

WYROK / POSTANOWENIE
z dnia 12 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Dorota Witek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie * w dniu / w dniach * 12 listopada 2008r. w odwołania wniesionego przez **Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A w Warszawie Oddział w Gdańsku, ul. Miałki Szlak 59** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Sopot w Sopocie, ul. T. Kościuszki 25/27** protestu / protestów * z dnia **9 października 2008r.**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie **XXX** do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego *.

orzeka:

1 . uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Sopot w Sopocie, ul. T. Kościuszki 25/27 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A w Warszawie Oddział w Gdańsku, ul. Miałki Szlak 59**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Sopot w**

Sopot, ul. T. Kościuszki 25/27 na rzecz **Polskich Pracowni Konserwacji Zabytków S.A w Warszawie Oddział w Gdańsku, ul. Miałki Szlak 59**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego,

- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: xxxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A w Warszawie Oddział w Gdańsku, ul. Miałki Szlak 59**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na renowację i modernizację Dworku Sierakowskich – siedziby Towarzystwa Przyjaciół Sopotu ul. Czyżewskiego 12 zostało wszczęte przez Zamawiającego – Gminę Miasto Sopot w Sopocie, ul. T. Kościuszki 25/27 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 189147/2008 w dniu 13 sierpnia 2008r.

W dniu 3 października 2008r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Konserwacje Zabytków RENOVATIO Sp. z o.o. 87-100 Toruń ul. Rybaki 2a. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Polskich Pracowni Konserwacji Zabytków S.A. w Warszawie Oddział w Gdańsku, ul. Miałki Szlak 59 – zwanych dalej Odwołującym. Na tę czynność w dniu 9 października 2008r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 233 poz. 1655 ze zm. z 2008r. Dz. U. nr 171 poz. 1058 – alej ustawy) w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania i odrzucenia jego oferty mimo, że oferta ta nie odpowiada wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Odwołujący zażądał powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia wykonawcy wybranego oraz ponownego wyboru wykonawcy spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu protestu Odwołujący powołał się na warunki postawione przez Zamawiającego w rozdziale III pkt 1.2 siwz i pkt 1.5 lit. b siwz oraz na rozdział VI pkt 6.7 i 9 siwz. Wskazał, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Wykonawca

wybrany w swojej ofercie zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 2 386 422, 59zł., a z siedmiu wykazanych przez niego robót najdroższa robota opiewa na kwotę 1 629 754,98zł., czyli nie odpowiada wartością przedmiotowi zamówienia. Nadto Zamawiający wymagał, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, a wykonawca wybrany nie złożył w swojej ofercie wymaganego ubezpieczenia. Dodatkowo Zamawiający żądał, by do oferty wykonawcy załączyli dowód potwierdzający wniesienie wadium, a w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wymagał złożenia do oferty oryginału gwarancji. Wykonawca wybrany do oferty dołączył kserokopię gwarancji i nie załączył potwierdzenia, że oryginał został złożony zgodnie z pkt 6 siwz w siedzibie Zamawiającego pok. Nr 4 do godz. 10:00 dniu 11 września 2008r.

W dniu 20 października 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest i oddalił go w całości wskazując, że uznał za spełniające jego wymogi dwie roboty budowlane powołane przez wykonawcę wybranego tj. roboty dotyczące Kościoła Garnizonowego w Toruniu, ul. Św. Katarzyny 12 a na kwotę 1 208 332,30zł. i Klasztor Św. Krzyża dla Gminy Nowa Słupia na kwotę 1 629 754, 98zł. uznając, że przy rozpatrzeniu oferty brał pod uwagę wzrost cen materiałów budowlanych oraz robocizny i z tego względu powyższe roboty należy uznać za porównywalne. Odnosnie polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Zamawiający wskazał, że nie wymagał załączenia do oferty dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia, a w tym zakresie wymagał jedynie złożenia oświadczenia, co wykonawca wybrany uczynił podpisując formularz ofertowy zawierający takie oświadczenie. Zamawiający przyznał, że oryginał gwarancji wadium nie został załączony do oferty, ale został złożony w dniu 10 września 2008r. w pok. nr 16. Jednakże Zamawiający uznał, że wystarczające było przedłożenie kserokopii dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, a fakt nie złożenia oryginału w dniu składania ofert uznał za uzasadniony odległością siedziby wykonawcy wybranego od siedziby Zamawiającego.

W dniu 23 października 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie (kopia została Zamawiającemu doręczona w dniu 24 października 2008r.) i podtrzymał swoje zarzuty oraz argumentację w całości i wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia wykonawcy wybranego i odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych oraz wniósł o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego na podstawie załączonej do odwołania faktury VAT.

W uzasadnieniu Odwołujący dodatkowo podniósł, że w siwz Zamawiający nie wskazał, że przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie brał pod uwagę wzrost ceny materiałów, czy robocizny. Wskazał także, że Zamawiający nierówno potraktował wykonawców przy ocenie spełniania warunku ekonomicznego – posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, gdyż Odwołującego Zamawiający wezwał do

uzupełnienia dokumentów poprzez dostarczenie polisy ubezpieczeniowej, co Odwołujący wykonał. Na dowód tej okoliczności Odwołujący przedłożył pismo Zamawiającego z dnia 16 września 2008r. oraz własne pismo z dnia 18 września 2008r. Przy badaniu oferty wykonawcy wybranego Zamawiający natomiast uznał, że wystarczające w tym zakresie było złożenie oświadczenia. Takie działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, naruszyło art. 7 ust. 1 ustawy i nie może stanowić racjonalnego uzasadnienia działań Zamawiającego. Odnosnie wadium, to Zamawiający wymagał złożenia gwarancji ubezpieczeniowej w formie oryginału do dnia 5 września 2008r. do godz. 10:00 w pok. nr 4. Wykonawca wybrany tego nie uczynił, a oryginał złożył dopiero w dniu 10 września 2008r. w Kancelarii Ogólnej Urzędu Miasta Sopotu w pok. 16. Akceptacja dla takiego działania wyrażona przez Zamawiającego

poprzez wybór oferty nie może być uzasadniona odległością siedziby wykonawcy wybranego od siedziby Zamawiającego, gdyż Zamawiający w siwz nie wprowadził rozróżnienia zasad dostarczania dokumentów dla wykonawców z Sopotu i z innych miejscowości, czy też dla wykonawców składających swoją ofertę drogą pocztową czy bezpośrednio. Działanie Zamawiającego prowadziło do uprzywilejowania wykonawcy wysyłającego dokumenty pocztą. Odwołujący swój oryginał gwarancji przywiózł w dniu 5 września 2008r. do godz. 10:00 z siedziby firmy w Warszawie, z której odległość do siedziby Zamawiającego jest większa niż w przypadku wykonawcy wybranego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający w rozdziale I siwz w pkt 1 wskazał, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane związane z renowacją i modernizacją Dworku Sierakowskich – siedziby Towarzystwa Przyjaciół Sopotu, ul. Czyżewskiego 12. Inwestycja miała polegać na rewaloryzacji całości wnętrza budynku Dworku Sierakowskich, przebudowie obiektu : adaptacji części piwnic wraz z ich pogłębieniem na węzeł sanitarny, adaptacji poddasza na cele biurowe oraz uporządkowaniu podziałów funkcjonalnych pomieszczeń parteru – odtworzenie historycznego układu przestrzennego obiektu i przeznaczenie tej kondygnacji w całości na cele wystawiennicze. Zgodnie z pkt 2.1 rozdziału I siwz roboty budowlane miały być prowadzone w obrębie podlegającej zachowaniu wewnątrz i z zewnątrz historycznej tkanki budynku pochodzącego z przełomu XVIII i XIX w.

W rozdziale III pkt 1.2 Zamawiający żądał, aby wykonawcy posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia – w zakresie tego warunku wymagane było, by wykonawcy wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 roboty odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. budowa i remont obiektów kubaturowych w zakresie budownictwa użyteczności publicznej, budynków biurowych, w tym co najmniej 1 wykonaną robotę

polegającą na remoncie obiektu wpisanego do rejestru zabytków, stosowanie do wymagań zawartych w § 8 rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (Dz. U. z 2004r. nr 150 poz. 1579). Nadto wymagał, aby wykonawcy znajdowali się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia i posiadali ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (rozdział III pkt 1.5 siwz). Zamawiający w wykazie dokumentów i oświadczeń, które wykonawcy mieli załączyć do oferty w zakresie powyższych warunków oczekiwał złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 roboty odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz dokumentów potwierdzających, że roboty wymienione w wykazie zostały wykonane należycie – według załącznika nr 5 do siwz (rozdział IV pkt 2.1 siwz). W zakresie warunku ekonomicznego (rozdział IV pkt 3 siwz) Zamawiający nie zawarł wymogu przedłożenia polisy ubezpieczeniowej lub innego dokumentu potwierdzającego fakt posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Wymagania dotyczące wadium Zamawiający zawarł w rozdziale VI, gdzie w pkt. 6 postanowił, że w przypadku wnoszenia wadium w innej formie niż w pieniądzu, należy oryginał dokumentu złożyć w siedzibie Zamawiającego w pok. nr 4, zaś do oferty należy załączyć dokument potwierdzający wniesienie wadium (pkt 7 siwz). Wadium miało być wniesione przed upływem terminu składania ofert, tj. do dnia 5 września 2008r. do godz. 10:00, a wykonawca, który nie zabezpieczył okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 roboty odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, oferty akceptowaną formą wadium na wymagany okres związania ofertą wg. zasad określonych w rozdziale VI miał być wykluczony z postępowania, a jego oferta miała zostać odrzucona (pkt 8 i 9 rozdziału VI siwz).

Zamawiający zmienił termin składania ofert na dzień 11 września 2008r.

Wykonawca wybrany w formularzu ofertowym – na załączniku nr 1 do siwz oświadczył w pkt

14, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (str. 2 oferty). Na stronie 5 oferty załączono kserokopię poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę wybranego ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nr TO/GP/35/10/2008 z dnia 29 sierpnia 2008r. Z treści tego dokumentu wynika, że został on wystawiony na cele przedmiotowego postępowania, a WARTA S.A.

Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji zobowiązało się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w tej gwarancji, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej sumy gwarancyjnej 60 000zł. stanowiącej kwotę wadium, na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego doręczone w terminie ważności gwarancji. W pkt 4 gwarancji zawarto okoliczności powodujące powstanie roszczenia o zapłatę z gwarancji, które są zgodne z wymogami ustawy, nadto w pkt 5 dokumentu zapisano wymogi realizacji roszczenia i wśród tych wymogów brak jest obowiązku wylegitymowania się przez Zamawiającego oryginałem przedmiotowego dokumentu. Gwarancja była ważna w okresie od 5 września 2008r. do 5 października 2008r., zaś na str. 4 oferty znajduje się aneks nr A/1/TO/GP/35/10/2008, który zmienił okres ważności gwarancji od dnia 11 września 2008r. do 11 października 2008r.

Na stronach 15 i 16 wykonawca wybrany zamieścił w ofercie wykaz wykonanych robót budowlanych – doświadczenie zawodowe – załącznik nr 5 do siwz, w którym zawarł następujące roboty budowlane :

1. prace budowlano konserwatorskie na obiekcie „Zabytkowy Dworek” na terenie Ogrodu Zoobotanicznego w Toruniu, ul. Bydgoska 1 Zamawiający : Urząd Miasta Torunia, wartość - 455 000, 00zł, data wykonania maj – grudzień 2003r.
2. prace budowlano-konserwatorskie na obiekcie „Brama Mostowa” wraz z przyległym budynkiem Odwachu – obecnie siedziba Miejskiego Konserwatora Zabytków w Toruniu, ul. Podmurna 2A Zamawiający : Urząd Miasta Torunia Biuro Miejskiego Konserwatora Zabytków, wartość - 329 167,89zł, w okresie lipiec – październik 2003r.,
3. remont budowlano – konserwatorski zabytkowego Spichrza – adaptacja pomieszczeń na cele muzealne - wystawiennicze na Muzeum im. Tony Halika w Toruniu, ul. Franciszkańska 11, Zamawiający : Urząd Miasta Torunia – Biuro Miejskiego Konserwatora Zabytków, wartość - 360 310,99zł, w okresie październik – grudzień 2003r.
4. remont konserwatorski Kościoła Garnizonowego w Toruniu, ul. Św. Katarzyny 3 Zamawiający : Parafia Wojskowa Toruń, wartość - 1 208 332,30zł, w okresie marzec – kwiecień 2005r.
5. prace konserwatorskie przy elewacji ceglanej Gmachu użyteczności publicznej – z przeznaczeniem na cele wystawiennicze w Toruniu, ul. Wały Gen. Sikorskiego 20, Zamawiający : Urząd Miasta Torunia – Biuro Miejskiego Konserwatora Zabytków, wartość - 179 991,00zł, w okresie maj – lipiec 2006r.,
6. remont Szkoły – sal lekcyjnej i sali gimnastycznej w Toruniu, ul. Wielkie Garbary 9, Zamawiający : Szkoła Podstawowa nr 9 w Toruniu, wartość - 95 295,55zł, w okresie sierpień – listopad 2007r.

-
7. prace budowlano-konserwatorskie na obiekcie Klasztornym na Św. Krzyżu, Klasztor Św. Krzyż, Gmina Nowa Słupia, Zamawiający : Urząd Gminy Nowa Słupia, wartość - 1 629 754,98zł, w okresie październik 2006 – październik 2007r.
 8. w trakcie realizacji – prace budowlano-konserwatorskie na obiektach – „Błękitny Baranek” w Gdańsku – Dom Przyrodników wraz przyległą kamienicą przy ul. Dzianej w Gdańsku ul. Chmielna, Mariackiej 25/26 i Dzianej, Zamawiający : Muzeum Archeologiczne w Gdańsku, wartość - 1 554 165, 37zł, w okresie lipiec 2007 do listopada 2008r.

Na potwierdzenie należytego wykonania powyższych robót przedłożono 8 referencji przy czym dwie dotyczą pozycji nr 7, a dla pozycji nr 8 nie przedłożono referencji (str. 17 – 24 oferty)

W ofercie brak polisy ubezpieczeniowej lub innego dokumentu potwierdzającego posiadanie przez wykonawcę wybranego polisy ubezpieczenia oc.

Wykonawca wybrany zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1 956 084,09zł. netto, czyli 2 386 422,59zł. brutto. Kwota, którą Zamawiający miał zamiar przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia i którą podał podczas otwarcia ofert wyniosła 2 447 518,00 zł
(Druk ZP-1)

Zamawiający pismem z dnia 16 września 2008r. wezwał Odwołującego do złożenia polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej od prowadzonej działalności gospodarczej. W dniu 19 września 2008r. (wpływ do Zamawiającego) Odwołujący złożył żądany dokument. Analogiczne wezwanie nie zostało wystosowane do wykonawcy wybranego. W dniu 10 września 2008r. wykonawca wybrany przedłożył Zamawiającemu listem poleconym oryginał gwarancji wadialnej wraz z aneksem w osobnej kopercie i ofertę również w osobnej kopercie, przy czym oba dokumenty wpłynęły do Kancelarii Urzędu Miasta Sopotu pok. Nr 16, a nie nr 4.

Zamawiający wyjaśniał treść siwz, ale z tych wyjaśnień nie wynikały zmiany w powyższych ustaleniach.

Odwołujący podczas rozprawy sprostował treść odwołania w ten sposób, że wskazał, iż wniósł wadium przed terminem składania ofert tj. przed dniem 11 września 2008r. godz. 10:00.

Izba dopuściła dowody z akt postępowania tj. z ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu ZP-1 wraz z załącznikami, oferty wykonawcy wybranego, wezwania z dnia 16 września 2008r., pisma Odwołującego z dnia 19 września 2008r.

Izba uwzględniła wyjaśnienia stron zawarte w pismach oraz zaprezentowane na rozprawie.

Izba zaważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 187 ust. 4 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i znajdującą się na drugim miejscu w rankingu ofert, a więc w przypadku uwzględnienia odwołania, ma szansę w wyniku ponownej oceny ofert na uzyskanie zamówienia publicznego.

Podniesiony przez Zamawiającego zarzut braku interesu prawnego Odwołującego we wniesieniu odwołania nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż kwota, którą Zamawiający podał podczas otwarcia ofert jest kwotą, którą Zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a nie kwotą, która daje podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zamawiający na moment składania odwołania nie unieważnił postępowania z tego powodu, że kwota oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na moment wniesienia odwołania oferta Odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą, co stanowiłoby ewentualnie podstawę do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym Izba nie może za Zamawiającego podejmować decyzji, które mogą być podjęte w wyniku ponownego badania i oceny oferty, gdyż Zamawiający ma prawo podwyższyć kwotę podaną podczas otwarcia i uznać, że mimo wszystko cena oferty Odwołującego mieści się w możliwościach finansowych Zamawiającego. Uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego przejawia się w utracie możliwości uzyskania zysku z przedmiotowego zamówienia oraz wydatkach poniesionych w związku ze sporządzeniem oferty.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, który nie spełnia warunku doświadczenia.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w rozdziale III pkt 1.2 postawił wymóg, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonywaniu robót budowlanych odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Wykazywane zatem roboty budowlane nie tylko miały być zbliżone do opis przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale I siwz, ale także pod względem wartościowym miały odpowiadać przedmiotowemu zamówieniu publicznemu. Zamawiający wskazując, w jaki sposób będzie

dokonywał oceny spełniania warunków, postanowił jedynie, że ocena zostanie dokonana

zgodnie z formułą „spełnia-nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w przedłożonych dokumentach i oświadczeniach. Natomiast, ani w warunku, ani w ocenie sposobu spełniania tego warunku Zamawiający nie określił, że w przypadku robót budowlanych wykazywanych przez wykonawców będzie dokonywał waloryzacji wartości wykazanych w wykazach z uwzględnieniem zmian stawek cen materiałów czy robocizny. Zamawiający nie określi także w warunku progu kwotowego, od którego będzie uznawał roboty budowlane za porównywalne z przedmiotem zamówienia. Wskazał jedynie, że również pod względem wartości roboty budowlane mają odpowiadać przedmiotowi zamówienia. Zgodnie z drukiem ZP-1 wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT w stawce 22% wynosiła 2 447 518,00zł, tym samym za porównywalne można było uznać jedynie zamówienia oscylujące w tych granicach, a na pewno nie mogły być to zamówienia poniżej 50% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Z powyższego Izba wywiodła, że najwyżej jedna z przedstawionych przez wykonawcę wybranego robót w wykazie - prace budowlano-konserwatorskie na obiekcie Klasztornym na Św. Krzyżu, Klasztor Św. Krzyż, Gmina Nowa Słupia o wartości - 1 629 754,98zł spełnia warunek zawartego przez Zamawiającego w rozdziale III pkt 1.2 siwz w zakresie wymogu wartościowego. Natomiast pozostałe zakończone roboty budowlane wykazane w wykazie takiego warunku nie spełniają. Gdyby dla Zamawiającego nieistotna była wartość realizowanych robót, to w warunku nie zawarłby wskazania, że doświadczenie ma dotyczyć robót o wartość odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. W tej sytuacji należy stwierdzić, że wykonawca wybrany nie przedłożył dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a więc Zamawiający z mocy art. 26 ust. 3 ustawy był zobowiązany do wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów, czego zaniechał i słusznie zarzuca mu Odwołujący, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia czynności badania oferty wybranej w sposób prawidłowy w zakresie warunku doświadczenia. Mając to na uwadze Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, który nie spełnia warunku ekonomicznego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wprawdzie w rozdziale III pkt 1.5 siwz postawił warunek posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej od prowadzonej działalności. Jednakże w rozdziale IV pkt 3 siwz nie zawarł wymogu złożenia na tę okoliczność jakiegokolwiek dokumentu. W tej sytuacji Zamawiający nie mógł wymagać od wykonawców załączenia do polisy ubezpieczeniowej czy innego dokumentu

potwierdzającego fakt ubezpieczenia. Jedynym dowodem na posiadanie ubezpieczenia, na którym mógł się oprzeć Zamawiający było oświadczenie wykonawcy z pkt 14 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do siwz. Wykonawca wybrany przedmiotowe oświadczenie złożył podpisując formularz ofertowy. Zamawiający nie miał także prawa wzywania wykonawców o uzupełnienie przedmiotowego dokumentu, skoro nie wymagał go w siwz, tym samym nadużyciem ze strony Zamawiającego było skierowanie wezwania do Odwołującego w dniu 16 września 2008r. Natomiast nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że nie wezwał w analogiczny sposób innych wykonawców, gdyż nie był do tego uprawniony. Odwołujący nie zaskarżył czynności wezwania go do uzupełnienia dokumentów, a więc utracił termin na skuteczne wniesienie w tym zakresie środka ochrony prawnej. Nie może jednak z samego faktu wezwania go do uzupełnienia kreować takiego obowiązku po stronie Zamawiającego wobec innych wykonawców, gdyż takie działanie byłoby wbrew literalnemu brzmieniu siwz. W przedmiotowej sprawie zarzutem jest zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy wybranego z powodu nie złożenia polisy ubezpieczenia oc, a Izba na mocy art. 191 ust. 3 ustawy jest związana granicami zarzutów, tym samym nie może rozpoznać sprawy nieuprawnionego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, który nie złożył wadium.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego Zamawiający żądał przedłożenia mu oryginału wniesienia wadium w formie innej niż pisemna w pok. nr 4. Jednakże pkt 6 rozdziału VI siwz nie zawiera wskazania daty, do kiedy takie przedłożenie oryginału ma nastąpić. Zamawiający w pkt 7 cyt. rozdziału wskazał, że do oferty ma być załączony dokument potwierdzający wniesienie wadium. W tym przypadku Zamawiający nie określił formy, w jakiej ten dokument ma być złożony. Wykonawca wybrany załączył do oferty kserokopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej. W terminie 10 września 2008r. zaś dostarczył oryginał do siedziby Zamawiającego i pomimo faktu, że został on doręczony do ok. 16, a nie pok. 4 jak wymagano w siwz, Zamawiający nie zaprzecza, że w tym dniu dokument do niego dotarł. Wadium nie wątpliwie zostało wniesione na dzień 5 września 2008r. i złożone w siedzibie Zamawiającego w dniu 10 września 2008r, a więc przed upływem terminu do składania ofert. Warunkiem uznania roszczeń Zamawiającego z tytułu wadium nie było także przedłożenie oryginału gwarancji, a jedynie wystąpienie z pisemnym wezwaniem do zapłaty zawierającym kwotę roszczenia i

oświadczenie wskazujące okoliczności stanowiące podstawę roszczenia, podpisanym przez osoby umocowane do działania w imieniu Zamawiającego, których podpisy zostały na wezwaniu potwierdzone notarialnie lub przez bank prowadzący rachunek Zamawiającego. Do pisemnego oświadczenia należało także dołączyć dokumenty poświadczające umocowanie podpisujących. Tym samym niezależnie od posiadania przez Zamawiającego oryginału gwarancji wadialnej, gwarant nie mógł uchylić się od spełnienia świadczenia, a wadium zabezpieczało interesy Zamawiającego przez wymagany w siwz okres. Wobec faktu złożenia w siedzibie Zamawiającego oryginału wadium przed terminem składania ofert, Zamawiający nie mógł wykluczyć wykonawcy, który do oferty załączył dowód potwierdzający wniesienie wadium, a w osobnej kopercie przedłożył oryginał takiego dokumentu. Sam wymóg złożenia oryginału wadium w pok. 4 jest wymogiem formalnym i nie wpływa na fakt wniesienia wadium, gdyż wykonawca nie ma wpływu na organizację obiegu dokumentów nadsyłanych pocztą w danym urzędzie. Nadto przesłanką wykluczenia wykonawcy jest fakt nie wniesienia wadium, a nie fakt jego złożenia w niewłaściwym pokoju. Przy czym Pomiędzy stronami nie był sporny fakt wniesienia wadium, a jedynie miejsce jego złożenia, oraz fakt nie załączenia oryginału do oferty.

Izba wobec powyższego uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, aczkolwiek podstawę do wykluczenia wykonawcy z powodu braku wadium stanowi art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, którego naruszenia również Izba nie stwierdza.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie badania oferty wykonawcy wybranego pod kątem spełniania warunku doświadczenia – rozdział III pkt 1.2 siwz w zakresie wartości i wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy uwzględniając wniosek pełnomocnika Odwołującego o zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego z ograniczeniem do kwoty 3 600 zł. 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 Izba zalicza uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy w maksymalnej wysokości 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058) na niniejszy wyrok/postanowienie* w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....