

WYROK
z dnia 5 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Honorata Łopianowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Janusza Łukaszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „IZOLSUSZ” Usługi Ogólno – Budowlane Janusz Łukaszewski, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Specjalistyczny Szpital Ginekologiczno – Położniczy im. E. Biernackiego w Wałbrzychu w trybie przetargu nieograniczonego na „*Remont parteru w Specjalistycznym Szpitalu Ginekologiczno – Położniczym im. E. Biernackiego w Wałbrzychu*”, przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego TWS Grupy Budowlane Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczawnie Zdroju, Tomasza Olszówki prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Maximus” Tomasz Olszówka w Wałbrzychu oraz Doroty Smułkowskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „Widor” Dorota Smułkowska

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Janusza Łukaszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „IZOLSUSZ” Usługi Ogólno – Budowlane Janusz Łukaszewski i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego Firmę Usługowo – Handlową „IZOLSUSZ” Usługi Ogólno – Budowlane Janusz Łukaszewski,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 239 zł 20 gr (dwustu trzydziestu dziewięciu złotych, dwudziestu groszy) przez Odwołującego Janusza Łukaszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „IZOLSUSZ” Usługi Ogólno – Budowlane Janusz Łukaszewski na rzecz Zamawiającego Specjalistycznego Szpitala

Ginekologiczno – Położniczego im. E. Biernackiego w Wałbrzychu, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu.

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

Przewodniczący:

KIO 2770/10 2

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Remont parteru w Specjalistycznym Szpitalu Ginekologiczno – Położniczym im. E. Biernackiego w Wałbrzychu*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 333378 w dniu 15 października 2010r.

Zamawiający w dacie 20 grudnia 2010r. powiadomił wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TWS Grupę Budowlaną Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczawnie Zdroju, Tomasza Olszówkę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Maximus” Tomasz Olszówka w Wałbrzychu oraz Dorotę Smułkowską

prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „Widor” Dorota Smułkowska oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Janusza Łukaszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „IZOLSUSZ” Usługi Ogólno – Budowlane Janusz Łukaszewski.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający podał, iż po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2010r. w spr. KIO/2451/10, w którym uwzględniono odwołanie Odwołującego i wskazano, że Zamawiający nieprawidłowo w ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu pominął oświadczenie firmy „Nurbet” w zakresie udostępnienia swojego potencjału, dokonując ponownej oceny ofert z pominięciem wcześniej wykluczonych tj. ofert Konsorcjum PBS „Dekar” Sp. z o.o. w Wałbrzychu oraz PW „INTELBU” Tadeusz Dyblik w Wałbrzychu, Zamawiający dostrzegł istotne braki w ofercie Odwołującego. Po pierwsze z załączonego do oferty wykazu robót wykonywanych poprzez firmę „Nurbet” w Wałbrzychu nie wynikało, aby wykonała ona roboty określone w SIWZ tj. w ciągu ostatnich 5 lat wykonała co najmniej cztery zadania o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia tj. polegające na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia jako generalny wykonawca. Po drugie z załączonych dokumentów wynikało, że Janusz Łukaszewski nie posiada wymaganego przez SIWZ potencjału ekonomicznego tj. nie wykazał za KIO 2770/10 3

pomocą zaświadczeń bankowych, że posiada środki własne lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż wartość złożonej oferty. Z załączonych do oferty dokumentów wynika, że Janusz Łukaszewski posiada na rachunku w Getin Noble Bank SA 261.073,70 zł, na rachunku w PKO BP SA 300.165,32 zł oraz dostępny kredyt w kwocie 250.000,00 zł przyznany przez BPH SA. Łącznie Janusz Łukaszewski udokumentował w sposób wymagany w siwz potencjał ekonomiczny w kwocie 811239,02 zł gdy tym czasem winien wykazać go w kwocie wynikającej z ceny oferty tj. 1.064.992,12 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Janusz Łukaszewski przy piśmie z dnia 3 grudnia 2010 r. załączył wykaz robót realizowanych przez Firmę „Nurbet” istotnie odbiegający od załączonego do oferty. O ile z wykazu załączonego do oferty wynika, że firma „Nurbet” wykonała roboty ogólnobudowlane na 4 obiektach o profilu szpitalnym należących do „Sanatoria Dolnośląskie” Spółka z o.o. w Sokołowsku o łącznej wartości 1.680.000,00 zł, to z wykazu załączonego do pisma z dnia 13 grudnia 2010 r. wynika, że łączna wartość tych robót wynosi 231.200,00 zł (odpowiednio: 65.500,00 zł, 52.000,00 zł, 49.500,00 zł, 64.200,00 zł). Ponadto Janusz Łukaszewski załączył wykaz robót realizowanych przez siebie w ostatnich 5 latach odbiegający od wykazu załączonego do oferty, nadto co do robót realizowanych na rzecz Teatru Dramatycznego w Wałbrzychu nie załączając referencji.

Janusz Łukaszewski załączył również zaświadczenia bankowe obrazujące jego potencjał ekonomiczny, lecz nie na dzień złożenia ofert tylko na dzień 23 listopada 2010 r.

Zamawiający podał, że powziął od Teatru Dramatycznego w Wałbrzychu informację, że Teatr nie wystawił Januszowi Łukaszewskiemu referencji z powodu nienależytego - wadliwego i nieterminowego - wykonania zamówienia.

W tych okolicznościach Zamawiający wezwał Janusza Łukaszewskiego do złożenia wyjaśnień wyznaczając mu termin na dzień 17 grudnia 2010 r. Janusz Łukaszewski odmówił złożenia wyjaśnień, na co pismem z dnia 16 grudnia 2010 r. Janusz Łukaszewski odmówił złożenia wyjaśnień, Zamawiający zmuszony więc został do podjęcia decyzji w oparciu o złożoną ofertę oraz dokumenty przedłożone później. Zamawiający uznał, że Janusz Łukaszewski nie wykazał aby na dzień złożenia oferty posiadał wymagany przez SIWZ potencjał ekonomiczny (finansowy) oraz odpowiednie doświadczenie. Zamawiający stwierdził też, że przyjmując za odzwierciedlający rzeczywisty zakres i rozmiar robót wykonanych przez firmę „Nurbet” wynikający z załącznika do pisma z dnia 13 grudnia 2010 r. stwierdzono, że Janusz Łukaszewski złożył wraz z ofertą nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik KIO 2770/10 4

prowadzonego postępowania co stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Od tak uzasadnionej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, Odwołujący w dniu 24 grudnia 2010r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania,
- b) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- c) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem Jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentuje, iż w terminie wskazanym przez Zamawiającego, tj. do godz. 12:00 13 grudnia br., przedłożono żądane dokumenty, w szczególności wykaz 4 zadań zrealizowanych przez firmę „NURBET” z podaniem wartości każdego z tych zadań, a także uzupełniono wykaz zadań zrealizowanych przez Odwołującego złożony wraz z ofertą o dwa zakończone zadania o znacznej wartości. Pismem z 14 grudnia br. (przekazanym faksem 15 grudnia) Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do uzupełnienia braków w złożonych dokumentach uznając, że wykaz zadań dot. firmy „NURBET” jest niespójny z wykazem przedłożonym wraz z ofertą (w zakresie wartości robót), więc wezwał Odwołującego do przedłożenia umów tego wykonawcy, na podstawie których zadania te były realizowane, a także do przedłożenia referencji dot. dodatkowo wykazanych zadań zrealizowanych przez Odwołującego. Ponadto wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakujących jego zdaniem dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych w SMZ środków finansowych, obligując zarazem do osobistego stawiennictwa w siedzibie Zamawiającego w wyznaczonym terminie (17 grudnia o godz. 10:00), pod rygorem wykluczenia z postępowania. Odwołujący argumentuje, iż ponieważ obowiązki zawodowe (wyznaczony w tym samym czasie termin odbioru robót) uniemożliwiły Mu osobiste stawiennictwo w wyznaczonym terminie, przedłożył na piśmie obszernie wyjaśnienia, w których odniósł się do wszystkich wątpliwości zgłaszanych przez Zamawiającego (pismo z 16 grudnia br. w załączeniu). W efekcie pismem z 20 grudnia br. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Firmy TWS Grupy Budowlane Sp. z o.o., jako uzasadnienie wykluczenia podając, że po pierwsze - z uzupełnionego wykazu robót wykonywanych przez firmę „NURBET” nie wynika by firma ta wykonała w okresie ostatnich 5 lat co najmniej 4 zadania o

KIO 2770/10 5

zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. polegające na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy. Po drugie z załączonych dokumentów wynikało, posiadanie wymaganego potencjału ekonomicznego, tj. nie wykazano za pomocą zaświadczeń bankowych, że Odwołujący posiada środki własne lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż wartość złożonej oferty. Dodatkowo Zamawiający uznał, że skoro w dołączonym do oferty wykazie dot. firmy „NURBET” widniała inna wartość niż w wykazie złożonym w wyniku uzupełnienia dokumentów, to świadczy to o podaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Powyższe stanowisko Zamawiającego stoi, zdaniem Odwołującego, w jawnej sprzeczności z przepisami art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1) W odniesieniu do stanowiącego jedną z podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania zarzutu niespełnienia wymogu posiadania odpowiedniego potencjału ekonomicznego Odwołujący argumentuje: W rozdziale I SMZ (część II) „Warunki udziału w postępowaniu” w ust. 4 pkt 4 Zamawiający określił, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „posiadają środki własne lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż wartość złożonej oferty”. Na potwierdzenie tego faktu wykonawcy mieli złożyć odpowiednie informacje z banku. Pojęciem „wartość zamówienia” ustawodawca posługuje się w ustawie wielokrotnie i zawsze jest to wartość odnoszona do wynagrodzenia wykonawcy bez podatku od towarów i usług. W ustawie wyraźnie odróżnia się też pojęcie „wartości” od pojęcia „ceny”, w której należy uwzględnić podatek VAT (art. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Za takim rozumieniem wymogu określonego w SMZ przemawiają również zapisy zawarte w rozdziale IX „Sposób kalkulacji ceny oferty” w ust. 5: „Jeżeli zostanie złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.” Gdyby bowiem Zamawiający wymagał w ramach potwierdzenia spełniania ww. warunku od takiego wykonawcy wykazania się środkami lub zdolnością kredytową w wysokości wartości oferty bez uwzględnienia podatku VAT w pełnej wysokości, a od innych z jego uwzględnieniem, to prowadziłoby to w prosty sposób do ewidentnego złamania zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ w przypadku wykonawców oferujących wykonanie zamówienia za tą samą cenę brutto, z których jeden nie naliczałby podatku VAT, a drugi

ekonomiczną według odmiennych zasad - pierwszy z nich w oparciu o wartość bez podatku VAT, a drugi z uwzględnieniem tego podatku. Biorąc powyższe pod uwagę, w złożonych wraz z ofertą dokumentach wykazano posiadanie środków na rachunkach bankowych lub zdolność kredytową w wysokości 913.635 zł, przy wartości oferty - 872.944 zł. Zamawiający, mimo że bardzo wnikliwie badał to, jednak w uzasadnieniu decyzji z 20 grudnia br. o wykluczeniu Odwołującego z postępowaniu obliczył potencjał na 811.239,02 zł, pomijając środki na rachunku w BPH w wysokości 102.396,22 zł. Podkreślono, że na żadnym etapie postępowania Zamawiający nie kwestionował potencjału ekonomicznego Odwołującego, nie żądał też uzupełnienia dokumentów w tym zakresie w wezwaniu z 8 grudnia br. Argument ten został jednak podniesiony przez przystępującego do postępowania odwoławczego zakończony wyrokiem KIO, dlatego też odniesiono się do tej kwestii w piśmie z 29 listopada br. skierowanym do Zamawiającego (kserokopia w załączeniu), na którego treść Odwołujący powołał się w przekazanych wyjaśnieniach z 16 grudnia br.

Zarzut braku posiadania wymaganego potencjału ekonomicznego Zamawiający sformułował po raz pierwszy w piśmie z 14 grudnia 2010r., przy czym nie uznał za stosowne zażądać wyjaśnień ani wezwać do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie dot. firmy THERMBUD - wykonawcy niewykluczonego z postępowania, co świadczy o nierównym traktowaniu przez Zamawiającego wykonawców biorących w nim udział. Tak więc dołączonymi do oferty dokumentami wykazano, że Odwołujący posiada środki finansowe lub zdolność ekonomiczną w wysokości przewyższającej wartość złożonej oferty, a Zamawiający podając jako jeden z powodów wykluczenia z postępowania brak wymaganego potencjału ekonomicznego w istotny sposób naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2) w odniesieniu do stanowiącego drugą podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania zarzutu niespełnienia wymogu posiadania odpowiedniego doświadczenia Odwołujący podniósł: W decyzji o wykluczeniu z postępowania Zamawiający stwierdził, że z załączonego wykazu robót wykonywanych przez firmę „NURBET” nie wynika, aby firma ta wykonała co najmniej 4 zadania polegające na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia jako generalny wykonawca. W wykazie tym wyszczególniono bowiem 4 zadania polegające na wykonaniu robót ogólnobudowlanych w różnych obiektach o profilu szpitalnym, czego Zamawiający nie kwestionuje, a których właściwe wykonanie potwierdzone zostało dołączonymi referencjami. Zamawiający koncentruje się jednak na rozbieżności między wartościami robót podanymi w

wykazie dołączonym wraz z ofertą oraz w wykazie przedstawionym w wyniku uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający nie określił w SIWZ żadnego wymogu dotyczącego minimalnej wartości zrealizowanych przez wykonawców robót, zdefiniował natomiast, co rozumie pod pojęciem „zadania o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia”; zgodnie z zapisami SIWZ były to zadania polegające na budowie lub modernizacji obiektów (w obiektach) służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy. W tym stanie rzeczy wartości wykonanych robót (jak również zamieszczenie ich w wykazie) posiadały drugorzędne, nieistotne z punktu widzenia skutków oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, znaczenie. Natomiast w świetle zapisów zawartych w SIWZ Zamawiający nadał istotne znaczenie tylko samemu faktowi wykonania robót. W tym kontekście - pomiędzy wykazem realizacji zadań (formularz nr 4) dot. firmy NURBET przedłożonym wraz z ofertą a wykazem przedłożonym w wyniku uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z 8 grudnia br. nie ma, zdaniem Odwołującego, żadnej sprzeczności, a tym bardziej nie można mówić o podaniu nieprawdziwych danych (co podniósł Zamawiający: w pierwszym wykazie w pozycji „wartość robót” podana została - dla zobrazowania działań tego wykonawcy dla jednego inwestora, jedna łączna wartość wszystkich prac jakie wykonywała i wykonuje nadal firma NURBET na rzecz sp. z o.o. „Sanatoria Dolnośląskie” w wymienionych w tym wykazie czterech obiektach. Natomiast w wykazie przesłanym w formie uzupełnienia w pozycji „wartość robót” podano - zgodnie z wymogiem określonym przez Zamawiającego - wartości dla konkretnych czterech robót wykazanych jako spełnienie minimum wymaganego w SIWZ. Jak wynika z dołączonego do wykazu oświadczenia firmy NURBET, takich robót firma ta wykonała na rzecz tego jednego Zamawiającego

kilkanaście. W świetle tych dokumentów nie można mówić o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się wymagany doświadczeniem, tak więc i w tym przypadku brak było podstawy do podjęcia decyzji o wykluczeniu z postępowania, a podejmując taką decyzję Zamawiający w istotny sposób naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący argumentuje, że nie wiadomo też dokładnie, na jakich przesłankach oparł Zamawiający tezę o podaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bo za takie nie można przecież uznać rozbieżności kwot, o których mowa powyżej. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku XII Ga 433/08 z 7 stycznia 2009 r. *„Zamawiający nie może stosować art. 24 ust. 2 pkt 2 (obecnie: pkt 3) p.z.p. dopóki nie istnieją dowody na złożenie nieprawdziwych danych.”* Biorąc powyższe pod uwagę, podejmując decyzję o KIO 2770/10 8

wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający w istotny sposób naruszył również ten przepis. Zdaniem Odwołującego, w części II rozdział I pkt 2 ust. 4 ppkt 2 SIWZ Zamawiający określił warunek wykazania przez wykonawców, że wykonali w okresie ostatnich 5 lat (...) co najmniej czterech zadań o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. polegających na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy. Mianem „służby zdrowia” posługiwano się w czasach PRL-u przy określaniu ówczesnego systemu opieki zdrowotnej, a do dziś nazwę służby zdrowia noszą jedynie placówki opieki zdrowotnej Ministerstwa Obrony Narodowej, MSWiA oraz Ministerstwa Sprawiedliwości. Trudno sobie wyobrazić by w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji robót budowlanych w takich właśnie obiektach. Tak więc „służba zdrowia” jest określeniem potocznym, nie mającym obecnie żadnej ustawowej definicji. Trzeba też zwrócić uwagę, że w tej sytuacji pod niedookreślonym pojęciem „obiekty służby zdrowia” należałoby mieć także na uwadze wszystkie budynki administracyjne, magazynowe, warsztatowe, garaże i t.p., będące w użytkowaniu zakładów opieki zdrowotnej. Pojęcie to ma zatem praktycznie tak szeroki zakres, że ograniczanie go tylko do np. oddziałów szpitalnych nie znajduje żadnego uzasadnienia. Odwołujący powołał się na uzasadnienie wyroku KIO 2007/10 z 30 września 2010r. Pokreślono dalej, iż przedmiotowy zakres zamówienia polega na przeprowadzeniu remontu parteru szpitala, a więc realizacji typowych robót budowlanych określonych w ustawie - Prawo budowlane, co w ogóle czyni wymóg wykazania się doświadczeniem przy budowie bądź modernizacji obiektów „służby zdrowia” nieuzasadnionym. Faktem jest, że nie złożono odwołania od zapisów SIWZ dot. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie oznacza to jednak, że mam ponosić konsekwencje niezgodnych z przepisami, nieprecyzyjnych, a często wręcz wzajemnie sprzecznych zapisów SIWZ w tym względzie: w wyroku 2107/10 z 7 października 2010 roku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: *„Ponieważ, co jest już jednomyślnie i słusznie przyjęte w orzecznictwie, piśmiennictwie i praktyce stosowania zamówień publicznych - niejednoznacznych lub wprowadzających wątpliwość postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie można interpretować na niekorzyść wykonawców, Izba postanowiła zastosować tę zasadę również w niniejszym postępowaniu i odwołanie uznać...”*.

KIO 2770/10 9

Odwołujący podał, że warunek określony w części II rozdział I pkt 2 ust. 4 ppkt 2 polegający na wykazaniu przez wykonawców, że wykonali w okresie ostatnich 5 lat (...) co najmniej czterech zadań o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. polegających na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy, jest niespójny z treścią zał. nr 4 do SIWZ, w którym wykonawcy mieli wykazać co najmniej dwa zadania o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia. Wreszcie - zapis rozdziału I pkt 2 ust. 4 ppkt 2 „...polegających na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia...” jest znaczeniowo zupełnie inny, niż zapis ust. 5 pkt 6 dotyczący dokumentu jaki wykonawcy powinni złożyć na potwierdzenie spełnienia tego warunku „...budowy lub modernizacji w obiektach służby zdrowia...” O ile bowiem np. wymiana drzwi wejściowych do obiektu z otwieranych mechanicznie na otwierane automatycznie będzie bez wątpienia modernizacją dokonaną w obiekcie, o tyle trudno będzie uznać taką pracę jako modernizację całego obiektu. Kończąc, Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej 916/10 z dnia 9.06.2010r.; 1009/10 z dnia 9.06.2010r.; KIO/UZP 863/10 z dnia 28.05.2010; KIO/UZP 807/10 z dnia 20.05.2010;

KIO/UZP 751/10 z dnia 17.05.2010; KIO/UZP 486/10 z dnia 30.04.2010. Zdaniem odwołującego, Zamawiający dysponował, w oparciu o przedłożone wraz z ofertą dokumenty, pełną wiedzą o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, więc jego decyzja o wykluczeniu postępowania pozbawiona jest jakichkolwiek podstaw. Art. 7 ustawy Pzp formułuje fundamentalne zasady udzielania zamówień - zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania wskazanych zasad tak w fazie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez wykonawcę Firma Usługowo – Handlowa „ZOLSUSZ” Usługi Ogólno – Budowlane Janusz Łukaszewski w dniu 29 grudnia 2010r. zgłosili przystąpienie i zostali dopuszczeni do postępowania odwoławczego stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TWS Grupy Budowlane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczawnie Zdroju, Tomasz Olszówka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Maximus” Tomasz Olszówka w Wałbrzychu oraz Dorota Smułkowska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „Widor” Dorota Smułkowska, wykazując swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

KIO 2770/10 10

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

1. W zakresie spornej w sprawie kwestii dotyczącej spełnienia przez Odwołującego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, Zamawiający w prowadzonym postępowaniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [część II, rozdział I pkt 2 ppkt 2 i 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia] postawił warunek, by wykonawcy legitymowali się doświadczeniem wyrażającym się wykonaniem co najmniej czterech zadań o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. polegającym na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia, jako generalny wykonawca. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia [Część II, rozdział I pkt 2 ppkt 4.2) i oraz ppkt 5.6)] Zamawiający zastrzegł:

„2) Warunki udziału w postępowaniu:

O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy złożą ważną i odpowiednią ofertę oraz:

(...)

4. znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, oraz spełniają następujące wymagania:

(...)

2) wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej czterech zadań o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. polegające na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy.

5. W celu potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki określone w ust. 4, do swojej oferty sporządzonej wg wzoru formularza nr 1 załączonego do SIWZ, powinien dołączyć następujące dokumenty i oświadczenia:

6) Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, robót w zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. budowy lub modernizacji w obiektach służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy wg wzoru formularza nr 4; Fakt wykonania ww. robót i dostaw musi być potwierdzony referencjami od Zamawiających, bądź innymi dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

W odpowiedzi na tak postawiony warunek, Odwołujący w złożonej ofercie zamieścił odpowiednie referencje oraz wykaz własnych robót składający się z czternastu prac wykonanych na rzecz jednostek publicznych [gminy, starostwa powiatowe, miejski ośrodek pomocy społecznej zespół szkół], których przedmiotem były: budowa Ochotniczej Straży Pożarnej punktu bibliotecznego oraz wiejskiej świetlicy; modernizacja z przebudową budynku mieszkalnego wielorodzinnego; przebudowa boiska sportowego i budowa budynku socjalnego; budowa

KIO 2770/10 11

zespołu budynków socjalnych; rozbudowa budynku Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej i Komunalnej; budowa świetlicy wiejskiej i Remizy Strażackiej; budowa świetlicy; budowa budynku socjalnego; termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej wraz z salą gimnastyczną

modernizacja świetlicy; remont piwnic internatu szkolnego; modernizacja budynku MOPS; termomodernizacja sali gimnastycznej w budynku LO oraz modernizacja Gminnego Ośrodka Kultury.

Dodatkowo, w ofercie Odwołującego zamieszczono oświadczenie podmiotu trzeciego [Pana Leszka Nurkiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą jako Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz – oferta Odwołującego, str. 40] o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wykaz robót wykonanych przez ten podmiot w ciągu 5 lat, na który składały się *roboty ogólnobudowlane oraz naprawy bieżące w 4 obiektach Spółki o profilu szpitalnym i w Zakładach Opiekuńczo – Leczniczych na terenie Sokołowska i Rościszowa: 1. Specjalistyczny Szpital Chorób Płuc i Gruźlicy „Biały Orzeł” w Sokołowsku 2. ZOL „Odrodzenie” w Sokołowsku 3. ZOL „Górnik” w Sokołowsku 4. Specjalistyczny Szpital Chorób Płuc i Gruźlicy „Biały Orzeł” w Rościszowie o wskazanej w wykazie wartości robót stanowiącej kwotę 1.680.000,00 zł.*

W wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2010r. w sprawie o sygn. KIO/2451/10, w którym podzielono ocenę Zamawiającego, iż udokumentowane wyżej doświadczenie Odwołującego nie spełnia postawionego warunku, ale w którym nakazano decyzję o ewentualnym wykluczeniu poprzedzić obowiązkowym wezwaniem do uzupełnienia kwestionowanych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów stanowiących oba wykazy, wskazując, że należy złożyć wykaz realizacji porównywalnych z przedmiotem zamówienia z okresu ostatnich 5 lat co najmniej czterech zadań polegających na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia, jako generalny wykonawca [pismo Zamawiającego z 8 grudnia 2010r.]. W odpowiedzi Odwołujący złożył nowy wykaz wykonanych przez siebie robót, uzupełniony w stosunku do tego, który załączył do oferty dodatkowo o dwie pozycje: przebudowę istniejących pomieszczeń dla potrzeb kameralnej Sceny Studyjnej Teatru Dramatycznego a także wykonanie robót budowlanych na osiemnastu dawnych oryginalnych barakach więźniarskich na terenie byłego obozu koncentracyjnego, a także nowy wykaz robót dotyczący doświadczenia udostępnionego przez Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz obejmujący cztery pozycje: roboty ogólnobudowlane oraz modernizacyjne na obiekcie

KIO 2770/10 12

Specjalistyczny Szpital Chorób płuc i gruźlicy „Biały Orzeł” w Sokołowsku – o wartości 65.500,00 zł; roboty ogólnobudowlane oraz modernizacyjne na obiekcie ZOL „Odrodzenie” w Sokołowsku o wartości 52.000,00 zł; roboty ogólnobudowlane oraz modernizacyjne na obiekcie ZOL „Górnik” w Sokołowsku o wartości 49.500,00 zł oraz roboty ogólnobudowlane oraz modernizacyjne na obiekcie Specjalistyczny Szpital Chorób Płuc i Gruźlicy „Biały Orzeł” w Rościszowie o wartości robót stanowiącej kwotę 64.200,00 zł [łącznie: 231.200,00 zł].

Zamawiający, pismem z dnia 14 grudnia 2010r. wezwał ponownie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym dotyczących wykazów wykonanych robót. Zamawiający podniósł niezgodność w zakresie kwot w wykazie robót wykonanych przez Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz załączonym do oferty, gdzie podano wartość tych robót wykonanych w 2009-2010r. na 1.680.000,00 zł podczas gdy z wykazu złożonego w ramach uzupełnienia, obejmującego te same roboty ale w rozłożeniu na cztery odrębne roboty wynika łączna kwota 231.200,00 zł. Zamawiający wezwał także wykonawcę do uzupełnienia dokumentów stanowiących referencje dotyczące dodatkowo wykazanych dwóch robót w wykazie własnych robót Odwołującego (przebudowa istniejących pomieszczeń dla potrzeb kameralnej Sceny Studyjnej Teatru Dramatycznego a także wykonanie robót budowlanych na osiemnastu dawnych oryginalnych barakach więźniarskich na terenie byłego obozu koncentracyjnego) oraz do złożenia *brakującego na dzień składania ofert potwierdzenia o posiadaniu własnych środków finansowych lub zdolności kredytowych w wysokości nie mniejszej niż wartość złożonej oferty, czyli na kwotę brutto 1.064.992,12 zł* a także do stawienia osobiście Właściciela FUH „IZOLSUSZ” Usługi Ogólno - Budowlane Janusza Łukaszeńskiego w dniu 17.12.2010 r. o godz. 10:00 a także do zabrania ze sobą dokumentów potwierdzających: oryginały umów Zakładu Usługowo-Produkcyjnego „NURBET” Leszek Nurkiewicz z Wałbrzycha z „Sanatoria Dolnośląskie” Spółka z o.o. z Sokołowska - potwierdzające rodzaj i zakres prac budowlanych jakie wykonywał oraz potwierdzają faktyczną, wartość za jaką wykonał powierzone prace. Końcowo Zamawiający wskazał, iż „*brak osobistego stawienia Właściciela FUH „IZOLSUSZ” Usługi Ogólno - Budowlane Janusz Łukaszeński z siedzibą w Wałbrzychu przy ul. Sportowej 6 w dniu 17.12.2010 r. o godz. 10:00 wraz z wymaganymi dokumentami*

spowoduje zgodnie z art. 24 ust.2 punkt 4 oraz ustęp 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2010 r., Prawo Zamówień Publicznych (tekst. Jednolity Dz. U. z 2010 r., nr 113 poz. 759) wykluczenie Wykonawcy oraz odrzucenie oferty”.

KIO 2770/10 13

W odpowiedzi Odwołujący pismem z dnia 16 grudnia 2010r. złożył referencje dotyczące dwóch inwestycji wykazanych w uprzednio złożonym wykazie robót [dot. robót w Teatrze Dramatycznym i dawnym obozie koncentracyjnym], a także wyjaśnił, iż pomiędzy wykazem realizacji zadań (formularz nr 4) dot. firmy NURBET złożonym wraz z ofertą a wykazem złożonym w wyniku uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z 8 grudnia br. nie ma żadnej sprzeczności, ponieważ w tym pierwszym wykazie w pozycji „wartość robót” podana została - dla zobrazowania działań tego wykonawcy dla jednego inwestora, jedna łączna wartość wszystkich prac jakie wykonywała i wykonuje nadal firma NURBET na rzecz sp. z o.o. „Sanatoria Dolnośląskie” w wymienionych w tym wykazie czterech obiektach. Natomiast w wykazie przesłanym w formie uzupełnienia w pozycji „wartość robót” podano - zgodnie z wymogiem określonym przez Zamawiającego - wartości dla konkretnych czterech robót wykazanych jako spełnienie minimum wymaganego w SIWZ. Odwołujący podał w piśmie, iż jak wynika z dołączonego do wykazu oświadczenia firmy NURBET, takich robót firma ta wykonała na rzecz tego jednego Zamawiającego kilkanaście.

Niezależnie od wezwania Odwołującego do uzupełnienia ponownie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający w dacie 14 grudnia 2010r. zwrócił się do „Sanatoria Dolnośląskie” spółka z o.o. w Sokołowsku – odbiorcy robót ujętych w wykazie robót wykonanych przez Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz o doprecyzowanie wystawionych referencji, a także do Teatru Dramatycznego w Wałbrzychu o opinię w sprawie inwestycji stanowiącej przebudowę istniejących pomieszczeń dla potrzeb kameralnej Sceny Studyjnej Teatru Dramatycznego. W odpowiedzi przedstawiciel pierwszego podmiotu udzielił odpowiedzi, iż firma Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz zrealizowała w latach 2009-2010 roboty o charakterze ogólnobudowlanym i modernizacyjnym na czterech obiektach zgodnie z litem referencyjnym z dnia 19 października 2010r., a także że wartość poszczególnych prac na każdym z obiektów nie przekraczała 54.000 zł, to jest były to prace poniżej 14.000 euro; roboty były wykonywane według odrębnych umów i zleceń. Dyrektor Teatru Dramatycznego w Wałbrzychu udzielił odpowiedzi, iż Odwołujący wykonywał zadanie inwestycyjne pod nazwą „przebudowa istniejących pomieszczeń dla potrzeb kameralnej Sceny Studyjnej Teatru Dramatycznego w Wałbrzychu” oraz że realizacja zadania, pomimo dwukrotnego przesunięcia terminu nie nastąpiła na czas, wskazano także na szereg problemów w realizacji przedmiotowej inwestycji.

KIO 2770/10 14

2. W zakresie spornej w sprawie kwestii dotyczącej spełnienia przez Odwołującego warunku w zakresie zdolności finansowej, Zamawiający postawił następujący wymóg [Część II, rozdział I pkt 2 ppkt 4.4) oraz ppkt 5. 7) specyfikacji istotnych warunków zamówienia]:

„2) Warunki udziału w postępowaniu:

O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy złożą ważną i odpowiednią ofertę oraz:

(...)

4. znajdując się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, oraz spełniając następujące wymagania:

(...)

4) posiadają środki własne lub zdolność kredytową wysokości nie mniejszej niż wartość złożonej oferty.

(...)

5. W celu potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki określone w ust. 4, do swojej oferty sporządzonej wg wzoru formularza nr 1 załączonego do SIWZ, powinien dołączyć następujące dokumenty i oświadczenia:

(...)

7) Informacja banku, w którym Wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem

terminu składania ofert”

W zakresie postawionego warunku dotyczącego zdolności finansowej [posiadania środków własnych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż wartość złożonej oferty] Odwołujący złożył wyciąg z historii rachunku bankowego prowadzonego dla Odwołującego na dzień 17 września 2010r., na którym podano kwotę 261.073,70 zł [oferta Odwołującego, str. 43]; zaświadczenie z innego banku potwierdzające, że Odwołujący posiada w nim rachunek oraz wskazujące saldo na dzień 23 sierpnia 2010r. w kwocie 300.165,32 zł [oferta Odwołującego, str. 44] a także opinię z kolejnego banku, zgodnie z którą Odwołujący posiada w nim rachunek bankowy na którym saldo na dzień 4 sierpnia 2010r. wynosi 102.396,22 zł oraz korzysta z kredytu w rachunku bieżącym na kwotę 250.000 zł, ze wskazaniem, że na dzień 4 sierpnia 2010r. saldo niewykorzystanego kredytu wynosi 250.000 zł [oferta Odwołującego, str. 45].

Na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 grudnia 2010r. zobowiązujące do złożenia *brakującego na dzień składania ofert brakującego potwierdzenia o posiadaniu własnych środków finansowych lub zdolności kredytowych w wysokości nie mniejszej niż wartość złożonej oferty*,
KIO 2770/10 15

czyli na kwotę brutto 1.064.992,12 zł. Odwołujący wyjaśnił w piśmie z dnia 16 grudnia 2010r. że złożonymi dokumentami wykazał posiadanie środków w wysokości nie mniejszej niż wartość oferty, nadto Zamawiający wcześniej nie kwestionował tego faktu, nie wzywał też do uzupełnień w tym zakresie w piśmie z 8 grudnia 2010r. Odwołujący złożył zaświadczenia z dwóch banków o wysokości posiadanych na rachunkach środków na dzień 23 listopada 2010r.: w jednym banku na kwotę 1.091844,42 zł oraz w drugim na kwotę 1.000.513,90 zł.

Na rozprawie Odwołujący złożył zaświadczenie z kolejnego banku z dnia 27 października 2010r. potwierdzające, że posiadał w nim dwa kredyty dla firm współpracujących z Jednostkami Samorządu Terytorialnego lub Skarbu Państwa: na kwoty 272.546.000,00 zł oraz 306.600 zł, dla których zabezpieczeniem była cesja wierzytelności z ww. kontraktów a także zawierające oświadczenie, iż wystawca „nie widzi przeciwwskazań w finansowaniu ww. Klienta do kwoty 1.250.000,- PLN z tyt. Kontraktu pn. „Remont parteru w Specjalistycznym Szpitalu Ginekologiczno – Położniczym im. E. Biernackiego w Wałbrzychu”. Ostateczna decyzja zostanie podjęta po przedłożeniu przedmiotowego kontraktu i dokumentów wymaganych przez Bank”.

Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 29 października 2010r. o godz. 10.00.

**Na tle tak ustalonego stanu faktycznego,
skład orzekający zważył, co następuje:**

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Na wstępie ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania Jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

1. Nie podzielono zarzutu podniesionego w odwołaniu, iż Zamawiający dokonał niewłaściwej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, to jest

KIO 2770/10 16

dotyczącego nieuznania prac wykazanych w wykazach robót złożonych wraz z ofertą a następnie uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Następnie, zgodnie z właściwymi przepisami ustawy [art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 1], a także treścią § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zamawiający może żądać w celu wykazania

spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożenia robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że te roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Stanowiący podstawę wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nakazuje wykluczenie wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tymczasem w świetle sformułowania spornego w sprawie warunku udziału w postępowaniu [opisanego w niniejszym uzasadnieniu w części poświęconej ustaleniom stanu faktycznego] oraz po analizie treści dokumentów potwierdzających jego spełnienie, żądanych przez Zamawiającego, a złożonych wraz z ofertą Odwołującego a następnie w odpowiedzi na dwukrotnie wystosowane wezwanie do uzupełnienia dokumentów, zastosowanie wyżej wymienionego przepisu i wykluczenie wykonawcy na jego podstawie należało uznać za uprawnione.

W pierwszej kolejności oceniono stanowisko Zamawiającego jakoby przedstawione przez Odwołującego w ramach potwierdzenia spełniania warunku realizacji prac, zarówno własne jak i udostępnione przez podmiot trzeci z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych nie odpowiadały wymaganiom postawionym przez Zamawiającego co do ich porównywalności pod względem zakresu i charakteru do przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem, by wykonawcy legitymowali się doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej czterech zadań o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. polegających na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy. Istotnie, tak opisany warunek należy uznać za pozostawiający niedosyt informacyjny, co Zamawiający będzie rozumiał przez zadania o

KIO 2770/10 17

charakterze i zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia. Doprecyzowaniem tego warunku Zamawiający uczynił uszczegółowienie, że mają być to zadania stanowiące budowę lub modernizację obiektów służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy. Zasadniczą wątpliwość budziło tutaj pojęcie *obiektów służby zdrowia*, co do których – jak podniósł Odwołujący – nie występuje jednolita nomenklatura, a samo pojęcie służby zdrowia osadzone jest w aparaturze pojęciowej mającej zastosowanie w historycznym kontekście obejmującym okres ponad dwudziestu lat temu. Odwołujący podkreślał, że „służba zdrowia” jest określeniem potocznym, nie mającym obecnie żadnej ustawowej definicji.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że Zamawiający konstruując podstawowe dokumenty postępowania o zamówienie publiczne, takie jak ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia winien posługiwać się takimi sformułowaniami i określeniami, które precyzyjnie opisują przedmiot i postawione wymagania, są jednoznaczne i dla wszystkich zrozumiałe. Godne uwagi w tym zakresie wydają się wytyczne dotyczące tworzenia aktów prawnych zawarte w zasadach techniki prawodawczej (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. z 2002, Nr 100 poz. 908), które nakazują posługiwanie się poprawnymi wyrażeniami językowymi [określeniami] w ich podstawowym i powszechnie przyjętym znaczeniu, unikanie posługiwania się określeniami specjalistycznymi [profesjonalizmami], jeżeli mają odpowiedniki w języku powszechnym; określeniami lub zapożyczeniami obcojęzycznymi, chyba że nie mają dokładnego odpowiednika w języku polskim; nowo tworzonymi pojęciami lub strukturami językowymi [neologizmami], chyba że w dotychczasowym słownictwie polskim brak jest odpowiedniego określenia. Pojęcie służby zdrowia w powszechnym znaczeniu nie budzi wątpliwości: obejmuje całą sferę objętą systemem opieki zdrowotnej. W razie ewentualnych wątpliwości co do znaczenia tego sformułowania, znaczenie mogły mieć zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia [Część I, Rozdział III pkt I Opis przedmiotu zamówienia], gdzie w opisie przedmiotu zamówienia nawiązuje się do przepisów Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 czerwca 2005r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia zakładów opieki zdrowotnej].

W świetle powyższego, pojęcie obiektów służby zdrowia nie powinno budzić wątpliwości Odwołującego.

Odwołujący argumentował z jednej strony, że wobec ogólnego brzmienia postawionego warunku, w tym niedookreślenia przez Zamawiającego, co będzie rozumiał poprzez wymaganie

KIO 2770/10 18

postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający winien uznać, że jego własne doświadczenie wyczerpuje postawiony warunek, powołując się w tym zakresie na szesnaście wykazanych realizacji, na które składają się roboty budowlane w obiektach użyteczności publicznej o różnym przeznaczeniu [vide: wykaz robót złożony w ramach uzupełnienia z dnia 13 grudnia 2010r.], obejmujący budowę Ochotniczej Straży Pożarnej punktu bibliotecznego oraz wiejskiej świetlicy; modernizację z przebudową budynku mieszkalnego wielorodzinnego; przebudowę boiska sportowego i budowa budynku socjalnego; budowę zespołu budynków socjalnych; rozbudowę budynku Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej i Komunalnej; budowę świetlicy wiejskiej i Remizy Strażackiej; budowę świetlicy; budowę budynku socjalnego; termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej wraz z salą gimnastyczną; modernizację świetlicy; remont piwnic internatu szkolnego; modernizację budynku MOPS; termomodernizację sali gimnastycznej w budynku LO; modernizację Gminnego Ośrodka Kultury oraz prace w Teatrze Dramatycznym i dawnym obozie koncentracyjnym. Odwołujący na rozprawie wykazywał, że wszystkie 16 realizacji wykazanych w wykazie realizacji złożonym na wezwanie Zamawiającego w dniu 13 grudnia 2010 r. mieści się w zakresie postawionego warunku, bowiem warunek nie definiuje pojęcia obiektu służby zdrowia.

Z drugiej strony Odwołujący upatruje spełnienia postawionego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykazanych z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych czterech robotach budowlanych, wykonanych przez Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz w zespole obiektów składających się sanatorium.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, w kontekście argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą własne doświadczenie Odwołującego odpowiadało postawionemu warunkowi, skoro Zamawiający nie doprecyzował pojęcia „służby zdrowia” użytego w Części II, rozdziale I pkt 2 ppkt 4.2) oraz ppkt 5. 6) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pojęcie to nie ma także ustalonego znaczenia normatywnego, że kwestia rozumienia spornego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia została ostatecznie wyznaczona w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2010r. w sprawie o sygn. KIO/2451/10. W wyroku tym zawarto bowiem wyraźną ocenę, że zawarte w wykazie Odwołującego własne realizacje robót budowlanych nie mieszczą się w zakresie obiektów służby zdrowia. W uzasadnieniu tego wyroku podano bowiem: „W odniesieniu do wykazu zamówień zrealizowanych bezpośrednio przez Odwołującego, należy uznać, że nie spełniały one wymagań określonych w rozdziale I pkt 2.4.2 SIWZ, żaden bowiem z wymienionych obiektów, których dotyczyły wykonane roboty budowlane, nie był obiektem służby zdrowia (mimo KIO 2770/10 19

niezdefiniowania tego pojęcia, zdaniem Izby ocena charakteru czy przeznaczenia tych budynków nie wywołuje trudności). Powyższe nie jest jednak między stronami sporne, Odwołujący bowiem nie kwestionował faktu, że wykonane przez niego zamówienia nie dotyczą obiektów służby zdrowia, podważał jedynie zasadność tak sformułowanego warunku, wskazując, że bez względu na rodzaje budynków, w których wykonał roboty budowlane, powinien być uznany za wykonawcę posiadającego wystarczające doświadczenie. Z tą tezą Odwołującego nie można się jednak zgodzić. Zamawiający wyraźnie wymagał w specyfikacji wykazania się doświadczeniem w robotach budowlanych dotyczących obiektów służby zdrowia, a wobec niezakwestionowania tak

opisanego warunku na wcześniejszym etapie postępowania, istniał dla wykonawców obowiązek wykazania się takim doświadczeniem, jakiego żądał Zamawiający. Bez względu jednak na fakt, że wykaz zrealizowanych przez Odwołującego zamówień nie spełniał wymogów Zamawiającego, należy stwierdzić, że decyzja o wykluczeniu

tego wykonawcy z postępowania była nieprawidłowa. Odwołujący w złożonej ofercie powołał się bowiem na doświadczenie innego podmiotu, korzystając z ustawowego uprawnienia określonego przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.”

Tym samym, w uprzednio wydanym wyroku przesądzone zostało na bazie brzmienia postawionego przez Zamawiającego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, że cztery zadania, jakimi winien wykazać się wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie powinny dotyczyć budowy lub modernizacji obiektów, których charakter, przeznaczenie pozwala je zakwalifikować do sfery służby zdrowia w potocznym znaczeniu, i że nie mieszczą się w tej mierze realizacje wykazane przez Odwołującego w zakresie innych obiektów, wykazane jako własne realizacje [złożony wraz z ofertą wykaz czternastu robót wykonanych przez Odwołującego]. Na obecnym etapie postępowania, powyższe rozumienie zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być już poddane analizie – strony są związane w tej części wydanym wyrokiem. W myśl przepisu, art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień

publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie, gdy stwierdzi że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Zgodnie natomiast z treścią art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie, które dotyczy czynności, która zamawiający wykonał z treścią wyroku Izby lub sądu. Powyższa kwestia niewątpliwie była przedmiotem analizy i rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, co czyni niedopuszczalnym ponowne badanie tej kwestii.

KIO 2770/10 20

Wobec powyższego, ocenie podlegać mogły tylko prace wykazane z zastosowaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz, względnie inne roboty, jakie Odwołujący wykazałby w ramach uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2010r.

W odniesieniu do wykazanych w tym zakresie robót należało konsekwentnie stwierdzić, że nie spełniają postawionego warunku dwie dodatkowo wykazane własne roboty Odwołującego, to jest prace w Teatrze Dramatycznym i dawnym obozie koncentracyjnym, z uwagi na przedmiotową niezgodność z postawionym warunkiem – fakt, że nie stanowią one budowy lub modernizacji obiektów służby zdrowia.

Następnie, podobnie należało ocenić prace wykazane na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonane przez Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz. Po uzupełnieniu dokumentu stanowiącego wykaz wykonanych robót, istotnie, złożony na nowo przedmiotowy dokument wyszczególnia zgodnie z wymaganiem Zamawiającego cztery roboty, wszystkie ze sfery służby zdrowia. Nie sposób jednak uznać, że są to zadania o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek bowiem Zamawiający nie sprecyzował, jakie roboty w tym zakresie uzna za zbliżone do przedmiotu zamówienia, to jednak nie oznacza to jeszcze, że należy uznać analizowany zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia za pozbawiony jakiegokolwiek znaczenia normatywnego. Użycie tego typu wyrażen nieostrych w opisie warunków udziału w postępowaniu, skutkować musi na etapie oceny ofert znaczną elastycznością w zakresie uznawania negatywnych skutków dla wykonawców, którzy – w granicach wyznaczonych rozsądkiem – zastosowali się do tak postawionego warunku.

Istotnie, Zamawiający nie stawiał warunku w zakresie wartości, wartości wykonanych uprzednio robót nie uczynił także wyznacznikiem oceny robót zbliżonych zakresem i charakterem do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak, wartość ta w pewnym, wyznaczonym granicami zdrowego rozsądku zakresie wpływa na ocenę czy prace są zbliżone zakresem. Zakres to bowiem sparametryzowanie pewnej sfery w wymiarze ilościowym i jakościowym, którego pewnym, choć nie jedynym i niedefinitywnym wyznacznikiem może być wartość. Za przekonujące należy uznać stanowisko Zamawiającego, mając na uwadze również doświadczenie życiowe, iż doświadczenie zdobyte w budowie obiektów podobnych do przedmiotu zamówienia

KIO 2770/10 21

stanowi o doświadczeniu niezbędnym do realizacji zamówienia. Za niezbędne więc należy uznać takie doświadczenie w realizacji robót budowlanych, które stopniem skomplikowania i wielkością [nie tylko w znaczeniu gabarytów, ale i wartości] odpowiada robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia. W analizowanej sprawie wartość zamówienia opiewa na kwotę ponad milion złotych [wszystkie złożone oferty przekraczały tę kwotę]. Odwołujący wykazał się doświadczeniem stanowiącym cztery roboty budowlane w zakresie szeroko rozumianej służby zdrowia [obiekty sanatoryjne], ale łączna wartość tych robót – jaką wykazał Odwołującym w ostatecznie złożonym wykazie robót wynosiła 231.200 zł. Wartość tę potwierdził odbiorca wskazanych robót. Trudno uznać, by cztery roboty budowlane, wykonane w okresie nieodlegającym znacznie od momentu składania ofert [w latach 2009-2010] mogły być porównywalnymi do przedmiotu zamówienia, którego wartość mieści się w kwocie przekraczającej milion złotych. Łączna wartość wskazanych czterech prac stanowi zatem mniej niż jedną czwartą wartości zamówienia w tym postępowaniu. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że jakkolwiek Zamawiający nie zdefiniował kategorii, która miałaby w tym postępowaniu być wyznacznikiem robót porównywalnych do przedmiotu

zamówienia co do ich zakresu i charakteru, to wzór formularza stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [formularz – wzór nr 4] w kolumnie wymagającej podania wartości robót wskazuje, że właśnie wartość poszczególnych robót była wymagana dla wykazania spełniania tego warunku w postępowaniu. Również przepis § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, który wskazuje jakich dokumentów może zamawiający żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu gdy jego przedmiotem są roboty budowlane, wskazuje, iż składany przez wykonawców wykaz robót może zawierać informacje dotyczące rodzaju i wartości wykonanych wcześniej robót, dat i miejsca wykonania. Tak też skonstruował wzór formularza stanowiącego wykaz robót Zamawiający, co wskazuje, iż oceny, czy prace są porównywalne pod kątem ich złożoności i charakteru miano dokonywać na podstawie charakterystyki zawartej w kolumnie *Rodzaj i zakres inwestycji* jak i wartości wykazywanych robót.

Wobec nieprecyzyjnego brzmienia zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tej mierze podzielono ocenę Zamawiającego, że dopuszczalnym było sumowanie wartości wykazywanych robót. Podobnie nie uznano za istotnej dla oceny tej kwestii argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą istnieje rozbieżność pomiędzy treścią specyfikacji istotnych

KIO 2770/10 22

warunków zamówienia a treścią opracowanego przez Zamawiającego formularza stanowiącego załącznik nr 4 w zakresie brzmienia postawionego warunku, gdzie w tytule formularza podano *„Wykaz realizacji wykonanych porównywalnych z przedmiotem zamówienia z okresu ostatnich pięciu lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwóch zadań o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia”*. Dostrzeżone przejawy niewątpliwej niestaranności w przygotowaniu postępowania nie skutkują uznaniem, że wykonawcy zobowiązani byli wykazać się doświadczeniem w zakresie jakichkolwiek robót. W warunkach niespójności między specyfikacją – jej zasadniczymi zapisami odnoszącymi się do warunków udziału w postępowaniu a jednym z załączników do specyfikacji, mającym znaczenie pomocnicze i służącym prezentacji spełnienia opisywanego w specyfikacji warunku, co do zasady należy przyznać prymat specyfikacji, jako temu dokumentowi, który szczegółowo i kompleksowo opisuje, definiuje min. warunki udziału w postępowaniu.

Zakres i charakter robót objętych przedmiotem analizowanego postępowania opisany został za pomocą dokumentacji technicznej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, to jest dokumentów: dokumentacja projektowa – Architektura z technologią i konstrukcją, dokumentacja projektowa – Instalacje sanitarne, dokumentacja projektowa – Instalacje elektroenergetyczne; dokumentacja projektowa – Instalacje niskoprądowe, dokumentacja projektowa – Instalacja gazów medycznych, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiar robót. Jednak już na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawartych w Części I, Rozdział III pkt I Opis przedmiotu zamówienia, gdzie w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wymagał, celem wykazania się doświadczeniem w realizacji zadań o charakterze i zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia doświadczenia odpowiadającego dokładnie lub w określonym stopniu tak opisanemu przedmiotowi zamówienia. Tym samym, zakres prac Zamawiający oceniał na podstawie opisu zamieszczonego w wykazie robót oraz wartości wykazywanych robót, te zaś – jak wynika z uzupełnionego wykazu Odwołujący wykazał na kwotę 231.200 zł.

Nie podzielono w tym zakresie argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą pomiędzy wykazem realizacji zadań [formularz nr 4] dot. firmy NURBET przedłożonym wraz z ofertą a wykazem przedłożonym w wyniku uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z 8 grudnia br. nie ma żadnej sprzeczności, ponieważ w tym pierwszym wykazie w pozycji „wartość robót” podana została - dla zobrazowania działań tego wykonawcy dla jednego inwestora, jedna łączna wartość

KIO 2770/10 23

wszystkich prac jakie wykonywała i wykonuje nadal firma NURBET na rzecz sp. z o.o. „Sanatoria Dolnośląskie” w wymienionych w tym wykazie czterech obiektach; natomiast w wykazie przesłanym w formie uzupełnienia w pozycji „wartość robót” podano - zgodnie z wymogiem określonym przez Zamawiającego - wartości dla konkretnych czterech robót wykazanych jako spełnienie minimum wymaganego w SIWZ; jak wynika z dołączonego do

wykazu oświadczenia firmy NURBET, takich robót firma ta wykonała na rzecz tego jednego Zamawiającego kilkanaście. Przeczy powyższemu zestawienie obu wykazów: gdzie zarówno w jednym jak i w drugim podano cztery obiekty, tyle że w wykazie złożonym w ramach uzupełnienia dokumentów przypisano każdemu z czterech obiektów odpowiednią kwotę. Nawet jeśli przyjąć, że Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz wykonał kilkanaście prac, to nie jest to tożsame z ilością zawartych kontraktów, ani tym bardziej z ich wartością. Odwołujący będąc ponownie wezwanym do uzupełnienia wskazanego dokumentu i wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie nie wykazał, by rzeczywiście między stronami istniało kilkanaście zadań (inwestycji), z których zaprezentowano tylko kilka. Nie przeczy temu także oświadczenie złożone wraz z uzupełnieniem dokumentów w dniu 13 grudnia 2010r. pochodzące od Zakładu Usługowo – Produkcyjnego „NURBET” Leszek Nurkiewicz, zgodnie którym podmiot ten wykonał na rzecz „Sanatoria Dolnośląskie” Spółki z o.o. w Sokołowsku *kilkanaście robót ogólnobudowlanych i modernizacyjnych*. Ilość robót pozostaje tutaj bowiem bez znaczenia, skoro wykazać należało odrębne inwestycje, dla których podać należało ich wartości. Istotne jest także, że odbiorca tych robót [a zarazem osoba podpisana na referencjach z tego tytułu, którymi posłużył się Odwołujący] podał, że iż firma Zakład Usługowo – Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz zrealizowała w latach 2009-2010 roboty o charakterze ogólnobudowlanych i modernizacyjnym na czterech obiektach zgodnie z listem referencyjnym z dnia 19 października 2010r., a także że wartość poszczególnych prac na każdym z obiektów nie przekraczała 54.000 zł, to jest były to prace poniżej 14.000 euro; roboty były wykonywane według odrębnych umów i zleceń.

Przypomnienia w tym miejscu wymagało, że powszechnie przyjmuje się, że wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu w postępowaniu powinno mieć miejsce tylko raz. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Dostrzec trzeba, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający

KIO 2770/10 24

żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty]. Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Działania zamawiającego, polegające na kilkukrotnym wystąpieniu do wykonawcy z żądaniem uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych mogą być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców, zmierzające do zastąpienia wykonawcy w realizacji obowiązku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Powyższe działania Zamawiającego zdają się nosić znamiona podjętych w interesie Odwołującego.

W analizowanej sprawie, Odwołujący, mimo dwukrotnego dania mu szansy poprawienia swojej oferty poprzez uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie wykazał się realizacją czterech zadań o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. polegających na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy.

Powyższe okoliczności decydowały o uznaniu za poprawną oceny Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Końcowo należało wskazać nie tylko na niewłaściwą praktykę dwukrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu, ale także na nieprawidłowe wezwanie do osobistego stawiennictwa Odwołującego w celu wyjaśnienia wątpliwości rysujących się na tle złożonego uprzednio dokumentu, i to pod rygorem wykluczenia z postępowania. Jak wskazano wyżej – inicjatywa w zakresie wykazania spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający jest obowiązany wezwać do złożenia brakujących lub

niedopuszczonego przez ustawę sposobu uzyskania prawidłowego kształtu oferty poprzez wzywanie wykonawcy do stawiennictwa.

2. Nie podzielono jednak w tej mierze oceny Zamawiającego o złożeniu nieprawdziwych informacji. Skład orzekający Izby, wobec braku definicji legalnej w ustawie – Prawo zamówień publicznych pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołał się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. [II CKN10095/99]. W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził [za sądem apelacyjnym], iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym [np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3], w kodeksie postępowania cywilnego [np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2], w kodeksie karnym [np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §] oraz w kodeksie postępowania karnego [np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312]. Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność [adekwatność] myśli [wypowiedzi – w znaczeniu logicznym] z rzeczywistością [z „faktami” i „danymi”], co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Dodatkowo dostrzec należy, że wskazując na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie stanowi wyraz świadomego działania mającego na celu podanie nieprawdziwych informacji. Z takim działaniem nie można utożsamiać działania w warunkach błędnego zrozumienia dokumentów opracowanych przez zamawiającego [specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia].

Podzielono zatem w tym zakresie zarzut odwołania, co jednak pozostało bez wpływu na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy].

3. Nie podzielono zarzutu odwołania, co do bezpodstawnego nieuznania przez Zamawiającego zdolności finansowej Odwołującego. Trafnie dostrzegł Odwołujący, że nie uwzględniono w tym zakresie jednego z zaświadczeń złożonych do oferty, i że prawidłowy stan rachunków posiadanych w trzech bankach opiewa na kwotę 663.635,24 zł, oraz otwarty kredyt w rachunku

bieżącym na kwotę 250.000,00 zł, co daje zdolność finansową na kwotę łączną 913.635,24 zł. Całkowita wartość oferty złożonej przez Odwołującego wynosi jednak 1.064.992,76 zł i na tyle powinna opiewać wykazywana przez wykonawcę jego zdolność finansowa.

Nie podzielono argumentacji, że wartość postawionego warunku należy odnosić do kwoty netto oferty, bez podatku od towarów i usług. Istotnie, ustawa nie posługuje się pojęciem „wartość oferty”, niemniej jednak nieuprawnione jest przyjmowanie, że dotyczy to wartości netto. Przytoczone przez Odwołującego zasady dotyczą szacowania wartości zamówienia a nie oferty. Wartość oferty to kwota, jaką Zamawiający będzie zobowiązany ponieść w związku z realizacją zamówienia.

Bez znaczenia pozostaje także, że wezwanie do uzupełnienia oferty w tym zakresie nastąpiło po uprzednio dokonanej ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty, które następnie zostały w wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej unieważnione. Po pierwsze, zamawiający jest uprawniony w każdym czasie, zarówno z własnej inicjatywy, jak i na skutek sygnałów od innych podmiotów unieważnić własne czynności, w celu doprowadzenia ich do stanu zgodności z prawem. Istotne jest, że celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym wnioskować należy, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest bowiem wyrażona w art. 7 ust. 1 zasada

równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą, a wykluczenia z postępowania podmiotów nie spełniających warunków udziału w postępowaniu [art. 24 ust. 1 i 2 ustawy] oraz odrzucenia oferty w sytuacjach opisanych w art. 89 ust. 1 ustawy. Mimo więc, iż ustawodawca wprost nie wskazał w ustawie, że zamawiający może w każdym czasie, do zawarcia umowy, zweryfikować uprzednio podjęte wadliwe decyzje, to należy uprawnienie to wywieść z powołanych wyżej przepisów. W ocenie Izby zamawiający ma każdorazowo, dopóki nie zawrze umowy [nie udzieli zamówienia], prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą. Należy zatem uznać, że nie jest niedopuszczalne podejmowanie ponownie

KIO 2770/10 27

czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa, zamawiający utrzymałby je w mocy. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsiębioranych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami [vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1939/10]. Ta sama zasada równości powinna wyrażać się jednakowym traktowaniem wszystkich wykonawców w postępowaniu. Nie przesądzając zatem kwestii i nie poddając ocenie podniesionej w odwołaniu sprawy wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego zdolność finansową, czego – zgodnie z twierdzeniem Odwołującego – Zamawiający nie uczynił wobec innego, niewybranego w postępowaniu wykonawcy, podkreślić należało, iż Zamawiający powinien wskazaną regułę zastosować do wszystkich wykonawców. Powyższa kwestia nie została jednak podniesiona w aktualnie złożonym odwołaniu jako zarzut w odniesieniu do oferty tego wykonawcy, jak również we wcześniejszym odwołaniu (w sprawie KIO/2451/10), stąd należało argumentację w tym zakresie z jednej strony uznać za spóźnioną, z drugiej zaś nie podlegającą rozpoznaniu, wreszcie pozostającą bez wpływu na wynik tego postępowania.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w złożonej ofercie nie wykazano zdolności finansowej w wysokości wartości oferty.

Złożone na wezwanie Zamawiającego zaświadczenia z banków potwierdzające salda na rachunkach bankowych na dzień 23 listopada 2010r. na kwotę znacząco przewyższającą wartość oferty nie mogły także zostać uwzględnione, z uwagi na to że nie wystawiono ich *nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert* [Część II, rozdział I pkt 2 ppkt 4.4) oraz ppkt 5. 7) specyfikacji istotnych warunków zamówienia]. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie

KIO 2770/10 28

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.

Termin składania ofert upłynął w dniu 29 października 2010r. o godz. 10, podczas gdy wskazane zaświadczenia potwierdzają stan na dzień po terminie składania ofert to jest na dzień 23 listopada 2010r.

Podobnie nie mogło zostać uwzględnione zaświadczenie banku z dnia 27 października 2010r. złożone w zdaniu końcowym na rozprawie. Jak wskazano w pkt 1, części końcowej niniejszego uzasadnienia, wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy do wykonawcy, zaś w razie jego niewykazania, wykonawca może jednokrotnie, w terminie wskazanym przez Zamawiającego poprawić wadliwy dokument poprzez złożenie brakującego lub poprawnego dokumentu (art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Odwołujący nie

złożył właściwego dokumentu na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2010r. Naprawienie tego na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za niedopuszczalne. Dostrzec należy także sprzeczność w tym zakresie, jawiącą się w argumentacji zaprezentowanej przez Odwołującego na rozprawie, na okoliczność wyjaśnienia, dlaczego właściwego zaświadczenia nie złożono wcześniej, bezpośrednio do Zamawiającego, zgodnie z którą *procedura uzyskania zaświadczenia z banku trwa niekiedy długo - do dwóch tygodni; na moment składania oferty nie mógł złożyć wraz z ofertą odpowiedniego zaświadczenia*. Natomiast na pytanie, dlaczego nie złożono tego zaświadczenia w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego, tj. z 14 grudnia 2010r. Odwołujący wyjaśnił, iż wezwanie to Odwołujący otrzymał 15 grudnia 2010 r. późnym popołudniem i nie był w stanie stawić się na wezwanie Zamawiającego, na którą to okoliczność przedłożył pismo z którego wynika, że musiał w miejscowości poza Wałbrzychem stawić się na odbiór obiektu. Dostrzec trzeba jednak, że wskazane zaświadczenie z banku nosi datę wcześniejszą aniżeli nie tylko wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 grudnia 2010r, ale także wcześniejszą niż dzień składania ofert, nadto sygnalizowane przez Odwołującego okoliczności nie stały na przeszkodzie złożeniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2010r. zaświadczeń z dwóch innych banków wystawionych później [3 grudnia 2010r. i 26 listopada 2010r.].

W kontekście powyższego, ocenę Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnił postawionego warunku w zakresie zdolności finansowej należało uznać za właściwą, co zasadnie

KIO 2770/10 29

skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie potwierdziły się zatem stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozostałe naruszenia przepisów i zasad postępowania pozostawały bez wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238). Nie uwzględniono wniosku Przystępującego do postępowania odwoławczego o zasądzenie kosztów zastępstwa przez pełnomocnika w kwocie 7.200 zł. Stosownie bowiem do treści § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, do kosztów postępowania nie zalicza się kosztów wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjąwszy sytuację, gdy odwołanie zostało oddalone a zamawiający uwzględnił odwołanie, co do którego uwzględnienia złożył sprzeciw przystępujący po stronie zamawiającego [§ 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania].

Przewodniczący:

KIO 2770/10 30