

WYROK
z dnia 2 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 27 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 41, 40-282 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Bielsko-Biała, Urząd Miejski w Bielsku-Białej, Pl. Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała** protestu z dnia 13 sierpnia 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności badania ofert, oceny ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

1

-
- 2. Kosztami postępowania obciążyć Gminę Bielsko-Biała, Urząd Miejski w Bielsku-Białej, Pl. Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 41, 40-282 Katowice;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5 838 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset trzydzieści osiem złotych zero groszy) przez **Gminę Bielsko-Biała, Urząd Miejski w Bielsku-Białej, Pl. Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała** na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 41, 40-282 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów przejazdu;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 17 769 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 41, 40-282 Katowice.**

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Bielsko-Biała, Urząd Miejski w Bielsku-Białej wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja pływalni START przy ul. Startowej w Bielsku Białej”. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp.

26.05.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 99-143370.

06.08.2009 r. zamawiający zawiadomił w szczególności o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Bielsko-Biała;

2

- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy konsorcjum Tiwwal Sp. z o.o. z Warszawy i Holma Sp. z o.o. ze Starych Babic ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; wykonawca stwierdził, że nie zamierza wykonać całości robót własnymi siłami i nie zamieścił w ofercie informacji o częściach zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom.

13.08.2009 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” Sp. z o.o. z Katowic wniósł protest na, to że zamawiający naruszył postanowienia: art. 22 ust. 2, art. 7 ust. 1 art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 46, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Protestujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu przez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) wykluczenie Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, względnie
- 4) odrzucenie oferty Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej.

Argumentacja protestującego:

I. Zgodnie z postanowieniami części V pkt 2 specyfikacji „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” wykonawca powinien wykazać wykonanie w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonanie: jednej budowy (w tym odbudowy, rozbudowy) krytej pływalni lub kąpieliska otwartego z niecką ze stali nierdzewnej o długości min. 25 m i z technologią uzdatniania wody basenowej o łącznej wartości brutto min. 9 mln zł. Ocena spełnienia warunku – na podstawie dokumentów, o których mowa w części VI ust. II pkt 6 i 7 specyfikacji.

Przywołane wyżej postanowienie części VI ust. II pkt 6 specyfikacji stanowi, iż wykonawca ma złożyć wykaz zrealizowanych takich robót z podaniem ich wartości, zakresu robót oraz daty i miejsca wykonania.

Również tak stanowi w pismo zamawiającego z 08.06.2009 r. znak: IN-IIIj341-23/2222-219/2009/KS, stanowiącym odpowiedzi na pytania wykonawców związane z treścią specyfikacji; zamawiający uzna wykonanie budowy (w tym odbudowy, rozbudowy) kąpieliska otwartego z niecką basenu oraz brodzika ze stali nierdzewnej o kształtach nieregularnych i powierzchni lustra wody: basen ponad 1 000 m², brodzik ponad 60 m².

3

śadna z czterech zamieszczonych w „Wykazie robót wykonawcy” realizacji wykonawcy Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. śadna z nich nie dotyczy budowy (w tym odbudowy, rozbudowy) krytej pływalni lub kąpieliska otwartego z niecką ze stali nierdzewnej o długości min. 25 m i z technologią uzdatniania wody basenowej o łącznej wartości brutto min. 9 mln zł. Z treści listu referencyjnego z 02.07.2008 r. wystawionego przez Aqua S.A. w Bielsku-Białej wynika, iż wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej wykonał w okresie od listopada 2005 r. do sierpnia 2006 r. w systemie generalnego wykonawstwa („pod klucz”) zadanie inwestycyjne pn.: „Przebudowa istniejącego obiektu technicznego i adaptacja na kryty basen miejski z zapleczem rekreacyjnym przy ul. Langiewicza w Bielsku-Białej.”.

W wyniku uzupełnienia oferty wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. zmienił w „Wykazie robót wykonawcy” nazwę inwestycji na „Rozbudowa obiektu technicznego i adaptacja na kryty basen miejski z zapleczem rekreacyjnym łącznie z dostawą i montażem niecek basenowych ze stali nierdzewnej –

niecka basenu sportowego o wymiarach 25,00 m x 12,50 m oraz technologią uzdatniania wody przy ul. Langiewicza w Bielsku-Białej". Wykonawca poinformował w piśmie TMP/500/2009, że „inwestycja polegała na adaptacji i rozbudowie istniejącego budynku technologicznego na potrzeby pływalni miejskiej wraz z dobudową części rekreacyjnej” oraz załączył opracowanie (opis techniczny) z projektu budowlanego Pracowni Projektowej Arkon. Na stronie tytułowej opisu P.P. Arkon widnieje nazwa obiektu: „Opracowanie końcowe projektu przebudowy istniejącego obiektu technicznego i adaptacji na kryty basen miejski z zapleczem rekreacyjnym”. W punkcie 3 „Opis projektowanego rozwiązania” tego opracowania figuruje informacja, iż celem projektowanego rozwiązania jest adaptacja i rozbudowa istniejącego budynku technologicznego na potrzeby krytej pływalni.

Przebudowa istniejącego obiektu technicznego i adaptacja na kryty basen miejski z zapleczem rekreacyjnym przy ul. Langiewicza w Bielsku-Białej nie spełnia wymogu stawianego przez zamawiającego w specyfikacji.

Przebudowa i adaptacja budynku technicznego czy też adaptacja i rozbudowa budynku technicznego (technologicznego) nie jest budową (odbudową, rozbudową) krytej pływalni.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane – ilekroć w ustawie jest mowa o budowie to należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Z kolei pojęcie przebudowy zostało zdefiniowane w pkt 7a ww. ustawy. I tak przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura,

4

powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Z powyższych definicji jednoznacznie wynika, iż oba pojęcia nie są ze sobą tożsame. Również „budynek techniczny” i „kryta pływalnia” lub „kąpielisko otwarte” to całkowicie różne obiekty.

W związku z powyższym należy uznać, iż wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. nie spełnił wymogu specyfikacji w tym zakresie, ponieważ wykonawca miał wykazać się wykonaniem robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonanie: jednej budowy (w tym odbudowy, rozbudowy) krytej pływalni lub kąpieliska otwartego z niecką ze stali nierdzewnej o długości min. 25 m i z technologią uzdatniania wody basenowej o łącznej wartości brutto min. 9 mln zł.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z roku 2006, II SA/Bk 428/2006, wskazuje, iż: „Adaptacja to przystosowanie budynku do innego użytku, do nowych potrzeb, przerobienie dla nadania innego charakteru. Rozbudowa to powiększenie, rozszerzenie budowli, obszaru już zabudowanego, dobudowanie nowych elementów. Formy te wymagają związku z obiektem istniejącym.”. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 29 stycznia 2008 r., II SA/Rz 596/2007, Sąd wskazał, iż: „Dobudowanie, czy rozbudowanie polega na wykonaniu nowej części przy obiekcie poprzednio istniejącym i różni się również w języku potocznym od pojęcia „Przebudowania obiektu”. Przebudowanie – w świetle ustawy Prawo budowlane – dotyczy obiektu istniejącego i polega na zmianie jego z parametrów technicznych lub użytkowych bez zmian kubatury, powierzchni, wysokości, długości, szerokości lub liczby kondygnacji.”.

W świetle powyższego wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. nie spełnia warunku określonego w części V pkt 2 specyfikacji. Tym samym oferta ta powinna być odrzucona.

II. W części XII pkt 1 i pkt 4 specyfikacji, zamawiający żądał od wykonawców, aby w przypadku powierzenia części robót podwykonawcom roboty te zostały skalkulowane odrębnie i należało podać ich wartości.

W wykazie robót realizowanych przez podwykonawców Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej z dnia 09.07.2009 r. brak jest wskazania wartości tych zakresów robót. Tym samym wykonawca ten nie spełnił wymogów stawianych przez zamawiającego w specyfikacji w tym zakresie.

W związku z powyższym oferta wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. powinna być odrzucona.

III. Zgodnie z postanowieniami części V pkt 4 lit. b specyfikacji wykonawcy powinni wykazać się dysponowaniem kierownikami robót posiadającymi uprawnienia budowlane do

kierowania robotami lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów w specjalności: (1) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i

5

urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych lub kanalizacyjnych; (2) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych; posiadającymi co najmniej 3-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami (jako kierownik budowy lub kierownik robót) w swojej specjalności, należącymi do OIB i posiadającymi wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej.

Z kolei w „wykazie osób przeznaczonych do realizacji zadania” wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z 06.07.2009 r. w pkt 3, a także w uzupełnionym wykazie z 03.08.2009r. w pkt 3 wskazany został kierownik robót instalacje elektryczne Pan Filip M.

Jednakże z załączonej do oferty decyzji w zakresie przygotowania zawodowego Pana Filipa M. wynika, iż posiada on jedynie przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych, upoważniające do: 1) sporządzania projektów instalacji elektrycznych, 2) w budownictwie osób fizycznych – do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego instalacji elektrycznych. Z całą pewnością przedmiotu postępowania nie można zakwalifikować do budownictwa osób fizycznych, zatem z przedmiotowej decyzji nie wynika, aby Pan Filip M. posiadał uprawnienia do kierowania robotami zgodnie z cz. V pkt 4 lit. b specyfikacji.

Tym samym również w tym zakresie wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. nie spełnił wymogów określonych przez zamawiającego w specyfikacji.

IV. Oświadczenia podwykonawców wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. dotyczące udostępnienia kierowników robót elektrycznych i sanitarnych nie odnoszą się do konkretnych osób.

I tak z oświadczenia Elektroteam Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie wynika jedynie, że Elektroteam posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, udostępni osoby (w tym kierownika robót) zdolne do realizacji następującego zakresu: instalacje elektryczne wraz z zasilaniem placu budowy.

Takie oświadczenie wywołuje określone skutki prawne jedynie w przypadku wskazania konkretnej osoby fizycznej z imienia i nazwiska oraz wskazania wykształcenia tej osoby wraz z zakresem uprawnień zawodowych.

Brak tych danych skutkuje tym, iż dany wykonawca nie spełnił wymogów specyfikacji i jego oferta winna zostać odrzucona.

V. Dołączona do oferty przez Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. gwarancja wadialna nr 86200-02-0030848 z dnia 1 lipca 2009 r., wystawiona przez

6

Bank Milenium S.A. z siedzibą w Warszawie: nie wskazuje pełnej nazwy zadania inwestycyjnego; nie jest zgodna z postanowieniami części VIII pkt 4 specyfikacji.

Z gwarancji wadialnej musi jednoznacznie wynikać, że obejmuje ona swoim zakresem podmiot będący wykonawcą oraz konkretne zadanie inwestycyjne. Jeżeli zatem w gwarancji nie podano pełnej nazwy przedmiotu postępowania to taka gwarancja dotknięta jest wadą, która nie może być szanowana.

Brak wskazania nazwy przedmiotu postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w gwarancji wadialnej może doprowadzić do sytuacji, że gwarant nie wypłaci beneficjentowi środków z tejże gwarancji, ponieważ brak jest tożsamości w do określeniu przedmiotu postępowania.

Zgodnie z postanowieniami Części VIII pkt 4 specyfikacji – gwarancja zapłaty wadium winna być bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie, oraz powinna podlegać prawu polskiemu i być realizowana w Polsce. Ponadto zamawiający nadmieniał w treści specyfikacji, iż nie wyraża zgody, aby żądanie zapłaty musiało być przekazane za pośrednictwem banku

prowadzącego rachunek beneficjenta gwarancji.

Jednakże na drugiej stronie gwarancji wadialnej Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej widnieje postanowienie, iż niezależnie od sposobu przekazania Gwarantowi roszczenia, do żądania zapłaty i oświadczenia Beneficjenta musi zostać dołączone potwierdzenie banku Beneficjenta stwierdzające, że podpisy na ww. dokumentach zostały złożone przez osoby upoważnione do reprezentowania Beneficjenta.

W dalszej części treści gwarancji wadialnej widnieje następujące postanowienie: „Złożenie żądania zapłaty oraz Oświadczenia Beneficjenta niezgodnie z postanowieniami Gwarancji albo brak potwierdzenia banku Beneficjenta, o którym mowa powyżej, stanowią podstawę do odmowy przez Gwaranta wypłaty żądanej przez Beneficjenta kwoty.”.

Stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Gwarancja jest bezwarunkowa, gdy wypłata uzależniona jest od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, iż osoba, za którą bank udzielił gwarancji, nie wywiązała się z zobowiązań wobec beneficjenta. Na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych wypowiedział się w tym duchu Sąd Okręgowy w wyroku z 29 lipca 2002 r., V Pi 1087/2002, wskazując, wprawdzie na przykładzie gwarancji

7

ubezpieczeniowej wadialnej, iż wymóg pisemnego potwierdzenia okoliczności objętych treścią gwarancji należy traktować jako wyłącznie wymóg formalny pisemnego wezwania do zapłaty.

Wynika stąd, iż nie stanowi gwarancji wadialnej, bezwarunkowej ten rodzaj gwarancji, który uzależnia wypłatę od przedłożenia wraz z żądaniem zapłaty innych dokumentów niż oświadczenia beneficjenta o wystąpieniu zabezpieczonego gwarancją zdarzenia.

Z kolei z treści gwarancji wadialnej (napis na drugiej stronie) złożonej przez Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej wynika także, iż: „Przelew wierzytelności wynikający z Gwarancji wymaga uprzedniej pisemnej zgody Gwaranta”. Przy takich postanowieniach nie można w żaden sposób uznać, iż gwarancja wadialna przedłożona przez Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej jest bezwarunkowa, wręcz przeciwnie wypłata świadczenia z tej gwarancji jest uzależniona od spełnienia warunków określonych w treści gwarancji.

Powyższe potwierdza również następujące postanowienie: „Do wniosku o wyrażenie zgody na przelew wierzytelności wynikających z gwarancji musi być dołączone:

- 1) pisemne oświadczenie cedenta stwierdzające, że przelew wierzytelności wynikających z Gwarancji zostanie dokonany wraz z przelewem wierzytelności zabezpieczonej Gwarancją, lub
- 2) wzór umowy przelewu wierzytelności wynikających z Gwarancji oraz
- 3) wzór umowy przelewu wierzytelności zabezpieczonej Gwarancją, chyba, że umowa będzie wymagana zgodnie z treścią wzoru umowy przelewu wierzytelności wynikających z Gwarancji.

Znaczenie klauzuli „na pierwsze żądanie” skutkuje tym, iż gwarant nie może żądać dodatkowych dowodów poświadczających zrealizowanie się zabezpieczonego rezultatu. Odnosząc to twierdzenie do układu stosunków prawnych funkcjonujących w postępowaniu o zamówienie publiczne, stwierdzić należy, iż bank, udzielając przedmiotowej gwarancji, nie będzie mógł podnieść zarzutu, iż zamawiający nie udowodnił, że wykonawca rzeczywiście uchylił się od zawarcia umowy w sytuacji objętej zakresem art. 46 ust. 5 Pzp. W dotychczasowym orzecznictwie arbitrażowym dominuje stanowisko, że gwarancja bankowa powinna być gwarancją bezwarunkową z klauzulą na „pierwsze żądanie”. Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 23 stycznia 2006 r., UZP/ZO/0-125/06, stwierdził, iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą w sposób taki, by przedłożone środki pieniężne były postawione do dyspozycji zamawiającego w sposób bezwarunkowy. Dotyczy to również gwarancji

bankowej, która winna być również bezwarunkowa (zwana też gwarancją na pierwsze żądanie). Zamieszczenie w treści gwarancji bankowej klauzuli „na pierwsze żądanie” oznacza m. in. iż wymagalność tego świadczenia powstaje po wezwaniu gwaranta

8

„żądaniem zapłaty” – wystosowanym przez beneficjenta, bez konieczności spełniania dodatkowych przesłanek, poza zgłoszeniem żądania zapłaty.

Tak jednak nie jest jeżeli chodzi o gwarancję złożoną przez Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej.

Wadium może być złożone wyłącznie w formie tzw. gwarancji nieodwołalnej. Gwarancja powinna mieć postać gwarancji bezwarunkowej, tj. gwarancji „na pierwsze żądanie”. W literaturze oraz judykaturze dotyczącej gwarancji bankowej podkreśla się, iż cechą gwarancji wyróżniającą tę instytucję od poręczenia jest niemożność podnoszenia zarzutów ze stosunku podstawowego będącego przedmiotem zabezpieczenia. Wchodzą tu w grę zarzuty istnienia i ważności zobowiązania dłużnika w stosunku podstawowym, jak również zarzuty zmierzające do wykazania, że zabezpieczony gwarancją rezultat w rzeczywistości nie zaistniał. Za stosunek podstawowy należy uznać stosunek przetargowy (prawny stosunek zabezpieczenia), natomiast zabezpieczony rezultat to zdarzenie polegające na "uchyleniu się od zawarcia umowy" w zakresie opisanym w art. 46 ust. 5 Pzp. Przyjmując przedstawiony pogląd, gwarant nie posiada co do zasady uprawnienia do kwestionowania ważności wszczętego postępowania o zamówienie publiczne ani do podnoszenia zarzutu, iż zabezpieczony rezultat rzeczywiście nie nastąpił, tj. wykonawca nie uchylił się od zawarcia umowy.

Zgodnie z tezą drugą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2009-01-20, KIO/UZP 19/09, „Gwarancja bankowa w swej treści powinna określać warunki, których zaistnienie spowoduje powstanie po stronie banku obowiązku zapłaty. W postępowaniu o zamówienie publiczne warunki te zostały określone przepisami Pzp tj. art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 pkt 1-3 Pzp. Nie ma wymogu ścisłego cytowania tych przepisów, określenie warunków może nastąpić przez opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa te warunki określających, czy też przez wskazanie, że bank zapłaci na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Wskazanie warunków musi być na tyle precyzyjne, aby nie budzić wątpliwości beneficjenta gwarancji, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji.

W świetle powyższego należy wskazać, iż gwarancja wadium przedłożona przez Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej nie spełnia wymogów stawianych przez zamawiającego w specyfikacji w związku z powyższym Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej winno być wykluczone na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ponieważ nie wniesiono gwarancji wadium na zasadach określonych w specyfikacji. Takie stanowisko potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z 8 września 2006 r., UZP/ZO/0-2448/06. Brak w ofercie wymaganego dokumentu, którego celem było potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje ten skutek prawny, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, wykonawca winien być wykluczony z

9

przedmiotowego postępowania, a jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

VI. Zgodnie z postanowieniami Części VI ust. 1 pkt 2 specyfikacji w kosztorysie ofertowym sporządzonym w oparciu o dokumentację projektową, przedmiary robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, obejmujący wycenę poszczególnych elementów zamówienia z cenami jednostkowymi i wyszczególnieniem składników ceny (w szczególności rg, kp, zysk itp.) i cenę oferty. Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej w żadnym z kosztorysów nie wskazało rg. Tym samym Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej nie spełniło wymogów stawianych przez zamawiającego w specyfikacji w tym zakresie. W związku z powyższym oferta ww. wykonawcy powinna być odrzucona.

VII. Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 7, zawartą w piśmie Zamawiającego z 03.07.2009 r. znak: IN-III/341-23/2222-219/2009/KS – dotyczącą

przedmiaru „Zbiorniki przelewowe” (Pytanie: Czy do wyceny należy przyjąć beton wodoszczelny?) Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Jednakże z kosztorysu ofertowego Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej Bielski nie wynika, iż taki właśnie beton został przyjęty.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny prawa oraz orzecznictwa arbitrażowego i sądów powszechnych w zakresie roli wyjaśnień zamawiającego udzielanych w trybie art. 38 Pzp – wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do specyfikacji stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania specyfikacji (patrz teza wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r. o sygn. akt. V ca 1311/02).

Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na zapytania stanowią modyfikację specyfikacji (ZA z 5.08.2004 sygn. akt UZP/ZO/0-12Q6/04, wyrok ZA z 5.08.2004r., sygn. akt UZP/ZO/0-1207/04, wyrok ZA z 18.01.2005r., sygn. akt UZP/ZO/0-41/05). W związku z powyższym odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 7 stanowi taką modyfikację. Wykonawca, jako podmiot profesjonalny, który ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, powinien dolożyć wszelkich starań, aby jego oferta była zgodna z wszelkimi wymogami, wskazanymi przez Zamawiającego.

W sprawie fundamentalne znaczenie ma też teza wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 27 stycznia 2006 r., UZP/ZO/0-203/06, w którym ZA uznał, iż zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem, warunki zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia mogą być korygowane lub zmieniane w drodze zadawanych zamawiającemu pytań.

10

Tym samym złożenie oferty nie uwzględniającej dokonanej przez zamawiającego specyfikacji powoduje konieczność odrzucenia oferty. Powyższe stanowisko w pełni potwierdza teza wyroku Zespołu Arbitrów z 19 lipca 2006, UZP/ZO/0-2066/06: „Złożenie oferty nie uwzględniającej dokonanej przez zamawiającego zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje konieczność zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę. Jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji.”.

W sprawie należy także przywołać tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 14 stycznia 2008 r., KIO/UZP/61/07: „Na gruncie brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp fakt, iż koszt wycenianej pozycji był niewielki i nie miał znaczenia dla kształtowania się ceny, nie może zostać uznany za słuszny, ponieważ ustawa Prawo zamówień publicznych nie uzależnia odrzucenia oferty od >>istotności<< błędu wykonawcy dla złożonej oferty i jej ceny.”.

Zamawiający nie może przecież domniemywać, że usługa zostanie wykonana w całości. Stosownie do art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy – w wypadku wyboru złożonej przez niego oferty jest tożsamy z zobowiązaniem zawartym w ofercie. Stąd ze wszech miar uzasadnionym wydaje się żądanie rygorystycznego przestrzegania zgodności oferty ze specyfikacją.

Tym samym Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej winno się do tej odpowiedzi, jako wiążącej dostosować i wskazać w kosztorysie beton wodoszczelny, czego nie uczyniło. W związku z powyższym również w tym przypadku naruszono postanowienia specyfikacji.

W tym stanie rzeczy oferta ww. wykonawcy winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Protestujący podnosi, iż te same wywody mają zastosowanie do wszystkich zarzutów podniesionych w proteście.

VIII. W kosztorysie Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej – „Budynek technologiczny” w poz. 7 brak krotności 2.

IX. W kosztorysie Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej – „Branża elektryczna” w poz. 3 brak krotności 2.

X. W kosztorysie Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej – „Budynek szatniowy” w poz. 22 i 23 jest przyjęty materiał SOPRO OS423, a zgodnie z przedmiarem robót powinno być SOPRO OS 422.

XI. Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej w opisach pozycji kosztorysowych zastosowało opisy niezgodne z przedmiarami i tak :

a) "Branża elektryczna"

- w pozycjach 17,18,20,21,22 i 23 podano jedynie "kable" i nie wskazano ich typów.
- w pozycjach 30-35 wskazano złącza, tablice, układ pomiarowy -nie podano ich typów.
- w poz. 30 ma być "mechaniczne wykucie" -jest "wykucie"

11

- w poz. 66-75 wskazano kable bez podania ich typów,
- w poz. 98-103 wskazano oprawy bez podania ich typów,
- w poz. 105-107, 109, 110 wskazano oprawy bez podania ich typów, itd.

b)" Wewnętrzne instalacje wod-kan"

- w poz. 9-11 nie wskazano konkretnych zaworów wymienionych w przedmiarze,
- w poz. 24-37 nie wskazano konkretnych typów umywalek, baterii itp.,

De facto żaden kosztorys ofertowy branży elektrycznej, sanitarnej i wentylacyjnej przygotowany przez Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej nie odpowiada pełnemu opisowi zawartemu w przedmiarach robót. Tym samym nie jest wiadome, czy oferta ww. Firmy jest tożsama z przedmiotem zamówienia opisanym w SIWZ i Innych dokumentach opracowanych przez zamawiającego.

Protestujący pragnie przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 299/08, w którym Izba uznała, iż z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, arbitralna ocena, które z postanowień specyfikacji są wiążące dla wykonawców, a od których mogą oni odstąpić, jest niedopuszczalna. Wszystkie złożone oferty powinny być oceniane przy zastosowaniu tych samych kryteriów ich zgodności ze specyfikacją. Jeśli zamawiający uznaje jakiś parametr urządzenia za nieistotny, nie powinien go umieszczać w specyfikacji jako wymagany, natomiast w przypadku umieszczenia go jako wymogu, nie tylko wykonawcy składając oferty, ale zwłaszcza zamawiający przy badaniu zgodności tych ofert z treścią specyfikacji jest swoim postanowieniem związany.

Protestujący podnosi, iż zgodnie z orzecznictwem ZA jak i również orzecznictwem KIO oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka oferta, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Ponadto niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją.

Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, gdyż została sporządzona niezgodnie z jej postanowieniami (wyrok Zespołu Arbitrów z 1 września 2006 r., UZP/ZO/0-2414/06). Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 grudnia 2007 r., KIO/UZP/1400/07 stwierdzono, iż niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w specyfikacji. Nie dotyczy zatem formy, w jakiej te wymagania zostały spełnione przez wykonawcę. Brak zatem wskazania szczegółowych opisów danych

12

pozycji kosztorysowych powoduje, iż brak jest gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji.

Podnieść bowiem należy, iż podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują oferty.

W wyroku Zespołu Arbitrów z 28 czerwca 2006 r., UZP/ZO/O-1812/06, Zespół uznał, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinna zawierać istotne dla Zamawiającego postanowienia, zaś wykonawcy mają obowiązek się do nich stosować.

W wyroku z 23 sierpnia 2006 r. UZP/ZO/O-2317/06 Zespół Arbitrów orzekł, iż uczestnicząc w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy zobowiązani są do rygorystycznego przestrzegania specyfikacji i każde pominięcie w treści

złożonej oferty dokumentu czy też oświadczenia skutkować musi dla nich niekorzystnie.

Protestujący przywołał też wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 maja 2007 r., UZP/ZO/0-562/07, w którym Zespół uznał, iż postanowienia niekwestionowanej przez wykonawców, i nie pozostającej w sprzeczności z prawem specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiążą tak samego Zamawiającego jak i wykonawców.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jest to rozwiązanie, jakie wskazuje art. 70 i § 4 Kc, zgodnie z którym: „Organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są zobowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu”. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to specyfikacja można uznać za warunki przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w specyfikacji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji – co ma miejsce w rozpoznawanej sprawie.

Tolerując błędy podniesione w proteście, zamawiający narusza zasady równego traktowania uczestników postępowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, o których mowa w art. 7 Pzp.

Art. 7 ustawy PZP ugruntowuje generalne zasady systemu zamówień publicznych w Polsce, zasadę uczciwej konkurencji oraz równości. Wszyscy bowiem uczestnicy

13

postępowania przetargowego powinni być traktowani na równych prawach przez Zamawiającego w toku całego postępowania. W szczególności istotne to jest w trakcie merytorycznej oceny treści złożonych ofert. Wybiórcze stawianie wymagań jedynie w stosunku do niektórych oferentów, a poniechanie tego w stosunku do innych jest nierównym traktowaniem oferentów i stanowi rażące naruszenie ww. zasady równości. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów oraz KIO.

Protestujący podnosi, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, 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 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.

Z uwagi na to, iż oferta Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej podlega odrzuceniu, chociażby z powodu braku spełnienia warunku określonego w Części V pkt 2 specyfikacji tj. wykonanie: jednej budowy (w tym odbudowy, rozbudowy) krytej pływalni lub kąpieliska otwartego z niecką ze stali nierdzewnej o długości min. 25 m i z technologią uzdatniania wody basenowej – o łącznej wartości brutto min. 9 mln zł, braku prawidłowej gwarancji wadialnej, braku właściwych opisów w kosztorysach branżowych – zamawiający może zaniechać wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, o których mowa w punktach II, III, i IV protestu.

14.08. 2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu protestu.

17.08. 2009 r. wykonawca BPBP S.A. złożył do zamawiającego pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

18.08.2009 r. wykonawca PBOiUT „ŚLĄSK” Sp. z o.o. złożył pismo informujące o zaniechaniu przekazania przez wykonawcę konsorcjum TWWAL informacji o przystąpieniu do protestu i dlatego przystąpienie powinno zostać odrzucone w całości.

14

27.08.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

I. Zgodnie z postanowieniami Części V pkt 2 specyfikacji – Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków – spełnieniem warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia było wykonanie w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonanie: jednej budowy (w tym odbudowy, rozbudowy) krytej pływalni lub kąpieliska otwartego z niecką ze stali nierdzewnej o długości min. 25m i z technologią uzdatniania wody basenowej o łącznej wartości brutto min. 9 mln zł. Faktem jest, że wykonawca w wykazie zrealizowanych robót wykazał najpierw zrealizowane zadanie o nazwie „Przebudowa istniejącego obiektu technicznego i adaptacja na kryty basen miejski z zapleczem rekreacyjnym przy ul. Langiewicza w Bielsku-Białej”. Nazwę tę następnie zmienił na „Rozbudowa obiektu technicznego i adaptacja na kryty basen miejski z zapleczem rekreacyjnym łącznie z dostawą i montażem niecek basenowych ze stali nierdzewnej ...”, na skutek żądania zamawiającego uzupełnienia oferty (z 30.07.2009 r.) dołączając jednocześnie część opisową projektów, na podstawie których realizowane były roboty. Oceniając oferty zamawiający wyszedł z założenia, że wykonawca nie miał wpływu na nadaną przez inwestora lub projektanta nazwę zadania inwestycyjnego AQUA S.A. (miejska spółka wodociągowa w Bielsku-Białej), właściciel budynku technicznego, nazwał zadanie przebudową -właściwie ze swojego punktu widzenia, choć niezgodnie z definicją przebudowy zawartą w ustawie Prawo budowlane i rzeczywistym zakresem wykonywanych robót. Dlatego też wykonawca posłużył się tą nazwą. Faktyczny zakres robót określała dokumentacja projektowa, z której wynika, że Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego wybudowało kryty basen. Wprawdzie wszystkie urządzenia, technologia, instalacje itp. umieszczone zostały w rozbudowanym (zgodnie z definicją rozbudowy zawartą w ustawie Prawo budowlane) budynku technicznym ,to należy zwrócić uwagę, że warunek udziału w przetargu dopuszczał również budowę kąpieliska otwartego, czyli bez dużego obiektu kubaturowego. Zamawiający, wybierając ofertę BPBP S.A. jest przekonany, że firma wykazała się dostatecznym doświadczeniem w realizacji robót budowlanych swoim robotom przedmiot odpowiadających rodzajem budowlanym stanowiącym zamówienia. Tym samym zamawiający oddala protest w części oznaczonej numerem I.

II. Zamawiający odrzuca zarzut postawiony w proteście w części oznaczonej numerem II. Wszystkie roboty przewidziane do wykonania w ramach niniejszego zamówienia zostały skalkulowane w kosztorysie ofertowym, z którego łatwo można odczytać wartość poszczególnych rodzajów robót. Ponadto zestawienie wartości poszczególnych rodzajów

15

robót podane zostało w tabelach na stronie 002 i na stronie 0059 oferty Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego.

III. W związku z zarzutem postawionym w części III protestu zamawiający wyjaśnia, że osoba inż. Filipa M. jest znana zamawiającemu z wielu zadań inwestycyjnych i remontowych, przy realizacji których pełnił on funkcję kierownika robót oraz wielu przetargów, do których dołączone były kopie uprawnień zarówno projektowych jak i wykonawczych pana M. (np. w przetargu na przebudowę stołówki w Zespole Szkół Samochodowych i Ogólnokształcących dla potrzeb Zespołu Szkół Gastronomicznych i Handlowych w maju br., czy do przetargu ogłoszonego przez Gminę Bielsko-Biała na modernizację budynku żłobka, w którym otwarcie ofert nastąpiło w dniu 17.06 br.). W załączeniu do protestu BPBP S.A. dołączyło stosowne dokumenty potwierdzające, że dysponowało osobą posiadającą wymagane uprawnienia.

IV. Odpowiadając na zarzut postawiony w Części IV zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z Częścią V, punkt 4 specyfikacji spełnieniem warunku udziału w przetargu było dysponowanie

m.in. "... kierownikami robót posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami lub odpowiadające im uprawnienia wydane a podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – w specjalności:

- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych lub kanalizacyjnych;
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych..."

Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. wskazało w „Wykazie osób przeznaczonych do realizacji zadania”, które z wykazanych osób (kierowników robót) będą pracownikami podwykonawców, a podwykonawcy oświadczyli, że udostępnią pracowników (w tym kierownika robót odpowiedniej branży). Nie ma zatem wątpliwości, że to właśnie tymi osobami będzie dysponował wykonawca, czyli BPBP S.A. Postawiony przez protestującego zarzut należy zatem odrzucić jako bezzasadny.

V. Zamawiający odrzuca również zarzuty postawione w części V protestu. Przedmiot zamówienia określony na pierwszej stronie specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiada nazwie podanej w gwarancji wadialnej. Nie ma też w dostarczonej gwarancji postanowienia, że żądanie zapłaty musi być złożone za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek beneficjenta gwarancji. Wymóg potwierdzenia przez bank podpisów osób upoważnionych do reprezentowania beneficjenta gwarancji jest powszechnie stosowany i akceptowany. Postanowienia dotyczące przelewu wierzytelności wynikających z gwarancji nie ograniczają możliwości skorzystania z gwarancji wprost przez jej beneficjenta.

VI. Zamawiający w części VI ust. 1 pkt 5 specyfikacji określił, że w kosztorysie ofertowym sporządzonym na podstawie dokumentacji projektowej, przedmiarów robót i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych należy podać wycenę poszczególnych

16

elementów zamówienia z cenami jednostkowymi i wyszczególnieniem składników ceny (w szczególności -rg, -kp, -zysk itp.). BPBP S.A. w poszczególnych kosztorysach ofertowych nie wskazało -rg, jednakże w załączonym do oferty „Zbiorczym zestawieniu kosztorysów BPBP S.A. Kąpielisko otwarte START, Bielsko-Biała” (strona 0059), poprzedzającym kosztorysy ofertowe, określiło składniki cenotwórcze dla powyższej inwestycji, tj. podało „R=12 zł/r-g” dla wszystkich kosztorysów oraz zamieściło informację, że „pozostałe narzuty zgodne z przedstawionymi w poszczególnych kosztorysach”. W związku z powyższym nie można stwierdzić, że BPBP S.A. nie spełniło wymogów stawianych przez Zamawiającego w specyfikacji w tym zakresie.

VII. 03.07.2009 r. zamawiający zmodyfikował (doprecyzował) treść specyfikacji udzielając odpowiedzi na zapytanie wykonawcy dotyczące przedmiaru „Zbiorniki przelewowe”: czy do wyceny należy przyjąć beton wodoszczelny. Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej („Tak”), nie narzucając formy treści pozycji zawierających beton, jak to uczynił w kilku innych odpowiedziach na zapytania wykonawców. W związku z tym nie można wyciągać konsekwencji wobec Wykonawcy, który nie zawarł odpowiedniej adnotacji w opisach pozycji kosztorysu ofertowego „Zbiorniki przelewowe”, w których występuje beton i traktować braku w opisie pozycji kosztorysowej, o zastosowaniu betonu wodoszczelnego, jako niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca składając ofertę podpisał oświadczenie, że zapoznał się z warunkami przetargu zawartymi w specyfikacji wraz z załącznikami i przyjmuje te warunki bez zastrzeżeń. Odpowiedzi na zapytania stanowią integralną część specyfikacji. W związku z tym zamawiający przyjął, że wykonawca zastosował materiał wymagany przez zamawiającego. Jednocześnie z ostrożności zamawiający porównał ceny w odpowiednich pozycjach przyjętych przez BPBP S.A. z odpowiadającymi im cenami przyjętymi w kolejnych dwóch droższych ofertach (PBOiUT „Śląsk” Sp. z o.o. oraz konsorcjum firm PBO „Beskid-Holding” Sp. z o.o. i PBO „Beskid VI” Sp. z o.o.), które umieściły adnotacje w opisach pozycji o zastosowaniu betonu wodoszczelnego. Z porównań tych wynika, że łączna wartość pozycji kosztorysu ofertowego „Zbiorniki przelewowe”, w których występuje beton w przypadku oferty BPBP S.A. (35 945,22 zł) jest wyższa od porównywanych ofert (PBOiUT „Śląsk” Sp. z o.o. – 35 144,90 zł, konsorcjum firm PBO „Beskid-Holding” Sp. z o.o. i PBO „Beskid VI” Sp. z o.o. – 33 782,96 zł), co eliminuje wszelkie wątpliwości co do zastosowania wymaganego betonu, czyli betonu wodoszczelnego.

VIII, IX. Zamawiający przeanalizował i porównał wartości poz. 7 kosztorysu ofertowego

„Budynek technologiczny” (17 328,93 zł) oraz poz. 3 kosztorysu ofertowego „Branża elektryczna” (331,78 zł) w ofercie BPBP S.A. (nie zawierające w opisie pozycji informacji o zastosowaniu w nich krotności 2) z odpowiadającymi im pozycjami kosztorysowymi w innych ofertach (posiadających takie adnotacje). Wartości te są porównywalne (poz. 7 – 18 528,11

17

zł; 18 975,69 zł; 21 112,25 zł;) w większości, a nawet niższe (poz. 3 – 152,59 zł; 121,30 zł; 126,62 zł), co pozwala stwierdzić, że BPBP S.A. uwzględniło tę krotność w ww. pozycjach kosztorysowych pomimo braku odpowiedniej adnotacji w opisie pozycji kosztorysowej. *Nota bene*, fakt ten potwierdziło BPBP S.A. przyłączając się do protestu po stronie Zamawiającego.

X. Protestujący zarzuca, że w wybranej ofercie wykonawca przyjął w poz. 22 i 23 kosztorysu ofertowego „Budynek szatniowy” materiały niezgodne z przedmiarem robót (lest SOPRO OS 423, powinno być SOPRO OS 422). Zamawiający uznaje ten zarzut za bezzasadny, ponieważ na rynku nie występuje zaprawa uszczelniająca o nazwie SOPRO OS 423 i w związku z tym Zamawiający nie potraktował tego jako sprzeczności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

XI. Zamawiający, stosując zasadę równego traktowania oraz reguły wykładni oświadczenia woli, przyjął, że wszyscy wykonawcy, zgodnie z oświadczeniem zawartym na formularzu ofertowym, przyjęli warunki zawarte w specyfikacji i załącznikach oraz zobowiązali się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, przedmiarami robót i specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, gdzie wszystkie materiały i roboty zostały precyzyjnie i dokładnie opisane.

04.09.2009 r. wykonawca PBOiUT „ŚLĄSK” Sp. z o.o. złożył odwołanie od oddalenia protestu argumentując, jak w proteście, poza pkt VI, w którego zakresie odwołujący wycofał swój zarzut.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane w proteście, oddaleniu protestu i odwołaniu oraz podczas rozprawy wyrażone przez strony, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – zasługuje na akceptację w zakresach wskazanych poniżej.

18

Na akceptację składu orzekającego Izby zasługuje zarzut wskazany w pkt III protestu i odwołania.

Zgodnie z postanowieniami części V ust. 4 lit. b specyfikacji wykonawcy powinni wykazać się dysponowaniem kierownikami robót posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów w specjalności: (1) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych lub kanalizacyjnych; (2) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych; posiadającymi co najmniej 3-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami (jako kierownik budowy lub kierownik robót) w swojej specjalności, należącymi do OIIB i posiadającymi wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej. Natomiast w „Wykazie osób przeznaczonych do realizacji zadania” wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. (str. 0029 oferty) w pkt 3, a także w uzupełnionym wykazie z 03.08.2009 r. w pkt 3 wskazany został kierownik robót instalacje elektryczne Pan Filip M. Z załączonej do oferty decyzji w zakresie przygotowania zawodowego Pana Filipa M. wynika,

iż posiada on jedynie przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych, upoważniające do: 1) sporządzania projektów instalacji elektrycznych, 2) w budownictwie osób fizycznych – do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego instalacji elektrycznych.

Z całą pewnością przedmiotu postępowania nie można zakwalifikować do budownictwa osób fizycznych, zatem z przedmiotowej decyzji nie wynika, aby Pan Filip M. posiadał uprawnienia do kierowania robotami zgodnie z cz. V ust. 4 lit. b specyfikacji.

Tym samym również w tym zakresie wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. nie spełnił wymogów określonych przez zamawiającego w specyfikacji. Przysądza to sam zamawiający. Jednak sam wykonawca BPBP złożył właściwy dokument stwierdzający posiadanie wymaganych uprawnień przez Pana Filipa M. W związku z posiadaniem (w tym zakresie) wszystkich dokumentów niezbędnych do stwierdzenia spełnienia przez wykonawcę BPBP warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zaniechał wystosowania żądania uzupełnienia oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto zamawiający nie sporządził żadnej adnotacji o fakcie wniesienia uzupełnienia oferty po terminie składania ofert przez wykonawcę z własnej inicjatywy.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w postępowaniu obowiązuje m.in. zasada zachowania formy pisemnej, wyrażona w art. 9 ust. 1 Pzp. Natomiast ekonomika postępowania i logika hamuje zamawiającego przed wykonywaniem zbędnych decyzji i

19

występowania o uzupełnienie dokumentów oferty, skoro już sam wykonawca z własnej inicjatywy wniósł do zamawiającego takie uzupełnienie. Jednak w takim przypadku uległaby naruszeniu naczelną zasadą równego traktowania wykonawców, określona w art. 7 ust. 1 Pzp i zamawiający dopuściłby do uzupełnienia oferty po upływie terminu składania ofert. Ponadto o fakcie takiego uzupełnienia nie znalazłaby się żadna adnotacja w dokumentacji postępowania, co mogłoby także naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji i wspomnianą zasadę pisemności postępowania. Brak adnotacji o wpływie dodatkowego dokumentu i przyjęciu go w poczet dokumentów ocenianych razem z ofertą narusza też art. 96 ust. 2 Pzp.

Jednak z drugiej strony zamawiający w trakcie oceny ofert zobowiązany jest do brania pod uwagę wszystkich posiadanych informacji oraz całej swojej wiedzy i doświadczenia życiowego. Dlatego zamawiający mimo wniesienia do niego dokumentu wykonawcy musi wystosować oficjalne powiadomienie o wpływie uzupełnienia dokumentu i postanowienie o zaniechaniu wystosowania żądania uzupełnienia dokumentu, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, skoro dokument ten już znalazł się w posiadaniu zamawiającego i na dodatek w dokumentacji postępowania.

Nie można też pominąć faktu, że złożone uzupełnienie dokumentu po upływie terminu składania ofert przez wykonawcę bez żądania zamawiającego może okazać się nie w pełni zaspokajające wymogi zamawiającego. Wtedy taki wykonawca miałby możliwość żądania zastosowania w stosunku do niego art. 26 ust. 3 Pzp, co mogłoby się klócić z zasadą równego traktowania wykonawców, skoro regułą jest obowiązek jednokrotnego żądania od wykonawców uzupełnień dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że przyjęcie od wykonawcy uzupełnienia dokumentów po terminie składania ofert bez pisemnego udokumentowania tego faktu narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę pisemności postępowania (art. 7 ust. 1 i art. 9 ust. 1 Pzp).

Zamawiający musi o takim działaniu powiadomić wykonawcę, w rozpoznawanym przypadku, że wpłynął do niego dokument, o który zamawiający byłby obowiązany wystąpić, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, i że spełnia on wymagania zamawiającego i zostanie wzięty pod uwagę w czasie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert, o czym stanowi art. 20 ust. 1 Pzp.

Jeżeli dokument wniesiony z własnej inicjatywy przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert nie spełniałby warunków postawionych przez zamawiającego, to zamawiający musiałby zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp zażądać od wykonawcy właściwego uzupełnienia dokumentu i powiadomić o przyczynach które wpłynęły na decyzję zamawiającego o niespełnieniu warunku postawionego przez zamawiającego w specyfikacji.

Powyższe uwagi odnoszą się także do zarzutu wskazanego w pkt IV protestu i odwołania. Zamawiającemu nie wolno przyjmować w poczet dokumentów stanowiących o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert innych dokumentów niż zażądane przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a jeżeli takie dokumenty wejdą w posiadanie zamawiającego z innej przyczyny, to zamawiający musi powiadomić wnoszącego wykonawcę o zakwalifikowaniu danego dokumentu do dokumentów stanowiących uzupełnienie oferty, tak jak dokumentu wniesionego na żądanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wobec wyżej przytoczonego stanowiska składu orzekającego Izby, należy stwierdzić, że zamawiający bezpodstawnie przyjął w poczet uzupełnionych dokumentów, dokumentów złożonych na podstawie innej przyczyny niż żądanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i nie zawarł o tym oficjalnej adnotacji w dokumentacji postępowania.

W zakresie zarzutów VII-XI skład orzekający Izby stwierdza, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji należy uznać za zasadny. W ofercie wykonawcy we wskazanych miejscach występują miejsca bez zaznaczenia należytej jednoznaczności deklaracji wykonawcy BPBP.

Skład orzekający Izby stwierdza, że na zamawiającego ciąży obowiązek dokonania czynności wynikających z art. 20 ust. 1 Pzp z należyta starannością. Są to czynności:

- 1) oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) badania ofert;
- 3) oceny ofert.

W przypadku wątpliwości co to zakresu treściowego oferty, zamawiający posiada odpowiednie narzędzia, o których stanowią w szczególności art. 26 i 87 Pzp. W rozpoznawanym zakresie zamawiający zaniechał poprawienia w ofercie:

- 1) oczywistych omyłek pisarskich;
- 2) oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;
- 3) inne omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Działania te mają szczególne znaczenie w przypadku zastosowania kosztorysowych reguł rozliczania umowy, gdyż zaniechanie zastosowania poprawek, powiadomienia o tym wykonawcy i uzyskania od niego akceptacji poprawek (art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp) może stanowić na etapie wykonania umowy o powstaniu rozbieżności interpretacyjnych, co może doprowadzić nawet do daleko idących konsekwencji dla zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający zaniechał dokonania poprawek w ofercie wykonawcy BPBP, zależnie od struktury omyłki na zasadzie oczywistych omyłek pisarskich bądź rachunkowych, w stosunku do których zamawiający miał podstawy ze względu na całość oferty do ich konkretnego poprawienia, albo do poprawy omyłek klasyfikując je jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Wobec powyższego zarzut wykonawcy nieodrżucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji należy uznać za zasadny. Jednak zamawiający ma obowiązek przed dokonaniem odrzucenia oferty dokonać poprawy omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 Pzp, i poinformowania o dokonanych poprawkach, zgodnie z art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp. Zamawiający poniechał dokonania poprawek i zawiadomienia o tym wykonawcy, którego ofertę poprawił.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut zawarty w pkt I nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zarzuca, że zgodnie z postanowieniami części V pkt 2 specyfikacji wykonawca mieli wykazać, że w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. cyt. „wykonanie: jednej budowy (w tym odbudowy, rozbudowy) krytej pływalni lub kąpieliska otwartego z

niecką ze stali nierdzewnej o długości min. 25 m i z technologią uzdatniania wody basenowej o łącznej wartości brutto min. 9 mln zł.”. Dodatkowo w części VI ust. II pkt 6 specyfikacji stanowił, iż wykonawca ma złożyć wykaz zrealizowanych takich robót z podaniem ich wartości, zakresu robót oraz daty i miejsca wykonania.

Jednak żadna z czterech zamieszczonych w „Wykazie robót wykonawcy” realizacja wykonawcy Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Śadna z nich nie dotyczy budowy (w tym odbudowy, rozbudowy) krytej pływalni lub kąpieliska otwartego z niecką ze stali nierdzewnej o długości min. 25 m i z technologią uzdatniania wody basenowej o łącznej wartości brutto min. 9 mln zł. Z treści listu referencyjnego z 02.07.2008 r. wystawionego przez Aqua S.A. w Bielsku-Białej wynika, iż wykonawca BPBP wykonał w okresie od listopada 2005 r. do sierpnia 2006 r. w systemie generalnego wykonawstwa („pod klucz”) zadanie inwestycyjne pn.: „Przebudowa istniejącego obiektu technicznego I adaptacja na kryty basen miejski z zapleczem rekreacyjnym przy ul. Langiewicza w Bielsku-Białej.”.

Abstrahując od późniejszych uzupełnień należy stwierdzić, że § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155)

22

stanowi o wskazaniu w wykazie i załączeniu do niego dokumentów potwierdzających wykonanie robót odpowiadających swoim rodzajem i wartościom robotom budowlanym wskazanych przez zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że wykazane przez wykonawcę BPBP roboty budowlane, niezależnie od użytej nomenklatury, potwierdzają nabycie właściwego doświadczenia przez tego wykonawcę.

W związku z tym zarzut odwołującego niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego nabycia odpowiedniego doświadczenia przez wykonawcę BPBP nie może się spotkać z aprobatą składu orzekającego Izby.

Kolejny zarzut wskazany pod nrem II protestu i odwołania nie może być podzielony przez skład orzekający Izby.

W części XII specyfikacji w pkt 1 i pkt 4 zamawiający żądał od wykonawców, aby w przypadku powierzenia części robót podwykonawcom roboty te zostały skalkulowane odrębnie i należało podać ich wartości.

W wykazie robót realizowanych przez podwykonawców Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej z dnia 09.07.2009 r. brak jest wskazania wartości tych zakresów robót. Tym samym wykonawca ten nie spełnił wymogów stawianych przez zamawiającego w specyfikacji w tym zakresie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w swojej ofercie wykonawca BPBP wskazał na roboty, które zamierza zrealizować przez podwykonawców (str. 0004 oferty). Jednocześnie wykonawca ten załączył do oferty kosztorysy ofertowe o w zasadzie identycznie brzmiących nazwach, jak nazwy robót, które zamierza wykonać za pośrednictwem podwykonawców (str. 0150-0206 oferty).

W związku z powyższym zarzut odwołującego o niespełnieniu wymagania zamawiającego i zaniechaniu podania wartości robót, które wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom nie może zostać podzielony przez skład orzekający Izby. Wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w tym zakresie nie może się ostać.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że nie zareagował na postanowienie znajdujące się w gwarancji wadialnej, że w gwarancji nie przywołano pełnej nazwy zamówienia oraz brak w gwarancji stwierdzenia o bezwarunkowej realizacji gwarancji w przypadku zwrócenia się o to przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w gwarancji występuje nazwa określona w ogłoszeniu zamówienia, natomiast nie został w gwarancji doprecyzowany adres obiektu, którego dotyczy zamówienie. Tym niemniej odwołujący nie wykazał, że w jakimkolwiek stopniu utrudni to ewentualne zaspokojenie się zamawiającego z gwarancji w przypadku wystąpienia takich okoliczności.

23

Ponadto w postanowieniach gwarancji znalazł się warunek zażądania przez zamawiającego realizacji gwarancji z dokumentem banku zamawiającego stwierdzającym, że podpisy osób występujących o wypłacenie gwarancji zostały złożone przez osoby upoważnione do reprezentowania beneficjenta.

Skład orzekający Izby stwierdza, że warunek ten jest tylko warunkiem formalnym i odwołujący nie wykazał, że może on mieć wpływ na możliwość realizacji gwarancji podmiotowi, który będzie postępować z należytą starannością.

Skład orzekający Izby podkreśla, że celem kwestionowanego warunku nie jest uniemożliwienie lub utrudnienie zaspokojenia się zamawiającego z gwarancji. Wprost przeciwnie rozpoznawane postanowienie stanowi wskazanie na sposób, po którego zastosowaniu zamawiający zaspokoi się z gwarancji. Postanowienie to stanowi jednocześnie zabezpieczenie przed nieprawidłowym użyciem gwarancji, co może nastąpić w przypadku, gdy dokument ten trafi w niepowołane ręce.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 46 Pzp nie może się ostać.

Zamawiający naruszył w postępowaniu przepisy art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 87 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 5 Pzp.

Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 46 Pzp.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 607,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, faktury za koszty przejazdu, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122). Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że koszty opłat skarbowych od pełnomocnictw nie są wymienione w wyżej przytoczonym rozporządzeniu, dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie może przyznać odwołującemu 17 zł za opłatę kosztów skarbowych od pełnomocnictwa.

24

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

25