

Sygn. akt: KIO/UZP 140/08

WYROK
z dnia 4 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Anna Packo
Stanisław Sadowy

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 4 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ALSTAL – BUDOWNICTWO Alojzy Szczupak, Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Marki, Al. J. Piłsudskiego 95, Marki** protestu/protestów* z dnia 31 stycznia 2008 r.

orzeka:

1. unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Marki, Al. J. Piłsudskiego 95, Marki** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ALSTAL – BUDOWNICTWO Alojzy Szczupak, Jacewo 76, 88-100 Inowrocław**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Marki, Al. J. Piłsudskiego 95, Marki** na rzecz **ALSTAL – BUDOWNICTWO Alojzy Szczupak, Jacewo 76, 88-100 Inowrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty

- strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty uiszczanego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ALSTAL – BUDOWNICTWO Alojzy Szczupak, Jacewo 76, 88-100 Inowrocław.**

U z a s a d n i e

Gmina Miasto Marki, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Budowę Sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 4 ul. Duża 3 w Markach”, którego dotyczy rozpatrywane odwołanie. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 listopada 2007 r. (nr 1000, poz. 226793). Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 6 896 755,81 zł, tj. równowartość 1 572 089,34 euro.

W piśmie z dnia 24 stycznia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu, o wynikach tego postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum firm GIGA Sp. z o.o., MASTER Emil Borys Sp. j. i P.U.H. PSB Paweł Świącki (dalej: „Konsorcjum GIGA”). Pismo to przedsiębiorcy ALSTAL – BUDOWNICTWO Alojzy Szczupak (dalej: „Odwołujący”), zostało doręczone w tej samej dacie.

W związku z tą czynnością Zamawiającego zostały złożone dwa protesty: jeden złożony przez BUDBAUM S.A. w piśmie z dnia 28 stycznia 2008 r. (z wpływem do Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2008 r.) i drugi – złożony przez Odwołującego w piśmie 31 stycznia 2008 r. (wpływ z tą samą datą).

Odwołujący w swoim proteście podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum GIGA na podstawie art.

- 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania BUDBAUM na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
 3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDBAUM;
 4. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie umieszczenia w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej streszczenia oceny i porównania złożonych ofert, zawierającego punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazując w proteście na konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie oferty Konsorcjum GIGA podniósł następujące okoliczności:

- 1) Stosownie do pkt 9.1.1.a) SIWZ Zamawiający wymagał załączenia do oferty aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Konsorcjum GIGA złożyło w swojej ofercie zaświadczenie dla jednego członka Konsorcjum wystawione w dacie: 21 stycznia 2005 r. oraz uaktualnione na dzień 20 czerwca 2007 r. Upływ terminu na składanie ofert przypadł na dzień 7 stycznia 2008 r., w związku z czym Odwołujący podniósł, iż złożone w ofercie zaświadczenie jako nieaktualne i podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.
- 2) Zamawiający w pkt 9.1.3.d) SIWZ wymagał, aby kierownik robót instalacyjnych posiadał uprawnienia budowlane do wykonywania określonego rodzaju robót sanitarnych. W ofercie Konsorcjum GIGA do wykonywania funkcji kierownika robót sanitarnych został wskazany Pan Jan Cwalina, co do którego została przedłożona decyzja nr UAN.II.7342-132/94, która stwierdza przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych. Na podstawie tej decyzji Pan Jan Cwalina upoważniony jest do: kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci i instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci i instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych i ciepłych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. W ocenie Odwołującego uprawnienia te są uprawnieniami w ograniczonym zakresie niewystarczającymi do wykonania zakresu

robót sanitarnych w niniejszym postępowaniu i jako takie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

- 3) Zamawiający w pkt 9.1.3.d) SIWZ wymagał, aby osoby przewidziane do pełnienia funkcji kierownika budowy, kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót sanitarnych przedłożyły CV zawierające przebieg kariery zawodowej i potwierdzające stawiane warunki ze wskazaniem na realizację konkretnych obiektów budowlanych o zakresie co najmniej jak przedmiot zamówienia. W ofercie Konsorcjum GIGA w CV Panów Grzegorza Kubiaka, Marka Kaca, Jana Cwaliny określono jedynie przebieg kariery zawodowej bez wskazania doświadczenia przy realizacji obiektów budowlanych, tym samym oferta ta podlega uzupełnieniu o wskazane dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.
- 4) Zamawiający w pkt 9.1.3.e) SIWZ wymagał wykazania się doświadczeniem przez wykonawców – wykonaniem w generalnym wykonawstwie co najmniej 5 robót budowlanych, których przedmiotem jest budowa obiektów lub zespołów budynków objętych jednym zadaniem o konstrukcji żelbetonowej i stalowej wraz z robotami towarzyszącymi o wartości netto każdej z nich min. 5 mln zł. Wskazane w ofercie Konsorcjum GIGA doświadczenie dotyczy wykonania przebudowy lub modernizacji, a nie wymaganej w SIWZ budowy, tym samym podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.
- 5) Zamawiający w pkt 9.1.4.b) SIWZ wymagał, aby wykonawca na potwierdzenie posiadania środków finansowych (co najmniej 2 mln zł) przedłożył informację z banku. Informacja przedłożona w ofercie Konsorcjum GIGA przez jednego z konsorcjantów została wystawiona na dzień 5 października 2007 r., tj. wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, tym samym podlega ona uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.
- 6) Zamawiający w pkt 9.1.3.c) SIWZ wymagał, aby wykonawca posiadał narzędzia i urządzenia niezbędne do wykonania zamówienia. Na tę okoliczność wykonawcy mieli przedłożyć w ofercie wykaz niezbędnych do wykonania narzędzi i urządzeń. W ocenie Odwołującego wykazu takiego – zgodnie z wyjaśnieniami SIWZ – Zamawiający wymagał od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Konsorcjum GIGA w swojej ofercie nie dołączyło wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie wymaganego warunku w odniesieniu do jednego z konsorcjantów, tym samym oferta ta podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wskazując w proteście na konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz odrzucenia oferty BUDBAUM podniósł następujące okoliczności:

- 1) Zamawiający w pkt 9.1.3.d) SIWZ wymagał, aby osoby przewidziane do pełnienia funkcji kierownik budowy, kierownik robót elektrycznych oraz kierownik robót sanitarnych przedłożyły CV, zawierające przebieg kariery zawodowej i potwierdzające stawiane warunki ze wskazaniem na realizację co najmniej jak przedmiot zamówienia. W ofercie BUDBAUM załączone CV panów Adama Wojtacha i Bogusława Jeryszewicza nie zawierają informacji na temat realizacji konkretnych obiektów budowlanych o zakresie co najmniej jak przedmiot zamówienia, a powyższe skutkuje koniecznością wezwania wykonawcy do złożenia tych dokumentów trybie art.26 ust. 3 ustawy.
- 2) Zamawiający w pkt 25.2 i 25.4 określił jako kryterium oceny ofert: „*skrócenie terminu wykonania*” i określił zasady na jakich ocena ta będzie dokonywana. W ocenie Odwołującego Zamawiający wymagał wskazania terminu realizacji zamówienia w liczbie dni, bądź miesięcy, a wykonawca BUDBAUM, wskazując konkretną datę – 30.07.2009 r. – nie wypełnił tej dyspozycji, co skutkuje uznaniem, że jego oferta nie jest zgodna z treścią SIWZ i jako taka w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odpierając podniesione w proteście zarzuty, swoje przystąpienie złożyło Konsorcjum GIGA. Przystąpienie zostało złożone w piśmie z dnia 4 lutego 2008 r., (doręczenie w tej samej dacie) na skutek wezwania Zamawiającego doręczonego w dniu 31 stycznia 2008 r. (3.02.2008 r. – niedziela, dzień ustawowo wolny od pracy).

Konsorcjum GIGA w swoim przystąpieniu wskazywało na bezzasadność podnoszonych zarzutów:

- co do nieaktualnego zaświadczenie z ewidencji działalności Konsorcjum GIGA wskazało, że owo zaświadczenie jest nieznacznie przeterminowane i dołączyło do treści przystąpienia aktualne zaświadczenie;
- co do uprawnień Pana Jan Cwaliny Konsorcjum GIGA wskazało, iż posiada on uprawnienia bez ograniczeń, a ponadto nie jest jedyną osobą wskazaną w ofercie, która może tę funkcję pełnić (druga osoba – Pan Krzysztof Polecki)
- co do nieaktualnej informacji z banku Konsorcjum GIGA wskazało, że pozostałe zaświadczenia w odniesieniu do pozostałych konsorcjantów potwierdzają zdolność finansową Konsorcjum zgodnie z wymogiem SIWZ
- co do nie dołączenia przez jednego z konsorcjantów wykazu narzędzi Konsorcjum GIGA podniosło, iż powyższe jest bez znaczenia ponieważ jak wskazał Zamawiający w pkt 9.1.3 SIWZ, w przypadku wspólnego ubiegania

się o zamówienie oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i kadrowy oraz łączne kwalifikacje i doświadczenie.

Do swojego przystąpienia Konsorcjum GIGA dołączyło rozszerzone CV dla kierowników robót.

Zamawiający, rozpatrując złożony protest w piśmie z dnia 7 lutego 2008 r. (doręczonym Odwołującemu w dniu 8 lutego 2008 r.), uwzględnił go w części w zakresie:

- wezwania Konsorcjum GIGA do uzupełnienia nieaktualnego zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej w trybie art. 26 ust. 3 ustawy;
- wezwania Konsorcjum GIGA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przebieg kariery zawodowej kierowników ze wskazaniem na realizację obiektów budowlanych porównywalnych z przedmiotem zamówienia;
- przeprowadzenia ponownej oceny ofert w kontekście nowego przeliczenia punktów w kryterium skrócenie terminu realizacji, co do oferty BUDBAUM.

Zamawiający w pozostałym zakresie zarzuty podniesione w proteście Odwołującego oddalił.

Od rozstrzygnięcia protestu, pismem z dnia 13 lutego (ta sama data nadania pisma w urzędzie pocztowym operatora publicznego) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, oprócz dwóch zarzutów dotyczących wezwania do uzupełniania dokumentów w zakresie oferty Konsorcjum GIGA (co do aktualnego zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej i dokumentów potwierdzających przebieg kariery zawodowej kierowników), które zostały przez Zamawiającego uwzględnione. Pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego oferty BUDBAUM co do podania terminu realizacji zamówienia i przeprowadzenia w tym zakresie ponownej oceny ofert, Odwołujący podtrzymał ten zarzut z uwagi na to, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu oddalił zarzut zaniechania odrzucenia oferty BUDBAUM.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że podtrzymuje zarzuty postawione w proteście BUDBAUM z dnia 28 stycznia 2008 r. w zakresie niezgodności oferty Konsorcjum GIGA z treścią SIWZ i tym samym naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący, podnosząc wskazane zarzuty, wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum GIGA jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) dokonanie wezwania Konsorcjum GIGA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku braku tych dokumentów lub uzupełnienia, z którego nie będzie wynikało spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, do wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 lub art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy;
- 4) dokonanie wezwania BUDBAUM do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku braku tych dokumentów lub uzupełnienia, z którego nie będzie wynikało spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, do wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 lub art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy;
- 5) odrzucenie oferty BUDBAUM;
- 6) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert wykonawców Konsorcjum GIGA i BUDBAUM.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przed otwarciem posiedzenia Izby, złożyło swoje przystąpienie Konsorcjum GIGA.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu postanowienia SIWZ wraz z jej modyfikacją oraz treść oferty Konsorcjum GIGA i oferty firmy BUDBAUM, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, należało unieważnić z powodu rażącego naruszenia przepisów ustawy oraz naruszeń, które miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na wstępie skład orzekający Izby dokonał ustalenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpatrywane odwołanie, z uwagi na ustaloną

przez Zamawiającego wartość szacunkową przedmiotu zamówienia (1 572 089,34 euro) prawo do złożenia odwołania przysługuje. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż prawo do złożenia odwołania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane o wartości poniżej progu UE dla robót budowlanych (5 278 000 euro, a aktualnie w zakresie postępowań wszczętych począwszy od dnia 1 stycznia 2008 r. - 5 150 000 euro), ale powyżej progu dla dostaw i usług (211 000 euro dla zamawiających samorządowych, a aktualnie w zakresie postępowań wszczętych począwszy od dnia 1 stycznia 2008 r. – 206 000 euro) nie przysługuje.

Zgodnie z treścią art. 184 ust. 1 ustawy od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (progi UE) ogłoszeń o zamówieniach na dostawy i usługi. Wykładania literalna tego przepisu pozwala na ustalenie, że prawo do odwołania przysługuje w tych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których wartość szacunkowa jest równa lub przekracza wartości progów UE dla dostaw i usług, niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z dostawą, usługą, czy robotami budowlanymi. Ustawodawca w tym miejscu w sposób szczególny potraktował zamówienia na roboty budowlane, poddając je kontroli wykonawców w trybie odwoławczym również poniżej wartości progów UE odnoszących się do samych robót budowlanych (5 278 000 euro), zakreślając to prawo do równowartości progów UE dla dostaw i usług (211 000 euro).

Skład orzekający Izby ustalił również, że Odwołujący jako podmiot, składający ofertę w niniejszym postępowaniu i mający szanse na uzyskanie zamówienia wykazując swój uszczerbek w interesie prawnym wykazał, że posiada prawo do złożenia protestu, jak i odwołania w kontekście przepisu art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby w trakcie rozpatrywania odwołania na rozprawie dokonał ustalenia, że Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu dokonał ich nieuprawnionej modyfikacji, co w świetle przepisu art. 38 ust. 5 ustawy, jest zakazane. Ponadto stwierdzono, że poprzez brak precyzyjnych zapisów SIWZ dotyczących opisu kryteriów oceny ofert doszło w postępowaniu do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy, co skutkowało niemożnością dokonania prawidłowej oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem zasady równego traktowania uczciwej konkurencji.

Po pierwsze należy wskazać, że warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane odmiennie w treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w BZP i na stronie internetowej Zamawiającego oraz w postanowieniach SIWZ. W treści ogłoszenia o zamówieniu nie postawiono warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego opisanych następnie w SIWZ w pkt 9.1.3. Były to warunki dotyczące:

- liczby przeciętnie zatrudnionych pracowników u wykonawcy,
- liczebności personelu kierowniczego wykonawców;
- posiadania narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia;
- dysponowania osobami z odpowiednimi kwalifikacjami do wykonania zamówienia.

W treści ogłoszenia nie wskazano również warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców:

- dodatni wynik finansowy z ostatnich trzech lat;
- średni przychód netto min. 1 mln zł;
- posiadanie środków finansowych w wysokości min. 2 mln zł lub zdolność kredytowa w tej wysokości;
- ubezpieczenie od odpowiedzialności gospodarczej),

opisanych następie w SIWZ w pkt 9.1.4.

Po drugie Zamawiający, jak wynika z dokumentacji postępowania, jak również z jego oświadczenia złożonego na rozprawie, dokonał nieuprawnionej modyfikacji SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia wykonawców ubiegających się o zamówienie; konkretnie w zakresie warunku doświadczenia. W pkt 9.1.3.e) SIWZ zapisano bowiem, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie muszą wykazać się: „*w generalnym wykonawstwie w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 5 robót budowlanych, których przedmiotem jest budowa obiektów lub zespołów budynków objętych jednym zadaniem o **konstrukcji żelbetowej i stalowej** wraz z robotami towarzyszącymi o wartości netto każdej z nich min. 5 mln zł*”. W wyniku zapytania do SIWZ i wniosku o modyfikację SIWZ, złożonego w tym zakresie przez jednego z wykonawców, Zamawiający w piśmie z dnia 10 grudnia 2007 r. zmodyfikował treść SIWZ, dopuszczając w postępowaniu wykazaniem się doświadczeniem w zakresie obiektów lub zespołów budynków w konstrukcji **żelbetowej lub stalowej**. Niniejsza modyfikacja faktycznie łagodziła nieco warunek udziału w postępowaniu, poszerzając krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych zamówieniem. Powyższe jednocześnie skutkowało jednak potencjalnym ograniczeniem konkurencji i równego wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy pozyskali informację o zamówieniu z treści ogłoszenia i pierwotnej treści SIWZ. Ponadto

powyższe wprost wypełnia dyspozycję przepisu art. 38 ust. 5 ustawy zakazującego dokonywania modyfikacji treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, bowiem warunek ten wprost został przez Zamawiającego zmieniony.

Po trzecie Zamawiający w postanowieniach SIWZ odmiennie określił warunek udziału w postępowaniu, dotyczący osób niezbędnych do wykonania zamówienia w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu. W treści ogłoszenia bowiem wskazał, że w postępowaniu mają zostać przedłożone dokumenty w postaci uprawnień budowlanych bez ograniczeń dla kierownika budowy i kierowników poszczególnych rodzajów robót, co oznacza, że uprawnienia bez ograniczeń były żądane tak w odniesieniu do kierownika budowy, jak i w odniesieniu do pozostałych kierowników robót branżowych. Natomiast w SIWZ (pkt 9.1.3 d) Zamawiający wymóg ten sformułował odmiennie – uprawnienia bez ograniczeń były żądane w odniesieniu do kierownika budowy, natomiast w odniesieniu do kierowników robót instalacyjnych (branżowych) takiego wymogu nie było.

Na marginesie należy również dodać, że w treści ogłoszenia o zamówieniu wskazano na konieczność przedłożenia dokumentów uprawnień budowlanych, natomiast z treści SIWZ taki wymóg nie wynika. Podobnie w treści SIWZ wskazano minimalną liczbę osób na stanowiska kierowników, natomiast w treści ogłoszenia o zamówieniu brak jest takiego wymogu.

Warunki udziału w postępowaniu mają bardzo istotne znaczenie dla całego postępowania podobnie zresztą, jak kryteria oceny ofert. Warunki udziału powinny zostać określone identycznie w swoim zakresie, tak w treści ogłoszenia o zamówieniu, publikowanego w oficjalnym publikatorze, jak i w postanowieniach SIWZ. Ich zmiana w tych podstawowych dokumentach kształtujących sposób postępowania Zamawiającego, jak również ewentualna modyfikacja w zakresie treści SIWZ, powodują, że nie można zawrzeć w tym postępowaniu ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem postępowanie takie należy unieważnić w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zmiana warunków udziału w postępowaniu, tak w zakresie rozbieżności w treści ogłoszenia i postanowieniach SIWZ, jak i modyfikacji warunków określonych w postanowieniach SIWZ, w ocenie składu orzekającego świadczy o rażącym naruszeniu przepisów ustawy, czym wypełnia dyspozycję przepisu art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy. Zachowanie takie jest wprost zakazane w art. 38 ust. 5 ustawy. W postępowaniu niniejszym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo rażącego naruszenia przepisów ustawy w tym postępowaniu.

Jednocześnie należy też wskazać, że o nieważności ewentualnie zawartej w tym postępowaniu umowy, świadczy również przepis art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy –

w postępowaniu tym bowiem doszło do naruszenia przepisów ustawy, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Naruszenie przepisów ustawy w zakresie odmiennego sformułowania warunków udziału w postępowaniu – przede wszystkim jeśli chodzi o potencjał osobowy – skutkowało tym, że w odwołaniu został podniesiony zarzut braku uprawnień bez ograniczeń dla kierowników wskazanych w ofercie uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Rozbieżności w tym zakresie w treści ogłoszenia oraz postanowieniach SIWZ uniemożliwiają dokonanie oceny prawidłowości tego zarzut i skutkują uznaniem, że naruszenie przepisów ustawy, polegające na zmianie warunków udziału w postępowaniu, miało wpływ na wynik tego postępowania.

Po czwarte Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie określił w sposób jasny i precyzyjny wymogu dotyczącego podania w dniach terminu realizacji zamówienia. Dlatego też niektórzy wykonawcy odczytali to jako konieczność wskazania terminu w konkretnej dacie (BUDBAUM), inni w miesiącach (Odwołujący). W samej zaś SIWZ w opisie kryteriów oceny ofert (pkt 25.4 SIWZ) Zamawiający przy ocenie w ramach kryterium „*Termin wykonania*” posługuje się określeniem dni, ale wyłącznie przy wskazywaniu maksymalnego terminu wykonania i terminu wykonania krótszego niż 450 dni. Ani formularz oferty, ani też postanowienia SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert nie nakładają na wykonawców wymogu wpisania terminu w dniach, choć wydaje się to najbardziej logiczne. Powyższe uniemożliwia prawidłową ocenę ofert w ramach tego kryterium oceny ofert. Zamawiający nie określił bowiem nigdzie w SIWZ konkretnej daty podpisania umowy, od której należałoby liczyć termin wykonania określany w inny sposób niż za pomocą dni.

Kryterium „*Termin wykonania*” zatem został opisany w sposób niewystarczający, a tym samym niezgodny z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy.

Wskazane naruszenie – niewłaściwe opisanie kryterium „*Termin wykonania*” – miało wpływ na wynik postępowania, tj. niemożność dokonania oceny ofert w ramach tego kryterium, tak więc wypełniało dyspozycję przepisu art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Powyższe skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Przywołane powyżej rozbieżności w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniach SIWZ, jak też naruszenia przepisów ustawy z tego wynikające, pozostają w ścisłym związku z zarzutami podnoszonymi przez Odwołującego (zarzut dotyczący niespełnienia warunku doświadczenia, warunku potencjału finansowego oraz osób niezbędnych do wykonania zamówienia, jak też zarzut niewłaściwej oceny ofert w kryterium „*Termin wykonania*”).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 191 ust. 3 zdanie drugie ustawy, dokonując oceny ich zasadności, stwierdził wskazane powyżej naruszenia, skutkujące nieważnością prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*