

ODPIS

Sygnatura akt VIII Ga 80/09

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
Dnia 23 kwietnia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Piotr Sałamaj
Sędziowie: S'O Krzysztof Górski

SO Agnieszka Woźniak (spr.)

Protokolant: fcewl Ina S zynklarz

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2009 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy ze skargi Andrzeja Galickiego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Przy
Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 lutego 2009 r.; sygnatura akt
KIO/tJZP/160/09

/udziałem Gminy Rewal i „PRO-BID”¹ Spółki Akcyjnej w Kołobrzegu

1. oddala skargę;

JL zasądza od skarżącego Andrzeja Galickiego na rzecz/ uczestnika „PRO-
BUD” Spółki Akcyjnej w Kołobrzegu kwotę 900 zł (dziewięćset złotych)
tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu
odwoławczym.

SSO Agnieszka Piotr Sałamaj SSO Krzysztof Górski

— f ,<W’/

.....O

v^j* „>“-v c ■■ /
v ■ , T_r ’

---► i -^il ■ i

yekriLaii,

St ScLiTdu:: O

L

■

./ Sygn. akt VIII Ga 60/09

UZASADNIENIE

Andrzej Galin.aki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „Galex” w Gryficach brał udział w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Budowa Sali Sportowej z boiskiem w Potterowie. Gmina Rewal”, Postępowanie to zostało rozpoczęte na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 października 2008 r. nr 1 poz. 292593, W postępowaniu przetargowym oferty złożyło czterech wykonawców w tym „PRO - BUD” Spółka akcyjna w Kołobrzegu oraz Andrzej Galiński.

Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez Andrzeja Galińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „Galex” w Gryficach jako najkorzystniejszą, odrzucił natomiast ofertę wykonawcy „PRO - BUD” Spółki akcyjnej w Kołobrzegu, o czym poinformował wykonawców pismem z dnia 27 stycznia 2009 r.

Od powyższego rozstrzygnięcia „PRO - BUD” Spółka akcyjna w Kołobrzegu złożyła protest, w którym domagała się przywrócenia oferty, uchylenia czynności wyboru oferty firmy Andrzeja Galickiego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru ofert na zasadach określonych w SIWZ i ustawy prawo zamówień publicznych. Pismem z dnia 2 lutego 2009 r. zamawiający odrzucił protest jako wniesiony po terminie. W piśmie z dnia 10 lutego 2009 r. „PRO - BUD” Spółka akcyjna w Kołobrzegu złożyła za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od odrzucenia protestu,

Pismem z dnia 5 lutego 2009 roku Andrzej Galicki przystąpił do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego wskazując, że ma interes prawny w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego

Wyrokiem z dnia 27 lutego 2009 r. Krajowa izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, po przeprowadzeniu postępowania przy udziale Andrzeja Galińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „Galex” w Gryficach uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania oferty odwołującego i wykonania oceny tej oferty. Nadto Krajowa Izba Odwoławcza obciążyła zamawiającego - Gminę Rewal kosztami postępowania, w tym nakazała zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.574 zł z kwoty wpisu uiszczanego przez „PRO - BUD” Spółkę akcyjną w Kołobrzegu; dokonać wpłaty kwoty 3.174 zł przez Gminę Rewal na rzecz „PRO - BUD” Spółkę akcyjną w Kołobrzegu stanowiącej koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika: dokonać zwrotu kwoty -5.425 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „PRO - BUD” Spółkę akcyjną w Kołobrzegu.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż protest został wniesiony w dniu 3 lutego 2009 r. przez przekazanie drogą elektroniczną mimo nie odebrania tej korespondencji przez Zamawiającego, Protest także w dniu 3 lutego 2009 r. o godz. 15,35 został przekazany faksem, co potwierdził Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu i w toku posiedzenia. Zgodnie z art. 27 ust. 1-3 w zw. z art. 180 ust. 1 pzp Zamawiający może wybrać sposób porozumiewania się w Wykonawcami, co uczynił w pkt 7 SIWZ, nie może natomiast skrócić terminu na wniesienie protestu, który zgodnie z art. 111 § 1 k.c. w zw. z art. 14 pzp, kończy się z upływem ostatniego dnia terminu (o godz. 24, a nie o godz. 15.35, gdy pracownicy urzędu kończą pracę), Zamawiający mając na względzie, że jest to ostatni dzień terminu na wniesienie protestów, powinien

zareagować na próbie przekazania mail korespondencji, mimo zakończenia pracy urzędu:-
Z pkt 7 SIWZ wynika wprost, że protest można było wnieść pisemnie lub drogą elektroniczną. Co jednoznacznie przesądziło o wymaganej formie wniesienia protestu przez Odwołującego. Termin do wniesienia protestu zgodnie z treścią art-180 ust. 1 pzp, jest dochowany tylko wtedy, gdy treść protestu dostarczona do siedziby Zamawiającego najpóźniej siódmego dnia, w którym protestujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. W konsekwencji Odwołujący wraz z protestem wniesionym poprzez faks winien był niezwłocznie doręczyć pisemny protest aby zachować zarówno terminowość wniesienia protestu, jak i wymaganie formy pisemnej. Za zasadne uznała Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzenie, że wniesienie protestu drogą faksową mimo iż nieprawidłowe, będzie skuteczne, jeżeli niezwłocznie zostanie potwierdzone w formie pisemnej. Zamawiający nie miał racji twierdząc, że Odwołującego obciąża nieczytelność przesłanego protestu. Odwołujący nie może odpowiadać za wadliwe taczka lub nieprawidłowe działania urządzenia odbiorczego-

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie wystąpiły podstawy do odrzucenia odwołania wskazując jednocześnie, iż odwołujący spełnił przesłankę z art. 179 ust 1 pzp legitymując

się posiadaniem interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Biorąc bowiem pod uwagę najniższą cenę oferty Odwołującego w razie drugiej oceny oferty odwołującego, ma on ewentualną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Oferta odwołującego została odrzucona bez uprzedniego wykluczenia odwołującego z postępowania. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne. Czynność odrzucenia oferty oraz jej podstawa pozostają sprzeczności z 2 uzasadnieniem faktycznym dokonanej czynności, z którego wynika, iż Odwołujący nie spełnił warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, doprecyzowanego w SIWZ w pkt 10. Natomiast w przypadku prawidłowo przeprowadzonego badania oferty, w sytuacji gdy Zamawiający uznaje, iż warunek podmiotowego udziału nie został spełniony, powinno nastąpić wykluczenie Odwołującego z postępowania, zaś odrzucenie jego oferty winno być następstwem uprzedniego wykluczenia. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na brak zawarcia w piśmie o odrzuceniu oferty, jak również w toku rozprawy jakiegokolwiek uzasadnienia świadczącego o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Nie zasługiwały na aprobatę twierdzenia Zamawiającego dotyczące nie spełniania warunku podmiotowego przez Odwołującego.

Zamawiający określił w SIWZ i potwierdził w piśmie stanowiącym odpowiedź na pytania dotyczące treści SIWZ, że wykonawcy mieli wykazać się doświadczeniem w wykonaniu minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal lub hal sportowych. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej treść warunku wynikająca z SIWZ i pisma Zamawiającego z dnia 12 listopada 2000 r. jest jednoznaczna i nie może być interpretowana inaczej niż wynika to z jej brzmienia. Tego wniosku nie może podważyć stanowisko Naczelnika Wydziału budownictwa Andrzeja Struckiego, z którego wynika że powierzchnia zabudowy hali łączniczej i kontenera w zadaniu dotyczącym budowy Centrum Rekreacyjnego w Kołobrzegu, w tym hal i torów łączniczych wraz z zapleczem wynosi 700,32 m², co stanowiło podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Nie ma bowiem uzasadnienia ocena doświadczenia Odwołującego w zakresie wykonania obiektów budowlanych o minimalnej powierzchni zabudowy, poprzez odniesienie minimalnej powierzchni zabudowy, nie do obiektów budowlanych, o czym stanowi warunek SIWZ, a do sal lub hal apartamentowych, które zgodnie z warunkiem, miały stanowić zakres obiektów budowlanych. W szczególności, gdy Zamawiający przy ocenie doświadczenia posłużył się opracowaniem (Polska Norma PN - ISO 9835), którego nie wskazał w treści SIWZ jak również w odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, jako podstawy oceny spełnienia warunku

■podmiotowego przez wykonawców. Zważając, że powierzchnia zabudowy, o której mowa w pkt 5.1.2. Normy pt. Powierzchni zabudowy, określona została w odniesieniu do budynku, a nie do obiektu budowlanego. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uznała zasadność zarzutów Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp podanych w proteście i w odwołaniu, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako podstawy niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego, przy czym naruszenie przepisów pzp miało wpływ na wynik postępowania.

Powyższy wyrok zaskarżył Andrzej Galicki i wniosł o uwzględnienie skargi poprzez zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie w całości odwołania wykonawcy „PRO - BUD” Spółki Akcyjnej w Kołobrzegu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu, nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa Sali Sportowej z boiskiem w Pobierawie, Gmina Rewal oraz zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono: _

- naruszenie art. 27 ustawy prawo zamówień publicznych przez przyjęcie przez KIO, iż przesłanie protestu faksem było skuteczne, podczas gdy zamawiający w treści SIWZ nie dopuścił takiego sposobu porozumiewania się (vide: pkt 7 SIWZ),

-błędą wykładnię przez KIO wymogu w pkt W ppkt 40 póź. tabeli fi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez przyjęcie, że przez „powierzchnię zabudowy” należy rozumieć nie tylko powierzchnię pod budynkami ale i pod każdym innym obiektem budowlanym, a zatem również pod placami i boiskami. W konsekwencji doszło również do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy skoro KIO zasugerowało w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, iż oferta wykonawcy Pro-bud S.A., który nie potwierdził w dokumentach wykonania trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1 000,00 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych winna zostać uwzględniona przy ocenie ofert, co przesądzałoby o wybraniu tej oferty jako najkorzystniejszej cenowo, ,

-naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez wyprowadzenie przez KIO szerszej wykładni pojęcia „powierzchnia zabudowy” aniżeli w rozumieniu prawa budowlanego, co w konsekwencji naruszona została zasada uczciwej konkurencji i równości podmiotów w postępowaniu o zamówienie publiczne Wskazano także, że przy prezentowanej wykładni KIO złagodzeniu uległy wymogi stawiane _ przez Zamawiającego, odnośnie wykazania doświadczeniem realizowania prac

budowlanych o powierzchni co najmniej 1,000 m2 zabudowy,

-naruszenie art. 24 ust 2 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 2 i 5 ustawy pzp, (poprzez uznania w skutek błędnej wykładni pkt 10.10.B SIWZ) że oferta odwołującego PRO- RUD S.A. me podlegała odrzuceniu w związku z brakiem dokumentów wykazujących doświadczenie tego podmiotu w realizacji podobnych zamówień, w sytuacji gdy dokumenty złożone przez odwołującego się FRO-BUD SA wraz z jego ofertą tj. wykaz robót, nie potwierdziły wymagań zamawiającego określonych w pkt 10.10,8 SIWZ, a co za tym idzie oferta FRO-EUD S.A. podlegała odrzuceniu (art. 89 ust, 115 ustawy), a sam wykonawca PRO-BUD S.A. wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych).

-naruszenie art 89 ust, 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez nakazanie przez KIO dokonania ponownej oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy PRO-BUD SA, którego oferta podlegała odrzuceniu jako niespełniająca wymogów SIWZ (pkt 10.10,8

StWZ), . _

Ponadto w skardze zarzucono naruszenie przez KI O przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na wynik sprawy poprzez:

-błędne przyjęcie w stanie faktycznym sprawy: że Zamawiający mógł zapoznać się i treścią protestu PFTO'BUD 3.A. w ostatnim dniu jego złożenia, przez wysłanie go mailem na adres Zamawiającego, w sytuacji gdy program antywirusowy Zamawiającego odrzucił plik z załączonym protestem, a co za tym idzie w terminie złożenia protestu Zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z jego treścią

■rozpatrywanie przez KIO - przy ocenie możliwości zapoznania się z treścią protestu ze strony Zamawiającego - protestu przesłanego faksem, w sytuacji gdy Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ nie dopuścił takiego sposobu porozumiewania się tj. faxem (pkt 7 SIWZ) tym samym protest słusznie został odrzucony, jako złożony po terminie.

-naruszenie przez KIO art. 167 ust. 4 pkt 4 poprzez meto rzucenie odwołania wykonawcy PRO-EiUD SA. które było wniesione w związku z protestem złożonym po

terminie. ... , ,

-naruszenie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez nakazanie przez KIO powtórzenia czynności wyboru i oceny ofert, podczas gdy odwołanie PRO- BUD S.A. dotyczyło żądania dokonania merytorycznej oceny protestu PRO-BUDLi S.A. izba winna była zatem orzekać co do przedmiotu odwołania, zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tym samym wydała orzeczenie ponad żądanie zawarte w odwołaniu.

- naruszenie art. 163 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wyłączenie Zamawiającego przez Krajową Izbę Odwoławczą z jego roli Zamawiającego co do rozstrzygnięcia protestu i tym samym doprowadzenie przez KIO do sytuacji, w której de facto KIO rozpoznała merytorycznie protest złożony przez Pro-bud S.A miast Zamawiającego,

- naruszenie przepisu art. 191 ust- 3 ustawy PZP poprzez przekroczenie granic odwołania polegające na rozpoznaniu odwołania wykonawcy Pro-bud SA. w zakresie szerszym niż ujęty w odwołaniu i proteście wykonawcy, gdyż jedyny zarzut stawiany w proteście jak i w odwołaniu wykonawcy Pro-bud SA. dotyczył naruszenia przez zamawiającego art. 180 ust, 7 ustawy pzp w związku z odrzucaniem protestu jako wniesionego po terminie, Tym samym rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej przekracza granice protestu odwołania,

-przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przez KIO i skutkiem tego błąd w ustaleniach stanu faktycznego sprawy dokonanego przez KIO poprzez przyjęcie, iż wykonawca Pro-bud S.A. w załączonych do oferty referencjach wykazał, iż spełnia wymogi zamawiającego określone w pkt 10,10-8 SIWZ oo do wykonania trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1 000,00 m2 każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych, podczas _ gdy referencje przedstawione przez Pro-bud S.A. wykazuje jedynie, że realizację powierzchni zabudowy 78B 32 m2

-naruszenie art. 188 ust. 3, art. 183 ust. 6 i 7 ustawy pzp poprzez pominięcie w sprawie dowodów z dokumentów zgromadzonych przez zamawiającego i uczestnika Andrzeja Galickiego - PU Gatex, w toku postępowania o zamówienie publiczne, które zostały złożone do akt ,

■naruszenie art. 192 ust. 2 ustawy pzp polegającego na: braku wskazania w zaskarżonym wyroku KIO przyczyn, dla których KIO nie dało wiary i odmówiło wiarygodności oraz mocy dowodowej dowodom przedstawionym przez zamawiającego oraz uczestnika

postępowania - PU Galex, zwłaszcza dowodowi z pisma Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Kolobrzegu z dnia 12 stycznia 2009 r. (w którym wskazano, iż powierzchnia zabudowy hali łączniczej zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym wynosi 711,49 m², powierzchnia użytkowa 836,87 m², kubatura 3960,00 m³), zaniechaniu wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy i uznaniu za wiarygodną wyłącznie

dokumentację dowodową wskazaną przez odwołującego się Pro-bud S.A., w tym w szczególności dowodom z referencji wystawionych wobec Pro-bud S.A. co do spełniania warunku zamawiającego wykazania się stosownym doświadczeniem o którym mowa w pkt 10.10.8 SIWZ (w zakresie należytego wykonania minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1.000 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych).

-naruszenie art. 107 ust- 4 pkt 4 w zw. z art. 100 ust. 3 ustawy PZP poprzez nieoddalenie odwołania od protestu wniesionego na treść SIWZ, która to treść nie została zaskarżona w terminie przewidzianym w art. 130 ust- 3 ustawy. Skutkiem tego nastąpiło przyjęcie rozpoznania merytoryczne odwołania wniesionego wskutek odrzucenia protestu przez zamawiającego podczas gdy protest w istocie w całości dotyczył zapisów i treści SIWZ i jako taki powinien zostać złożony w terminach przewidziany w art. 100 ust. 3 pkt 1 tj. 7 dni od dnia doręczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie później niż 3 dni przed upływem terminu składania

W uzasadnieniu skargi skarżący wskazał, iż Zamawiający zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 opisał warunki udziału w postępowaniu, które wykonawca ma spełnić, konkretyzując dyspozycje zawarte w art. 22 ust. 1 pkt 2,3, i 4 ustawy i określił dokumenty na podstawie, których sprawdzał ich spełnienie. Przepis art. 22 ust. 1 prawa zamówień publicznych określa wymogi, jakie musi spełniać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Wśród nich wymieniona niezbędna wiedza i doświadczenie wykonawcy. Poprzez te wymagania ustawodawca założył, iż ubiegającym się może być tylko taki wykonawca, który poprzednio już wykonywał czynności stanowiące przedmiot zamówienia, co ma dać większą gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia.

Skarżący podniósł, iż sformułowany przez Zamawiającego w treści SIWZ (pkt 10.10.0) c przetargu warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu się przez wykonawcę doświadczeniem zawodowym potwierdzającym wykonanie trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1 000,00 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych od fundamentów do formalnego zakończenia budowy jest sformułowany w sposób zgodny z przepisami zarówno prawa budowlanego jak i norm ISO oraz powszechnym rozumieniem pojęcia „powierzchnia zabudowy”¹¹. Przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, póź. 1113 ze zm.) określają pojęcie obiektu budowlanego, jak również definicję budynku oraz budowli. Skarżący podaje, iż wprowadzenie definicji powierzchni zabudowy została wprost zdefiniowana w prawie budowlanym jednakże ustawodawca wielokrotnie odwołuje się do tego pojęcia przy określaniu powierzchni obiektów budowlanych będących budynkami np. art. 20 prawa budowlanego. W ocenie skarżącego takie sformułowanie przez ustawodawcę pojęć, Jak w cyt. przepisie pozwala na przyjęcie, że jednym z parametrów obiektu budowlanego jest powierzchnia zabudowy, która każdorazowo odnosi się wyłącznie do budynku a nie do powierzchni całego obiektu, czy terenu. Przyjęcie zaś wykładni. prawnej dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku prowadziłoby do stwierdzenia, że powierzchnią zabudowy jest powierzchnia pod każdym obiektem budowlanym, a zatem nie tylko pod budynkami ale i obiektami małej architektury, placami i boiskami, co jest trudne do przyjęcia i stanowi "odwrocenie" rozumienia pojęcia „powierzchnia zabudowy" w ujęciu przywoływanym w prawie budowlanym. Krajowa Izba Odwoławcza zatem dokonując wykładni pojęcia „powierzchnia zabudowy", o której mowa w pkt 10.10,6 SIWZ zamawiającego, pominął w całości ujęcie tego terminu w prawie budowlanym, a przecież nie sposób, aby ocena zamówienia publicznego (przedmiotowo dotyczącego przecież robót budowlanych) została wyrażona w całkowitym oderwaniu od pojęć i terminów nadanych w prawie budowlanym. Analogiczna interpretacja winna mieć miejsce w

przypadku robót zamówionych przez zamawiającego. W tym aspekcie spraw/ Kpgjowś Izba Odwoławcza niesłusznie oceniła, że przy wykładni „powierzchnia zabudowy" nie ma żadnego znaczenia Polska Norma „Właściwości użytkowe w budownictwie - określanie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych (PN-ISO 9836:1992, Grupa Katalogowa SKN 0701 <CS 91.010,01) wydana przez Polski Komitet Normalizacyjny powszechnie stosowana przez wszystkich uczestników procesu budowlanego, która to norma pozostała aktualnym przepisem prawa budowlanego. Norma ta w pkt. 5.1.2 podaje, że przez powierzchnię zabudowy rozumie się powierzchnię terenu zajęta przez budynek w stanie wykończonym, Posłużyć się kryterium przyjętym w zaskarżonym orzeczeniu przez Krajową Komisję Odwoławczą, zdaniem skarżącego, prowadziłoby do tego, że przez powierzchnię zabudowy należałoby również rozumieć powierzchnię zajmowaną przez place, drogi dojazdowe, czy chodniki. Bezzasadnym jest wskazywanie przez Krajową Komisję Odwoławczą, iż zamawiający powinien wskazać w SIWZ, że przy ocenie doświadczenia wykonawców posłużyć się tą normą. Postępowanie jest bowiem kierowane

do profesjonalistów którzy powinni znać przebieg procesu budowlanego zarówno w zakresie przepisów prawnych, wymagań technicznych, jak i norm, którymi te wymagania są uregulowane. Wskazywanie zaś przez „PRO - BUD” S.A. oraz Krajową Izbę Odwoławczą, iż powierzchnia zabudowy dotyczy całego obiektu budowlanego zamiast tylko i wyłącznie powierzchni pod budynkiem świadczy o nieznanym powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Na uwagę zasługuje również to, że dla pozostałych trzech wykonawców, którzy złożyli oferty rozumienie pojęcia „powierzchnia zabudowy” nie przysporzyło żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Nadto, również w piśmie Starostwa Powiatowego oraz oświadczeniu Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w sposób klarowny zostało wyrażone, że powierzchnia zabudowy obiektu sportowego - hali nie przekracza 1.000 m², Krajowa Izba Odwoławcza błędnie przyjęła, czym naruszyła art. 7 ust. 1 ustawy pzp, że wymogi stawiane przez zamawiającego w SIWZ dotyczą powierzchni całego terenu na którym posadowione są sale lub hale sportowe, a nie wyłącznie gruntu pod salami sportowymi lub halami sportowymi. Wykładnia wymogów stawianych przez Zamawiającego dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą powoduje, iż do postępowania mogli przystąpić wszyscy potencjalni wykonawcy, którzy mogą, wykazać się wybudowaniem sal lub hal sportowych o dowolnej powierzchni zabudowy na terenie minimum 11100,00 m² podczas, gdy do postępowania za wyjątkiem Pro-BUD S.A., przystąpili wyłącznie wykonawcy, którzy spełnili wymogi zamawiającego stawiane w SIWZ dotyczące rzeczywistej powierzchni zabudowy rozumianej jako teren bezpośrednio zajęty pod salą lub halę sportową o rozmiarze minimum 1 000,00 m². Skarżący nie może zgodzić się z tezą, że warunki udziału w postępowaniu należy określać w sposób tak szeroki, jak to wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Takie podejście do konstrukcji warunków udziału w postępowaniu uniemożliwia ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców,

poprzez eliminację z postępowania wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia, a takim wykonawcą jest właśnie Pro-bud S.A. już wykonanych zamówień, dawali rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do naruszenia przepisów postępowania skarżący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza ustosunkowując się merytorycznie do zarzutów protestu odnośnie rozumienia pojęcia „powierzchnia zabudowy” dokonała merytorycznego rozstrzygnięcia protestu wyłącza tym samym Zamawiającego z jego roli w postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie pozbawiła Zamawiającego możliwości samodzielnej

stawianych Zamawiającemu w proteście odnośnie tego, czy należało powierzyć badania oferty odwołującego i dokonać ponownej oceny jego oferty czy też P^{ro}-bud S.A. swoje

stanowisko z podanym uzasadnieniem takiego ThA^s ofert

nakazując w zaskarżonym wyroku dopuszczenie oferty >Pro - Bud S.A. do badania ofert

pozbawiła Zamawiającego prawa kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonując oceny merytorycznej Krajowa Izba Odwoławcza w miejsce Zamawiającego dokonała nadto dowolnie interpretacji zapisów SIWZ, a także orzekła ponad ramy zaskarżenia gdyż odwołanie dotyczyło wyłącznie odrzucenia protestu. Natomiast w odwołaniu wykonawca nie domagał się przywrócenia jego oferty do postępowania, nie wnosił także o rozpatrzenie poprawności treści swojej oferty.

Skarżący wskazał nadto, iż uzasadnienie wyroku sporządzonego przez Krapwą Komisję Odwoławczą nie spełnia warunków formalnych wymienionych w art. 192 ust 2 ustawy pzp. Nie podano bowiem w wyroku powodów, dla których Krajowa Izba Odwoławcza nie dała wiary dowodom przedstawionym na rozprawie przez zamawiającego i uczestnika postępowania PU Galex. odnośnie niespełnienia przez Pro - Bud S.A. wymogów w zakresie doświadczenia Pro - Bud S.A. Krajowa Izba Odwoławcza bezprawnie pominęła dowody z następujących dokumentów w postaci pisma Starostwa Powiatowego w Kołobrzegu z dnia 23 stycznia 2009 r. oraz pisma Powiatowego inspektora Nadzoru Budowlanego w Kołobrzegu z dnia 12 stycznia 2009 r. Tymczasem z ww. dokumentów jednoznacznie wynika, iż Pro - Bud S.A. nie spełnił wymogów zamawiającego, gdyż nie wykazał się referencjami z zakresu co najmniej trzech budów o powierzchni zabudowy co najmniej 1000 m² powierzchni. Obowiązkiem zatem zamawiającego było wykluczenie ww. firmy i odrzucenie jej oferty, jako nie spełniającej wymogów określonych w SIWZ, co też Zamawiający słusznie uczynił.

W piśmie z dnia 30 marca 2009 r. Pro - Bud Spółka Akcyjna złożyła odpowiedź na skargę wnosząc o jej oddalenie i zasądzenie od skarżącego na rzecz Pro - Bud Spółki Akcyjnej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu przeciwnik skargi podał, iż Krajowa Izba Odwoławcza słusznie w ślad za argumentacją podaną w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20 lutego 2007 r. (sygn. akt IX Ca 50/07) wskazała, że wniesienie protestu drogą faksową, mimo, że nieprawidłowe, będzie skuteczne, jeżeli niezwłocznie zostanie potwierdzone w formie pisemnej. Przy czym ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że protestującego nie obciąża nieczytelność przesłanego protestu, zaś uczestnicy postępowania nie mogą ponosić negatywnych skutków nieprawidłowego działania urządzeń teletransmisyjnych. Nieuzasadniony jest również zarzut, że protest przesłany faksem po terminie jako, że

został nadany o godz. 15.36, a więc po godzinach pracy, termin na wniesienia protestu, zgodnie z art. 111 § 1 k.o., w zw. z art. 14 ustawy pzp, kończy się z upływem ostatniego dnia terminu, a więc o godzinie 24.00. Niezależnie od skuteczności wniesienia protestu przy pomocy faksu, wskazano, że protest został wniesiony również drogą elektroniczną w godzinach pracy Zamawiającego, Przeciwnik skargi nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego o automatycznym usunięciu wiadomości przesłanej przez wykonawcę ze względu na jej zainfekowanie wirusami. Z uwagi na właściwości programów antywirusowych odbiorca wiadomości, w tym przypadku Zamawiający miał możliwość poprzez odpowiednie czynności, dotrzeć do przesłanej wiadomości. Przede wszystkim jednak w toku postępowania nie zarzucono, iż protestujący wysłał wiadomość elektroniczną zawierającą wirusy. Niemożność odczytania przez Zamawiającego treści pisma przesłanego w formie elektronicznej nie może więc obciążać Wykonawcy, skoro Zamawiający ustanowił ten sposób komunikacji za właściwy. W takim przypadku to na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia możliwości skutecznego dostarczenia korespondencji w formie elektronicznej, zarówno poprzez właściwe skonfigurowanie systemu informatycznego, jak i fizyczne odbieranie przesyłanej poczty elektronicznej, a w przypadku, gdy poczta ta nie może zostać dostarczona z jakichkolwiek przyczyn, podjęcie stosownych działań.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów naruszenia prawa materialnego tj. art. 7 ustawy pzp, art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp, oraz naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 168 ust. 3, 6 i 7 oraz art. 192 ust. 2 ustawy pzp, przeciwnik skargi podniósł, że postanowienia SIWZ w pkt 10 i pkt 10) Lp. 0 należy rozumieć w ten sposób, że wymóg wykazania się wykonaniem minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych wykonanych od fundamentów do formalnego zakończenia umowy, dotyczy w istocie sal lub hal sportowych. Jednocześnie wskazał, iż nieprecyzyjność opisu wymagań w SIWZ nie może obciążać wykonawcy. Nie jest również dopuszczalna interpretacja SIWZ, która de facto prowadzi do jej zmiany już po złożeniu ofert. W ocenie „Pro - Bud” Spółki Akcyjnej skoro Zamawiający wymagał jako referencyjnej roboty budowlanej wykonania minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m² nie zaś trzech budynków o takiej powierzchni zabudowy, to argumentacja przedstawiona przez Skarżącego nie może zasługiwać na uwzględnienie. Przepisy prawa budowlanego określają zaś pojęcie budynku budowlanego, który m.in. budowla stanowiąca całość techniczna - użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami. Niewątpliwie natomiast do budowli zalicza się budowle sportowe. Słusznie więc Krajowa Izba Odwoławcza sprzeciwiła się próbie dokonania zmiany SIWZ względem jednego z wykonawców, już po złożeniu ofert, polegającej na zastąpieniu wyrazów „obiekt budowlany” wyrazami „budynek”.

Uczestnik nadto zauważył, iż w polskim systemie prawa brak jest legalnej definicji pojęcia „powierzchnia zabudowy”, co nie oznacza, że właściwe jest posłużenie się w tym wypadku rozumieniem tego pojęcia użytym w Polskiej Normie. Nie jest to bowiem powszechnie obowiązujący akt normatywny, zaś jej stosowanie jest dobrowolne. Poza tym powołana w niniejszym postępowaniu norma odnosi pojęcie powierzchni zabudowy do budynku, a nie do obiektu budowlanego. Skoro Zamawiający nie wskazał w SIWZ, że pojęcie powierzchni zabudowy będzie interpretował w znaczeniu przyjętym w tej normie poprzez bezpośrednie odwołanie się do tej normy lub jej treści, to nie ma ona zastosowania w niniejszym postępowaniu. Nadto, skoro przedmiotowa norma dotyczyła obmiaru budynków, to nie mogła mieć zastosowania do obmiaru powierzchni innych niż budynki obiektów budowlanych. W świetle postanowień SIWZ wykonawca miał prawo zamieścić w wykazie wykonanych robót budowlanych, obiekt budowlany o powierzchni 1000 m² obejmujący zarówno budynek jak i budowlę. Przez budowlę należy przecież rozumieć każdy obiekt budowlany nie będący budynkiem lub obiektem małej architektury. Tym samym wykonawca wykazał się wymaganym doświadczeniem, skoro wybudował na rzecz Gminy Miasta Kołobrzeg halę lodowiczą oraz plac sportowy z boiskami z nawierzchni sztucznej oraz sztucznym lodowiskiem, o powierzchni znacznie przewyższającej wymagania Zamawiającego. Chybiony jest przy tym argument Skarżącego, że w świetle wykładni KIO „do postępowania mogli przystąpić wszyscy potencjalni wykonawcy, którzy mogą wykazać się wybudowaniem sal lub hal sportowych o dowolnej powierzchni na terenie minimum 1009 m²”. SIWZ nie odnosi się bowiem do „terenu” (działki) na którym posadowiony jest budynek, lecz do powierzchni łącznej budynku i innych obiektów budowlanych. Wobec tego dowód w postaci Pisma Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Kołobrzegu z dnia 12 stycznia 2009 r., w ocenie przeciwnika skargi, nie jest istotny w sprawie.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 191 ust. 2 pkt 1, art. 103 ust. 4 oraz art. 191 ust. 3 ustawy pzp przeciwnik skargi podniósł, iż zarzuty te wynikają z błędnego rozumienia istoty postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ustawodawca zaś w art. 134 ust. 6 ustawy pzp odsyła jedynie do odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym. Wniesienie odwołania od czynności odrzucenia protestu nie jest zaś zażaleniem na postanowienie kończące postępowanie w sprawie. Nadto przeciwnik skargi wskazał, iż w postępowaniu protestacyjnym złożył

protest, w którym domagał się unieważnienia czynności odrzucenia oferty. Postawienie w odwołaniu żądania merytorycznego rozpoznania protestu jest niczym innym, niż powtórzeniem zarzutów i żądań zawartych w protestie.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Skarga okazała się bezzasadna

Zgodnie z treścią art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Skarga ta jest przewidzianym w ustawie środkiem odwoławczym wprowadzonym do polskiego systemu prawnego w następstwie wynikających z prawa unijnego zaleceń wprowadzenia efektywnego systemu procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych.

W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 4 ustawy - prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej (art. 194 ust. 2 cytowanej ustawy). Celem skargi jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu. W postępowaniu tym, w zakresie skarg dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych po dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej - ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [Dz. U. z dnia 11 maja 2007 r.] * tj. po dniu 12 października 2007 r. - jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, Sąd nie może orzekać w przedmiocie zarzutów, które nie były przedmiotem protestu (art. 193 ust. 4 wskazanej ustawy).

Skarga zawiera trzy grupy zarzutów:

-zarzuty formalne dotyczące naruszenia przepisów postępowania prowadzące się do tego, że KIO bezpodstawnie przyjął, że zamawiający niezasadnie odrzucił protest, a tym samym uznał, że protest wpłynął w terminie,

■zarzuty merytoryczne prowadzące się do tego, że KIO błędnie dokonał wykładni powierzchni zabudowy przyjmując, że dotyczy ona nie tylko powierzchni pod budynkami ale też każdym innym obiektem budowlanym w tym także pod placami i budynkami,

. zarzuty naruszenia przepisów postępowania prowadzące się do tego KIO nakazał powtórzenia czynności wyboru oferty i oceny oferty, podczas gdy odwołanie dotyczyło żądania merytorycznej orany , izba powinna zatem orzekać co do przedmiotu odwołania i zarzutów tam podniesionych.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów, należy wskazać, że Krajową Izbą Odwoławczą prawidłowo przyjęła, że nie doszło do wniesienia protestu z naruszeniem terminu, albowiem termin należy liczyć stosownie do przepisu art. 111 kc. (art. 14 pzp) i kończy się on z końcem dnia, nie zaś z końcem pracy godzin urzędowania urzędu. Na tle wskazanego przepisu dzień rozumiany jest jako doba. Liczy się go od północy do północy (compulso civilis) i obejmuje on 24 godziny. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 prawo zamówień publicznych precyzuje, że protest traktuje się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Nie chodzi jednak o faktyczne zapoznanie się z protestem przez osoby działające na rzecz zamawiającego, lecz jedynie o powstanie stanu, w którym było to możliwe. Błędny jest pogląd, zgodnie z którym przepis traktujący protest za wniesiony z chwilą, gdy doszedł do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią, oznacza to konieczność wniesienia protestu w godzinach pracy zamawiającego. Termin na wniesienie protestu jest liczony w dniach, w związku z tym opływa dopiero z końcem dnia, tj. o godzinie 24.00. Problem dochowania terminu na wniesienie protestu stał się w poprzednio obowiązującym stanie prawnym przedmiotem uchwały Sądu Najwyższego dnia 11 kwietnia 2003 r. (III CZP 3/03). Sąd Najwyższy zajął stanowisko, iż do dokonywania tej czynności właściwe są zasady materialnoprawne dotyczące składania oświadczeń woli, a nie procesowe reguły dokonywania czynności procesowych. Ustawa milczy w sprawie formy protestu. Do czasu wejścia w życie nowelizacji z dnia 7 kwietnia 2006 r. przepis art. 130 ust. 1 wymagał dochowania pisemnej formy protestu. Po nowelizacji wymóg ten już nie występuje, komentowany przepis odsyła natomiast do postanowień art. 27 ust. 1-3, który regulują zagadnienie formy, w jakiej przekazywane są w trakcie postępowania oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje. Jeżeli zatem zamawiający przewiduje na podstawie art. 27 ust. 1 konieczność składania oświadczeń w formie pisemnej, to także protest powinien być wniesiony w tej formie. Wniesienie go w innej formie, niż dopuszczona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia forma składania oświadczeń, jest bezskuteczne. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z literaturą protest stanowi oświadczenie woli i może być wniesiony łącznie skutecznie, o ile następnie zostanie potwierdzony niezwłocznie na piśmie co w

niniejszej sprawie nastąpiło poprzez przesłanie protestu mailem a więc w sposób określony przez zamawiającego w siwz. Problemy techniczne zamawiającego związane z nie-możliwością odbioru wiadomości nie mogą obciążać wykonawcy, tak jak i zainstalowany przez zamawiającego program antywirusowy, który odrzucił czy też skasował protest wykonawcy.

Niezasadne okazały się także merytoryczne zarzuty skarżącego sprowadzające się do tego, że Krajowa Izba Odwoławcza błędnie dokonała wykładni powierzchni zabudowy przyjmując, że dotyczy ona nie tylko powierzchni pod budynkami ale też każdym innym obiektem budowlany[^] w tym także pod placami i budynkami. Wskazano w skardze, że definicja powierzchni zabudowy nie została wprost wskazana wprawie budowlanym, lecz ustawodawca wielokrotnie odwołuje się do tego pojęcia przy określaniu obiektów budowlanych będących budynkami np. w art. 29 prawa budowlanego, Takie sformułowanie pozoru/ala na przyjęcie, że jednym z parametrów obiektu budowlanego jest powierzchnia zabudowy, która każdorazowo odnosi się do wyłącznie do budynku a nie do powierzchni całego obiektu lub terenu. Skarżący zarzucił, że KIO również nieprawidłowo ocenił, że przy wykładni terminu „powierzchnia zabudowy” nie ma żadnego znaczenia Polska Norma. Norma ta jest powszechnie stosowana przez wszystkich uczestników procesu budowlanego i pozostaje aktualnym przepisem prawa budowlanego, Posłużenie się kryterium zastosowanym przez KIO, że przez powierzchnię zabudowy należy rozumieć także powierzchnie zajmowane przez place, drogi dojazdowe czy chodniki jest oczywistym absurdem. W skardze wskazano również, że postępowanie z uwagi choćby na kryteria doświadczenia wykonawcy kierowane jest do profesjonalistów znających przebieg procesu budowlanego, w tym przepisy prawne, wymagania techniczne i norm I nie można przeprowadzać zamówienia publicznego i dokonywać oceny ofert w oderwaniu od prawa budowlanego, Wskazywanie przez odwołującego i KIO, że powierzchnia zabudowy dotyczy całego obiektu budowlanego miał tylko i wyłącznie pod budynkiem świadczy o niezręczności i ignorancji powszechnie obowiązujących przepisów prawa budowlanego. Potwierdzeniem powyższego jest zdaniem skarżącego fakt, że dla innych trzech wykonawców rozumienie powierzchni zabudowy nie przysporzyło żadnych wątpliwości interpelacyjnych. Kryterium zastosowane przez zamawiającego miało na celu w pełni miarodajną ocenę doświadczenia potencjalnych wykonawców, aby ograniczyć z kręgu potencjalnych wykonawców takich, którzy nie@dają rękami należytego wykonania zamówienia,

Wskazane zarzuty skarżącego nie są trafne. Na wstępie wskazać należy, że zamawiający zarzucił odwołującemu, że jego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci braku wykazania posiadania doświadczenia w wykonywaniu zadań podobnych do przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt 10.10.0 siwz. Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji to taka, która sporządzona jest odmiennie, niż określają to postanowienia siwz, Przy stwierdzaniu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie należy uwzględniać podmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Tę kwestię reguluje przepis art 24 ust 1 pkt 10 pzp, który w przypadku nie spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 pzp nakazuje wykluczyć wykonawcę z postępowania. Zatem w przypadku uznania przez zamawiającego jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, że oferta nie spełnia zakreślonych w specyfikacji wymagań dotyczących doświadczenia wykonawcy w wykonywaniu podobnych zadań, wykonawca powinien ulec wykluczeniu.

Należy podkreślić, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Elementem specyfikacji o szczególnym znaczeniu jest opis przedmiotu zamówienia- Zamawiający powinien dokonać go zgodnie z wymogami określonymi w art. 29-31 prawa zamówień publicznych, Opis przedmiotu zamówienia umieszczony w siwz powinien wskazywać wykonawcy wszystkie warunki i przedmiot jego przyszłego świadczenia, gdyż od niego będzie zależeć w pierwszym rzędzie decyzja wykonawcy o złożeniu oferty, a następnie kalkulacja cenowa. Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w art- 29 wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i on liczyć nie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Do tego typu okoliczności i wymagań należy zaliczyć m.in. wymogi dotyczące gwarancji na przedmiot zamówienia - jej zakres i okres obowiązkowego świadczenia z gwarancji, miejsce spełnienia świadczenia, świadczenia dodatkowe związane z świadczeniem głównym i inne związane z nim obowiązki, także dotyczące podmiotowych warunków udziału w zamówieniu. Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. Okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu

zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.

Zapis punktu 10.10.8 specyfikacji odnoszący się do podmiotowych warunków udziału w zamówieniu poprzez wykazanie się odpowiednim doświadczeniem przez wykonawcę jest jasny i zrozumiały biorąc pod uwagę wykładnię językową. Zakłada on mianowicie przedstawienie przez wykonawcę referencji wykazujących wykonanie przez wykonawcę minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych. Zamawiający dodatkowo pisał, że za roboty podobne uzna roboty budowlane polegające na budowie

nowych obiektów budowlanych (od fundamentów do formalnego zakończenia budowy) w ilości obiektów i powierzchni zabudowy minimum jak wyżej. Ów warunek jest jednoznaczny i nie może być interpretowany inaczej niż wynika to z jego literalnego brzmienia. Wskazany w specyfikacji warunek odnoszący się do minimalnej powierzchni zabudowy dotyczyć powinien jedynie obiektów budowlanych, nie zaś sal lub hal sportowych. Interpretacja zamawiającego zaprezentowana w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy, oraz w skardze w przedmiocie rozumienia punktu 10.1 OJ specyfikacji nie zasługuje na uwzględnienie. Dokonując wykładni użytych w specyfikacji terminów „obiekt budowlany” oraz „powierzchnia zabudowy” należy w pierwszej kolejności posłużyć się językowymi dyrektywami wykładni, zgodnie z którymi należy użytym zwrotom nadawać znaczenie jakie nadał im akt prawny. Definicja pojęcia obiekt budowlany znajduje się w art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku prawo budowlane (Dz. U Nr 156, poz. 1116 z późniejszymi zmianami). Zgodnie z tym przepisem obiektem budowlanym jest między innymi budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami. Brak jest jednakże w prawie budowlanym definicji „powierzchni zabudowy”. Nie ma podstaw aby dla oceny pojęcia powierzchni zabudowy posłużyć się rozumieniem tego pojęcia wskazanym w Polskiej Normie PN-ISO 9336:1992, gdyż zgodnie z treścią art. 5 ustawy z dnia 12 września 2002 roku o normalizacji (Dz. U Nr 169 poz. 1586 z późniejszymi zmianami) ich stosowanie jest dobrowolne, zaś zamawiający nie wskazał w siwz, że pojęcie „powierzchnia zabudowy” będzie interpretował w znaczeniu przyjętym w tej normie. Podkreślić należy, że zamawiający powyższego nie wskazał nie tylko w siwz, ale i w odpowiedzi na pytania dotyczące siwz. Zatem dla oceny wymagań określonych w punkcie 10.10,3 siwz wystarczające było wykazanie się doświadczeniem wykonawcy wykonania robót budowlanych obejmujących zarówno budynki jak i budowę w tym także budowę sportowe o powierzchni 1000 m².

Nie zasługuje na uwzględnienie także ostatni zarzut skarżącego polegający na naruszeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisów art. 191 ust. 2 pkt 1, art. 183 ust. 4 oraz art. 191 ust. 3 pzp. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja środków odwołania wykonawców od decyzji zamawiającego powoduje, że najpierw zamawiający ustosunkowuje się do podniesionych zarzutów oraz żądań zawartych w proteście. Jeżeli stwierdza zasadność zarzutów wskazanych w proteście, to wówczas protest uzna je, a w efekcie uznania potwierdza czynność dokonaną z naruszeniem zasad ustawowych albo dokonuje czynności bezpodstawnie zaniechanej. Jeżeli natomiast wedle stanowiska zamawiającego zaizuty zawarte w proteście nie znajdują uzasadnienia, czyli nie zachodzą materialne przesłanki zasadności protestu to wówczas protest oddala. Wynikająca z art. 114-133 pzp regulacja protestu wskazuje, iż jest on środkiem służącym swoistej samokontroli państwa zamawiającego, który umożliwia naprawienie błędów proceduralnych przez samych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zbędne staje się wszczynanie skomplikowanej procedury odwoławczej, toczącej się przed wyspecjalizowanym organem - Krajową Izbą Odwoławczą. Rozpoznanie środka odwoławczego przez niezależny od stron organ jurysdykcyjny w postępowaniu spornym, bez dania za mawiającemu możliwości uprzedniego naprawienia nieprawidłowości, częstokroć paraliżowałoby proces udzielania zamówień. Jednocześnie niewyczerpanie drogi protestu jest negatywną przesłanką procesową w przypadku odwołania. Na podstawie art. 197 ust. 4 pkt 2 pzp odwołanie nieprzedłożone protestem podlega odrzuceniu. Opisane cechy upodabniają protest do reklamacji u zamawiającego, który może swoją czynność niezgodną z przepisami ustawy naprawić lub dokonać czynności, której bezprawnie zaniechał. Podobne postępowania reklamacyjne, umożliwiające stronom danego stosunku prawnego przywrócenie stanu zgodnego z prawem, przed oddaniem sporu pod jurysdykcję organów procesowych, nie są ewenementem w systemie prawa polskiego (por. Komentarz do ustawy z dnia 19 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 07.22 3.1655), [w:] Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. II, W realiach przedmiotowej sprawy zamawiający po stwierdzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą na rozprawie, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania ustosunkował się merytorycznie do odwołania i protestu. Należy zaakcentować, że zgodnie z treścią art. 104 ust. 6 pzp do postępowania wywołanego odwołaniem stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.) o sądzie polubownym (arbitrażowym). Przepisy o sądzie polubownym nie zawierają szczegółowych unormowań odnośnie sposobu postępowania, zgodnie zaś z treścią art. 1164 § 2 k.p.c sąd polubowny może, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem,

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 109 § 1 kpc oraz 198 ust. 5 prawa zamówień publicznych. Zgodnie z treścią drugiego z wymienionych przepisów koszty postępowania skargowego ponoszą strony tego postępowania, stosownie do jego wyniku, przy czym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia sąd uwzględnił także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. W związku z tym, iż skarga okazała się bezzasadna i podlegała oddaleniu kosztami postępowania wywołanego jej wniesieniem należało obciążyć skarżącego. Na koszty te składało się wyłączenie wynagrodzenie pełnomocnika strony przeciwnej. W związku z brakiem regulacji dotyczącej stawek wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi Sąd ustalił tą wartość, kierując się treścią przepisu 5 10 ust. 1 pkt. 4 w zw. z §2 ust. 1 i § 12 ust. 1 w sprawie ootat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 nr 163 poz. 1349 ze zm.), o czym orzeczono w punkcie II wyroku,

$$m_{\text{max}} = 1 \text{ m}_{\text{mean}} + 4 \text{ s.d.}$$