

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 listopada 2009 roku

Sąd Okręgowy w Opolu II Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Grażyna Matuszek
Sędziowie: SA w SO Alicja Szwałd
SO Adam Cąkała (spr.)
Protokolant: st. sekr. sądowy Yioletta Szum

SSO Grażyna Matuszek

Sędziowie:

Protokolant:

po rozpoznaniu w dniu 25 listopada 2009 roku w Opolu

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy firmy włoskiej OMICRON'S S.R.L. Via Enrico Toti n. 6 POLCORO
(MATERA) Via Ostigliese n. 45,46-030 Libiola DI Serravalle PO (MN)
z udziałem zamawiającego Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych
w Opolu

o zamówienie publiczne

na skutek skargi wykonawcy

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych

w Warszawie

z dnia 25 września 2009 roku

sygn. akt KIO/UZP 1148/09

1. oddala skargę,
2. zasądza od wykonawcy firmy włoskiej OMICRON'S S.R.L. Via Enrico Toti n. 6

POLCORO (MATERA) Via Ostigliese n. 45, 46-030 Libiola DI Serravalle PO (MN) na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu kwotę 600 (sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym. 'i-C: C'y,

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 25 września 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie oddaliła odwołanie obciążając kosztami postępowania OMICRON'S S.R.L. Via Enroco Toti n. 6 POLCORO (MATERA), Via Ostigliese n. 45, 46-030 Libiola DI Serravalle PO (MN) oraz nakazując zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 231,00 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez OMICRON'S S.R.L. Via Enroco Toti n. 6 POLCORO (MATERA), Via Ostigliese n. 45, 46-030 Libiola DI Serravalle PO (MN) oraz dokonał zwrotu kwoty 17 769,00 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz OMICRON'S S.R.L. Via Enroco Toti n. 6 POLCORO (MATERA), Via Ostigliese n. 45, 46-030 Libiola DI Serravalle PO (MN).

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała m.in., iż nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych polegający, zdaniem odwołującego, na wykluczeniu odwołującego z postępowania, jak również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 tej ustawy polegający, zdaniem odwołującego, na zaniechaniu wezwania odwołującego o uzupełnienie dokumentu lub złożenie wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślono bowiem, iż zgodnie z cz. IV lit. c specyfikacji o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy zrealizowali z należytą starannością w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania zakres robót odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości min. 15 000 000,00 zł, w tym: zbiornik retencyjny o pojemności min 1 mln m³ i powierzchni min. 50 ha, budowle hydrotechniczne o kubaturze żelbetu min 300 m³ w jednej budowlu i pionową przysłonę przeciwnieprzepuszczalną o głębokości co najmniej 8 m o łącznej długości co najmniej 1 000 m wykonaną we wskazanej technologii. Zamawiający zastrzegł nadto, że warunki te należy traktować łącznie. Wskazano, iż w dniu 24 czerwca 2009 roku zamawiający wezwał do uzupełnienia oferty do 6 lipca 2009 roku. Odwołujący złożył w wyznaczonym terminie zaświadczenia o prawidłowym wykonaniu budowli żelbetonowych o wym. 10 x 12 x 3,5 (m) [= 420 m³], 10 x 15 x 3 (m) [= 450 m³], 10 x 15x3 (m) [= 450 m³], przesłon przeciwnieprzepuszczalnych o długościach 2 750 m, 1 450 m, oraz pali, kolumn metodą DSM o całkowitej długości 2 400 m, pali, kolumn metodą DSM o całkowitej długości 10 500 m, zbiorników retencyjnych na 3 500 000 m³ oraz 1 500 000 m³ i 65 000 m² [6,5 ha], a także innych budowli. Stwierdzono, iż w uzupełnieniu dokumentów odwołujący nie dołączył wykazu wykonanych robót budowlanych, zgodnie z dołączonym do specyfikacji formularzem, a odwołujący do uzupełniania tylko załączył spis zaświadczeń o prawidłowym wykonaniu prac. Wskazano, iż spis ten zawierał inne przedmioty niż wykazane w ofercie, nie zawierał natomiast żadnych informacji, które były prezentowane w „Wykazie wykonanych robót budowlanych”, a także dotyczył innych wykazywanych robót - w ofercie odwołujący przedstawił w „wykazie” 4 roboty, a w spisie figuruje 14 pozycji. Ponadto w przedmiotowym spisie będącym częścią pisma przewodniego nie występowały żadne inne informacje poza wykazem zaświadczeń i z tego spisu można było jedynie odczytać przedmiot wykonanych robót oraz daty wystawienia zaświadczeń. Wskazano nadto, iż w załącznikach dotyczących budowli żelbetonowych, odwołujący wykazał należyte wykonanie zbiorników o pojemnościach zbiorników odpowiednio 420 i 450 m³, a nie o kubaturze żelbetu min. 300 m³, jak tego wymagał zamawiający. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie przesłon przeciwnieprzepuszczalnych dołączone do uzupełnienia oferty nie wskazują natomiast głębokości wykonanych robót, a tylko długość w poziomie, podczas gdy zamawiający wymagał minimalnych gabarytów przesłon przeciwnieprzepuszczalnych w pionie (głębokość) i poziomie - 8 m i 1 000 m (cz. IV lit. c ust. 2 specyfikacji). Podkreślono, iż w uzupełnieniu dokumentów brak jest informacji, z których zamawiający mógłby odczytać również drugi konieczny gabaryt - głębokość wykazanych wykonanych obiektów. Zaznaczono również, że z załączonych przez odwołującego dokumentów nie można też odczytać spełnienia warunku wielkości określonej przez zamawiającego powierzchni zbiorników retencyjnych na poziomie min. 50 ha (500 000 m², gdyż 1 ha to kwadrat o boku 100 m, czyli 100 x 100 = 10 000 m²). Stwierdzono również, że to na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania się do wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Jeżeli wykonawca nie spełni tego obowiązku nie może później żądać ponownego wystosowania przez zamawiającego takiego żądania, aby kolejny raz przeprowadzić czynność uzupełnienia dokumentów. Ponadto zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie jest konieczne, aby zamawiający wzywając

do uzupełnienia dokumentów powoływał się na odpowiedni przepis ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Podkreślono, iż zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty i przeznaczył na możliwość uzupełnienia przez odwołującego odpowiednią ilość czasu, zatem nie można nakazywać zamawiającemu powtórnego skorzystania z instrumentu uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazano więc, iż wobec bezzasadności zarzutów dotyczących wykluczenia z postępowania odwołującego, pozostałe zarzuty dokonania wyboru innej oferty, którą odwołujący określa jako nie najkorzystniejszą i zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego są również bezpodstawne, gdyż ofertę odwołującego należy uznawać jako odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wobec tego nie może ona być brana pod uwagę w trakcie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Stwierdzono również, iż w postępowaniu zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego uzasadniono treścią art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skargę od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca OMICRON'S S.R.L. Via Enroco Toti n. 6 POLCORO (MATERA), Via Ostigliese n. 45, 46-030 Libiola DI Serravalle PO (MN) podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i odwołaniu. W szczególności skarżący podniósł, iż wadliwe są czynności podjęte przez zamawiającego polegające na wykluczeniu skarżącego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy, dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA S.A. w Warszawie pomimo, że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, nie wezwaniu skarżącego o uzupełnienie dokumentu lub złożenia wyjaśnień zakresie wykonania pionowej przesłony przeciwfiltracyjnej i wykazania jej długości na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy oraz nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy.

Zdaniem skarżącego zamawiający takim działaniem naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności; art. 7 ust. 1 ustawy, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 24 ust. 1 pkt 10, który nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3, co w tym przypadku nie ma zastosowania, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż wykonawca nie podlega wykluczeniu a oferta złożona przez skarżącego nie podlega odrzuceniu, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez nie wezwanie skarżącego do złożenia dokumentu lub wyjaśnienia, co do wykonania przesłony przeciw filtracyjnej, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę w całości orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o oddaleniu odwołania złożonego przez skarżącego, unieważnienie czynności wykluczenia skarżącego z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez SKANSKA S.A. w Warszawie, wezwanie skarżącego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 do złożenia dokumentu lub wyjaśnień w zakresie wykonania długości przesłony przeciwfiltracyjnej, (mimo, iż zamawiający jest już w posiadaniu takich dokumentów), dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, ponowny wybór oferty najkorzystniejszej, jaką jest oferta złożona przez skarżącego. Nadto skarżący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie.

W uzasadnieniu skarżący podniósł, iż zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia załączył do oferty wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Wskazano mianowicie, iż w ofercie znajduje się dokument o nazwie SOCIETA ORGANISMI DI ATTESTAZIONE EURO-SOA, który dokumentuje kategorie robót zgodnie z normą Unii Europejskiej, które wskazują, że skarżący wykonał roboty zgodnie z żądaniem zamawiającego. Zarzucono, iż zamawiający, pomimo posiadania pełnej wiedzy dotyczącej spełnienia przez skarżącego warunku doświadczenia, w dniu 24 czerwca 2009 roku wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, które uwiarygodniałyby wykonanie robót dotyczących wykonania zbiornika o pojemności min 1 mln m³ i powierzchni min. 50 ha oraz wykonania budowli hydrotechnicznej o kubaturze żelbetu min. 300 m³ w jednej budowli. Skarżący podniósł, iż zgodnie z żądaniem

zamawiającego w dniu 6 lipca 2009 roku złożył w siedzibie zamawiającego uzupełnienie wymaganych dokumentów. Zaznaczono, iż kwestionowanie przez KIO złożonego wykazu i stwierdzenie, że jest on niezgodny z formularzem zamieszczonym do SIWZ jest uchybieniem co do formy a nie co do treści oferty, gdyż z treści przedstawionych dokumentów EURO-SOA i referencji wynika spełnienie niniejszego warunku. Zdaniem skarżącego z dostarczonych dokumentów jednoznacznie wynika należyte wykonanie zbiornika retencyjnego i tam ograniczających na wartość 5 250 000,00 € o wykopie 3 500 000 m³. Podkreślono, iż powyższe spełnia warunek postawiony przez zamawiającego, co jednocześnie powoduje, że przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy nie została wypełniona i tym samym skarżący nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia. Skarżący podniósł nadto, iż na potwierdzenie tego faktu w dniu 19 czerwca 2009 roku (w terminie składania ofert) złożył u zamawiającego pismo informujące, że wykonał zbiornik retencyjny o łącznej powierzchni 53,94 ha i pojemności 3 500 000 m³, o wymiarach: dł. 2 320 mb i szer. 232,50 mb. Niezależnie od powyższego skarżący wskazał, iż przedłożył wraz ze skargą dokument świadczący o wykonaniu wymaganego zbiornika retencyjnego. Podniósł również, iż zgodnie z wezwaniem dostarczył również dwa dokumenty świadczące o wykonaniu budowli żelbetowych - zbiornik hydrotechniczny o kubaturze jeden 420 m³ a drugi o 450 m³, co jednocześnie wypełnia spełnienie warunku o wykonaniu budowli hydrotechnicznej o kubaturze żelbetu min 300 m³ w jednej budowlu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nie udokumentowania realizacji przy pionowej przesłonie przeciwfiltracyjnej jej długości skarżący podniósł, że zamawiający w wezwaniu o uzupełnienie dokumentów nie żądał potwierdzenia realizacji długości przesłony przeciwfiltracyjnej, co wskazywało na fakt, że zamawiający na etapie badania i oceny ofert uznał, że ten warunek zastał przez skarżącego spełniony. Mimo powyższego skarżący załączył do dokumentów uzupełniających dokumenty, z których wynika, że wykonał przesłonę przeciwfiltracyjną z należyłą starannością na wartość 391 000 € i długości 2,750 m oraz drugi dokument potwierdzający wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej o długości 1 450 m o wartości 180 000 €. Dodatkowo w dniu 19 czerwca 2009 roku złożył pismo z informacją o wykonaniu przesłony przeciwfiltracyjnej, jedna o długości 1 450 m i głębokości 12,40 m i druga o długości 2 750 m i głębokości 9,40 m. Zdaniem wykonawcy niezrozumiałe jest więc postępowanie zamawiającego, który dokonał wykluczenia skarżącego, pomimo wykazania, że warunek wykonania 1 000 m przesłony został zrealizowany. W ocenie skarżącego inną argumentację zamawiający przyjął przy ocenie nie spełnienia przez niego tego warunku w uzasadnieniu oddalenia protestu. Jako przyczynę wykluczenia wskazano mianowicie, że przedstawione dokumenty nie zawierają informacji o głębokości a nie o długości wykonanej przesłony przeciwfiltracyjnej. Zdaniem wykonawcy taka dowolność w ocenie spełnienia warunków przez wykonawców prowadzi do naruszenia art. 7 ustawy i tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady obiektywizmu. W związku powyższym zamawiający nie mógł wykluczyć skarżącego z postępowania, a jeżeli miał jakieś wątpliwości to powinien tą czynność poprzedzić żądaniem uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy lub wezwania do złożenia wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy.

Skarżący podniósł nadto, iż zamawiający może tylko żądać dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający nie może zatem wymagać złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków zamówienia zawierających informacje inne niż wartość, data, miejsce oraz potwierdzenie, że dane roboty zostały wykonane należyście. Wskazano, iż rozporządzenie to mówi jedynie o tym, że zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych z określeniem ich rodzaju i wartości.

Wykonawca zarzucił również, że zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu wskazał inne argumenty wykluczenia skarżącego z postępowania, niż te, które przedstawiał w decyzji o wykluczeniu nas z postępowania, iż w wykazie robót (str. 107 oferty) brak było wyszczególnienia wykonanych robót budownictwa hydrotechnicznego a stosowane w wykazie kat. robót wg oznaczeń włoskich nie odpowiadają robotom budownictwa

hydrotechnicznego czy wodno-melioracyjnego, gdyż kat. OG1, OG-6, OG-11, OS-21 dotyczy budowli i obiektów użyteczności publicznej oraz robót budownictwa komunalnego. Skarżący wskazał, iż kategorie powyższe, poza budowlami i obiektami użyteczności publicznej oraz robót budownictwa komunalnego, wskazują również roboty objęte przedmiotem zamówienia, jak również roboty wykonane przez odwołującego, stanowiące warunek niniejszego postępowania. Podkreślono przy tym, iż zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o wykluczeniu skarżącego z postępowania nie poruszał kwestii dotyczącej nie wykazania przez niego realizacji robót budownictwa hydrotechnicznego. Zdaniem skarżącego zarzuty nieudokumentowania realizacji zbiornika o pojemności min 1,0 mln m³ i powierzchni min. 50 ha oraz nieudokumentowania długości wykonanej przesłony są zarzutami chybionymi, co jednocześnie powoduje, że nie została wypełniona przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy.

Wykonawca podniósł również, iż zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymagał od potencjalnych wykonawców przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków, które by w swojej treści miały literalnie zawierać treść sformułowanych przez zamawiającego warunków zawartych w rozdziale IV ust. C pkt 1,2 i 3 siwz. Dlatego wymaganie przez zamawiającego na etapie badania i oceny spełnienia dodatkowych wymogów nie zawartych w siwz jest czynnością nieuprawnioną i niezgodną z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślono, iż zamawiający przy określeniu warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na względzie fakt, że musi być możliwe ich zweryfikowanie na podstawie dokumentów, jakie wykonawcy mają złożyć w postępowaniu - postawienie kryteriów zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy PZP, ale nie dających się zweryfikować za pomocą dokumentów określonych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, należałoby uznać za niezgodne z przepisami. Wskazano również, iż wykonawcy nie może obciążać wadliwie lub nieprecyzyjnie skonstruowany opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków postępowania. Podkreślono także, iż zapisy specyfikacji nie powinny mieć zastosowania, gdy nakładają na zamawiającego obowiązki sprzeczne z treścią ustawy. Skarżący zarzucił nadto, iż postępowanie zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, a tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów. Skarżący zaznaczył więc, iż spełnia wszystkie warunki zamawiającego, na co przedłożył stosowne dokumenty, które potwierdzają ich spełnienie i tym samym skarżący, jako wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy. Podkreślono także, iż naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy P.Z.P. może pozbawić wykonawcę możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy jego oferta jest najtańszą i najkorzystniejszą, a tym samym na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy interes prawny skarżącego może doznać uszczerbku. Ponadto wybór oferty droższej o 1 005 232,23 zł może spowodować naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a w szczególności art. 35 ust. 3 pkt. 1 ustawy o finansach publicznych.

W pisemnej odpowiedzi na skargę zamawiający Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż zamawiający - Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu ogłosił przetarg nieograniczony na budowę zbiornika retencyjnego Kluczbork na rzece Stobrawie w km 61 + 500. W punkcie IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełnienia tych warunków. Zgodnie zaś z punktem IVc specyfikacji o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy zrealizowali z należytą starannością w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania zakres robót odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości min. 15 000 000,00 zł, w tym: zbiornik retencyjny

o pojemności min 1 mln m³ i powierzchni min. 50 ha, budowle hydrotechniczne o kubaturze żelbetu min 300 m³ w jednej budowlu i pionową przysłonę przeciwfiltracyjną o głębokości co najmniej 8 m o łącznej długości co najmniej 1 000 m wykonaną w opisanej tam technologii. Zamawiający zastrzegł nadto, że warunki powyższe muszą być spełnione łącznie, a zrealizowane roboty muszą być potwierdzone dokumentami lub referencjami potwierdzającymi ich wykonanie, z zaznaczeniem, że roboty zostały wykonane należyście. Mając na względzie wartość zamówienia oraz jego przedmiot, jakim jest budowa obiektu hydrotechnicznego, nie ulega wątpliwości, iż warunki, jakie musi spełniać jego wykonawca winny być określone w sposób umożliwiający weryfikację potencjału, kwalifikacji, wiedzy, doświadczenia i możliwości realizacji przez danego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Skarżący - OMICRON'S S.R.L. Via Enroco Toti n. 6 POLCORO (MATERA), Via Ostigliese n. 45, 46-030 Libiola DI Serravalle PO (MN) przystąpił do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego składając ofertę, która została przez zamawiającego odrzucona, jako nie spełniająca warunków wskazanych w SIWZ, natomiast jego protest oraz odwołanie nie zostały uwzględnione odpowiednio ani przez zamawiającego, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie.

Zaskarżając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej skarżący wykonawca podniósł analogiczne zarzuty, jak w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego, nie odnosząc się natomiast do ustaleń i wniosków zawartych w zaskarżonym wyroku. Tymczasem zarówno ustalenia faktyczne, jak i wydane na ich podstawie rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej uznać należy za prawidłowe.

Przy czym na wstępie zaznaczenia wymaga to, iż kwestionowanie na obecnym etapie postępowania warunków, które musi spełnić wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym, a wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: także „SIWZ”), w tym rodzaju dokumentów potwierdzających powyższe, jest bezskuteczne z uwagi na upływ terminu do zaskarżenia postanowień SIWZ. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych wart. 180 ust. 1 wskazuje bowiem, iż wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o konkursie, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, regulaminu konkursu, czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego. Zgodnie zaś z treścią art. 180 ust. 3 tej ustawy protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

1) 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

2) 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. - przepisu ust. 2 zdanie pierwsze nie stosuje się. W analizowanym postępowaniu wykonawca nie zaskarżył we wskazanym terminie postanowień SIWZ, a zatem zarzuty podnoszone w tym zakresie na etapie postępowania skargowego nie podlegały merytorycznej ocenie przez Sąd Okręgowy.

Odnosząc się natomiast meriti do zarzutów skarżącego wskazujących na błędne rozstrzygnięcie odwołania wykonawcy przez Krajową Izbę Odwoławczą wskazać należy, iż stanowisko skarżącego jest wadliwe również w tym zakresie.

Otóż analiza treści oferty złożonej przez wykonawcę oraz dołączonych do niej załączników wskazuje, iż w istocie skarżący nie wykazał kumulatywnego spełnienia warunków określonych w SIWZ przez zamawiającego. Spełnienia tych warunków nie wykazano również dokumentami złożonymi w następstwie wezwania z dnia 24 czerwca 2009 roku przez zamawiającego do uzupełnienia oferty. Podkreślić przy tym należy, iż rolą wykonawcy było przedstawienie wraz z ofertą wymaganych przez zamawiającego

dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia publicznego. Natomiast wezwanie wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych ma na celu jedynie złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Tym niemniej, mimo iż zamawiający wezwał skarżącego do uzupełnienia oferty o wykaz robót budownictwa hydrotechnicznego oraz złożenie dokumentów uwiarygodniających wykonanie tychże robót /obiektów/, np. referencje, protokoły odbioru - zgodnie zapisani SIWZ - wykonawca powyższego nie uczynił. W błędzie jest nadto skarżący twierdząc, iż zamawiający nie mógł go wykluczyć z postępowania, gdyż w sytuacji, gdy miał wątpliwości co do złożonej oferty, winien tę czynność poprzedzić żądaniem uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych lub wezwania do złożenia wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Wskazać należy, iż zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie niezbędnych załączników. Skoro ten braków nie uzupełnił w sposób należyty w określonym terminie, brak było podstaw do wezwania go o powyższe po raz kolejny. W szczególności w analizowanej sprawie powyższe było niedopuszczalne na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tą normą 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. Termin ten został oznaczony na dzień 5 czerwca 2009 roku, tymczasem wykonawca braki złożonej oferty uzupełniał na skutek wezwania przez zamawiającego z dnia 24 czerwca 2009 roku. W sytuacji natomiast, gdy ich nie uzupełnił w sposób prawidłowy, negatywne konsekwencje jego działania mogą obciążać wyłącznie tego wykonawcę, albowiem zamawiający w sytuacji, gdy upłynął już termin składania ofert, nie miał już możliwości dalszego wzywania wykonawcy o uzupełnienie brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wbrew zarzutom skarżącego słusznie wskazano w zaskarżonym wyroku, iż wykonawca przedłożył jedynie kserokopie zaświadczenia o prawidłowym wykonaniu budowli żelbetonowych o wymiarach 10 x 12 x 3,5 (m), a więc o kubaturze 420 m³, a także 10 x 15 x 3 (m), zatem o kubaturze 450 m³. Tymczasem z treści SIWZ wyraźnie wynika, że zamawiający nie miał na myśli pojemności zbiorników (420 i 450 m³), lecz kubaturę żelbetu użytego do wykonania jednej budowli hydrotechnicznej (min. 300 m³). Złożony przez wykonawcę dokument potwierdzający wykonanie budowli żelbetowej o kubaturze 450 m³ wskazuje nadto, iż budowla ta jest zbiornikiem przeciwpożarowym o pojemności 450 m³, nie zaś budowlą żelbetową o kubaturze żelbetu w jednej budowli wynoszącą 450 m³. Poza powyższym zaznaczyć należy, iż zbiornik dla zabezpieczenia przeciwpożarowego nie jest budowlą hydrotechniczną w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z dnia 16 maja 2007r.) wydane na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane. Zgodnie z definicją zawartą w § 3 tego rozporządzenia budowlami hydrotechnicznymi są budowle wraz z urządzeniami i instalacjami technicznymi z nimi związanymi, służące gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich..

Poza tym skarżący wykonawca przedłożył kopie dokumentów świadczących o należyтым wykonaniu przesłon przeciwfiltracyjnych o długościach 2 750 m, 1 450 m oraz pali, kolumn metodą DSM o całkowitej długości 2 400 m, pali, kolumn metodą DSM o całkowitej długości 10 500 m. Dokumenty te nie wskazują jednak głębokości wykonanych robót, lecz wyłącznie ich długość. Tymczasem w SIWZ zamawiający wyraźnie wymagał wykazania wykonania przesłon przeciwfiltracyjnych co najmniej o głębokości 8 m i długości 1 000 m. Zatem również w tym zakresie wykonawca nie spełnił wymogów zawartych

w SIWZ.

Gdy chodzi natomiast o wymóg wykonania zbiornika retencyjnego o pojemności min 1 mln m³ i powierzchni min. 50 ha wskazać należy, iż skarżący przedstawił dokumenty w postaci kopii referencji potwierdzające należyte wykonanie zbiornika na odpady o pojemności 1 500 000 m³ i powierzchni 65 000 m², które nie spełniają jednak wymogów SIWZ, gdyż nie stanowią zbiornika retencyjnego, a więc budowli hydrotechnicznej. Nie sposób uznać za spełniający powyższe wymogi także dokumentu świadczącego o należyтым wykonaniu inwestycji polegającej na regulacji rzeki wraz ze zbiornikami retencyjnymi i tamami ograniczającymi oraz wykopem o wielkości 3 500 000 m³. Wbrew twierdzeniom skarżącego w dokumencie tym nie wskazano wielkości wykonanych zbiorników retencyjnych. W szczególności poza wielkością wykopu wykonanego pod całą inwestycję, nie wskazano pojemności zbiorników retencyjnych, ani ich rozmiarów pozwalających na określenie ich powierzchni.

Słusznie przy tym zaznaczono też w zaskarżonym wyroku, iż w uzupełnieniu dokumentów odwołujący nie dołączył wykazu wykonanych robót budowlanych wskazanego w wezwaniu doręczonym mu przez zamawiającego zgodnie z dołączonym do specyfikacji formularzem. Sam przedstawiony spis przedłożonych zaświadczeń o prawidłowym wykonaniu wskazanych w nich prac, nie jest dokumentem żądanym przez zamawiającego, gdyż nie zawiera informacji o przedmiocie wykonanych robót, wartości wykonanych zamówień oraz dat granicznych jego realizacji, jak również miejsca ich wykonania.

Podsumowując, przedstawione okoliczności jednoznacznie wskazują, iż bezzasadne są zarzuty skarżącego wskazujące na bezpodstawne wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również, że nie zachodziły podstawy do odrzucenia jego oferty, jako nie spełniającej warunków wskazanych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy, uznając skargę wykonawcy za bezzasadną, orzekł jak w sentencji wyroku, na podstawie przepisu art. 385 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.

Orzeczenie w przedmiocie kosztów postępowania uzasadnia treść przepisu art. 98 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. i art. 194 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Koszty zastępstwa prawnego w kwocie 600,00 złotych zasądzone od skarżącego na rzecz zamawiającego stanowią stawkę ustaloną na podstawie § 10 ust. 1 pkt. 4 w związku z § 5 i § 12 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 roku, Nr 163 poz. 1349 z późn. zm.), przy uwzględnieniu, iż to właśnie stawki przyjęte w sprawach o uchylenie wyroku sądu polubownego należy zastosować w rozpatrywanej sprawie, jako najbardziej zbliżone rodzajowo.