

WYROK
z dnia 29 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2011 r. przez wykonawcę Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz w Warszawie oraz w dniu 19 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Erekt Budownictwo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Izolbud spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Muzeum Etnograficzne w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Erekt Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Izolbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1998/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Państwowemu Muzeum Etnograficznemu w Warszawie unieważnienie czynności wykluczenia Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Erekt Budownictwo spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Izolbud spółki z ograniczoną

1

odpowiedzialnością w Warszawie, odrzucenia oferty Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz w Warszawie oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Państwowe Muzeum Etnograficzne w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczonej przez Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Erekt Budownictwo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Izolbud spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisów od odwołań;
- 2.2. zasądza od Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie na rzecz Jerzego Janusza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz w Warszawie kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 2.3. zasądza od Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Erekt Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Izolbud spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotą 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1998/11

Sygn. akt KIO 2029/11

Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowe Muzeum Etnograficzne - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Zwiększenie dostępności do infrastruktury kultury poprzez modernizację Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie. Etap I”.

13 września 2011r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ANDRA Sp. z o. o. w Warszawie oraz REM-MAR R i M. Piotrowscy sp. j. w Warszawie oraz o wykluczeniu wykonawcy Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erekt Budownictwo Sp. z o. o. w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Budowlano Handlowe Izolbud Sp. z o. o. w Warszawie.

Jako podstawę wykluczenia Jerzego Janusza zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający uznał, że wskazanie prac wykonanych w latach 2003-2006 w budynku Sądu Okręgowego w Warszawie, który został wpisany na listę obiektów zabytkowych w roku 2009 stanowi złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania. W pkt. 5.1. lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał wykonania prac obiektów budowlanych w obiektach zabytkowych, Jako podstawę odrzucenia oferty, zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 i 2 Pzp oraz że, załącznik Nr 2 do formularza oferty zawierający zestawienie materiałów i urządzeń do kosztorysów ofertowych nie został podpisany, a jedynie parafowany przez wykonawcę. Treść tego dokumentu stanowi zobowiązanie wykonawcy, nie podlega zatem uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Z uwagi na art. 82 ust. 2 Pzp brak podpisu na dokumencie stanowiącym oświadczenie woli wykonawcy powoduje jej niezgodność z ustawą.

Konsorcjum Erekt zostało wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. W toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, że Wykonawca załączył do oferty ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium, gdzie jako „Zobowiązany” została określona wyłącznie firma „EREKTA BUDOWNICTWO SP. z o. o. a nie ww. konsorcjum. W takim stanie rzeczy Zamawiający stwierdził, że wadium złożone w formie ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium o treści określającej Zobowiązanego jak powyżej, nie zabezpiecza skutecznie

3

oferty złożonej przez konsorcjum Erekt i zobowiązany jest do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Obaj wykluczeni wykonawcy wnieśli odwołania, które wpłynęły do Prezesa Izby w terminie ustawowym, z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazanym w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołanie wniesione przez Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz w Warszawie (sygn. akt

KIO 1998/11):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 z uwagi na art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, przywrócenia oferty odwołującego do postępowania, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Nadto wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm przypisanych

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane przez zamawiającego w pkt. 5.1. ppkt b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż w latach 2003-2006 wykonał prace ogólnobudowlane w budynku Sądu Okręgowego w Warszawie przy Al. Solidarności 127, będącego obiektem zabytkowym. Podniósł, że dokonanie wpisu tego budynku na listę obiektów zabytkowych w roku 2009 nie umniejsza jego wartości zabytkowej w okresie poprzedzającym wpis, bowiem wpis na listę obiektów zabytkowych nie czyni takiego obiektu zabytkowym, a jedynie bardziej chroni w zakresie możliwości dokonywania w nim zmian. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska odwołujący przytoczył pismo Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy, Biura Stołecznego Konserwatora Zabytków, którego zostało załączone do odwołania. Odwołujący argumentował, że z pismem tym zamawiający mógłby się zapoznać, gdyby stosownie do art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy też uzupełnienia dokumentów, co do których miał wątpliwości. Nadto powołał przepisy dotyczące nieruchomości oraz nieruchomości zabytkowej zawarte w kodeksie cywilnym, ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, dokonał również wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Kwestionując czynność odrzucenia oferty odwołujący podniósł, że brak czytelnego podpisu pod dokumentem „Zestawienie materiałów i urządzeń do kosztorysów ofertowych”, stanowi typowy brak formalny, przede wszystkim z racji tego, że nie jest to załącznik wymagany w

4

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przywołał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn akt 111 CZP 74/05 oraz wyroki Izby o sygn. KIO/UZP 565/08 oraz KIO/UZP 813/08 wywodząc, że popełnione uchybienie nie może stać się przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w szczególności wobec brzmienia pkt 11.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślał, że bezwzględny obowiązkiem zamawiającego było skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 Pzp, w celu wyjaśnienia lub uzupełnienia brakującego podpisu, czego zamawiający bezprawnie zaniechał. Odwołujący wskazał również, że pkt 11.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest jednoznaczny, co zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie może obciążać wykonawcy.

Konsorcjum Ereka 19 września 2011 r. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Ereka (sygn. akt KIO 2029/11):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że dokonując czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz przez zaniechanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującą naruszył następujące art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 45 ust. 6 pkt. 4, art. 91 ust. 1 Pzp. Wskazał również, że zamawiający naruszył art. 14 Pzp wraz z art. 6 k.c. Wniósł o uwzględnienie odwołania przez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego, unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wszystkich ofert nieodrzuconych, złożonych przez niewykluczonych wykonawców, tj. dokonania wyboru oferty odwołującego oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący powołał treść informacji o wynikach postępowania i

wywiódł, że decyzja o wykluczeniu go z postępowania nie została poparta jakimkolwiek dowodami lub argumentacją merytoryczną. Stwierdził, że wnioski zamawiającego są w odniesieniu do oceny dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej nieuprawnione i niezgodne ze stanem rzeczywistym. Odwołujący wskazał, że dokument ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej wystawione na lidera konsorcjum to jest Erekt Budownictwo Sp. z o.o. jest gwarancją wadialną wniesioną w sposób prawidłowy. Podniósł, że wykonawca występujący w konsorcjum firm może złożyć dokument gwarancji wadialnej wystawiony zarówno na

5

konsorcjum firm, lidera konsorcjum lub wykonawcę, który jest stroną konsorcjum. Strony konsorcjum ustalają między sobą najczęściej w dokumencie stanowiącym umowę konsorcjum warunki wniesienia wadium. Argumentował, że wniesienie gwarancji wadialnej przez którąkolwiek stronę konsorcjum w sposób należyty zabezpiecza interesy zamawiającego. Podkreślił, że dokument gwarancji jest dokumentem ważnym i w każdym momencie w czasie jego obowiązywania zamawiający ma możliwość do zaspokojenia się poprzez wypłatę wadium przez ubezpieczyciela. Wskazał na ugruntowaną linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestniki podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 sierpnia 2011r. od numerem 248958 – 2011.

W pkt. 5.1. lit. b1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał wymagał wykonania co najmniej dwóch prac ogólnobudowlanych w obiektach zabytkowych, z których co najmniej jedna miała wartość minimum 2.000.000 zł netto.

Odwołujący Jerzy Janusz w złożonym wykazie przedstawił dwie prace, w poz. 1 kompleksowy remont w pełnym zakresie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych wykonanych w listopadzie 2006 w Sądzie Okręgowym w Warszawie przy Al. Solidarności – obiekt wpisany do rejestru zabytków po nr 836 oraz w poz. 4 (niekwestionowanej przez zamawiającego) wielobranżowe roboty budowlane na terenie obiektu zabytkowego wykonane w kwietniu 2010 w Zamku Ostrogskich Muzeum Fryderyka Chopina przy ul. Okólnik 1 – obiekt wpisany do rejestru zabytków pod nr 581. Referencja wystawiona 8 lipca 2009r. Przez Dyrektora Sądu Okręgowego w Warszawie wskazuje, że odwołujący Jerzy Janusz wykonał w latach 2003-2006 remont skrzydeł A,B,C,D,E,F, a budynek Sądu Okręgowego jest obiektem użyteczności publicznej.

Odwołujący wraz z odwołaniem złożył pismo z 5 kwietnia 2005 r. Biura Stołecznego Konserwatora Zabytków a dotyczące zaopiniowania pod względem konserwatorskim projektu budowlanego remontu skrzydeł G. H i F w budynku Sądu Okręgowego przy Al. Solidarności 127 w Warszawie. Z jego treści wynika, że „Kompleks budynków sądowych znajduje się w obszarze ochrony konserwatorskiej, ujętym w gminnej ewidencji zabytków i wyznaczonym do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego m.st. Warszawy. W tym obszarze podlegają ochronie konserwatorskiej elementy

6

rozplanowania sprzed 1939 r. oraz związane z nimi zespoły budowlane ". Stwierdzono również, m. in., że „wykonane prace w niektórych częściach gmachu sądów w sposób istotnie niekorzystny zmieniają modernistyczny charakter wystroju zabytkowego budynku". A jednocześnie, że „Stołeczny Konserwator Zabytków (..) zaopiniował pozytywnie „Projekt budowlany remontu skrzydeł A i E budynku Sądu Okręgowego w Warszawie al. Solidarności 127 w Warszawie opracowany przez firmę Z.R.B. JANSAN - Jerzy Janusz w grudniu 2002 r. Projekt został zaopiniowany pozytywnie, ponieważ w pkt3 opisu technicznego do tego projektu pt. „Zachowanie substancji zabytkowej" umieszczono zapewnienie „wszystkie elementy budynku stanowiące o wartości artystycznej (..) oraz zabytkowe elementy ich wyposażenia zostaną zachowane "

W pkt 11.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego, określającego nazwę producenta, typ, model oraz dane

techniczne materiałów i urządzeń przewidzianych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. W pkt 11.8 Zamawiający pośród dokumentowy i oświadczeń składających się na ofertę nie wymienił odrębnie dokumentu zawierającego przywołane dane. W pkt. 11.8 wskazał jedynie, że oferta wraz z załącznikami musi być podpisana. Odwołujący Jerzy Janusz złożył kosztorysy podpisane w sposób nieczytelny oraz opatrzone pieczęcią imienną przez pełnomocnika Pana Piotra Janusza, natomiast dokument oznaczony jako nr 2 w formularzu ofertowym pt. „Zestawienie Materiałów i Urządzeń do Kosztorysów Ofertowych” został opatrzone jedynie nieczytelnym podpisem, którego podobieństwo do podpisu Pana Piotra Janusza pod kosztorysami ofertowymi nie zostało przez zamawiającego zakwestionowane i nie budzi wątpliwości Izby.

Zamawiający ustalając w pkt 9 specyfikacji wymagania dotyczące wadium nie sformułował żadnych szczególnych wymagań, co do wadium wnoszonego, w formie innej niż pieniądze, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Konsorcjum Erektu wniosło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 02GG09/0158/11/004 wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. I oddział w Warszawie wskazującej jako zobowiązanego EREKTA BUDOWNICTWO Sp. z o.o w Warszawie.

Gwarancja ubezpieczeniowa wyraźnie wskazuje postępowanie, którego dotyczy oraz warunki, odpowiadające treści wymaganiom ustawy, po których ziszczeniu zamawiający (beneficjent) uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta. Gwarancja nie uzależnia w swojej treści w żaden sposób praw beneficjenta od okoliczności czy zobowiązany występuje jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum. Wystawca gwarancji w piśmie z 29 września 2011r., złożonym na rozprawie przez odwołującego Konsorcjum Erektu, oświadczył, że przyczyny zapłaty wadium będą zachodziły w przypadku ich spowodowania przez któregośkolwiek członka Konsorcjum.

7

Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 14 specyfikacji.

Izba dokonała ustaleń na podstawie przywołanych pism i dokumentów oraz po wysłuchaniu stron i uczestnika (przystępującego).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JANSAN Jerzy Janusz w Warszawie (sygn. akt KIO 1998/11):

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z najniższą ceną i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym. Pogląd zamawiającego, który legł u podstaw wykluczenia odwołującego, sprowadza się do uznania, że przez wykazanie prac budowlanych na obiekcie, który w chwili wykonywania robót budowlanych nie był wpisany do rejestru zabytków, odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Izba nie podziela tego poglądu.

Po pierwsze: odwołujący formułując pkt 1 wykazu nie oświadczył (odwrotnie, niż to uczynił w pkt 4 wykazu), że roboty te były wykonane w obiekcie zabytkowym. Podał jedynie numer wpisu budynku do rejestru zabytków;

Po drugie: ustawa z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. Nr 162, poz. 1568 ze zm.), nie ustala, że dla uznania, że obiekt ma charakter zabytkowy, niezbędne jest dokonanie wpisu do rejestru zabytków, uznając w art. 7 wpis do rejestru zabytków za formę ochrony. Podkreślić też trzeba, że ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami w art. 3 ustalając definicję obiektu zabytkowego, nie zawiera

obiektywnych odniesień pozwalających na ustalenie statusu obiektu jako zabytku. Zgodnie z art. 3 pkt 1) zabytek nieruchomy to nieruchomości, jej część lub zespół nieruchomości, o których mowa w art.3 pkt 1. Ten przepis stanowi z kolei, że zabytek - nieruchomości lub rzecz ruchoma, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego

8

działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową.

Wskazać można również posiłkowo art. 36 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wymagający uzyskania pozwolenia konserwatora zabytków na wykonanie prac w jedynie stosunku do zabytków wpisanych do rejestru. Art. 22 stanowi z kolei o dokonywaniu wpisów zabytków do odpowiedniej ewidencji, ustalając w szczególności w art. 5, że w gminnej ewidencji zabytków powinny być ujęte:

- 1) zabytki nieruchome wpisane do rejestru;
- 2) inne zabytki nieruchome znajdujące się w wojewódzkiej ewidencji zabytków;
- 3) inne zabytki nieruchome wyznaczone przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w porozumieniu z wojewódzkim konserwatorem zabytków.

W takim stanie rzeczy – po trzecie – zamawiający winien przy redagowaniu postanowień specyfikacji zamówienia dołożyć należytej staranności i przesądzić jednoznacznie w jej treści co rozumienie pod pojęciem obiekt zabytkowy, chociażby przez wskazanie rodzaju wpisu. Wykluczenie wykonawcy na podstawie wymagań, które nie zostały wyrażone jednoznacznie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza prawo. Pogląd ten został ukształtowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajduje potwierdzenie w wyrokach Sądów Okręgowych.

Izba zważyła również, że zamawiający *a priori* założył podanie przez odwołujący informacji nieprawdziwych. Jeśli zamawiający w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poweźmie wątpliwości, co do treści złożonych oświadczeń lub dokumentów, winien przede wszystkim zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a czynności wykluczenia dokonać, gdy zaistnienie przesłanek ustawowych nie budzi wątpliwości.

Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp znalazł potwierdzenie, zatem zamawiający winien ponownie ocenić spełnianie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Odróżnić bowiem należy, wobec brzmienia pkt 5.1 lit.b), brak podstaw do uznawania, że odwołujący złożył nieprawdziwe oświadczenie, od oceny, że wykazane zostało spełnianie warunku udziału w postępowaniu ustalonego w przywołanym postanowieniu specyfikacji.

Przypomnieć trzeba w tym miejscu, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu ma na celu wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny wykonać przedmiot zamówienia z należyłą starannością. Nieruchomości zabytkowe to obiekty wymagające, ze względu charakter oraz wartość historyczną, szczególnych kompetencji od wykonawcy, który prowadząc w nich prace budowlane, będzie potrafił zachować lub odtworzyć ich unikalne cechy.

9

Analiza treści pisma załączonego do odwołania prowadzi do wątpliwości, czy odwołujący kompetencje takie posiada. Referencja złożona wraz z ofertą również okoliczności tych nie przesądza.

Dokonując czynności oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający przede wszystkim ustalić, czy okresie wykonywania prac budowlanych przez odwołującego budynek sądu mógł być uznany za obiekt zabytkowy. W tym celu zasadne jest uzyskanie szczegółowych wyjaśnień odwołującego, który w toku rozprawy wielokrotnie powoływał się opinie konserwatora zabytków co wykonywanych przez siebie prac. W razie dalszych wątpliwości zamawiający winien uzyskać stanowisko Mazowieckiego Konserwatora Zabytków. W wyniku uzyskanych wyjaśnień zamawiający winien uzyskać racjonalną pewność, że prace wykonane na obiekcie w okresie poprzedzającym jego wpis do rejestru zabytków, a co za tym idzie, w procesie budowlanym wolnym od rygorów i konsekwencji, jakich przepisy wiążą ze statusem obiektu zabytkowego, są wystarczające do uznania, że odwołujący będzie w stanie należycie wykonać przedmiot.

Dokonując ponownej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

zamawiający powinien mieć na względzie oświadczenie złożone przez odwołującego na rozprawie, że w razie ewentualnego dokonania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odwołujący wskazałby te same prace.

Izba uznała również, że zamawiający wadliwie odrzucił ofertę odwołującego.

Brak czytelного podpisu pod dokumentem, którego złożenie jako odrębnego oświadczenia wykonawcy, nie było wymagane wprost w postanowieniach specyfikacji, w żaden sposób nie może nieść skutku w postaci odrzucenia oferty, której prawidłowość, w szczególności zgodność oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego nie została w żaden sposób zakwestionowana. Brak jest podstaw do przyjęcia, że treść oferty odwołującego nie odpowiada wymaganiom zamawiającego w ich merytorycznym aspekcie, do czego referuje norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp lub, że brak pieczęci imiennej pod podpisem osoby podpisującej załącznik powoduje, że oferta taka nie odpowiada wymaganiom ustawy, w szczególności nie została złożona w formie pisemnej.

Pogląd przeciwny prowadziłby do konieczności odrzucania ofert wyłącznie z przyczyn formalnych, jako, że zarówno treść dokumentu, jak i pochodzenie podpisu od pełnomocnika odwołującego nie zostały w żaden sposób zakwestionowane.

Ewentualne odrzucenie oferty z powodu braku czytelного podpisu pod jednym z elementów załącznika, stałoby w oczywistej sprzeczności z celem ustawy Prawo zamówień publicznych – efektywnym i racjonalnym wydatkowaniem środków publicznych.

10

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Ereкта (sygn. akt KIO 2029/11):

Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazuje wykluczenie postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Zamawiający, na którym spoczywa ciężar dowodu w zakresie przesłanek wykluczenia, nie udowodnił w żadnym stopniu głoszonej tezy o braku możliwości zaspokojenia się z wniesionego przez odwołującego wadium w postaci gwarancji. Natomiast odwołujący przedstawił stanowisko wystawcy gwarancji, w którym dokonał on wykładni treści dokumentu gwarancji, wskazanej wyżej.

Wobec powyższego, Izba podziela pogląd zawarty w nie tylko w uzasadnieniach orzeczeń powoływanych przez odwołującego, ale też we wcześniejszych wyrokach Izby o sygnaturach akt: KIO/UZP/23/07, KIO/UZP/223/08, KIO/UZP/231/08, KIO/UZP/99/09, zgodnie z którym zarówno fakt, iż gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona jest na lidera konsorcjum, jak i brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy współkonsorcjanta, nie ma żadnego wpływu na prawo zamawiającego do zatrzymania wadium. Konsorcjum nie jest podmiotem prawnym (przymiot ten mają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący konsorcjum) i jest pozbawione zdolności do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarancja może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum. Data wystawienia gwarancji jest nierelevantna dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy.

Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 12 maja 2006r. sygn. sygn. akt II Ca 489/06 oraz Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 7 września 2005r. sygn. akt VI Ca 527/05, wywiodły, że nie ma przeszkód do uznania, że członkowie konsorcjum odpowiadają za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z uczestników konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Jeśli umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum.

W ocenie Izby oferta złożona przez Konsorcjum Ereкта została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp potwierdził się.

11

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp uwzględniła oba odwołania i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp Izba wydała orzeczenie łączne, orzekając o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:.....