

Sygn. akt KIO/UZP 334/09

**WYROK**  
**z dnia 1 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Emil Kuriata**  
**Luiza Łamejko**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane INTER–SYSTEM Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50–203 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Świdnicy, pl. Grunwaldzki 14, 58–100 Świdnica** protestu z dnia 11 lutego 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01–518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane INTER–SYSTEM Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50–203 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo**

**Budowlane INTER–SYSTEM Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50–203  
Wrocław,**

- ~~2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane INTER–SYSTEM Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50–203 Wrocław.**

#### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa nowej siedziby Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 września 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2008/S 182-241339.

W dniu 11 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł protest wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (złożonej przez Skanska S.A.) oraz wykluczenia Odwołującego się z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7, 24 ust. 1 pkt 10, art. 30 ust. 5, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i wnosząc o dokonanie ponownej oceny ofert, w wyniku której nastąpi odrzucenie oferty Skanska S.A., przywrócenie Odwołującego się do postępowania i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej lub w przypadku nieuwzględnienia powyższych żądań - unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący się podaje, że Zamawiający, na skutek pytań jednego z wykonawców udzielił odpowiedzi, iż wykonawcy winni wskazać w składanej ofercie informację o rodzaju oferowanego systemu okablowania strukturalnego - tak odpowiedź z

dnia 14 października 2008 r. ("Zamawiający oczekuje od wykonawców, aby w ofercie składanej przedłożyli informację jaki system okablowania strukturalnego oferują"). Skanska S.A. w złożonej ofercie nie wskazała Zamawiającemu takiej informacji, a zamieściła w ofercie certyfikaty dla: p. Ryszarda Chabira - certyfikowanego instalatora systemu okablowania strukturalnego systemu Emitter Net, firmy Netline Group Sp. z o.o. - Instalatora system R&M, p. Jarosława Jandzińskiego - certyfikowanego instalatora systemu CobiNet. Zamawiający, uwzględniając zarzuty Odwołującego się, zawarte w treści przystąpienia do protestu wniesionego przez Skanska S.A., skierował do Skanska S.A. wezwanie do wyjaśnienia, jaki rodzaj systemu okablowania strukturalnego wykonawca oferuje. W odpowiedzi na wezwanie Skanska S.A. przyznała, iż w ofercie nie wskazała takiej informacji (odpowiedź - "nie jesteśmy w stanie podać konkretnego miejsca w ofercie, w którym byłaby ona zawarta"). Jednocześnie zaznaczyła, iż okoliczność ta nie ma żadnego wpływu na zakres prac do wykonania w ramach zamówienia, a także nie wpływa na cenę. Wskazała także, iż jeśli Zamawiający tego wymaga, podaje CobiNet jako producenta systemu, w oparciu o który wykonana przedmiot zamówienia. Zamawiający mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, dokonał w dniu 19 stycznia 2009 r., "poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, a mianowicie: wskazano jednoznacznie część oferty, w której Wykonawca wskazał system okablowania strukturalnego EmitterNet", na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się zwraca uwagę, iż dokonując wykładni przedmiotowego przepisu, należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, iż warunkiem dokonania poprawienia jest zaistnienie omyłki w treści oferty, a więc zamieszczenie przez wykonawcę w ofercie treści, która jest niezgodna z postanowieniami SIWZ. W niniejszym przypadku Skanska S.A. nie zawarła w ofercie treści (treść ta nie istnieje), która mogłaby być poprawiona. W rezultacie dokonanej czynności, Zamawiający nie dokonał poprawienia omyłki, lecz uzupełnienia oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie daje podstawy do uzupełnienia ofert o brakującą treść. Ten cel pozwala osiągnąć instytucja uzupełniania oferty przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Norma zawarta w tym przepisie, nie pozwala jednak Zamawiającemu na wzywaniu wykonawcy do uzupełniania informacji w przedmiotowej sprawie, z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający nie zawarł informacji o konieczności złożenia oświadczenia o rodzaju oferowanego systemu w treści ogłoszenia i SIWZ, a w dokonanej w toku postępowania modyfikacji SIWZ.

Ponadto, Odwołujący się wskazuje na wyjaśnienie znajdujące się w uzasadnieniu do ostatniej zmiany ustawy Pzp, z którego wynika jakiego rodzaju omyłki mogą być poprawiane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tezą zawartą w komentarzu do ustawy, przywołanym przez Zamawiającego, w uzasadnieniu dokonania poprawienia treści oferty,

zmiana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może powodować znaczącej ingerencji w treść oferty. W niniejszym przypadku mamy do czynienia z taką ingerencją, bowiem prowadzi ona do wytworzenia nowej treści oferty. W dalszej części komentarza autorzy stwierdzają, iż "dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty." W niniejszym przypadku z zachowania firmy Skanska S.A. nie można wywieść wniosku, iż miała ona zamiar złożenia oferty zgodnej z treścią SIWZ. Sam wykonawca stwierdził bowiem w piśmie wyjaśniającym, iż nie działał w takim zamiarze, ponieważ uznał tą okoliczność za mało istotną dla postępowania, z uwagi na przeniesienie zagadnienia rodzaju stosowanego systemu, na etap realizacji zadania.

Odwołujący się zauważa, iż to nie Zamawiający wykonawcy, lecz wykonawca Zamawiającemu, miał wskazać rodzaj oferowanego systemu. Dodatkowo co istotne, działanie Zamawiającego, w tym zakresie, było sprzeczne także z wyjaśnieniami udzielonymi przez Skanska S.A., zawartymi w piśmie z dnia 9 stycznia 2009 r., w którym wykonawca wyjaśnił, iż jeśli Zamawiający tego wymaga, wskazuje system CobiNet jako system, w oparciu o który wykona przedmiot zamówienia. Zamawiający, w rezultacie otrzymanych wyjaśnień, dokonał poprawienia oferty Skanska S.A., przyjmując iż Skanska S.A. oferuje system producenta EmitterNet, a więc odmienny od wskazanego w wyjaśnieniu. Całość zachowań Zamawiającego i wykonawcy w tym zakresie jest nieuprawnionym uzgadnianiem treści oferty, co w świetle postanowień art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Dokonana, na skutek poprawy omyłki, zmiana jest zmianą istotną, w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zmiana ta powoduje bowiem konieczność dokonywania dalszych czynności - wymaga wykazania, uwzględniając postanowienia art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, równoważności oferowanego systemu CobiNet, czy też EmitterNet z systemem opisanym w SIWZ.

Żaden z powyższych systemów okablowania strukturalnego, jak również system producenta R&M, którego dokumenty zostały wskazane w ofercie Skanska S.A., nie spełnia wymogów zawartych w projekcie wykonawczym. Zgodnie z odpowiedzią, zawartą w pliku "wyjaśnienia\_do\_siwz\_4.pdf" pkt.5, "każde gniazdo RJ45 musi być wyposażone w przesłonę przeciwkurzową, zamocowaną sprężysto, w pełni zintegrowaną z gniazdem, która nie tylko chroni wnętrze przez przedostawaniem się zanieczyszczeń ale stanowi wskaźnik prawidłowego podłączenia kabla. Ponadto ruchoma przesłona powinna czyścić wszystkie styki gniazda podczas każdego wpięcia/wypięcia kabla krosowego sprowadzając potencjalne prace konserwatorskie do absolutnego minimum." Opisane w projekcie wykonawczym rozwiązanie spełnia, w opinii Odwołującego się, jedynie gniazdo firmy Molex. Wykonawca Skanska S.A. nie wskazała w składanej ofercie, zgodnie z treścią art. 30 ust. 5 ustawy Pzp,

na czym polega równoważność oferowanych systemów z systemem opisanym w SIWZ. Dopiero, na etapie postępowania protestacyjnego wykonawca przytacza argumenty o równoważności oferowanych rozwiązań, co jednak winno nastąpić w treści składanej oferty.

Całość działań Zamawiającego w powyższym zakresie, nosi znamiona naruszenia art. 7 ustawy Pzp, nakazującego zamawiającemu równe traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający w sposób nieuprawniony różnicuje pozycję wykonawców, dokonując uzgodnienia treści oferty z jednym z wykonawców. Zdaniem odwołującego się, powyższe działanie oznaczać będzie w przypadku zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, nieważność umowy z uwagi na zaistnienie przesłanek opisanych w art. 146 ust. 1 pkt 5 i pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący się, składając ofertę w przedmiotowym przetargu, wskazał na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 2.1 lit. a SIWZ, zadanie inwestycyjne pn. Budowa pawilonu specjalistycznego wraz z wyposażeniem w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu. Zakres robót budowlanych wykonanych w ramach przedmiotowego zadania obejmował, zgodnie z treścią listu referencyjnego oraz ogłoszenia o zamówieniu, roboty konstrukcyjne, budowlane, wykończeniowe oraz roboty branży sanitarnej i elektrycznej.

Odwołujący się nie zgadza się z poglądem Zamawiającego, iż powyższe zadanie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie potwierdza, iż wykonano pełen zakres zadania. Jeżeli Zamawiający oczekiwał, iż udzieli zamówienia tylko takiemu wykonawcy, który wykaże iż zrealizował własnymi siłami całe zadanie inwestycyjne, tak winien sprecyzować warunek udziału, wyraźnie określając, iż wymaga, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się realizacją zadania obejmującego: roboty ziemne, fundamentowe, konstrukcyjne, murowe, itd., wymieniając poszczególne etapy realizacji inwestycji. Zamawiający nie zdefiniował w powyższy sposób warunku i na obecnym etapie postępowania nie może wywodzić negatywnych konsekwencji z faktu nieprecyzyjnego jego zdefiniowania. Jeśli Zamawiający będzie interpretował warunek w sposób, w jaki czyni to w stosunku do oferty Odwołującego się, powinien, kierując się obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą równości, w taki sam sposób zbadać wykonanie zadań przez pozostałych wykonawców - zbadać czy wykazane zadanie zostało wykonane siłami własnymi, bez udziału podwykonawców. Jednakże, taki sposób interpretowania warunku nie pozwoli Zamawiającemu odnaleźć na rynku budowlanym podmiotu spełniającego taki warunek. Zakres prac wykonanych w ramach wskazanej w ofercie inwestycji, obejmujący roboty konstrukcyjne, budowlane, wykończeniowe wszystkich branż, którego parametry takie jak: kubatura i wartość, spełniają oczekiwania Zamawiającego, wyczerpują warunek udziału w postępowaniu.

Ponadto mając na uwadze, iż Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych, powinien wydatkować środki w sposób oszczędny, celowy, zgodnie z zasadą uzyskania najlepszych efektów z poniesionych nakładów, wybór oferty, której kwota za wykonanie zadania jest o 2 432 080,01 zł wyższa, od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zadania, stoi w sprzeczności z powyższymi wytycznymi. Wykluczając ofertę Odwołującego się i wybierając do realizacji ofertę Skanska S.A., Zamawiający wydatkuje o 2 735 346,98 zł więcej niż w przypadku wyboru oferty Odwołującego się, co w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej stanowi nieefektywne wydatkowanie środków publicznych. Taki sam cel - otrzymanie produktu w postaci gotowego budynku, Zamawiający osiągnie przeznaczając znacznie mniejsze środki, o ile wybierze do realizacji ofertę Odwołującego się.

Pismem z dnia 3 marca 2008 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez jego oddalenie. Zamawiający nie podzielił opinii Odwołującego się, odnoszącej się do możliwości uznania spełnienia warunku wykonania minimum dwu zadań o wartości i zakresie określonym w pkt 2 ppkt. 2.1 lit. a SIWZ. Tym samym Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 11 lutego 2009 r. (pkt. 2.2).

Zamawiający, zgodnie z decyzją z dnia 9 stycznia 2009 r., powtórzył czynność badania oferty Odwołującego się, wzywając go do uzupełnienia wykazu robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenia zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te roboty zostały wykonane należycie.

W odpowiedzi (pismo z dnia 23 stycznia 2009 r.) Odwołujący się załączył wykaz robót zrealizowanych w okresie ostatnich pięciu lat. W ww. wykazie pod poz. 4 wymieniono zadanie „Wykonanie budynku B w ramach inwestycji „Budowa Nowej Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej”. Zakres prac wymieniony w tym wykazie nie jest tożsamy z zakresem prac wymienionych w referencjach firmy WROBIS z dnia 19 grudnia 2007 r. Z referencji firmy WROBIS wynika, iż Odwołujący się zrealizował "roboty budowlane, konstrukcyjne i wykończeniowe wraz z robotami branży sanitarnej, pozostałe roboty branżowe zostały wykonane przez wyspecjalizowanych podwykonawców", natomiast z wykazu Odwołującego się wynika, że wykonał również „instalacje elektryczne, teletechniczne - komputerowe, telefoniczne, instalacje ppoż."

W konsekwencji Zamawiający poddał szczegółowej procedurze wyjaśniającej powyższe. tj. wezwał dwukrotnie do "wyjaśnienia rozbieżności i jednoznacznego wskazania, czy pozostałe branże, w tym: instalacje elektryczne, teletechniczne - komputerowa,

telefoniczne, instalacje ppoż, zostały zrealizowane przez podwykonawców Odwołującego się, czy też może firmy WROBIS . Wyjaśnienie miało na celu jednoznaczne potwierdzenie faktu wykonania wskazanego zadania przez Odwołującego się, z udziałem podwykonawców.

Na wezwania Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2009 r. i 5 lutego 2009 r. o wyjaśnienie ww. rozbieżności, Odwołujący się, w pismach z dnia 4 lutego 2009 r. i 6 lutego 2009 r., nie udzielił żadnych informacji na ten temat, wskazując iż nie musi realizować robót budowlanych siłami własnymi. Z twierdzeniem tym zgadza się Zamawiający, co znalazło swoje potwierdzenie w wezwaniach do wyjaśnień, które miały potwierdzić iż wykonawcą „Budowy Nowej Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej” był Odwołujący się, a tym samym wykluczyć możliwość udziału w realizacji zadania Odwołującego się, jako jednego z wielu podwykonawców firmy WROBIS. Mając na względzie fakt, iż Odwołujący się mimo dwukrotnego wezwania do wyjaśnień, takowych nie złożył, Zamawiający uznał, że Odwołujący się realizował ww. zadanie tylko w części i tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX pkt 2 ppkt 2.1. lit. a SIWZ. Ponadto, istotnym jest fakt, iż Odwołujący się całkowicie pomija wskazane przez siebie w ww. pismach zadanie ("Budowy Nowej Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej"), analizując jedynie pierwotnie wskazane w ofercie zadanie, w konsekwencji nie uznania którego Zamawiający skorzystał z uprawnienia, jakie daje regulacja zawarta w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie podzielił również opinii Odwołującego się, odnoszącej się do niemożności poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, poprzez wskazanie systemu okablowania strukturalnego Emiter Net wymienionego jako pierwszy w Załączniku nr 9 do oferty – str. 63. Zamawiający poprawił omyłkę na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, uznając tym samym, iż jej poprawienie nie wpływa na treść i cenę złożonej przez Skanska S.A. oferty. Zamawiający oparł się w tym zakresie na komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający dysponując opinią projektanta z dnia 28 listopada 2008 r., z której w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że wszystkie trzy systemy, wskazane w złożonej przez SKANSKA S.A.. ofercie, spełniają wymogi określone w SIWZ, dokonał poprawienia omyłki polegającej na jednoznacznym wskazaniu nazwy oferowanego systemu. Pismem z dnia 9 stycznia 2009 r. Zamawiający wezwał Skanska S.A. do złożenia wyjaśnienia, gdzie w treści oferty jest wskazane, który system okablowania strukturalnego zostanie zastosowany. Skanska S.A., w piśmie z dnia 13 stycznia 2009 r. stwierdziła, że nie wskazała w ofercie, który z trzech systemów zostanie zastosowany. Jednocześnie poinformowała, że zastosuje system firmy CobiNet. Zamawiający uznał, że wybór systemu przez Skanska S.A. wykroczył poza treść zapytania Zamawiającego, bowiem to Zamawiający dokonuje poprawki, zaś wykonawca wyraża, bądź nie wyraża zgody, na tak dokonaną poprawkę. Ponadto,

Zamawiający nie wymagał od wykonawców szczególnej formy dokumentów, konsekwencją tego zapisu jest niemożność dokonywania oceny negatywnej lub też nie uznania dokumentów przedstawionych przez wykonawców w formie załączonych poświadczeń oferowanych systemów okablowania strukturalnego. Fakt ten, stanowi w ocenie Zamawiającego potwierdzenie zamiaru złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego.

W dniu 13 marca 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście (z wyjątkiem żądania unieważnienia postępowania).

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń stron złożonych na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W Rozdziale IX pkt 2 ppkt 2.1 SIWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, stanowiąc, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania lub krótszym – jeżeli okres działalności jest krótszy, wykonali minimum dwa zadania odpowiadające poniższym wymogom:

- a) jedno z nich stanowić będzie budowę nowego obiektu zaliczonego do grupy 122 lub grupy 126 (klasa 1262, 1263, 1264) w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. 99.112.1316 z późniejszymi zmianami) o powierzchni wewnętrznej co najmniej 5.000 m<sup>2</sup> lub o kubaturze brutto co najmniej 15.000 m<sup>3</sup> i wartości realizacji nie mniejszej niż 15 mln brutto,
- b) drugie z nich stanowić będzie budowę nowego obiektu j.w. lub realizację robót budowlanych (adaptacja, modernizacja, przebudowa) w obiekcie lub obiektach (w ramach jednej umowy) zaliczonym (-ych) do grupy 122 w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. 99.112.1316 z późniejszymi zmianami) o powierzchni wewnętrznej budynku (-ów) co najmniej 5.000 m<sup>2</sup> lub o kubaturze brutto co najmniej 15.000 m<sup>3</sup> i wartości realizacji nie mniejszej niż 15 mln brutto.”

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku należało przedstawić wykaz wykonanych robót budowlanych, z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane należycie.

W złożonej ofercie Odwołujący się wykazał budowę pawilonu specjalistycznego wraz z wyposażeniem w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. J. Gromkowskiego we



Wrocławiu oraz adaptację dwóch budynków dla Wydziału KRS, RZS, Upadłości i Naprawczego oraz Wydziałów Grodzkich SR we Wrocławiu przy ul. Poznańskiej 16-20.

W dniu 14 listopada 2008 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego się. Wobec przedmiotowej czynności, w dniu 19 listopada 2008 r., protest wniosła Skanska S.A., wnosząc o wykluczenie Odwołującego się z postępowania m.in. z powodu nie spełniania warunku, o którym była mowa powyżej, w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji. Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, zgłosił przystąpienie, w dniu 24 listopada 2008 r., Odwołujący się. Pismem z dnia 4 grudnia 2008 r. Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu protestu. W zakresie przedmiotowego warunku protest został uwzględniony. Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący się nie wniósł odwołania. W związku z powyższym Zamawiający przystąpił do ponownej oceny ofert, wzywając Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w przedmiocie inwestycji „Budowa pawilonu szpitalnego wraz z wyposażeniem w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu” (pismo z dnia 9 stycznia 2009 r.). W piśmie z dnia 13 stycznia 2009 r. Odwołujący się udzielił wyjaśnień, stwierdzając, że kwestionowana inwestycja spełnia wymagania Zamawiającego w świetle postanowień SIWZ oraz dołączył uzupełniającą referencję. Zamawiający stwierdził jednakże, iż na podstawie udzielonych wyjaśnień nie można uznać, iż Odwołujący się spełnia sporny warunek i wezwał do uzupełnienia wykazu, o którym mowa w Rozdziale X pkt 2 ppkt 2.1 SIWZ, w zakresie warunku określonego w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 2.1 lit. a SIWZ (pismo z dnia 19 stycznia 2009 r.). W piśmie z dnia 23 stycznia 2009 r. Odwołujący się pottrzymał stanowisko dotyczące spornej inwestycji, a ponadto załączył „tabelę obrazującą (...) doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat. Lista zrealizowanych zadań potwierdza iż (...) przedsiębiorstwo w ciągu tego okresu czasu skutecznie realizowało w ramach zamówień publicznych obiekty o charakterze użyteczności publicznej, czego rezultatem jest zdobyte doświadczenie pozwalające na realizację zadania. Warunki opublikowanej przez Państwa SIWZ spełnia nie tylko pawilon szpitalny Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu”. W odniesieniu do przedstawionego wykazu Zamawiający zażądał złożenia wyjaśnień, w zakresie zadania na „wykonanie budynku B w ramach inwestycji „Budowa Nowej Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej” (pismo z dnia 29 stycznia 2009 r.). W piśmie z dnia 4 lutego 2009 r. Odwołujący się podtrzymał swoje stanowisko w zakresie spełniania spornego warunku przez wskazaną inwestycję - „budowa pawilonu specjalistycznego wraz z wyposażeniem w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu, stwierdzając, iż „ W poprzednim piśmie przedstawiliśmy państwu nasze doświadczenie w zakresie realizowanych w ciągu ostatnich pięciu lat robót budowlanych, popierając je listami referencyjnymi. Czynność ta miała na celu zobrazowanie, jakim

dysponujemy doświadczeniem i potencjałem Jednakże jak już wielokrotnie podkreślaliśmy zadaniem, które spełnia warunek udziału w postępowaniu jest zadanie inwestycyjne pn. Budowa pawilonu specjalistycznego wraz z wyposażeniem w Wojewódzkim Szpitalu specjalistycznym im. Gromkowskiego we Wrocławiu”. Pismem z dnia 5 lutego 2009 r. Zamawiający ponownie wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie zadania „wykonanie budynku B w ramach inwestycji „Budowa Nowej Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej”. W odpowiedzi z dnia 6 lutego 2009 r. Odwołujący się wyjaśnił, „iż podtrzymujemy nasze stanowisko przedstawione w poprzednim piśmie, w którym domagaliśmy się wyboru naszej oferty w oparciu o dokumenty przedstawione w ofercie, tj. w oparciu o referencje z zadania inwestycyjnego pn. Budowa pawilonu specjalistycznego wraz z wyposażeniem w Wojewódzkim Szpitalu specjalistycznym im. Gromkowskiego we Wrocławiu”. W dniu 11 lutego 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego się z postępowania, w uzasadnieniu podając, iż wobec nie złożenia wyjaśnień, Zamawiający uznał, że Odwołujący się realizował zadanie pn. „Budowa Nowej Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej” tylko w części i tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX pkt 2 ppkt. 2.1. lit. a SIWZ.

Powyższe ustalenia pozwalają stwierdzić, iż okoliczność spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 2.1 lit. a i b SIWZ, była po raz pierwszy zakwestionowana w proteście z dnia 19 listopada 2009 r. Ówczesny Protestujący zarzucał zaniechanie wykluczenia Odwołującego się z postępowania, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), dotyczących przedmiotowego warunku. Uwzględnienie przez Zamawiającego protestu w powyższym zakresie, powinno prowadzić do wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Stwierdzenie bowiem przez Zamawiającego, iż potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, skutkuje bezwzględny obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania wespół z wcześniejszą czynnością – unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem, Zamawiający decydując się na uwzględnienie przedmiotowego zarzutu, daje wyraz temu, iż ma pewność, że złożone informacje były nieprawdziwe i miały wpływ na wynik niniejszego postępowania. Jeżeli zaś Zamawiający powziął wątpliwość w przedmiocie spełniania spornego warunku (nawet z treści protestu), to oczywiście mógł ją wyjaśnić, jednakże powinno pozostawać to bez wpływu na rozstrzygnięcie protestu. Tymczasem, w niniejszej sprawie, Zamawiający w istocie dokonał zmiany kwalifikacji prawnej zarzutu. Gdyby bowiem rozstrzygnął zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jego postępowanie musiałoby prowadzić do podjęcia czynności, o których była mowa wyżej. Z treści rozstrzygnięcia protestu wynika jednoznacznie, że Zamawiający badał okoliczność spełnienia spornego

warunku udziału w postępowaniu, o czym świadczą również dalsze czynności Zamawiającego (wezwanie do wyjaśnień, wezwanie do uzupełnienia dokumentów), a nie fakt złożenia nieprawdziwych informacji w przedmiocie wskazanego warunku. W ślad za tym idą również czynności Odwołującego się, który składa wyjaśnienia, a w wyniku uznania niespełnienia przedmiotowego warunku – kolejny wykaz wykonanych robót budowlanych.

Z powyższego niezbitcie wynika, iż okoliczność spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu została ostatecznie rozstrzygnięta. Jeżeli zdaniem Odwołującego się, inwestycja dotycząca Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu spełnia sporny warunek, Odwołujący się powinien w sposób konsekwentny bronić swojego stanowiska na drodze środków ochrony prawnej. Zatem, w okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący się, chcąc skutecznie bronić swoich twierdzeń, zobowiązany był wnieść odwołanie od rozstrzygnięcia protestu z dnia 4 grudnia 2008 r. W przeciwnym bowiem razie, Odwołujący się wyraża zgodę na dalsze czynności Zamawiającego, zmierzające do weryfikowania przedmiotowego warunku.

Na tle zaistniałego sporu, Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę na instytucję koncentracji środków ochrony prawnej. Wyrazem przedmiotowej regulacji jest m.in. przepis art. 181 ust. 4 w zw. z art. 181 ust. 7 ustawy Pzp, z którego wynika, iż wykonawca wnoszący protest, jak również wykonawca wezwany do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności. Przepis ten jest wyrazem dążenia ustawodawcy do zapewnienia szybkości i pewności postępowania. Raz zweryfikowane okoliczności, nie mogą być bowiem przedmiotem kolejnych środków ochrony prawnej. Jeśli Odwołujący się zgodził się z decyzją Zamawiającego, polegającą na zakwestionowaniu spełniania spornego warunku, to oznacza, że przyjmuje, iż wskutek takiego rozstrzygnięcia, może być wykluczony z postępowania. Niedopuszczalna jest sytuacja, w świetle przytoczonego przepisu, w której Odwołujący się aprobejuje uwzględnienie protestu, a w konsekwencji dalsze czynności Zamawiającego i po stwierdzeniu, iż uzupełniony wykaz robót budowlanych również nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego, ponownie powołuje okoliczność spełniania warunku na podstawie inwestycji dotyczącej Szpitala im. J. Gromkowskiego. Powyższe działanie Odwołującego się nie znajduje oparcia w przepisach prawa, a ponadto cechuje się dużą niekonsekwencją.

Należy zwrócić uwagę, iż uzasadnienie faktyczne dla naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, powinna stanowić okoliczność spełniania spornego warunku na podstawie inwestycji dotyczącej Akademii Medycznej we Wrocławiu. Decyzja o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania, zapadła bowiem w oparciu o ocenę realizacji przedmiotowego zadania, w aspekcie spornego warunku. Tylko w taki sposób postawiony zarzut, podlegałby ocenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, bowiem

dotyczyłyby nowych okoliczności faktycznych, które ponadto stanowią podstawę wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Tymczasem oparcie zarzutu na okolicznościach już zweryfikowanych (ostatecznie rozstrzygniętych) powoduje, że przedmiotowy zarzut jest niedopuszczalny, o czym była mowa powyżej, jak również bezprzedmiotowy na obecnym etapie postępowania (nie dotyczy faktycznej podstawy wykluczenia).

W konsekwencji rację należy przyznać Zamawiającemu, iż zakres doświadczenia Odwołującego się jest imponujący. Jednakże stwierdzić należy, iż Odwołujący się nie dołożył należytej staranności w przedmiocie wykazania doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, jak również w sposób niedostateczny korzystał z ochrony swoich praw. Tymczasem, Zamawiający ma obowiązek oceny potencjału wykonawcy, w oparciu o wskazane przez niego inwestycje, zaś jeśli ocena Zamawiającego jest dokonana w sposób wadliwy, to zakwestionowanie jej odbywa się w trybie środków ochrony prawnej, aż do chwili ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, a nie na drodze składania kolejnych protestów.

Podobne stanowisko, Izba zajęła w przedmiocie zarzutu dotyczącego gniazda abonenckiego. Otóż, okoliczność, iż przedmiotowe gniazdo nie spełnia wymagań Zamawiającego (przy założeniu, że systemy okablowania strukturalnego zostały wskazane w sposób dorozumiany), została podniesiona przez Odwołującego się w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (pismo z dnia 21 listopada 2008 r.). W rozstrzygnięciu protestu (pismo z dnia 4 grudnia 2008 r.) Zamawiający nie ustosunkował się do przedmiotowego zarzutu, co per analogiam do art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, należy uznać za jego oddalenie. Jeśli więc, Odwołujący się nie wniósł odwołania od rozstrzygnięcia przedmiotowego protestu, oznacza to, iż zgadza się z decyzją Zamawiającego, a co za tym idzie, utracił prawo do skutecznego podnoszenia przedmiotowej okoliczności na drodze kolejnego protestu (z przyczyn, o których była mowa powyżej). Bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy pozostaje fakt, iż w odwołaniu przedmiotowa okoliczność została podniesiona w aspekcie naruszenia przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Należy zwrócić bowiem uwagę, iż zarzut zasadza się zarówno na podstawie faktycznej, jak i prawnej. Zmiana podstawy prawnej, w odniesieniu do tych samych okoliczności faktycznych, powoduje, iż nie można mówić o tożsamości zarzutów, jednakże uwzględniając zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, należy przyjąć, iż zarzuty oparte o tę samą podstawę faktyczną, muszą być powoływane jednocześnie, tym bardziej, że oba dotyczą zaniechania czynności odrzucenia oferty.

Biorąc pod uwagę fakt, iż ustawa Pzp nie przewiduje instytucji częściowego odrzucenia odwołania, a okoliczności raz podniesione w trybie środków ochrony prawnej, nie mogą być podnoszone w kolejnym proteście, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie jest możliwe powołanie po raz kolejny zarzutów, o których była mowa powyżej, a co za tym idzie ich rozpoznanie. W konsekwencji przedmiotowe zarzuty, Izba pozostawiła bez

rozpoznania, w istocie bowiem ich rozpoznanie już nastąpiło lub zostały zgłoszone z upływem terminu.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, Zamawiający nie wymagał przedstawienia informacji o oferowanym systemie okablowania strukturalnego, w jakiejś konkretnej formie. Wręcz przeciwnie, z treści Rozdziału IX pkt 2 ppkt 2.2., Rozdziału X pkt 2 ppkt 2.2 SIWZ oraz z pisma Zamawiającego z dnia 14 października 2008 r. wynika, iż informację o oferowanym systemie okablowania strukturalnego Zamawiający poweźmie z treści dokumentu potwierdzającego, że w zakresie instalacji okablowania strukturalnego wykonawca dysponuje osobami lub podmiotami posiadającymi co najmniej status partnerski producenta oferowanego okablowania strukturalnego. W treści oferty Skanska S.A. (str. 63-65) znalazły się trzy dokumenty odnoszące się do trzech różnych rodzajów okablowania strukturalnego. Twierdzenie, iż w tych okolicznościach treść oferty nie odpowiada treści SIWZ jest nieuprawnione. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oświadczenie w przedmiocie rodzaju systemu okablowania strukturalnego zostało złożone. Z treści dokumentów nie wynika jednoznacznie, który system okablowania strukturalnego został zaoferowany, bowiem wskazano na możliwości wykonania trzech różnych systemów. O niezgodności oferty z treścią SIWZ moglibyśmy mówić jedynie w okolicznościach, gdyby nie został zaoferowany jakikolwiek system. W niniejszej sytuacji, bezspornie system okablowania strukturalnego Skansa S.A. zaproponowała, wyjaśnić należało jedynie, który z systemów. Oczywistym jest bowiem, że tylko jeden system zostanie wykonany, a jaki to będzie system, Zamawiający powinien wiedzieć na etapie oceny ofert, wymóg ten wynika bowiem z treści wskazanych postanowień SIWZ. Zatem, na tym etapie postępowania, w istocie niezbędne było dokonanie wyjaśnień w powyższym zakresie, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skierowanie więc do Skansa S.A., pisma z dnia 9 stycznia 2009 r., w przedmiotowym zakresie było uprawnione, a udzielona odpowiedź (pismo z dnia 13 stycznia 2009 r.) było wiążąca dla Zamawiającego. Wykonawca wskazał bowiem jednoznacznie, iż CobiNet jest oferowanym systemem okablowania strukturalnego.

Okoliczność, iż w konkretnym miejscu oferty, nie została zawarta informacja o systemie okablowania strukturalnego, nie świadczy o niezgodności SIWZ, bowiem, jak była mowa powyżej, Zamawiający nie postawił nawet takiego wymogu. Gdyby nawet forma takiego oświadczenia była zastrzeżona, jej niedotrzymanie, również nie skutkowałaby stwierdzeniem naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skoro, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, brak podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, tym bardziej nie może być mowy o omyłce w przedmiotowym zakresie. Zatem, działania Zamawiającego zmierzające do poprawienia

omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należałoby uznać za bezprzedmiotowe i w konsekwencji nieuprawnione, co stanowi rezultat uznania za chybiony, zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Sam bowiem zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, został zgłoszony z upływem terminu. Termin do jego wniesienia, należy liczyć od dnia 19 stycznia 2009 r., tj. od dnia powzięcia informacji w przedmiocie poprawienia omyłki.

Powyższe działania Zamawiającego nie świadczą o przygotowaniu i prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie sposób również uznać, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w aspekcie ponoszonych okoliczności. Odwołujący się nie wykazał również, iż czynności związane z przygotowaniem oraz prowadzeniem postępowania wykonywały osoby nie zapewniające bezstronności i obiektywizmu. Zatem, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp, nie znalazł potwierdzenia.

Nawet stwierdzenie naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, bowiem niezależnie od powyższego, oferta Skanska S.A. nie podlega odrzuceniu. Zatem, wobec treści regulacji zawartej w przepisie art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, nie byłoby podstaw do uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

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

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*