

WYROK
z dnia 6 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 września 2010 r. przez **Konsorcjum firm: 1) Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zbigniew Ziajka „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” z siedzibą we Wrocławiu, ul. Chałupnicza 21 (lider); 2) ELEKTRIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stargardzka 8 (partner); 3) PRO-TRABUILDING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Betonowa 1 (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53**

przy udziale **Konsorcjum ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Jugowicka 6A (lider), Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego Robót Kolejowych „TOR-KRAK” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Rydlówka 5 (partner), Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Salwatorska 14 (partner)** zgłaszającego swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie ,
2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: 1) Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zbigniew Ziajka „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” z siedzibą we Wrocławiu, ul. Chałupnicza 21 (lider); 2) ELEKTRIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stargardzka 8**

KIO 2038/10 1

(partner); 3) PRO-TRABUILDING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Betonowa 1 (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum firm: 1) Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zbigniew Ziajka „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” z siedzibą we Wrocławiu, ul. Chałupnicza 21 (lider); 2) ELEKTRIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stargardzka 8 (partner); 3) PRO-TRABUILDING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Betonowa 1 (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

KIO 2038/10 2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na budowę linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ w Krakowie wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru, zostało wszczęte przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 134-205810 w dniu 14.07.2010 r. W dniu 20 września 2010r. odwołujący - Konsorcjum firm: 1) Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zbigniew Ziajka „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” (lider); 2) ELEKTRIM SA we Wrocławiu (partner); 3) PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław wniósł odwołanie na czynności zamawiającego wybór jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, oferty Konsorcjum, którego liderem jest ZUE S. A. z/s w Krakowie przy ul. Jugowickiej 6a, 30-443 Kraków (pismo - informacja - z dnia 10 września 2010r. - ZIKIT/R/0322/10/NZ/46125); odrzucenia oferty odwołującego, przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 8 września 2010r. i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Wniósł o uchylenie zaskarżonych rozstrzygnięć Zamawiającego, w tym uznanie, że odwołujący spełnił warunki określone w SIWZ, a żądanie sanowania braków w nieodpowiednim terminie, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 6 PZP, nie było uzasadnione wobec niewadliwej oferty, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym aukcji elektronicznej, a alternatywnie, w trybie przepisu art. 186 PZP, wniósł o uwzględnienie w całości zarzutów. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 92 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy PZP, polegające na wadliwym odrzuceniu oferty Skarżącego Konsorcjum na zasadzie art. 89 ust 1 pkt 5 PZP, tj. wobec złożenia oferty przez oferenta wykluczonego w udziale w postępowaniu. Wskazał, iż odrzucenie oferty jest następstwem innej wadliwej (i zaskarżonej) czynności Zamawiającego, a mianowicie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które to wykluczenie jest z kolei wynikiem wadliwego uznania przez Zamawiającego, że wyznaczony termin od godziny 15.40 dnia 01.09.2010 r. do godziny 12.00 dnia 03.09.2010 r. jest terminem odpowiednim i obiektywnie uzasadnionym dla uzupełnienia, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 PZP, elementów oferty wskazanych w piśmie Zamawiającego z dnia 01.09.2010 r. które to okoliczności stały się podstawą dla skonstruowania zarzutów odwołania odwołującego z dnia 7 września 2010r. sygn akt KIO/1937/10. Podniósł, że wyznaczenie przez zamawiającego terminu w nieodpowiednim, iluzorycznym wymiarze w

KIO 2038/10 3

świecie zgłoszonych żądań, a tym samym uniemożliwienie odwołującemu uzupełnienia, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 PZP, elementów oferty wskazanych w piśmie zamawiającego przyczyniło się do wyeliminowania odwołującego z dalszej procedury zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający bowiem wskazał, że nie zaprosi odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej. Według odwołującego, jego oferta była tymczasem ofertą niewadliwą i najkorzystniejszą, od początku wolną od błędów, a stanowisko to podtrzymał w piśmie z dnia 3 września 2010r. w którym uzupełnił żądane przez zamawiającego braki. Dopiero z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący powziął wiedzę, że został wykluczony z postępowania na zasadzie art. 24 ust 2 pkt 4 PZP, a co za tym idzie jego oferta została odrzucona w oparciu o brzmienie art. 89 ust 1 pkt 5 PZP. Odwołujący zarzucił także zamawiającemu naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, polegające na wadliwym wykluczeniu go z udziału w dalszym postępowaniu (aukcji elektronicznej), a następnie wadliwym odrzuceniu złożonej przez niego oferty, które to wadliwości są wynikiem przyjęcia, że odwołujący nie złożył wymaganych, wg. części III. 1 lit. b SIWZ, informacji i dokumentów świadczących o posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie (tiret 3) robót budowlanych dotyczących obiektów kubaturowych (np. budynki: podstacji, portierni, przystanku lub podobne). Odwołujący do oferty przedłożył referencje firmy INKOM S.A. (k. 000297) z dnia 23.02.2010 r. dotyczące potwierdzenia wykonania łącznie 61 domów mieszkalnych jednorodzinnych w zabudowie szeregowej i wolnostojącej we Wrocławiu, które to obiekty ponad wszelką wątpliwość są obiektami kubaturowymi. Zamawiający w odpowiedzi bowiem na pytanie I udzielił na str. 11/13 Odpowiedzi I wskazując „nie możemy ograniczać doświadczenia tylko do zrealizowanego

jednego identycznego zamówienia". Wnioskiem Wykonawcy stawiającego to pytanie objęte było żądanie „Prosimy o szczegółowe i jednoznaczne wyjaśnienie warunków”. Na etapie korzystania z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 PZP zamawiający prezentował już stanowisko odmienne. Zamawiający oczekiwał wykazania się obiektami kubaturowymi tożsami, identyczni, nie zaś podobnymi. Wyjaśniał, że chodziło mu stricte o budynki podstacji i portierni, bowiem przedmiotem zamówienia są dwa budynki podstacji i jeden budynek portierni. Odwołujący wskazał, że na definicję legalną budynku zawartą w prawie budowlanym, podkreślił, że budowa budynku mieszkalnego jest bardziej skomplikowana od portierni czy podstacji. Podał także językową definicję słowa „kubaturowy” i wskazał, że budynek mieszkalny wedle tej definicji jest budynkiem kubaturowym. Podniósł, że zamawiający nie zawarł wymogu, aby budynki kubaturowe były budynkami specyficznymi. Umieszczenie w SIWZ wskazania „lub budynki podobne” oraz udzielenie odpowiedzi na

KIO 2038/10 4

pytanie I („nie identyczne roboty”) dawały, według odwołującego, wykonawcom uzasadnioną podstawę do tego, aby przyjąć, że zamawiającemu chodzi rzeczywiście o doświadczenie w robotach podobnych nie zaś tożsamy, identycznych. Zmiana poglądów zamawiającego doprowadziła do pospiesznej próby sprostania nieoczekiwanym wymaganiom, mimo tego, że były to działania wedle odwołującego zbędne. Odwołujący na poparcie swojej argumentacji przy wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009r. sygn. akt KIO/UZP 86/09, KIO/UZP 87/09. Odwołujący podkreślił, że skoro zamawiającemu zależało na budynku podstacji czy portierni, to powinien był to wyraźnie zastrzec w warunku. Odwołujący powołał także definicję językową słowa „podobny” i w jego ocenie, stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 1 września 2010r., co do interpretacji warunku siwz jest niedopuszczalne. Odwołujący o tym, że został wykluczony i o przyczynach tego wykluczenia dowiedział się w dwa dni po przeprowadzeniu aukcji i wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu także naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, polegające na wadliwym wykluczeniu Skarżącego Konsorcjum z udziału w dalszym postępowaniu (aukcji elektronicznej), a następnie wadliwym odrzuceniu złożonej przez Skarżące Konsorcjum oferty, które to wadliwości wynikają ze zmiany przez zamawiającego rozumienia zapisów SIWZ, a konkretnie terminu „roboty podobne”, co doprowadziło w efekcie do błędnego przyjęcia, iż oferta odwołującego nie zakwalifikowała się do aukcji elektronicznej. Odwołujący zarzucił nadto zamawiającemu naruszenie art. 7 PZP, tj. zasady równego traktowania wszystkich stron postępowania, o czym według odwołującego, świadczy chociażby fakt, iż oferent BUDIMEX S.A. nie przedłożył do swojej oferty w ogóle referencji dokumentujących wymagane SIWZ doświadczenie w zakresie robót budowlane budowli kubaturowych, a pomimo tego został dopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej. Odwołujący wskazał również, że zamawiający naruszył art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 92 ustawy, poprzez odrzucenie oferty odwołującego na zasadzie art. 89 ust 1 pkt 5 PZP, tj. wobec złożenia oferty przez oferenta wykluczonego z udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że zmiana stanowiska w przedmiocie rozumienia przez zamawiającego terminu „roboty podobne” skutkowało koniecznością przebudowania oferty odwołującego, wyznaczony termin był jedynie iluzorycznym terminem na złożenie wyjaśnień i przedstawienie dokumentów. Zamawiający, zdaniem odwołującego, analizując zakres i charakter oczekiwanych uzupełnień i wyjaśnień winien wyznaczyć termin racjonalny, obiektywnie możliwy do dochowania przez wykonawcę. Posiłkowo wskazał, iż art. 89 ust. 1 pkt. 7 PZP określa trzydniowy termin liczony od dnia doręczenia na złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, a wyrażenie zgody nie

KIO 2038/10 5

wymaga żadnej dodatkowej czynności od wykonawcy. Podniósł, że wystąpienie odwołującego o zmianę terminu, z samej istoty mogłoby dotyczyć wszystkich Wykonawców znajdujących się w podobnym położeniu, jednak określenie podobieństwa należy do zamawiającego. Według odwołującego, zamawiający musiał mieć świadomość, że pozyskanie nowych podmiotów, wynikające ze zmienionego sposobu rozumienia przez zamawiającego zapisów SIWZ wymaga co najmniej przedstawienia dokumentów referencji, oświadczeń, zobowiązań tych podmiotów oraz zaświadczeń o niezaleganiu z ZUS i Urzędu

Skarbowego. Termin wyznaczony był zatem terminem iluzorycznym, nierealnym do dochowania i to obiektywnie tę kwestię oceniając. Nikt nie byłby w stanie sprostać w tym terminie oczekiwaniom zamawiającego, nie ustrzegając się od możliwych błędów czy pominieć. Termin odpowiedni, to innymi słowy termin uwzględniający zasadę równości dla wszystkich, nie zaś z pominięciem jednego z wykonawców, któremu Zamawiający wskazał, w sposób nieuzasadniony, szereg rzekomych uchybień w redagowaniu oferty. Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż odrzucenie jego oferty spowodowało uniemożliwienie realizacji zadania inwestycyjnego dotyczącego zamówienia. Rozpoznanie sprawy przez organ powołany do weryfikacji poprawności podejmowanych przez Zamawiającego czynności daje możliwość dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia na wykonanie przedmiotowych robót po uprzednim usunięciu wadliwych czynności.

Odwołanie zostało podpisane przez właściciela lidera konsorcjum działającego w oparciu o pełnomocnictwa z dnia 25 sierpnia 2010r. udzielonych przez osoby upoważnione do reprezentacji partnerów zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpisy załączono na wezwanie Izby. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 września 2010r.

Zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania w dniu 20 września 2010r. i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22 września 2010r. do postępowania odwoławczego zgłosiło udział po stronie zamawiającego Konsorcjum ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Jugowicka 6A (lider), Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego Robót Kolejowych „TOR-KRAK” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Rydlówka 5 (partner), Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Salvatorska 14 (partner) wnosząc o odrzucenie odwołania w całości

KIO 2038/10 6

ewentualnie o oddalenie odwołania w całości i wskazując, że ma interes w przystąpieniu, z uwagi na potrzebę ochrony swojej pozycji jako wykonawcy, który wygrał aukcję elektroniczną.

Jako uzasadnienie wniosku o odrzucenie wskazał, że odwołujący wniósł do zamawiającego w dniu 6 września 2010 r. odwołanie dotyczące przebiegu tego samego postępowania, w którym podniósł analogiczne zarzuty jak w niniejszym postępowaniu. Jediną różnicą w zakresie obydwu odwołań jest to, że niniejsze odwołanie zostało wniesione już po wykluczeniu Odwołującego z postępowania po przeprowadzeniu postępowania, podczas gdy w poprzednim postępowaniu odwoławczym skarżył fakt niedopuszczenia do aukcji elektronicznej. Odwołanie z dnia 6 września 2010 r. (dalej jako „odwołanie I”) nie zostało przez KIO odrzucone, a więc KIO uznało, że zasadne jest rozpoznanie meritum odwołania. Tym samym KIO rozpoznało już raz przedmiot zaskarżenia.

Uzasadniając wniosek o oddalenie zgłaszający przystąpienie podniósł, że zarzut wadliwego odrzucenie oferty Odwołującego, wobec złożenia oferty przez podmiot wykluczony z udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt nieuzupełnienia oferty przez Odwołującego przy wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na jego dokonanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż wyznaczony odwołującemu termin 2-dniowy nie był terminem wadliwym (za krótkim).

Odwołujący złożył uzupełnienie w każdym aspekcie, w którym zamawiający żądał uzupełnienia, a więc wywiązał się z narzuconego mu terminu. Nadto wskazał na wyrok Izby z dnia 4 grudnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1488/09, wyrok Izby z dnia 29 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 898/09. Zwrócił uwagę, że także inny Wykonawca, Budimex był wzywany do uzupełnienia z wyznaczeniem analogicznego terminu i w terminie tym złożył wymagane dokumenty. Podniósł, że to odwołujący podjął decyzję o ilości dokumentów, jakie będzie załączał i o osobach, na których doświadczeniu będzie polegał. Wyrok uwzględniający odwołanie stanowiłby zatem naruszenie art. 7 ustawy, gdyż stawałby innych Wykonawców, którzy złożyli właściwe oferty, w gorszym położeniu - a faworyzowany byłby jedynie Odwołujący, który uzyskałby dłuższy aniżeli przewidują to regulacje ustawy czas na uzupełnienie swojej oferty. Odnośnie zarzutu wadliwego odrzucenie oferty Odwołującego, wobec złożenia oferty przez podmiot wykluczony z udziału w postępowaniu, pomimo tego, że Odwołujący spełnił wszelkie przesłanki udziału w postępowaniu, to zgłaszający przystąpienie wskazał, że odwołujący był wzywany do uzupełnienia swojej oferty w zakresie 4 branż. Były to: budynki kubaturowe podobne do przedmiotu zamówienia, przebudowa

roboty budowlane instalacyjne w zakresie światłowodu, przebudowa roboty budowlane w zakresie sieci uzbrojenia podziemnego ciepłociągu i budowa/przebudowa torowiska tramwajowego (torowisko i sieć trakcyjna). W każdym z tych aspektów odwołujący uzupełniał ofertę, natomiast pisząc odwołanie wskazuje jedynie na problematykę obiektów

KIO 2038/10 7

kubaturowych. Zamawiający żądał wykazania doświadczenia w robotach podobnych do przedmiotu zamówienia, które polega na wybudowaniu nowej linii tramwajowej wraz z całą towarzyszącą temu infrastrukturą (a więc specjalistycznymi budynkami podstacji trakcyjnej czy też dworcem komunikacyjnym określanym w SIWZ jako przystanek). Robotami takimi nie mogą być domy jednorodzinne wybudowane w stanie deweloperski. Zgodnie z art 55 prawa budowlanego jedynie część obiektów wyszczególnionych w załączniku nr 1 do ww. ustawy wymaga pozwolenia na użytkowanie. Są to przede wszystkim budynki użyteczności publicznej, a więc takie, których wzniesienie jest przedmiotem niniejszego postępowania. Inne obiekty, w tym domy jednorodzinne, wymagają jedynie zgłoszenia, a więc nie wymagają uzyskania szeregu dokumentów wymaganych dla obiektów użyteczności publicznej. Odnosząc się natomiast do kwestii pytania przystępujący zauważa, że pytanie to dotyczyło czy istnieje możliwość wykazania realizacji robót wielobranżowych doświadczeniem w wykonaniu więcej niż 1 roboty. Zamawiający odpowiedział na to twierdząco wskazując, że możliwe jest w zakresie wymaganych branż wykazanie doświadczenia większą ilością robót. Nie wskazał jednakże, zdaniem przystępującego, w żaden sposób, że wystarczające jest wykazanie doświadczenia na zasadzie 1 robota = 1 branża. Z odpowiedzi zamawiającego jasno wynika, że możliwe jest np. dostarczenie referencji dotyczących 1 roboty, w której będą wykazane 2 branże i 2 roboty, gdzie zostaną wykazane pozostałe branże (roboty muszą być dalej wielobranżowe zgodnie z SIWZ). Odpowiedź zamawiającego nie wskazuje zatem w żaden sposób, że zamawiający dopuszczał wykazanie doświadczenia robotami tylko z 1 branży (bez wykonania w danej robocie prac należących także do innej branży). Roboty zostają właściwie wykonane dopiero wówczas, gdy zostaną uznane za wykonane przez odpowiednie organy tj. z chwilą prawomocności po przeprowadzeniu odbiorów decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, należy wskazać, że zgodnie z art. 59a ust. 2 pkt 2 lit e prawa budowlanego na etapie wykonywania obiektów kontroli podlegają zasadnicze elementy wyposażenia budowlano-instalacyjnego, zapewniającego użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem. Wynika z tego, że także w zakresie wznoszenia chociażby obiektu kubaturowego w jego skład wchodzi także elementy wyposażenia budowlano-instalacyjnego, co w obrazuje, że, czytając przypadku podstacji jednoznacznie postanowienia SIWZ łącznie z pr. bud., Zamawiający wymagał doświadczenia w postawieniu wskazanych obiektów kubaturowych łącznie z ich specjalistycznym wyposażeniem. Tak też wymóg ten zrozumieli wszyscy inni profesjonalści biorący udział w postępowaniu przetargowym z wyłączeniem odwołującego. W zakresie zarzutu zmiany rozumienia postanowień siwz przez zamawiającego, to jest to zarzut nieuzasadniony. Zamawiający od samego początku wskazał w SIWZ, że interesuje go uzyskanie doświadczenia w zakresie robót podobnych do przedmiotu zamówienia i celem tego warunku było wyłonienie takiego

KIO 2038/10 8

wykonawcy, który wykaże się doświadczeniem w realizacji zamówień o charakterze podobnym co do wielkości i złożoności do przedmiotu zamówienia. Tym samym chociażby domy jednorodzinne warunkiem tego nie spełniają. W rzeczywistości bowiem różnice są na tyle istotne, że doświadczenie zdobyte w zakresie robót wykonanych przez odwołującego się nie gwarantuje prawidłowego wykonania robót objętych niniejszym zamówieniem. Co do zarzutu nierównego traktowania wykonawców, to odwołujący w tym zakresie mija się z prawdą. Budimex S.A. dostarczył wymagane dokumenty (referencje), które de facto potwierdzały prawdziwość złożonego oświadczenia woli. Nie wolno nam też zapomnieć, że wykonawcy nie mają wpływu na formę i treść wystawienia dokumentu referencji, a ponadto, referencje nie są wystawiane na potrzeby przyszłych przetargów. Podkreślił, że odwołujący, na wezwanie zamawiającego, dostarczył nieaktualne dokumenty podmiotów trzecich, które to podmioty na dzień 30 sierpnia 2010 r. oświadczyły, że Odwołujący może dysponować ich potencjałem w zakresie wykonania zamówienia. Stąd też oczywistym jest, że 30 sierpnia

2010r. podmioty te powinny były dysponować także odpowiednimi aktualnymi dokumentami, które są wymagane przez ustawę. Nawet uzyskane po tej dacie dokumenty (vide zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej Pana Zdzisława Kasza), które zostało wydane dnia 1 września 2010 r. wskazuje jednoznacznie, że dokument ten obrazuje stan na 15 lutego 2010 r. Nawet więc przy zapewnieniu Odwołującemu długiego terminu i tak uzyskałby podobne zaświadczenie dotyczące Pana Zdzisława Kaszy (skoro to zaświadczenie zostało uzyskane po 30 sierpnia 2010 r., a więc i tak Odwołujący nie wykazałby tego, że spełnił przesłanki udziału w postępowaniu). Przystąpienie zostało podpisane przez prokurenta upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera konsorcjum. Pełnomocnictwo dla lidera z dnia 25 sierpnia 2010r. zostało udzielone przez wszystkich członków konsorcjum i podpisane przez wszystkich członków konsorcjum zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpisy załączono. Zamawiający otrzymał kopie przystąpienia w dniu 23 września 2010r., a odwołujący w dniu 23 września 2010r.

W dniu 28 września 2010r. zamawiający postanowił uwzględnić zarzuty odwołania w całości, działając zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy i wykonując wyrok Izby z dnia 22 września 2010r. sygn. akt KIO/1937/10.

W dniu 29 września 2010r. Izba wezwała Konsorcjum ZUE S.A. do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu udzielając trzydniowego terminu na jego wniesienie pod rygorem umorzenia postępowania.

W dniu 30 września 2010r. przystępujący zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w całości i podniósł, że skład orzekający w wyroku z 22 września

KIO 2038/10 9

2010r. sygn. akt KIO/1937/10 wykroczył poza granice orzekania nakazując unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, podczas gdy odwołujący takiego żądania nie zgłosił. Według przystępującego wyrok jest w tej części nieważny. Ponadto przystępujący po wydaniu orzeczenia przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO/1937/10 powziął wiadomość o dodatkowej podstawie wykluczenia odwołującego z postępowania tj. na skutek wyrządzenia szkody wynikającej z nienależytego wykonania zamówienia publicznego, która to szkoda została stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu wydanym przed upływem 3 lat od wszczęcia postępowania. Wobec odwołującego taki wyrok został wydany w dniu 14 lutego 2008r. sygn. akt X Ga 354/07 przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu. Jako dowód przystępujący załączył treść wyroku wraz z uzasadnieniem. Sprzeciw został podpisany przez prezesa zarządu lidera przystępującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień i modyfikacji treści siwz, oferty Odwołującego, wezwania z dnia 01.09.2010 r. w trybie art. 26 ust.3 i 4 Pzp do uzupełnienia oferty i wyjaśnień, wniosku Odwołującego z dnia 02.09.2010 r., odmowy Zamawiającego z dnia 02.09.2010 r., uzupełnienia wraz z wyjaśnieniem oferty, w tym załączników, dokonanych w dniu 03.09.2010 r

W pkt III.1.b siwz zamawiający postanowił, że w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonali roboty budowlane podobne do przedmiotu zamówienia tj. roboty budowlane wielobranżowe obejmujące następujący zakres:

- roboty związane z budową linii tramwajowych (torowiska i sieć trakcyjna),
- roboty drogowe w zakresie budowy dróg,
- roboty budowlane budowy obiektów kubaturowych (np. budynki: podstacji, portierni, przystanku lub podobne),
- roboty budowlane instalacyjne w zakresie: oświetlenia, sygnalizacji świetlnej, trakcji tramwajowej, światłowodu,
- roboty budowlane w zakresie sieci uzbrojenia podziemnego tj.: kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, gazowej, elektroenergetycznej, ciepłowniczej, teletechnicznej.

Łączna wartość wykonanych robót podobnych do przedmiotu zamówienia, zrealizowanych przez wykonawcę nie może być niższa niż 140 000 000 PLN.

W dniu 20 lipca 2010r. zamawiający zmodyfikował powyższą treść siwz w następujący sposób - w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy:

KIO 2038/10 10

b. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonali roboty budowlane podobne do przedmiotu zamówienia tj. roboty budowlane wielobranżowe obejmujące następujący zakres:

- roboty związane z budową lub przebudową linii tramwajowych (torowiska i sieć trakcyjna), - roboty drogowe w zakresie budowy lub przebudowy dróg,

- roboty budowlane budowy obiektów kubaturowych (np. budynki: podstacji, portierni, przystanku lub podobne),

- roboty budowlane instalacyjne w zakresie: oświetlenia, sygnalizacji świetlnej, trakcji tramwajowej, światłowodu,

- roboty budowlane w zakresie sieci uzbrojenia podziemnego tj.: kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, gazowej, elektroenergetycznej, ciepłowniczej, teletechnicznej.

Łączna wartość wykonanych robót podobnych do przedmiotu zamówienia, zrealizowanych przez wykonawcę nie może być niższa niż 140 000 000 PLN.

W dniu 22 lipca 2010r. zamawiający na pytanie nr 1 o treści : Czy Wykonawca spełni wymagania SIWZ, gdy wykaże, że posiada doświadczenie w wykonywaniu wszystkich robót określonych w części III pkt 1b, ale doświadczenie to będzie potwierdzone przez różnych Zamawiających w konfiguracji innej niż określone powyżej tzn., że np. Wykonawca wykonał roboty wielobranżowe na jednym zadaniu, obejmując swoim zakresem roboty związane z budową linii tramwajowej (torowisko i sieć trakcyjna), budowie obiektów kubaturowych oraz uzbrojenie podziemne kanalizację sanitarną, elektroenergetyczną i gazową, na następnym zadaniu roboty drogowe, a na kolejnym wykonał roboty wielobranżowe, które m.in. obejmowały roboty wodociągowe, gazowe, oświetlenia. W sumie Wykonawca potwierdzi doświadczenie we wszystkich branżach określonych w części III pkt 1b i wszystkie te roboty wykonane zostały jako roboty wielobranżowe. Prosimy o szczegółowe i jednoznaczne wyjaśnienie warunków. ? Odpowiedział : Zamawiający pozytywnie odpowiada na pytanie wykonawcy. Założeniem zamawiającego nie był zamiar aby wymagane roboty wielobranżowe wymienione w części III pkt 1 lit. b SIWZ na kwotę 140.000.000 zł były potwierdzone przez jednego zamawiającego na jednym zadaniu. Oczywistym jest, że dopuszcza się potwierdzenie doświadczenia we wszystkich wymienionych branżach na kilku różnych zadaniach (inwestycjach) w dowolnej konfiguracji. Wykonawca powinien posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. znać wszystkie wymienione branże (rodzaje robót), natomiast nie możemy ograniczać doświadczenia tylko do zrealizowanego jednego

KIO 2038/10 11

identycznego zamówienia. Ponadto informujemy, że w warunek ten został już wcześniej złagodzony poprzez dopisanie po wyrazie budowa wyrazów „lub przebudowa”.

Odwołujący wraz z ofertą załączył wymagany wykaz (str. 292-294 oferty) z 12 zadaniami wraz z referencjami (od str. 295 do 316 oferty).

W dniu 1 września 2010r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia złożonych dokumentów wskazując, że w zakresie pkt III.1.b siwz pkt 1 - wykonawca nie wykazał robót odpowiadających wartością przedmiotowi zamówienia, ani też nie wykazał układania torowiska na podkładach i bez podkładów w ilości zbliżonej do przedmiotu zamówienia, pkt. 3 - nie wykazał robót podobnych do przedmiotu zamówienia, pkt 4 - nie wykazał ilości robót – położenie światłowodu w ilości zbliżonej do przedmiotu zamówienia, pkt 5 nie wykazał ilości robót – położenie sieci ciepłowniczej w ilości zbliżonej do przedmiotu zamówienia. Według zamawiającego odwołujący nie wykazał, że wykonał zamówienie podobne zarówno co do wartości jak i ilości robót będących przedmiotem

przetargu. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie tudzież wyjaśnienia w trybie art. 26 ust.3 i 4 Pzp w terminie do dnia 03.09.2010 r. godz. 12:00. Odwołujący wskazywał, że otrzymał stosowne pismo w dniu 01.09.2010 r. godz. 15.40, tj. po godzinach pracy (od 7:30 do 15:30). W konsekwencji bieg terminu należy liczyć od dnia 02.09.2010 r. godz. 7:30. Zakres uzupełnienia oraz charakter określił w piśmie z dnia 01.09.2010 r. Zamawiający w piśmie z dnia 02.09.2010 r. odmówił zmiany terminu na uzupełnienia, co uczynił na pisemny wniosek Odwołującego w tym zakresie z tego samego dnia. W dniu 03.09.2010 r. Odwołujący uzupełnił złożoną ofertę w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 01.09.2010 r.

W uzupełnieniu odwołujący przedłożył m.in. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione dla Kimel Romuald wydane w dniu 15 kwietnia 2010r. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wystawione dla Kimel Romuald wydane dnia 13 kwietnia 2010r. (termin składania ofert upłynął w dniu 30 sierpnia 2010r.-druk ZP-1/PN pkt 8).

W tym samym dniu poinformowano Odwołującego, że nie został zaproszony do akcji elektronicznej.

W dniu 8 kwietnia 2010r. zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną.

W dniu 10 września 2010r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz o odrzuceniu jego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż odwołujący na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 przedłożył zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego i zaświadczenie właściwego oddziału ZUS dla Romualda Kimela wystawione wcześniej niż 3

KIO 2038/10 12

miesiące przed upływem terminu składania oferty tj. odpowiednio w dniu 13 i 15 kwietnia 2010r.

Izba w wyroku z dnia 22 września 2010r. wydanym pomiędzy tymi samymi stronami w tym samym postępowaniu w sprawie sygn. akt KIO 1937/10 nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nakazuje unieważnienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej, jak również powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż kwestionuje czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej. W przypadku zatem potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania uchylecia powyższych czynności mógłby wziąć udział w aukcji elektronicznej i dokonać postępień umożliwiających mu złożenie najkorzystniejszej oferty. Wedle klasyfikacji cen złożonych ofert oferta odwołującego zajmuje drugie miejsce pod względem ceny. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał uzyskać w przypadku realizacji zamówienia. Izba stwierdziła, że przesłanka materialno prawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Przed przystąpieniem do merytorycznego rozpoznania poszczególnych zarzutów Izba wskazuje, że odwołujący nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę. Przede wszystkim odwołujący kwestionuje inne czynności zamawiającego, niż w postępowaniu w sprawie sygn. akt KIO 1937/10. W sprawie sygn. akt KIO 1937/10 odwołujący kwestionował czynność wezwania go do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, odmowę wydłużenia terminu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów oraz zaniechanie zaproszenia odwołującego do aukcji elektronicznej, a obecnie odwołujący kwestionuje czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Nadto kwestionowane obecnie czynności nie są czynnościami dokonanymi w wykonaniu wyroku Izby, ani czynnościami wykonanymi na skutek uwzględnienia zarzutów w odwołaniu. Dodatkowo Izba zauważa, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice zatem rozpoznania Izby wyznaczone są granicami zarzutów, którymi Izba jest związana. Izba natomiast nie jest związana żądaniami odwołania i w tym zakresie może czynić własne ustalenia i dokonać stosownego rozstrzygnięcia biorąc za

podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy). Zatem skoro podstawą orzekania jest stan rzeczy ustalony w toku postępowania, to Izba zauważa, że na

KIO 2038/10 13

dzień zamknięcia rozprawy w sprawie zaistniał następujący stan : zamawiający w dniu 10 września 2010r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczył odwołującego z postępowania oraz jego ofertę odrzucił z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu –art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a konkretnie z powodu nie wykazania braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do podmiotów, na których zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia powołuje się odwołujący. Izba w wyroku z dnia 22 września 2010r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 1937/10 nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie wykonał wyroku Izby, ale zobowiązał się do wykonania wyroku w piśmie z dnia 28 września 2010r. uwzględniającym zarzuty odwołania. Odwołujący żąda w przedmiotowym postępowaniu wydania wyroku, który w zakresie sentencji orzeczenia odpowiadałby treścią orzeczeniu z dnia 22 września 2010r.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 92 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy, polegającego na wadliwym odrzuceniu oferty odwołującego na zasadzie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy pomimo wyznaczenie terminu do uzupełnienia dokumentów w sposób sprzeczny z treścią art. 26 ust. 3 i 4 ustawy oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 92 ustawy pomimo odmowy wydłużenia terminu na uzupełnienie dokumentów.

Zarzut był przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO/1937/10 i dotyczy czynności zamawiającego, jaką było niezaproszenie odwołującego do aukcji elektronicznej. Czynność ta została skutecznie przez odwołującego zaskarżona. Natomiast podnoszenie powyższego zarzutu na obecnym etapie postępowania jest podniesieniem zarzutu po terminie, gdyż czynność niezaproszenia do aukcji elektronicznej miała miejsce w dniu 3 września 2010r., a więc termin na jej zaskarżenie upłynął w dniu 13 września 2010r., a odwołanie zostało wniesione w dniu 20 września 2010r. A nadto wobec rozstrzygnięcia zarzutu przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO/1937/10, treść rozstrzygnięcia w tym zakresie, może być kwestionowana przez strony wyłącznie na drodze instancyjnej tj. poprzez wniesienie skargi na wyrok Izby za pośrednictwem Prezesa Izby do sądu okręgowego właściwego ze względu na siedzibę zamawiającego. Zarzut został przez Izbę rozstrzygnięty na korzyść odwołującego, nie ma on zatem interesu w dalszym jego podnoszeniu. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu.

KIO 2038/10 14

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, polegający na wadliwym wykluczeniu odwołującego z udziału w dalszym postępowaniu (aukcji elektronicznej), a następnie wadliwym odrzuceniu oferty odwołującego, będącego wynikiem błędnego przyjęcia, że odwołujący nie złożył wymaganych, wg. części III. 1 lit. b SIWZ, informacji i dokumentów świadczących o posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie (tj. 3) robót budowlanych dotyczących obiektów kubaturowych (np. budynki: podstacji, portierni, przystanku lub podobne) oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, polegający na zmianie przez zamawiającego rozumienia zapisów SIWZ, a konkretnie terminu „roboty podobne”. Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że prawem zamawiającego jest taki opis warunku oraz opis sposobu oceny spełniania tego warunku, aby zamawiający mógł dokonać wyboru wykonawców, którzy gwarantują mu wykonanie przedmiotowego zamówienia. W tym zakresie zamawiającemu ustawodawca pozostawił swobodę opisu sposobu oceny spełniania warunku, jednakże nie jest to swoboda nieograniczona. Zawężyła ją art. 22 ust. 4 ustawy wskazując, że opis sposobu oceny spełniania warunku powinien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Zamawiający opisując warunek w pkt III.1.b siwz wykorzystał różne sposoby opisu oceny spełniania warunku. Z jednej strony wskazał, że roboty budowlane mają być podobne do przedmiotu zamówienia, z drugiej wskazał w ramach poszczególnych branż, jakie roboty będą robotami podobnymi i albo zawarł wyczerpujący

katalog robót podobnych w tiret 1, 4 i 5, gdzie ściśle wymienił roboty, o jakie mu chodzi, albo posłużył się wyliczeniem przykładowym - tiret 3, albo wskazał szeroki katalog robót z danej branży – tiret 2. Dlatego do każdej z branż zamawiający powinien był podejść indywidualnie, mając na względzie własny opis warunku. O ile Izba podziela stanowisko przystępującego, że w przypadku robót wymienionych w pkt. III.1.b tiret 1, 4 i 5, wykonawcy powinni byli ściśle wykazać się wymienionymi w tych punktach robotami, to już w przypadku robót drogowych w zakresie budowy dróg, w ocenie Izby, wykonawcy mogli wykazać wszystkie roboty mieszczące się w zakresie pojęcia „budowa drogi” i to samo dotyczy budowy obiektów kubaturowych, gdzie zamawiający przykładowo wymienił rodzaje budynków kubaturowych i wskazał, że mogą być jeszcze inne budynki kubaturowe do wymienionych podobne. W przypadku zatem obiektów kubaturowych zamawiający nie odniósł podobieństwa do przedmiotu zamówienia, ale do obiektów, które przykładowo w tym punkcie wymienił i generalna reguła z nagłówka pkt III.1.b w tym punkcie została przez zamawiającego zmieniona. Dlatego rację należy przyznać odwołującemu, dzielając w tym zakresie stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 22 września 2010r. sygn. akt KIO 1937/10, że zamawiający na etapie oceny spełniania warunku dokonał zmiany swoich wymagań, żądając dla obiektów kubaturowych podobieństwa do przedmiotu zamówienia, a nie podobieństwa do

KIO 2038/10 15

budynku podstacji, portierni, przystanku. Podobieństwo do wymienionych przez zamawiającego budynków kubaturowych jest pojęciem szerszym niż podobieństwo do obiektów opisanych w przedmiocie zamówienia i nie musi wykazywać analogicznego przeznaczenia, jak w przypadku przedmiotu zamówienia, czy proporcjonalności pod względem kubatury, powierzchni do obiektów opisanych w siwz. Zamawiający powinien mieć na względzie własne postanowienia siwz i nie zmieniać ich treści na etapie oceny ofert. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i w związku z art. 92 ustawy. Izba zwraca jedynie uwagę na wybiórczą ocenę czynności zamawiającego przez odwołującego. Należy zauważyć, że podstawą wykluczenia odwołującego było niewykazanie braku podstaw wykluczenia dla podmiotu trzeciego, z którego wiedzy i doświadczenia odwołujący chce skorzystać w postępowaniu. Podmiot ten miał użyczyć swojej wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy obiektów kubaturowych – chodzi tu o Romualda Kimel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Techniczne ROMBUD Romulad Kimel, którego to doświadczenie odwołujący wskazał na wezwaniu zamawiającego z dnia 1 września 2010r. W sytuacji, gdy okazało się, że przedłożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia podmiotu mającego doświadczenie w budowie obiektów kubaturowych (prace remontowe torowiska tramwajowo-kolejowego na terenie Chorzowa, w tym budowa podstacji trakcyjnej), odwołujący żąda uznania, że zamawiający nieprawidłowo go wezwał, bo wymóg z pkt. III.1.b.ppkt.3 siwz odwołujący spełnił za pomocą wykazu i referencji zawartych w ofercie. Jednakże takich zarzutów nie podnosi w odniesieniu do innych branż, w ramach, których doświadczenia wymagał zamawiający, mimo, że w wezwaniu z dnia 1 września 2010r. zamawiający podał, że w jego ocenie odwołujący w ofercie nie udowodnił także doświadczenia w zakresie pkt III.1.b tiret 1 (torowiska z podkładem lub bez), tiret (ułożenie m. In. światłowodu), i tiret 5 (budowa sieci m. in. ciepłowniczej). Odwołujący na rozprawie wskazał, że wbrew stanowisku przystępującego problem dotyczył tylko obiektów kubaturowych. Jednakże, gdyby ocenić czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu do uzupełnienia, za dokonaną z naruszeniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, w szczególności poprzez błędną wykładnię tych przepisów i ich niewłaściwe zastosowanie, co do interpretacji terminu, jaki powinien być wykonawcom udzielony dla złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, to zbędna i nie podlegająca ocenie byłaby również czynność dokonana przez samego odwołującego polegająca na uzupełnieniu dokumentów dotyczących pozostałych branż, a zatem w mocy pozostawałyby zastrzeżenia zamawiającego, co do niewykazania wymaganego doświadczenia dla branż z tiret 1, 4 i 5 pkt III.1.b, gdyż odwołujący niezasadność wezwania do uzupełnienia kwestionował w odniesieniu do budynków kubaturowych tj. pkt III.1.b. tiret 3 siwz, a w pozostałym zakresie podnosił wadliwość wezwania, ale co do długości określonego terminu i odmowy jego przedłużenia. Wprawdzie

KIO 2038/10 16

Izba w wyroku z dnia 22 września 2010r. sygn. akt KIO 1937/10 ustaliła, że zamawiający nie podał konkretnych wymagań ilościowych dotyczących poszczególnych robót w branżach, ani, że nie zawarł postanowień wskazujących na tożsamość przedmiotu zamówienia z wymaganym doświadczeniem, to jednak nie odniósł się do problemu podobieństwa robót wykazywanych w innych branżach niż obiekty kubaturowe do przedmiotu zamówienia. Pominięcie tego aspektu w uzasadnieniu orzeczenia było prawidłowe, gdyż przedmiotem zarzutów odwołującego był fakt nie zaproszenia go do aukcji elektronicznej, z którego odwołujący mógł się jedynie domyślać podstaw wykluczenia go z postępowania i tych podstaw upatrywał w wykazywanym doświadczeniu w robotach związanych z obiektami kubaturowymi. Odmienne jednak kształtuje się stan faktycznym w przedmiotowej sprawie i obecnie odwołującemu znane są już podstawy wykluczenia go z postępowania tj. nie wykazanie braku podstaw wykluczenia dla Romualda Kimel i przy tak ukształtowanym stanie faktycznym odwołujący zarzuca zamawiającemu, że nieprawidłowo ocenił jego ofertę, gdyż w ofercie odwołujący wykazał się wymaganym doświadczeniem w zakresie robót kubaturowych polegającym na budowie 61 domów jednorodzinnych i że wezwanie go do uzupełnienia co do dokumentów potwierdzających doświadczenie było zbędne. Odwołujący nie podniósł, że dokumenty przedłożone w wyniku uzupełnienia dla Romualda Kimel są aktualne i prawidłowe, nie przedstawił takiej argumentacji także na rozprawie, mimo zarzutów kierowanych wobec dokonanego przez niego uzupełnienia przez przystępującego. Jednocześnie odwołujący zakwestionował zgodność z prawem czynności wezwania do uzupełnienia jako całości zarzucając, że stoi ona w sprzeczności z ustawą z uwagi na określenie zbyt krótkiego terminu, a więc zakwestionował także zasadność wezwania go do uzupełnienia w ramach doświadczenia w branży torowej, układaniu światłowodu i sieci ciepłowniczej, a skoro zakwestionował wezwanie, to także konsekwentnie własne uzupełnienie w tym zakresie. Izba zwraca uwagę stron na brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten stanowi w ocenie Izby dyrektywę interpretacyjną postanowień siwz, które poprzez użyte pojęcia nieostre mogą rodzić wątpliwości interpretacyjne na etapie oceny ofert. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie określił minimalnych wymogów ilościowych dla robót w poszczególnych branżach, nie wymagał także, aby wykonawcy wykazali się jedną robotą obejmującą wszystkie branże i zezwolił zarówno na wykazywanie doświadczenia w poszczególnych branżach jak i łącznie w kilku branżach. Pojęcie „roboty podobne”, jako pojęcie nieostre oczywiście powinno być interpretowane na korzyść wykonawców z uwzględnieniem jednak dyrektywy interpretacyjnej z art. 22 ust. 4 ustawy. W przypadku robót kubaturowych sytuacja postawionego warunku jest jednak odmienna, niż w przypadku wymaganego doświadczenia w pozostałych branżach. W pkt III.1b.3 siwz zamawiający wskazał przykłady, a więc stworzył katalog otwarty obiektów,

KIO 2038/10 17

które będzie uważał za podobne do obiektów kubaturowych przez niego wymaganych. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby 22 września 2010r. sygn. akt KIO 1937/10.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy, tj. zasady równego traktowania wszystkich stron postępowania, pomimo tego, że inny wykonawca – Budimex S.A. nie załączył do oferty w ogóle referencji, a mimo to został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie udowodnił zarzutu. W aktach postępowania znajduje się wezwanie z dnia 1 września 2010r. do Budimex S.A. do uzupełnienia dokumentów w zakresie osoby do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Termin określony w tym wezwaniu dla tego wykonawcy był identyczny jak dla odwołującego. Izba na podstawie dokumentacji postępowania nie dopatrywała się podstaw do przyjęcia, że zamawiający inaczej traktował odwołującego i Budimex S.A.

Pomimo uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 92 ustawy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy stwierdzając, że wobec nakazania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności aukcji elektronicznej i nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert przez Izbę w wyroku z dnia 22 września 2010r. sygn. akt KIO 1937/10 żądaniom

odwołującego zgłoszonym w przedmiotowej sprawie stało się zadość i stwierdzone przez Izbę naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż i tak zamawiający musi unieważnić dokonane czynności i powtórzyć badanie i ocenę ofert z udziałem oferty odwołującego. Stwierdzone zatem naruszenia będą obojętne dla aktualnej pozycji odwołującego. Izba zwraca jednakże uwagę, że istnienie podstaw wykluczenia z art. 24 ustawy zamawiający zobligowany jest brać pod uwagę na każdym etapie postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

KIO 2038/10 18

Izba wobec zgłoszonych przez odwołującego i przystępującego wniosków o zasądzenie kosztów postępowania wskazuje, że do kosztów postępowania odwoławczego Izba może zaliczyć tylko te koszty stron postępowania odwoławczego, których wysokość strony wykażą na podstawie rachunków - § 3 pkt 2 cytowanego wyżej rozporządzenia. Strony nie poparły swoich wniosków rachunkami, a zatem Izba nie miała podstaw do przyznania przystępującemu od odwołującego uzasadnionych kosztów uczestnika postępowania odwoławczego (§ 5 ust. 3 pkt 2 cyt. rozporządzenia).

.....
Skład orzekający Izby

KIO 2038/10 19