postępowania oraz ponownej oceny ofert.

W dniu 26.06.2009 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kopię wniesionego protestu i wezwał do przyłączenia się postępowania toczącego się w wyniku jego wniesienia.

PRZYSTĄPIENIE

W dniu 29.06.2009 r. Konsorcjum Mostostal zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 02.03.2009 r. przystępujący przesłał pismo zatytułowane „UZUPEŁNIENIE ARGUMENTACJI DOT. PRZYSTĄPIENIA DO POSTĘPOWANIA TOCZĄCEGO SIĘ W WYNIKU WNIESIENIA PROTESTU”, w którym podniesiono m.in.:

„[...]”

1.

W przedmiotowym przypadku bezsporne jest, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w rozdziale XVII "Oświadczenia lub dokumenty wymagane w ofercie" pkt 5) Zamawiający postawił wymóg złożenia Oświadczenia wykonawcy, iż spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 22 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie w treści ze wzorem stanowiącym Załącznik Nr 2 do Specyfikacji, przy czym, w przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie, wzmiankowane Oświadczenie winni złożyć łącznie Wykonawcy występujący wspólnie.

Względem przywołanego postanowienia SIWZ nie złożono, w stosownym terminie, środków ochrony prawnej, tym samym w obecnym stadium postępowania, zapis ów ma charakter wiążący nie tylko dla Wykonawców ale i dla Zamawiającego. Nie ma również jakichkolwiek możliwości prawnych dokonania modyfikacji SIWZ w rozpatrywanym zakresie.

Na gruncie reguł znaczeniowych języka polskiego przymiotnik "łączny" znaczy tyle, co "powstały z połączenia, tworzący sumę czegoś", z kolei czasownik "połączyć" oznacza "złączyć w całość jakieś elementy" (por. Słownik języka polskiego, dostępny on line na stronie internetowej www.pwn.pl). Zatem "łączne złożenie oświadczenia przez Wykonawców występujących wspólnie" należy rozumieć, jako jedno oświadczenie powstałe z połączenia większej liczby oświadczeń (większa liczba oświadczeń połączona w jedno oświadczenie). Skoro zaś oferty winny być, w przedmiotowym postępowaniu, złożone w formie pisemnej (por. art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), oczywistym jest, że również wzmiankowane jedno wspólne oświadczenie Wykonawców winno być złożone w formie pisemnej.

Należy również nadmienić, iż Protestujący w momencie wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie skorzystał z prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej. Tym samym, w obecnym stadium postępowania skuteczne podważenie czynności wezwania nie jest już możliwe, zaś wszelkie ewentualne zarzuty względem tej czynności są spóźnione.

2.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W przedmiotowym przypadku Protestujący złożył co prawda łączne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jednakże z treści tego oświadczenia nie wynikało, iż potwierdza ono spełnianie warunków nie później niż na dzień w którym upłynął termin składania ofert. Co więcej, data złożenia oświadczenia w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazywała, że oświadczenie odnosi się do momentu znacznie późniejszego, niż na dzień w którym upłynął termin składania ofert. Tym samym, Protestujący nie złożył oświadczenia zgodnego z wymogiem postawionym w powołanym przepisie, co jest równoznaczne z nie złożeniem oświadczenia w ogóle, trzeba bowiem zauważyć, iż ciężar przeprowadzenia dowodu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obciąża wykonawcę, a nie Zamawiającego. Trzeba podkreślić ponadto, iż aby złożyć prawidłowe, zgodne z wymogami postawionymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz w SIWZ oświadczenie, Protestujący wcale nie musiał dokonywać jego "antydatowania". Wystarczyło bowiem, aby w dniu, który został objęty terminem postawionym przez Zamawiającego (czyli już po upływie terminu składania ofert) złożył oświadczenie, iż jeszcze przez upływem terminu składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu. Tymczasem ze złożonego w rzeczywistości oświadczenia nie wynikało, na jaki konkretnie dzień zostały spełnione wzmiankowane warunki, zatem w ustaleniu tego dnia decydujące znaczenie miała data złożenia oświadczenia.

Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w treści Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP 229/09), na który powołuje się Protestujący.

3.

Trzeba również zauważyć, iż jak wynika z poglądów prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie (por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 94/07; por. Granecki P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2009, s. 130), Zamawiający może żądać uzupełnienia dokumentu z tej samej przyczyny tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przeciwnym bowiem razie istniałoby zagrożenie nieustannego przedłużania postępowania, co miałyby oczywisty negatywny wpływ na wydatkowanie środków publicznych oraz godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji.

4.

Złożenie przez Protestującego w ofercie dwóch oświadczeń odrębnych o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nie jest równoznaczne, ze złożeniem jednego, wspólnego oświadczenia. Z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (odpowiednie stosowanie do wykonawców występujących wspólnie, przepisów dotyczących wykonawcy, jako takiego), wynika bowiem, że uczestnicy Konsorcjum składają wspólną ofertę, zaś wymóg spełniania warunków udziału w postępowaniu odnosi się do Konsorcjum jako całości, nie zaś do poszczególnych konsorcjantów.

5.

Odnosząc się do treści samego protestu, należy również nadmienić, że:

1) Art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowił podstawę prawną wykluczenia Protestującego dotyczy nie przeprowadzenia dowodu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu (w przeciwieństwie do art. 24 ust. 1 pkt 10 powołanej ustawy, który dotyczy nie spełniania warunków udziału w postępowaniu). Zatem, twierdzenie protestującego, iż spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu nie ma znaczenia, jako, iż przyczyną wykluczenia nie było stwierdzenie przez Zamawiającego (na podstawie złożonych dokumentów oraz posiadanej wiedzy, w szczególności informacji powszechnie dostępnych), iż Protestujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, lecz nie usunięte (pomimo wezwania Zamawiającego), braki w materiale dowodowym mającym potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu (nie udowodnienie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, zmusza Zamawiającego do przyjęcia, że wykonawca ów warunków nie spełnia).

2) Zamawiający nie twierdził, iż oferta Protestującego jest sprzeczna z ustawą, że treść oferty Protestującego nie odpowiada treści SIWZ, czy też że oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Tym samym twierdzenia zawarte w proteście, które dotyczą tych okoliczności są bezprzedmiotowe.

3) Powołanie się przez Protestującego na art. 65 kodeksu cywilnego, w zakresie badania zgodnego zamiaru stron jest nieuprawnione, gdyż badanie to dotyczy zgodnego zamiaru stron umowy, zaś w przedmiotowym przypadku trwa jeszcze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i żadna umowa w wyniku przeprowadzenia tego postępowania nie została jeszcze zawarta.

4) Powoływanie się w proteście na okoliczność, iż w dokonano wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty z ceną o 2,5 mln zł wyższą aniżeli cena oferty Protestującego jest bezprzedmiotowe. Rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego dotyczą bowiem w równym stopniu wszystkich wykonawców, także tych którzy złożyli oferty z najniższą ceną.

Reasumując Zamawiający był obowiązany dokonać wykluczenia Protestującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 powołanej ustawy. Protestujący bowiem nie złożył wymaganego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zaś wezwanie do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przyniosło wystarczającego rezultatu.

[...]

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 03.07.2009 zamawiający rozstrzygnął protest Konsorcjum Instal uwzględniając go w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazano:

„

Zamawiający na skutek argumentów Protestującego przedstawionych w uzasadnieniu protestu dokonał ponownej, wnikliwej analizy wszelkich okoliczności dotyczących oferty Protestującego w zakresie -oświadczeń składanych na potwierdzenie; spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 ustawy oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 Ustawy, z uwzględnieniem dokumentów złożonych przez Protestującego na wezwanie Zamawiającego.

Rozstrzygając postępowanie, Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego Wykonawcy po uprzednim wykluczeniu Wykonawcy z powodu nie złożenia oświadczenia w zakresie wskazanym powyżej oraz w formie wymaganej przez Zamawiającego, tj. zgodnie z pkt. 1 i 2 Rozdziału XVI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ). Decyzja zamawiającego została podjęta na podstawie przepisów art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 w związku z art. 23 ust. 2 i 3 Ustawy, po dokonaniu ich literalnej wykładni.

Jednakże uwzględniając przyjmowany coraz powszechniej kierunek wykładni przedmiotowych przepisów (z którego wynika, iż nadrzędnym celem przy ocenie ofert winna być analiza ich treści, a nie restrykcyjny formalizm) oraz uwzględniając także istotny cel udzielania zamówień publicznych, jakim jest racjonalne wydatkowanie środków publicznych, Zamawiający uznał, iż w tym kontekście przedłożone przez Protestującego dokumenty spełniają łącznie co do treści wymagania postawione w SIWZ. Wprawdzie oświadczenie Protestującego Konsorcjum złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Zawiera

datę późniejszą, niż data upływu terminu składania ofert, to wobec faktu posiadania przez Zamawiającego dwóch oświadczeń, złożonych osobno przez członków Konsorcjum wraz z ofertą (a także: uwzględniając fakt, iż każde z ww. oświadczeń zostało podpisane przez Pełnomocnika Konsorcjum), z których łącznie wynika spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, to uprawnione jest przyjęcie, że merytoryczne wymagania co do przedmiotowego oświadczenia, określone w SIWZ, zostały spełnione przez Konsorcjum na dzień składania ofert (vide wyrok KIO z dnia 17.01.2008 r. sygn. akt: KIDIUZP 58/07). a jedynie forma dokumentu została dostosowana przez Konsorcjum oświadczeniem złożonym (na skutek wezwania Zamawiającego) z datą 08.06.2009 r. Zamawiający uznaje, że taka interpretacja powyższych oświadczeń jest uprawniona na podstawie przepisu art. 6S § 1 kc nakazującego interpretować oświadczenia woli tak jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zdaniem Zamawiającego wymagania co do formy przedmiotowego oświadczenia składanego przez wykonawców występujących wspólnie należą do sfery "formy oferty", a nie jej treści.

Uwzględniając powyższe, jak również cenę zaoferowaną przez Protestującego za wykonanie zamówienia, która jest ceną niższą niż cena zaoferowana przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana - reasumpcja stanowiska Zamawiającego, co do wykluczenia Protestującego Konsorcjum - jest tym bardziej uzasadniona. Skutkiem ponownego dokonania przez Zamawiającego oprotestowanych czynności postępowania, będzie bowiem dopuszczenie do oceny oferty Protestującego Wykonawcy i jej wybór jako oferty najkorzystniejszej, co umożliwi Zamawiającemu wykonanie zamówienia z jednoczesnym zmniejszeniem zaangażowania publicznych środków finansowych. "

ODWOŁANIE

W dniu 13.07.2009 przystępujący do postępowania protestacyjnego wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu wskazano, iż uwzględnienie protestu Konsorcjum Instal w konsekwencji doprowadzi do unieważnienia czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, przywrócenia Konsorcjum Instal do postępowania i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił, iż zamawiający dokonując powyższych czynności naruszył:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, iż jedni wykonawcy są zobowiązani do przestrzegania postanowień SIWZ w kontekście spełniania warunków udziału w postępowaniu, a inni wykonawcy nie;

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie za prawidłowe oświadczeń, złożonych niezgodnie z żądaniem zamawiającego zawartym w wezwaniu do złożenia dokumentów, a tym samym do uznania, iż przedstawione przez Konsorcjum Instal dokumenty są prawidłowe;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie protestu złożonego przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, czego konsekwencją będzie unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uznanie protestu wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, a w konsekwencji po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

W związku z powyższym wniesiono o unieważnienie czynności uwzględnienia protestu wniesionego przez Konsorcjum Instal, a w konsekwencji utrzymanie w mocy wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podtrzymał wszystkie twierdzenia i argumenty zawarte w piśmie z dnia 02.07.2009 r. oraz w uzasadnieniu odwołania ponadto podniósł:

„[...]”

1.

W przedmiotowym przypadku bezsporne jest, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w rozdziale XVII "Oświadczenia lub dokumenty wymagane w ofercie" w pkt 5) Zamawiający postawił wymóg złożenia cyt. "Oświadczenia wykonawcy, iż spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodne w treści ze wzorem stanowiącym Załącznik Nr 2" do Specyfikacji, przy czym, cyt. "W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie, ww. oświadczenie muszą złożyć łącznie Wykonawcy występujący wspólnie".

Względem przywołanego postanowienia SIWZ Konsorcjum Instal, ani żaden z pozostałych uczestników postępowania nie złożyło, w stosownym terminie środków ochrony prawnej. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wynikającym z doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w obecnym stadium postępowania zapis ów ma charakter wiążący nie tylko dla Wykonawców, ale i dla Zamawiającego. Nie ma również jakichkolwiek możliwości prawnych dokonania modyfikacji SIWZ w rozpatrywanym zakresie.

Na gruncie reguł znaczeniowych języka polskiego przymiotnik "łączny" znaczy tyle, co "powstały z połączenia, tworzący sumę czegoś", z kolei czasownik "połączyć" oznacza "złączyć w całość jakieś elementy" (por. Słownik języka polskiego, dostępny on line na stronie internetowej www.pwn.pl). Zatem łączne złożenie oświadczenia przez Wykonawców występujących wspólnie" należy rozumieć, jako jedno oświadczenie powstałe z połączenia

większej liczby oświadczeń (większa liczba oświadczeń połączona w jedno oświadczenie). Skoro zaś oferty winny być, w przedmiotowym postępowaniu, złożone w formie pisemnej (por. art. 82 ust. 2 ustawy Pzp), oczywistym jest, że również wzmiankowane jedno wspólne oświadczenie Wykonawców winno być złożone w formie pisemnej.

Należy również nadmienić, iż Konsorcjum Instal w momencie wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie skorzystał z prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej. Tym samym, w obecnym stadium postępowania skuteczne podważenie czynności wezwania nie jest już możliwe, zaś wszelkie ewentualne zarzuty względem tej czynności są spóźnione.

2.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W przedmiotowym przypadku Konsorcjum Instal złożyło co prawda łączne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jednakże z treści tego oświadczenia nie wynikało, iż potwierdza ono spełnianie warunków nie później niż na dzień w którym upłynął termin składania ofert. Co więcej, data złożenia oświadczenia w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazywała, że oświadczenie odnosi się do momentu znacznie późniejszego, niż na dzień w którym upłynął termin składania ofert. Tym samym, Konsorcjum Instal nie złożyło oświadczenia zgodnego z wymogiem postawionym w powołanym przepisie, co jest równoznaczne z nie złożeniem oświadczenia w ogóle, trzeba bowiem zauważyć, iż ciężar przeprowadzenia dowodu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obciąża wykonawcę, a nie Zamawiającego. Trzeba podkreślić ponadto, iż aby złożyć prawidłowe, zgodne z wymogami postawionymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz w SIWZ oświadczenie, Protestujący wcale nie musiał dokonywać jego "antydatowania". Wystarczyło bowiem, aby w dniu, który został objęty terminem postawionym przez Zamawiającego (czyli już po upływie terminu składania ofert) złożył oświadczenie, iż jeszcze przez upływem terminu składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu. Tymczasem ze złożonego w rzeczywistości oświadczenia nie wynikało, na jaki konkretnie dzień zostały spełnione wzmiankowane warunki, zatem w ustaleniu tego dnia decydujące znaczenie miała data złożenia oświadczenia.

Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP 229/09), na który powołuje się Protestujący. Nadto, chybiony pozostaje również przytoczony przez Konsorcjum Instal wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP 122/09), z którego wynika, iż cyt. "Przy odczytywaniu treści warunku udziału w postępowaniu nie stosuje się domniemania dotyczącego niewyrażonych w nim zamiarów, czy intencji zamawiającego, a wątpliwości związane z jego treścią wyjaśnia się na korzyść wykonawców", albowiem w SIWZ zamawiający w sposób jednoznaczny określił warunki udziału w postępowaniu i dokumenty, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia ich spełnienia. Tym samym nie można dokonywać interpretacji dokumentów na korzyść wykonawcy, lecz w oparciu o literalne brzmienie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

3.

Trzeba również zauważyć, iż jak wynika z poglądów prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie (por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 94/07; por. P.Granecki: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2009, s. 130), Zamawiający może żądać uzupełnienia dokumentu z tej samej przyczyny tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przeciwnym bowiem razie istniałoby zagrożenie nieustannego przedłużania postępowania, co miałyby oczywisty negatywny wpływ na wydatkowanie środków publicznych oraz godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji. Tym samym okoliczność nieuzupełnienia dokumentów na wezwanie wynikające z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lub też ich uzupełnienia w sposób błędny winna skutkować, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykluczeniem Konsorcjum Instal z przedmiotowego postępowania.

4.

Złożenie przez Protestującego w ofercie dwóch oświadczeń odrębnych o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nie jest równoznaczne, ze złożeniem jednego, wspólnego oświadczenia. Z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (odpowiednie stosowanie do wykonawców występujących wspólnie, przepisów dotyczących wykonawcy, jako takiego), wynika bowiem, że uczestnicy Konsorcjum składają wspólną ofertę, zaś wymóg spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnosi się do Konsorcjum jako całości, nie zaś do poszczególnych konsorcjantów. Tym samym nie znajduje uzasadnienia przedstawiona w proteście Konsorcjum Instal argumentacja, iż złożył dwa odrębne oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zamiast wymaganego przez Zamawiającego jednego łącznego dokumentu, bowiem formularze oświadczeń, stanowiące załączniki do oferty nie pozwalały mu na umieszczenie większej ilości podmiotów niż jeden.

5.

Odnosząc się do treści samego protestu Konsorcjum Instal, należy również nadmienić, że: 1) art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowił podstawę prawną wykluczenia Konsorcjum Instal dotyczy nie przeprowadzenia dowodu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu (w przeciwieństwie do art. 24 ust. 1 pkt 10 powołanej ustawy, który dotyczy nie

spełniania warunków udziału w postępowaniu). Zatem, twierdzenie Konsorcjum Instal, iż spełnia ono wszystkie warunki udziału w postępowaniu nie ma znaczenia, jako, iż przyczyną wykluczenia nie było stwierdzenie przez Zamawiającego (na podstawie złożonych dokumentów oraz posiadanej wiedzy, w szczególności informacji powszechnie dostępnych), iż Konsorcjum Instal nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, lecz nie usunięte (pomimo wezwania Zamawiającego), braki w materiale dowodowym mającym potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu (nie udokumentowanie spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z żądaniem Zamawiającego, zmuszało Zamawiającego do przyjęcia, że wykonawca ów warunków nie spełnia).

2) Zamawiający nie twierdził, iż oferta Konsorcjum Instal jest sprzeczna z ustawą Pzp, że treść oferty Protestującego nie odpowiada treści SIWZ, czy też że oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Tym samym twierdzenia zawarte w proteście, które dotyczyły tych okoliczności były bezprzedmiotowe.

3) Powołanie się przez Konsorcjum Instal na art. 65 kodeksu cywilnego, w zakresie badania zgodnego zamiaru stron jest nieuprawnione, gdyż badanie to dotyczy zgodnego zamiaru stron umowy, zaś w przedmiotowym przypadku trwa jeszcze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i żadna umowa w wyniku przeprowadzenia tego postępowania nie została jeszcze zawarta.

4) Powoływanie się w proteście na okoliczność, iż dokonano wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty z ceną o 2,5 mln zł wyższą aniżeli cena oferty Konsorcjum Instal jest bezprzedmiotowe. Rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego dotyczą bowiem w równym stopniu wszystkich wykonawców, także tych którzy złożyli oferty z najniższą ceną. W przeciwnym razie mogłoby dochodzić do różnego rodzaju nadużyć.

6.

Odnosząc się do treści rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu Konsorcjum Instal, należy również nadmienić, że zadaniem Zamawiającego jest rzetelna i jednakowa wobec wszystkich wykonawców ocena ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przy ocenie Zamawiający winien kierować się przepisami ustawy Pzp, a nie partykularnym interesem Zamawiającego. Celem Zamawiającego wynikającym z przepisów ustawy Pzp nie jest dokonanie wyboru "za wszelką cenę" najtańszej oferty, lecz takiej oferty, która jest zgodna z ustawą Pzp, która nie podlega odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu i jest najkorzystniejsza w oparciu o określone przez Zamawiającego kryteria.

Podsumowanie

Jak wynika z protestu, jego rozstrzygnięcia oraz z przedstawionej powyżej argumentacji, Zamawiający był obowiązany dokonać wykluczenia Konsorcjum Instal na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, z postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 powołanej ustawy. Konsorcjum Instal nie złożyło bowiem wymaganego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zaś wezwanie do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zostało wypełnione zgodnie z jego treścią (art. 26 ust. 3 in fine ustawy Pzp). Konsekwencją dokonania czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania był obowiązek dokonania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Niezrozumiała pozostaje zatem decyzja Zamawiającego, który pierwotnie dokonał czynności wykluczenia Konsorcjum Instal i odrzucenia jego oferty, a następnie niezgodnie z ww. postanowieniami ustawy Pzp i SIWZ uwzględnił protest wykonawcy, w wyniku którego unieważnił czynność odrzucenia jego oferty. Takie działanie narusza podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, jakimi są zasada równości uczciwej konkurencji.

[...]"

Uwzględniając powyższe oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także oświadczenia stron i przystępujących złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obydwaj odwołujący legitymują się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

KIO/UZP 968/09

Odwołanie Konsorcjum POL-AQUA S.A. i VECTRA S.A. jest niezasadne i jako takie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu nr 1 protestu i odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że materialna treść warunków udziału w postępowaniu powinna być w świetle art. 22 ust. 2 ustawy interpretowana i rekonstruowana z uwzględnieniem postulatu jak najszerszego otwierania zamówienia na konkurencję, a nie ograniczania dostępu do wykonania zamówienia.

Wbrew twierdzeniom odwołującego literalna treść warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w pkt 9) rozdziału XVI siwz, wcale jasna i precyzyjna nie jest i jako taka podlega wykładni.

Sformułowanie „Wykażą się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej w obiektach o charakterze użyteczności publicznej i wartości zamówienia co najmniej 30000000,00 zł” wcale nie przesądza, iż wymagane roboty budowlane mają dotyczyć jedynie przebudowy, rozbudowy, montażu lub rozbiórki obiektu już istniejącego. Wręcz przeciwnie – sformułowanie warunku wskazujące jedynie na wykonanie roboty budowlanej w obiekcie, nie dookreślające o jaki typ roboty budowlanej chodzi, jednoznacznie wskazuje na pełny zakres czynności, które mogą być uznane za roboty budowlane, na które zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane składają się **budowa**, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. To sformułowania warunków w punktach 8) i 10) rozdziału XVI siwz zawierają warunki węższe, gdzie ogranicza się wymagane roboty budowlane poprzez wskazanie, iż mogą dotyczyć jedynie budowy lub przebudowy określonych budynków. Punkt 9) takiego ograniczenia i zawężenia zakresowego nie zawiera.

Odwołujący zdaje się przeceniać i nadinterpretować użyte w ww. jednostce redakcyjnej siwz wyrażenie „w obiekcie” jako implikujące tylko określony rodzaj robót budowlanych, których nie można wykonywać na obiektach nowych w trakcie ich budowy. Tymczasem przypisanie temu wyrażeniu dosłownego znaczenia, oznaczałoby, iż odnosi się do robót budowlanych wykonywanych jedynie wewnątrz obiektów i konsekwentnie prowadziłyby do absurdalnej konstatacji, że w zakresie tak sformułowanego warunku mieszczą się jedynie roboty remontowe wykonywane wewnątrz ścian budynku. Nie mieściłyby się natomiast w takim zakresie dopuszczalnych robót: wykonywanie remontu czy przebudowy elewacji budynku, remont dachu, schodów wejściowych czy wymiana zewnętrznych instalacji *etc...* Wskazywałoby to na określoną właściwość („wewnętrzność”) dopuszczanych robót budowlanych, której odwołujący wcale zadaje się nie postulować i nie zakładać – podnoszone przez niego jako spełniające przedmiotowy warunek przebudowy, remonty, a zwłaszcza nadbudowy, *etc...* często robotami wykonywanymi „w obiekcie” wcale nie są. Ponadto podążając za dosłownym znaczeniem pojęć i ich możliwych do sensownego przypisania znaczeń, wskazać należy, iż również budowa nowego obiektu, to wykonywanie szeregu robót budowlanych w obiekcie – w dosłownym znaczeniu tego terminu (np. robót instalacyjno-montażowych, wykończeniowych... *etc.*)

Reasumując stwierdzić należy, iż w tak sformułowanym warunku udziału w postępowaniu (pkt 9 rozdz. XVI siwz) mieszczą się zarówno roboty budowlane wykonywane w trakcie budowy nowych obiektów użyteczności publicznej, jak i remonty czy przebudowy (nadbudowy, rozbiórki... etc.) obiektów już istniejących.

W związku z powyższym nie można uznać, iż Konsorcjum Mostostal nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym związane z powyższym zarzuty naruszenia wskazanych w proteście i odwołaniu przepisów nie znalazły potwierdzenia.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej przez Konsorcjum Mostostal Izba stwierdza, iż oznaczenie jako beneficjenta gwarancji Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, czyli jednostkę budżetową Miasta Stołecznego Warszawy prowadzącą przedmiotowe postępowanie zamiast samego Miasta Stołecznego, nie prowadzi do „nieważności” gwarancji bankowej czy niemożliwości zaspokojenia się zamawiającego z tak wystawionej gwarancji, a tym samym nie jest możliwe uznanie wadium za niewniesione i wykluczenie ww. Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Bank-gwarant wystawiający przedmiotową gwarancję, jak wynika z jej treści zapoznał się okolicznościami jej wystawienia, tzn. znał cel wnoszenia wadium i rodzaj roszczeń, które zabezpiecza. Biorąc pod uwagę restrykcyjne regulacje ustawy Prawo bankowe czy zasady współżycia społecznego i zwyczaje handlowe panujące w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, w sposób nie budzący wątpliwości można przyjąć, iż bank wystawił przedmiotową gwarancję w dobrej wierze, tzn. zobowiązał się do wypłaty kwoty gwarantowanej na pisemne żądanie określonego beneficjenta gwarancji, w przypadku wystąpienia wskazanych w niej okoliczności. Wystawca gwarancji nie będzie miał żadnych podstaw do uchylenia się od zapłaty kwoty gwarantowanej (a domniemanie dobrej wiary pozwala przyjąć, iż znając okoliczności sprawy i rodzaj beneficjenta, bank powyższe akceptował i się z tym godził) na żądanie beneficjenta gwarancji, którego sam w gwarancji wpisał i oznaczył, tylko z tego tytułu, iż oznaczony beneficjent nie ma osobowości prawnej czy zdolności sądowej, pozwalającej mu na samodzielne dochodzenie tego typu roszczeń na drodze sądowej. Natomiast Miasto Stołeczne będzie mogło skutecznie dochodzić roszczeń, również za pośrednictwem właściwie umocowanego kierownika SZRM, wynikających z zobowiązań, których stroną została oznaczona jednostka organizacyjna miasta. Jak już zaznaczono, wskazanie jako beneficjenta gwarancji bankowej podmiotu nie posiadającego osobowości prawnej, ale posiadającego samodzielność organizacyjną i finansową pozwalającą przyjmować środki pieniężne, nie powoduje, iż gwarancja nie będzie mogła

zostać zrealizowana, a gwarant będzie mógł się skutecznie na tej podstawie uchylić od odpowiedzialności z jej tytułu.

Ponadto Izba wskazuje, iż wobec oddalenia odwołania w sprawie KIO/UZP 976/09 czyli ostatecznego rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum Instal pozwalającego zamawiającemu *de facto* zawrzeć umowę z protestującymi wykonawcami, stwierdzenie naruszeń przepisów wskazywanych przez odwołującego nie miałyby wpływu na wynik postępowania (art. 191 ust. 1a Pzp).

KIO/UZP 976/09

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż głównym celem regulacji ustawy jest zabezpieczenie interesów publicznych związanych z racjonalnym i celowym wydatkowaniem środków publicznych, co ma być zagwarantowane przede wszystkim poprzez zachowanie zasady konkurencji i szerokiego dostępu wykonawców do uzyskiwania zamówień publicznych.

Wykonawcy ubiegający się o zamówienia publiczne powinni konkurować przede wszystkim ceną, jakością czy na polu innych wskazanych kryteriów oceny ofert, a nie stopniem formalnej poprawności przygotowania ofert czy potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Regulacje ustawowe poświęcone proceduralnym i materialnym wymogom udzielania i ubiegania się o zamówienia służą przede wszystkim zabezpieczeniu interesu publicznego poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniach jedynie wykonawców wiarygodnych, składających zgodne z przepisami prawa i opisami przedmiotów zamówienia oferty oraz zapewnić wybór ofert najkorzystniejszych.

Wprowadzone w ustawie sposoby potwierdzania i dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu służą również ochronie interesów wykonawców poprzez maksymalne ograniczenie dowolności zamawiającego w stawianiu wymagań w tym przedmiocie i ocenie ich spełniania.

W żadnym razie formalizm ustawy przejawiający się w określeniu sposobu potwierdzania i dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest wartością samą w sobie, ale pełni jedynie rolę służebną dla zapewnienia realizacji zasad opisanych powyżej, a adekwatne przepisy powinny być interpretowane i stosowane z uwzględnieniem nadrzędnych celów ustawy, tj. ochronie i utrzymaniu w postępowaniu ofert prawidłowych, złożonych przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Powyższe nie stoi w żadnej sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Przeciwnie, każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu powinien otrzymać maksymalne gwarancje ochrony jego udziału w postępowaniu, co właśnie najlepiej służy zachowaniu zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 7 ustawy. Nierówne traktowanie wykonawców przejawia się poprzez odmienne oceny takich samych faktów czy wyciąganie różnych następstw takich samych okoliczności związanych z różnymi wykonawcami. Natomiast z pewnością realizacją ww. zasad nie jest „biurokratyczne”, sprzeczne z zasadami ustawy egzekwowanie stosowania przepisów skutkujących wykluczeniem w stosunku do wykonawców rzeczywiście spełniających warunki udziału w postępowaniu, gdy z przedłożonych przez nich oświadczeń i dokumentów wynika potwierdzenie ich spełniania.

Niezależnie od powyższych wywodów o ogólnym charakterze, wskazać należy, iż w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie ma wątpliwości, co do faktu prawidłowego, tj. zgodnego z przepisami ustawy potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przy pomocy złożonego oświadczenia/oświadczeń przez Konsorcjum Instal.

Zgodnie z 44 Pzp wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty. Przepisy ustawy nie określają ani dokładnej treści ani tym bardziej formy czy sposobu złożenia wskazanego oświadczenia. Wystarczy więc, iż z treści oświadczenia wynika, iż dotyczy potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (wcale nie musi stanowić powtórzenia treści art. 22 ust. 1 ustawy), a wypływająca z tej treści deklaracja dotyczy wszystkich wykonawców. Nie jest istotne czy oświadczenie zostało złożone na jednym formularzu przez wykonawców czy przez ich pełnomocnika, czy oddzielnie, w rozbiciu na różne formularze i fragmenty, jeżeli tylko z okoliczności sprawy wynika, iż członkowie konsorcjum w tej czy innej formie oświadczyli, że spełniają warunki udziału w postępowaniu, czego li tylko wymaga od nich ustawa (oprócz zachowania formy pisemnej).

Izba negatywnie ocenia mnożenie komplikacji prawnych bez potrzeby, jakimi skutkowały rozliczne interpretacje przepisów art. 22 ust. 1 i 44 ustawy co do formy i sposobu składania oświadczeń, wynikiem których było przedkładanie przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, na wypadek zabezpieczenia się przed wszystkimi możliwymi następstwami i wymaganiami wyprowadzanymi z ww. przepisów, całych plików oświadczeń – zarówno podpisanych łącznie przez wszystkich członków konsorcjum, jak i złożonych oddzielnie, dodatkowo podpisanych przez pełnomocnika konsorcjum lub jeszcze wyodrębniających okoliczności, o których stanowi art. 22 ust. 1 pkt 4 do oddzielnego „oświadczenia”.

Do oferty ww. Konsorcjum załączono dwa formularze oświadczeń, których treść potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu – każdy oznaczony jako oświadczenie jednego z konsorcjantów oraz podpisany przez osoby uprawnione do reprezentowania danego wykonawcy, jak i każdy podpisany przez pełnomocnika Konsorcjum. W ocenie Izby z całokształtu okoliczności sprawy, sposobu i warunków złożenia oświadczeń pomieszczonych obok siebie w załączeniu do wspólnej oferty składanej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, bezspornie wynika, iż wykonawcy zgodnie z art. 44 Pzp **razem i łącznie**, chociaż na odrębnych formularzach, oświadczyli, iż spełniają warunki udziału stawiane wobec wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Nawet jeżeli przyjąć, iż każdy z wykonawców złożył oświadczenie, iż samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, co zdaje się czynić odwołujący, to tym bardziej spełniają te warunki łącznie, a brak jest dowodów, iż poświadczali w zakresie swojego samodzielnego spełniania warunków nieprawdę. Fakt, iż na potrzeby niniejszego postępowania potwierdzali odrębnymi dokumentami minimalne warunki udziału w rozbiciu na obu członków konsorcjum nie przesądza, iż nie spełniają tych warunków oddzielnie i samodzielnie, a konsorcjum zawiązało oraz wymagane potwierdzanie spełniania warunków udokumentowało w określony sposób z jakichś innych względów. Dokumentacja przedmiotowego postępowania i zawarte w niej fragmentaryczne informacje na temat doświadczenia i potencjału wykonawców, przedstawiane dla potwierdzenia wymagań zamawiającego, nie dowodzi, iż poszczególni wykonawcy nie posiadają np. potencjału czy doświadczenia większego, który w związku ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia nie musieli wykazywać – złożone oświadczenia dotyczą materialnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie tylko doświadczenia jednocześnie potwierdzonego przy pomocy odrębnych dokumentów załączonych do oferty. Żadnych dowodów na nieprawdziwość tak interpretowanych oświadczeń odwołujący nie przedstawił, tzn. nie dowiódł, iż członkowie konsorcjum oddzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

Postanowienia specyfikacji w przedmiocie formy czy sposobu złożenia przedmiotowego oświadczenia pozostają w tym zakresie bez znaczenia. Zamawiający oczywiście, tak jak w przypadku określenia formy oferty, może wskazać formę i sposób złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, niemniej jednak nie ma żadnych uprawnień ani narzędzi aby brak spełnienia wymagań siwz w tym zakresie egzekwować. Ponadto wskazywane wymagania siwz w brzmieniu „W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie, ww. oświadczenie muszą złożyć łącznie Wykonawcy występujący wspólnie” nie przesądza, iż oświadczenie powinno zostać złożone na jednym formularzu, tzn. zostać podpisane w jednym miejscu pod daną treścią przez wszystkich konsorcjantów. Jak słusznie zauważył przystępujący do odwołania po stronie zamawiającego, zamawiający w siwz użył przysłówka „łącznie” odnoszącego się do

czynności, a nie determinującego kształt samego oświadczenia przymiotnika. Łączne złożenie oświadczenia może również nastąpić poprzez podpisanie tej samej treści na różnych dokumentach czy w różnych miejscach, a następnie łączne i wspólne przedstawienie tych oświadczeń adresatowi – cel i skutek „łącznego” złożenia oświadczenia zostanie w takiej sytuacji w pełni osiągnięty.

Również fakt zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczenia nie zmienia okoliczności warunkujących możliwość prawidłowego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 jako podstawy wykluczenia, tj. okoliczności, iż wykonawca wraz z ofertą złożył już wymagane przepisami ustawy oświadczenia. Zastosowanie art. 26 ust. 3 nie zmienia rzeczywistości, nie powoduje jakkolwiek pojętej „ważności” wyobrażeń zamawiającego, co do obiektywnego stanu prawnego i faktycznego udokumentowania potwierdzenia warunków udziału przedstawionego pierwotnie przez wykonawcę. Brak uzupełnienia dokumentów czy oświadczeń na tego typu wezwanie, czy ich nieprawidłowe uzupełnienie nie kreuje samodzielnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanki takie ciągle zawarte są jedynie w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, który jedynie zastrzega, iż sankcja wykluczenia nie może nastąpić bez uprzedniego wezwania, o którym stanowi art. 26 ust. 3. Natomiast nieuprawnione i zbędne wezwanie do uzupełnienia nie zmienia faktu, iż prawidłowe wykluczenie w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy może ciągle nastąpić jedynie wobec braku właściwych oświadczeń lub dokumentów, przede wszystkim nie załączonych do oferty.

Reasumując, wobec zgodnego z ustawą przedstawienia wraz z ofertą oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Konsorcjum Instal nie podlega wykluczeniu z postępowania, a związane z powyższym zarzuty naruszenia przepisów sformułowane w odwołaniu nie znalazły potwierdzenia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 ze 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:

.....

.....