

_>/(

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lutego 2009 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział II Cywilny - Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Dorota Gamrat - Kubiczak

SSO Wiesława Buczek-Markowska
SSR del Elżbieta Woźniak

Protokolant: St. Sekr. Sąd. Dorota Szlachta

po rozpoznaniu w dniu 9 lutego 2009 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z odwołań oferenta Kołobrzeskiego Przedsiębiorstwa Instalacyjnego w
Kołobrzegu

przy udziale zamawiającego Skarbu Państwa Rejonowego Zarządu Infrastruktury w
Szczecinie
o zamówienie publiczne

na skutek skargi zamawiającego

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 28 listopada 2008 r., w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1294/08 i KIO/UZP
1295/08

1. oddala skargę;

**2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa Rejonowego Zarządu
Infrastruktury w Szczecinie na rzecz oferenta Kołobrzeskiego
Przedsiębiorstwa Instalacyjnego w Kołobrzegu kwotę 3600 zł (trzy
tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.**

/... i \ Ma oryginalne właściwe podpisy

Odwolujący się w proteście i odwołaniu podnosił zarzut zaniechania odrzucenia oferty PERFEKT Sp. j. mimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz. Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust 1 Pzp Odwołujący się wskazał, że dopuszczając wykonanie części zamówienia przez podwykonawców Zamawiający wyłączył taką możliwość w odniesieniu do robót budowlanych, robót elektrycznych, robót sanitarnych (z wyjątkiem instalacji wentylacji i

klimatyzacji oraz wyposażenia technologicznego) oraz nałożył na wykonawców obowiązek wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom PERFEKT Sp. j. w ofercie na stronie 59 "Wykaz podwykonawców" wskazał dwóch podwykonawców w zakresie robót elektrycznych oraz robót sanitarnych i nie dokonał odpowiedniego skreślenia na str. 1 pkt 3 oferty (roboty wykonane siłami własnymi lub zamierzany powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia określone w części VI ust. 7 SIWZ). Odwołujący się wywiódł, że PERFEKT Sp. j. wskazał podwykonawców w branżach, co do których Zamawiający nie dopuścił zlecenia robot podwykonawcom, a ponadto w formularzu oferty nie zadeklarował się, czy roboty będzie wykonywał siłami własnymi, czy też powierzy część robót podwykonawcom. Zamawiający oddalił protest.

W zakresie odwołania zarejestrowanego pod sygn. **akt KIO/UZP/1294/08** Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, wskazując, iż zgodnie z postanowieniem części III ust. 3 siwz plan projektowanego przyłącza c.o. i c.w.u, przyłącza wodno-kanalizacyjnego, linii kablowej NN 0,4 kW oraz projekt zagospodarowania terenu stanowią informację niejawną opatrzoną klauzulą „zastrzeżone”. Zamawiający zapisał w przywołanym postanowieniu siwz, że wymienione dokumenty mogą być udostępnione do wglądu tylko dla osób posiadających stosowne poświadczenie bezpieczeństwa, które odbyły przeszkolenie w zakresie ochrony informacji niejawnych.

W części VII pkt 2.B. siwz, dalej wskazywała KIO, zamawiający zobowiązał wykonawców ubiegających się o udzielenia zamówienia do dołączenia do oferty, m.in.:

a) wykazu stanu osobowego kadry technicznej, która będzie wykonywać zamówienie lub będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz załączeniem uprawnień budowlanych do kierowania robotami w specjalnościach: - konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń - do kierowania robotami budowlanymi dla obiektów o kubaturze powyżej 1 OOm 3 (minimum 2 osoby z uprawnieniami); instalacyjnej w zakresie instalacji cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych - do kierowania robotami budowlanymi (minimum 2 osoby, w tym 1 osoba dodatkowo w zakresie sieci wodno-kanalizacyjnej);

- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych - do kierowania robotami budowlanymi (minimum 1 osoba). Do wykazu należało załączyć kopie uprawnień budowlanych osób w wymienionych specjalnościach wraz z aktualnymi zaświadczeniami, o tym, że osoby te są członkami Izby Inżynierów Budownictwa

b) wykazu wszystkich osób przewidzianych do realizacji zamówienia, które będą miały dostęp do dokumentów niejawnych stanowiących tajemnicę służbową o klauzuli „zastrzeżone”. Wobec treści przywołanych postanowień siwz Izba stwierdziła, że przedstawiona na rozprawie przez Zamawiającego interpretacja postanowień siwz, zgodnie z którą wymagania dotyczące posiadania poświadczenia bezpieczeństwa odnoszą się do co najmniej jednej osoby posiadającej uprawnienia budowlane wskazanej w poszczególnych tiret części III ust. 2 lit. B ppkt a) nie znajduje oparcia w treści przywołanego postanowienia siwz. Zamawiający formułując przywołane postanowienia siwz nie wymagał posiadania poświadczenia bezpieczeństwa dla wszystkich osób, które będą realizowały zamówienie, lecz wyłącznie dla osób, które będą miały dostęp do dokumentów stanowiących informację niejawną. Wynika to wprost z przywołanego postanowienia siwz.

W ocenie Izby postanowienia siwz nie pozwalały na jednoznaczne ustalenie, jakie osoby będą miały dostęp do informacji niejawnych w toku realizacji zamówienia. Informacji takiej nie sposób wywieść z opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności z zastrzeżenia zawartego części III ust. 3 siwz.

Izba dalej podnosiła, iż strony zgodnie oświadczyły na rozprawie, że prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia nie wymaga zapoznania się ze wskazanymi w przywołanym postanowieniu siwz planami i projektem przez osoby posiadające uprawnienia budowlane. Bezsprzeczna jest również między stronami okoliczność, że do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w części III ust. 3 siwz niezbędne jest

posiadanie dostępu do informacji niejawnych wyłącznie przez geodetę.

Odwolujący się złożył wraz z ofertą "Wykaz stanu osobowego kadry technicznej, która będzie wykonywać zamówienie lub będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia" wraz z wymaganymi dokumentami oraz Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia, które posiadają dostęp do dokumentacji niejawnej o klauzuli "zastrzeżone" i „poufne”.

W ocenie Izby Odwołujący się spełnia ustalone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Jeśli Zamawiający będący jednostką wojskową, ze względu na specyfikę swego funkcjonowania, wymaga posiadania poświadczeń bezpieczeństwa przez osoby wykonujące prace na jego terenie, to winien wymaganie to zapisać w siwz, w sposób jednoznaczny, nie pozwalający na dowolność interpretacji. Izba wskazała, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie powinni ponosić konsekwencji niespójności postanowień siwz lub ich niezgodności z rzeczywistym zamiarem Zamawiającego, skoro wprost zastosowali się do literalnego brzmienia siwz. Odwołujący się został wadliwie wykluczony z postępowania. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp potwierdził się.

Nie potwierdził się natomiast - dalej wskazywała Izba - zarzut naruszenia art. 38 ust. 5 Pzp. Po pierwsze zarzut naruszenia art. 38 ust. 5 Pzp wg stanu prawnego sprzed dnia wejścia w życie nowelizacji Prawa zamówień publicznych podnoszony być może wyłącznie w celu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żądanie takie nie zostało podniesione przez Odwołującego się, nadto Izba nie znajduje również podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu na podstawie art. 191 ust. 3 zd. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Zamawiający na etapie oceny ofert oraz rozstrzygając protest Odwołującego się dokonał interpretacji postanowień siwz w sposób nie znajdujący oparcia w ich treści, nie zmienił jednak warunków udziału w postępowaniu. Jednak dla usunięcia skutków naruszenia prawa, którego dopuścił się Zamawiający, wystarczające jest nakazanie mu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie jest zatem zasadne unieważnianie postępowania.

W zakresie odwołania zarejestrowanego pod **sygn. akt KIO/UZP/1295/08** w ocenie Izby zasługiwało ono na uwzględnienie, albowiem w części VI ust. 7 siwz Zamawiający zapisał "dopuszcza się zlecanie robót podwykonawcom za wyjątkiem robót budowlanych, robót elektrycznych, robót sanitarnych (wyjątkiem instalacji wentylacji i klimatyzacji oraz wyposażenia technologicznego). Wykonawca ma obowiązek wskazać w ofercie część zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom". PERFECT Sp. j. nie dokonał na formularzu oferty (str. 1 pkt 3) wykreślenia w tiret 5 z którego wynikać miało, czy roboty wykona siłami własnymi, czy też zamierza powierzyć podwykonawcom części zamówienia określone w Części VI ust. 7 siwz. Jednocześnie na stronie 59 oferty "Wykaz podwykonawców" wskazał dwóch podwykonawców: w zakresie robót elektrycznych F.H.U. ELZAK z siedzibą w Szczecinie oraz robót sanitarnych Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "EKOTERMBUD" z siedzibą w Koszalinie. Bezpornie PERFECT Sp. j. w formularzu oferty nie zadeklarował, czy roboty będzie wykonywał siłami własnymi, czy też powierzy część robót podwykonawcom. Oferta stanowi oświadczenie woli wykonawcy. Zatem PERFECT Sp. j. nie złożył oświadczenia woli zawierającego wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego. Z informacji zawartych na stronie 59 oferty, można wywieść, że PERFECT Sp. j. przewiduje wykonanie części prac przy pomocy wskazanych podwykonawców. Jednak treść tych informacji nie pozwala na ustalenie, czy nie został naruszony zakaz podwykonawstwa określony w części VI ust. 7 siwz. Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że PERFECT SP. J. nie naruszył wymagań siwz w zakresie dopuszczalności posłużenia się podwykonawcami przy realizacji zamówienia. Przeciwnie PERFECT Sp. j. pismem swoim zmienił treść oferty, w ten sposób, że sprecyzował sposób realizacji zamówienia, złożył oświadczenie woli o treści odmiennej niż w ofercie.

W ocenie Izby Odwoławczej Zamawiający dokonując wyboru oferty, którą winien odrzucić, naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną art. 7 ust. 1 Pzp. Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust.1 uwzględniła oba odwołania i na podstawie art. 191 ust. 2 i 3 Pzp nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz nakazała dokonanie czynności ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości Zmawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury wnosząc o uchylene wyroku w całości i zaszalenie od wykonawcy na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego i procesowego przed Sądem oraz przed poprzedzającym niniejszą skargę postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych.

Zarzuty skargi stanowiły:

Zarzut naruszenie norm prawa materialnego:.

1) dokonanie błędnej wykładni art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 27 ust. 1 pkt 1 i2 ustawy z dnia 22 stycznia 1999r. (Dz. U. z 2005r. Nr 196, póź. 1631 ze zm.) poprzez uznanie, iż Kołobrzesckie Przedsiębiorstwo Instalacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu spełniło ustalone przez Skarżącego warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

2) dokonanie błędnej wykładni art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Perfekt Spółka Jawna Mirosław Barwina, Piotr Wawrocki z siedzibą w Szczecinie udzielając wyjaśnień w zakresie prac, które zamierza zlecić podwykonawcą, złożyła oświadczenie woli o odmiennym brzmieniu niż w ofercie, dokonując w rezultacie zmiany treści oferty.

W uzasadnieniu skarżący wskazał, iż zgodnie z postanowieniami części VII ust. 1 pkt 2 SIWZ Wykonawca ubiegający się o udzielenia zamówienia zobowiązany był wykazać, iż dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie niezbędnym do jego realizacji. Z uwagi na fakt, iż plan projektowanego przyłącza CO i CWU, plan projektowanego przyłącza wodnokanalizacyjnego, plan projektowanej linii kablowej NN 0,4 oraz projekt zagospodarowania i terenu stanowią informację niejawną opatrzoną klauzulą zastrzeżone, co powoduje, iż wgląd do niej będą miały jedynie osoby posiadające stosowne poświadczenie bezpieczeństwa, które odbyły przeszkolenie w zakresie informacji niejawnych, (części III ust. 3 SIWZ), Skarżący w części VII ust. 2 pkt 2 Et B lit b SIWZ zobowiązał dodatkowo wykonawców do wskazania wszystkich osób przewidzianych do realizacji zamówienia, które będą miały dostęp do powyższych informacji. Obowiązek przedstawienia powyższego wykazu w powiązaniu z j treścią ust. 2 pkt 2 części VII SIWZ uzasadnia stanowisko Skarżącego, iż w celu prawidłowego wykonania zamówienia wykonawca powinien dysponować osobami uprawnionymi do zapoznania się z dokumentacją wymienioną w ust.3 części III SIWZ, 1 posiadający ni jednocześnie odpowiednie kwalifikacje do prawidłowego jej zrozumienia, wydania kompetentnych poleceń pracownikom, zaś po wykonaniu zamówienia podpisania dokumentacji projektowej zgodnie z wymogami art. 57 ust 1 pkt 2 Et a ustawy z dnia 07.07.1994r. prawo budowlane. Tylko bowiem wówczas - wskazywał skarżący - Wykonawca wykaże, iż posiada odpowiednią kadrę kierowniczą i pracowniczą, przy pomocy której będzie w stanie wykonać zamówienie w sposób prawidłowy, zgodnie z przepisami ustawy prawo budowlane, nie naruszając przy tym przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych. Tymczasem, zdaniem skarżącego, żadna z osób wskazanych przez KPI Sp. z o.o. będących członkami kadry technicznej nie posiadała uprawnień do dostępu do informacji niejawnych opatrzonej klauzulą zastrzeżone. Z kolei osoba posiadająca dostęp do wymienionych w ust. 3 części III SIWZ dokumentów nie posiada kwalifikacji, które pozwoliły by jej na właściwe zrozumienie niniejszej dokumentacji, poczynienie prawidłowych ustaleń, wydanie odpowiednich poleceń osobom uczestniczącym w realizacji zamówienia oraz podpisanie, zgodnie z powołanym wyżej art. 57 ustawy prawo budowlane, dokumentacji projektowej po wykonaniu umowy.

Dalej apelujący wskazał, iż nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej przy aby Perfekt Sp. j. w piśmie zawierającym wyjaśnienia co do treści oferty zmieniła jej treść, co w świetle art. 87 ust. 1 Pzp było niedopuszczalne i powinno skutkować

odrzućeniem oferty. Zgodnie z postanowieniami części VI pkt 7 SIWZ Zamawiający dopuścił zlecenie robót podwykonawcą za wyjątkiem robót budowlanych, elektrycznych i sanitarnych (z wyłączeniem instalacji i klimatyzacji oraz wyposażenia technicznego) Na str. 59 oferty Prefekt sp. j. przedstawiła wykaz podwykonawców w zakresie robót elektrycznych i robót sanitarnych. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż oferta złożona w postępowaniu stanowi jeden dokument, którego poszczególne fragmenty nie powinny być interpretowane w oderwaniu od innych części, zaś wykonawca złożył oświadczenia, iż zapoznał się ze wszystkimi warunkami SIWZ i przyjmuje je bez zastrzeżeń oraz, że spełnienia warunki udziału w postępowaniu Zamawiający, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, pismem z dnia 0.10.2008r. wezwał Perfekt Sp. j. do złożenia wyjaśnień, co do treści złożonej oferty. Spółka Perfekt Sp. j. sprecyzowała treść oferty wskazując, iż zamierza zlecić podwykonawcą realizację robót elektrycznych w zakresie instalacji wentylacji i klimatyzacji oraz realizację robót sanitarnych z zakresu instalacji wentylacji i klimatyzacji oraz wyposażenia technicznego. Wyjaśnienia powyższe w powiązaniu z faktem, iż roboty, których możliwość zlecenia podwykonawcą dopuścił zamawiający, wchodziły w zakres prac elektrycznych i sanitarnych, a zatem wskazanych przez wykonawcę w ofercie, rozwiały wątpliwości Skarżącego co do rodzaju prac jakie Perfekt Sp. j. zamierzała zlecić podwykonawcą i pozwoliły na uznanie powyższej oferty za zgodną z postanowieniami SIWZ.

W odpowiedzi na skargę Zamawiającego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie z dnia 28.11.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1294/08 i sygn. akt KIO/UZP/1295/08 Wykonawca Kołobrzskie Przedsiębiorstwo Instalacyjne Sp. z o.o. w Kołobrzegu wniosła o oddalenie skargi, jako bezzasadnej w rozumieniu art. 198 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia r. Prawo zamówień publicznych zasądzenia od zamawiającego na rzecz wykonawcy kosztów postępowania według złożonego na rozprawie spisu kosztów w tym zastępstwa procesowego przed Sądem w wysokości 7 200 zł.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zarzuty skargi okazały się nieuzasadnione.

Na wstępie godzi się wskazać, iż ustawa „Prawo zamówień publicznych” w oparciu o które przeprowadzono przedmiotowy przetarg jest aktem prawnym określającym zasady, tryby udzielania zamówień publicznych, środki odwoławcze, sposób kontroli udzielania zamówień oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Celem zatem realizacji powyższego obowiązku znajdującego odzwierciedlenie w treści art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przygotowana przez zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia dotycząca postępowania o udzielenie właśnie zamówienia publicznego winna swoją redakcją wyłączać możliwość rozbieżności interpretacyjnych przez stających do przetargu. Sąd Odwoławczy stoi na stanowisku, iż w przypadku nieprawidłowego, czy też rozbieżnego z wolą Zamawiającego zaprezentowania warunków zamówienia, ich niespełnienie nie może w żadnym razie obciążać wykonawcy. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym orzeczeniu Zamawiający zobowiązał wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do dołączenia do ofert między innymi wykazu stanu osobowego kadry technicznej, która będzie wykonywać zamówienie lub będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz załączeniem uprawnień budowlanych do kierowania robotami żądając wskazania osób w zakresie robót w specjalnościach konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, instalacyjnej w zakresie instalacji cieplnej, wentylacyjnej, wodociągowej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych. Jako osobny podpunkt 11.1.1.2 Zamawiający zażądał przedłożenia wykazu wszystkich osób przewidzianych do realizacji zamówienia, które będą miały dostęp do dokumentów niejawnych stanowiących tajemnicę służbową o klauzuli „zastrzeżone”. Przy czym do wykazu należało dołączyć kopie poświadczenia bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych stanowiących tajemnicę służbową oznaczonych klauzulą „zastrzeżone” oraz kopie zaświadczeń o odbyciu przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych. W wykazie osób przewidzianych do realizacji zamówienia, które posiadają dostęp do dokumentacji niejawnej o klauzuli „zastrzeżone” i „poufne” Kołobrzskie Przedsiębiorstwo Instalacyjne Sp. z o.o. w

Kołobrzegu wskazała Katarzynę Pepińską posiadającą Poświadczenie bezpieczeństwa opatrzone numerem 14/Z/KPW/2005 oraz legitymującą się dyplomem ukończenia studiów wyższych na Wydziale Budownictwa i Inżynierii Środowiska w zakresie konstrukcji budowlanych i inżynierskich, która to z ramienia Wykonawcy miała mieć wyłączny dostęp do dokumentacji niejawnej Zamawiającego. Dodatkowo w Wykazie Osób Przewidzianych do Realizacji

Zamówienia, które posiadają dostęp do dokumentacji niejawnej o klauzuli „zastrzeżone” i „poufne” Kołobrzeshire Przedsiębiorstwo Instalacyjne wskazał Stanisława Żukowskiego pełniącego obowiązki geodety i posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa nr 165/1098/PSP/2004.

Z postanowień *SIWZ* wbrew twierdzeniom Zamawiającego w sposób oczywisty i klarowny nie wynika obowiązek legitymowania się przez wszystkich pracowników Wykonawcy, czy też części osób - a zajmujących kierownicze czy specjalistyczne stanowiska - uprawnieniami do dostępu do dokumentacji niejawnej. Wyraźnie zaznaczono, iż plan projektowego przyłącza CO i CWU, plan projektowego przyłącza wodno-kanalizacyjnego, plan projektowanej linii kablowej NN 0,4 oraz projekt zagospodarowania terenu noszą klauzulę „zastrzeżone” i są do wglądu w Ośrodku Dokumentacji Budownictwa Wojskowego Rejonowego Zarządu Infrastruktury Szczecin. W świetle powyższej redakcji spornego w niniejszej sprawie warunku przystąpienia do przetargu (*prawo dostępu do dokumentacji tajnej*) logiczną jawi się konstatacja Wykonawcy - Kołobrzeshire Przedsiębiorstwa Instalacyjnego o obowiązku zatrudnienia osoby o odpowiednich kwalifikacjach, ale stanowiącej jedynie łącznik pomiędzy pozostałymi specjalistami czuwającymi nad realizacją zamówienia i zastrzeżonymi danymi. Trudno bowiem w zakresie użycia konfiguracji „do wglądu” - nie zaś „do pobrania?”, „odpisu dokumentacji” domniemywać, iż cały zastęp wykonawców celem realizacji robót musi osobiście zapoznać się z warunkami przedstawionymi przez Zamawiającego. Nie należy nadto tracić z pola widzenia, iż dokumentacja projektowa miała w niniejszej sprawie charakter jawny, albowiem została opublikowana na stronie internetowej, zaś jedyną informacją niejawną stanowił przebieg trasy przyłączy do wytyczenia których uprawniony był geodeta. Osobowo wskazany specjalista z tej dziedziny posiadał zatem niezbędne zawodowe kwalifikacje jak również poświadczenia bezpieczeństwa. Bez większej analizy problemu przez osoby przystępujące do przetargu w oparciu o przedstawiony *SIWZ* uznać obiektywnie można, iż wystarczy wgląd do omawianych dokumentów przez jednego pracownika Wykonawcy, który następnie poinstruuje pozostałych pracowników o kierunku robót. Być może - bacząc na specyfikę Zamawiającego takie zrozumienie warunków nie było zgodne z jego wolą, jednakże w skutek nieprecyzyjnego wyrażenia swoich oczekiwań co do osób stających do przetargu nastąpiło błędne - aczkolwiek zdaniem Sądu Odwoławczego zgodnie z *SIWZ* - odczytanie intencji Zamawiającego. Z drugiej strony jednak nie wydaje się ażeby lansowane aktualnie przez Skarżącego stanowisko odnośnie kwalifikacji wszystkich osób (*dostęp do informacji niejawnych*) mających podjąć realizację Zmówienia w imieniu Wykonawcy była od początku wolą Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Szczecinie, w szczególności bacząc na zgodną treść oświadczeń stron postępowania, iż w zasadzie tylko geodeta musiał mieć dostęp do dokumentacji niejawnej.

Wezwanie Kołobrzeshire Przedsiębiorstwa Instalacyjnego Sp. z o.o w Kołobrzegu do uzupełnienia dokumentacji wbrew woli skarżących nie mogło nakładać na Wykonawcę przystępującego do przetargu odmiennych obowiązków niż wynikające ze *SIWZ*. Zarzut błędnej wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 27 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ochrona informacji niejawnych _ okazuje się chybiony. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 wyżej wskazanej ustawy Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Przy czym, w ramach wezwania do uzupełniania dokumentacji w trybie ww. art. 27 nie

jest dopuszczalne modyfikowanie warunków wskazanych w niTFZ, co niewątpliwie nastąpiło w wezwaniu z dnia 13.10.2008 r. do uzupełnienia dokumentów. W treści wezwania odnajdujemy bowiem zobowiązanie do załączenia wykazu wszystkich osób przewidzianych do realizacji zamówienia, którzy będą mieć dostęp do dokumentacji niejawnej, wskazując, iż nie dołączono poświadczeń bezpieczeństwa dla kadry w specjalnościach: konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń - do kierowania robotami budowlanymi, instalacyjnej w zakresie instalacji ciepłej, wentylacyjnej, wodociągowej i kanalizacyjnej - do kierowania robotami budowlanymi, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych — do kierowania robotami budowlanymi. Szczegółowe zakreszenie stanowisk, na których pracownicy winni legitymować się poświadczeniem bezpieczeństwa stanowi niejako nowość dla Wykonawcy w stosunku do samych postanowień SIWZ. Ponownie bowiem podkreślić należy, iż przystępujący do przetargu Wykonawca mógł pozostawać w usprawiedliwionym treści SIWZ przekonaniu, iż jedyną osobą którą będzie miała wgląd do dokumentacji niejawnej mogą być osoby przez nią wskazane. Jak słusznie zauważył Odwołujący się - Kołobrzesckie Przedsiębiorstwo Instalacyjne, w zawiadomieniu o oddaleniu protestu Zamawiający - Rejonowy Urząd Infrastruktury w Szczecinie wskazał, iż nie dołączono do oferty wykazu wszystkich osób, szczegółowo tym razem wymieniając właściciela, kadrę kierowniczą, pracowników - przewidzianych do realizacji zamówienia, którzy będą mieć dostęp do dokumentacji niejawnych. Powyższe prowadzi Sąd Odwoławczy do wniosków, iż Zamawiający w zależności od etapu prowadzonego postępowania uwypukla swoje stanowisko w tej materii, zaś zadaniem Sądu II instancji takie działanie narusza ustawę Prawo zamówień publicznych - co wyraża się zmianą warunków w trakcie trwania procedury przetargowej.

Również kolejny zarzut skargi nie zasługuje na uwzględnienie Sądu Odwoławczego. Nakazując unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowych ustaleń na podstawie których doszła do konstatacji zasługujących na pełną aprobatę niniejszego Sądu.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Dalej w treści tego przepisu odnajdujemy, iż Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona (ust. 2).

Podstawą unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej okazał się brak wskazania przez PERFECT Sp. j. deklaracji czy roboty będą wykonywane siłami własnymi, czy też powierzy część robót podwykonawcom. Słusznie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, iż brak taki powoduje przyjęcie niezłożenia oświadczenia woli w tym zakresie. Żądanie wyjaśnień w trybie art. 87 stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Skoro bowiem Wykonawca przez własne niedbalstwo pominął tę ważką deklarację - chociażby ze względu na wyżej omawiany dostęp do dokumentacji niejawnych — zmiana oferty pod egidą art. 87 ust.1 okazuje się nie usprawiedliwiona. Brak prawidłowego odniesienia się do możliwości zlecenia robót podwykonawcą nie pozwala na ocenę czy w ramach tego zlecenia nie zostaną naruszone inne postanowienia SIWZ traktujące o omawianej kwestii. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem skarżącego, iż oświadczenie złożone przez Spółkę PERFECT w trybie art. 87 ustawy stanowiło jedynie doprecyzowanie oświadczenia woli zawartego w ofercie, nie zaś jak to słusznie ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza — zmianę treści oferty, co stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. W ocenie Sądu Odwoławczego Spółka ta zmieniła treść oferty precyzując aktualnie sposób realizacji zamówienia. Co istotne sposób realizacji zamówienia wskazany w ofercie nie odpowiadał wymaganiom określonym przez skarżącego w SIWZ, który niejako później przyznał, że doszło do zmiany kryteriów ocennych przez postawienie przed postanowieniami SIWZ zasad racjonalności. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami skarżącego, iż brak wskazania w samej ofercie które czynności zostaną powierzone podwykonawcom, przy

jednoczesnym załączeniu listy podwykonawców, nie stanowi przeszkody do uwzględniania oferty. Mało tego w ocenie Sądu Odwoławczego, skoro Wykonawca pominął to oświadczenie woli, pomimo dołączenia listy podwykonawców - przyjąć należy, iż roboty wykona własnymi siłami. Ewentualnie precyzowanie tej kwestii przez samego Zamawiającego już po złożeniu ofert stanowi nieuprawnione faworyzowanie oferty, co w żadnej mierze nie może korzystać z ochrony prawnej.

Reasumując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej okazał się w pełni prawidłowy, decyzja o unieważnieniu części czynności zasługuje na akceptację Sądu Okręgowego w Szczecinie. W świetle powyższego skarga jako bezzasadna na mocy art. 198 ust.1 ustawy 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych podlegała oddaleniu, o czym orzeczono jak w sentencji.

Na oryginale właściwo podpisy
Za zgodność
Sekretarz Sądowy