

Sygn. akt: KIO 1937/10

WYROK

z dnia 22 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1) Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zbigniew Ziajka „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” (lider); 2) ELEKTRIM SA we Wrocławiu (partner); 3) PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław** w dniu 08 września 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o. (partner); 2) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Sp. z o.o. (partner); 3) ZUE S.A. (lider) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Jugowicka 6A, 30-443 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nakazuje unieważnienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w skutek której pierwotnie Odwołujący został wadliwie niezaproszony do udziału w aukcji elektronicznej z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Konsorcjum firm: 1) Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zbigniew Ziajka „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” (lider); 2) ELEKTRIM SA we Wrocławiu (partner); 3) PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** na rzecz **Konsorcjum firm: 1) Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zbigniew Ziajka „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” (lider); 2) ELEKTRIM SA we Wrocławiu (partner); 3) PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 22 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1937/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na budowę linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ w Krakowie wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru, zostało wszczęte przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 134-205810 w dniu 14.07.2010 r.

W dniu 02.09.2010 r. (pismo z dnia 01.09.2010 r.) Zamawiający faxem przekazał wezwanie w sprawie złożenia dokumentów lub wyjaśnień złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w terminie do 03.09.2010 r. do godz. 12:00 w następującym zakresie: Zamawiający wymagał od Wykonawcy posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia tj. że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert Wykonawca wykonał roboty budowlane podobne do przedmiotu zamówienia tj. roboty budowlane wielobranżowe obejmujące następujący zakres:

1. roboty związane z budową lub przebudową linii tramwajowych (torowiska i sieć trakcyjna), (*„ad.1: Wykonawca wykazał w referencjach, że wykonał roboty związane z budową lub przebudową linii tramwajowych (torowiska i sieć trakcyjna) w ramach zadania „Wykonanie przebudowy układu drogowego oraz zagospodarowanie terenu wokół obiektu Pasaż Grunwaldzki we Wrocławiu”; wartość wykazanych robót 9.711.200,00 zł; wartość szacunkowa zamawiającego to 31.236.066,33 zł. Wykonawca wykazał, że wykonał układanie torów bez podkładów w ilości łącznie 468 m - a przedmiotem nin. przetargu jest ułożenie torów zarówno na podkładach jak i bez podkładów w ilości 7,72 km. Prosimy o wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów potwierdzających, że wykonawca wykonał roboty podobne do przedmiotu zamówienia”*).

2. roboty drogowe w zakresie budowy lub przebudowy dróg, (*„ad. 2: bez uwag”*).

3. roboty budowlane budowy obiektów kubaturowych (np. budynki: podstacji, portierni, przystanku lub podobne), (*„ad. 3: Wykonawca wykazał, że wykonał roboty budowlane polegające na budowie domów mieszkalnych - nie są to roboty podobne do przedmiotu zamówienia - prosimy o wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów potwierdzających, że wykonawca wykonał roboty podobne do przedmiotu zamówienia.”*).

4. roboty budowlane instalacyjne w zakresie: oświetlenia, sygnalizacji świetlnej, trakcji tramwajowej, światłowodu, (*„ad. 4: Wykonawca wykazał, że wykonywał przełożenie*

światłowodu w ilości 605 m - tymczasem przedmiotem zamówienia jest wykonanie światłowodu na odcinku ok. 12 km - prosimy o wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów potwierdzających, że wykonawca wykonał roboty podobne do przedmiotu zamówienia. Pozostałe roboty branżowe - bez uwag.”).

5. roboty budowlane w zakresie sieci uzbrojenia podziemnego tj.: kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, gazowej, elektroenergetycznej, ciepłowniczej, teletechnicznej. („*ad. 5: Wykonawca wykazał, że wykonał zabezpieczenie sieci ciepłowniczej na odcinku 22 m - przedmiotem zamówienia jest przebudowa sieci co na odcinku ponad 1, 2 km - prosimy o wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów potwierdzających, że wykonawca wykonał roboty podobne do przedmiotu zamówienia. Pozostałe roboty branżowe - bez uwag.”).* Łączna wartość wykonanych robót podobnych do przedmiotu zamówienia, zrealizowanych przez wykonawcę nie może być niższa niż 140.000.000 zł. „*Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał, że wykonał zamówienie podobne zarówno co do wartości, jak i ilości robót będących przedmiotem przetargu w opisanych wyżej przypadkach”.*

W dniu 02.09.2010 r. Zamawiający odmówił zmiany terminu wykonania zobowiązania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wynikającego z w/w pisma. Podniósł, że na podstawie art. 7 ust.1 Pzp Zamawiający jest zobowiązany do równego traktowania wykonawców, co wyklucza możliwość wyznaczenia dodatkowego terminu na złożenie wyjaśnień lub uzupełnienie dokumentów, innego niż pozostałym Wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu – tym bardziej, że wezwanie dotyczy dokumentów, którymi Wykonawca powinien dysponować na dzień składania ofert. Wskazana odmowa była konsekwencją wniosku z dnia 02.09.2010 r. o:

1- zmianę oznaczonego na godz. 12.00 w dniu 3.09.2010 r. terminu uzupełnienia dostrzeżonych uchybień oferty, albowiem dochowanie tego terminu z przyczyn niezależnych od Wykonawców nie jest możliwe.

2- oznaczenie nowego, zmienionego, terminu uwzględniającego zakres żądanych przez Zamawiającego uzupełnień. Zaproponował termin 7 dniowy, tj. do dnia 8.09.2010 r.

3- udzielenie odpowiedzi tego samego dnia do godz. 15.00. Wyjaśnił, że oznaczenie tak krótkiego (półtora dnia) terminu na uzupełnienie treści oferty, a w istocie na jej gruntowne przebudowanie, oznacza poważne utrudnienie w sprostaniu oczekiwaniom Zamawiającego. Podniósł, że dołoży najwyższej staranności i wszelkimi działaniami postara się dochować terminu oznaczonego w piśmie z dnia 01.09.2010 r. doręczonego niestety już po godzinach przyjętych jako godziny pracy. W tle zaistniałej sprawy wskazał na, nie budzące niczyich chyba wątpliwości, w szczególności nie budzące wątpliwości autorów słownika języka polskiego różnicowanie pojęć „*podobny*” i „*tożsamy*”. Wśród wymogów w SIWZ pojawiło się wymaganie dotyczące wykonania robót podobnych. Z treści wezwania wynika, że Zamawiający życzyłby sobie, aby np. obiekty kubaturowe zamknąć wyłącznie do kategorii

budynków - podstacji i portierni, pomimo że pojęcie to ma znacznie szerszy kontekst. Na obecnym etapie procedowania nie czas już na wprowadzanie odmiennych znaczeń dla określeń wykorzystanych na wcześniejszych etapach prowadzenia sprawy. Nie mają bowiem takiego samego znaczenia określenie „podobny” i „tożsamy”. Zamawiający wcześniej świadomy znaczenia tych różnic domagał się wykazania referencjami doświadczenia na roboty podobne, nie zaś tożsame. Ustawodawca po noweli Pzp dokonanej ustawą z dnia 04.09.2008 r. wprowadził zmianę treści art. 26 ust. 4. W redakcji tego przepisu posłużył się m.in. określeniem, że: „w wyznaczonym terminie” dojdzie do uzupełnienia braków. Wymiar tego terminu bynajmniej nie jest rzeczą nieistotną dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem J. Pieroga (J. Pieróg, PZP - komentarz, W-wa 2009, str. 133). Przepis art. 26 ust. 3, zezwalający na uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, jest kolejną próbą ograniczenia sytuacji, w których wykonawcy składając korzystną cenowo i merytorycznie ofertę, muszą być wykluczeni z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach, mających potwierdzać spełnienie warunków podmiotowych. Dotychczasowe próby nie były udane, albo prowadziły do nadużyć, albo nie spełniały oczekiwań-zdaniem autora. Zarówno idea wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2 Pzp jak i cele realizowane w oparciu o art. 51 dyrektywy 2004/18/WE dotyczą rzeczywistego, nie zaś iluzorycznego wezwania w wyznaczonym terminie do uzupełnienia braków oferty. Określenie terminu od dnia 01.09.2010 r. godz. 15.40 do dnia 03.09.2010 r. do godz. 12.00 wykazuje cechy wyznaczenia terminu niewłaściwego, niemożliwego do dotrzymania z przyczyn obiektywnych, dla uzupełnienia tak obszernego katalogu zawierającego zastrzeżenia do oferty. Zastrzeżenia te zrodziły się dopiero po zmianie sposobu rozumienia warunków określonych przez SIWZ. Nie powinno bowiem budzić niczyich wątpliwości, że wykonawca który wykonał np.: 100 m robót sieciowych wykona również i 1000 m podobnych robót sieciowych. Wykonawca, który wybudował budynki mieszkalne kubaturowe wykona także budynki zamówione przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Z powyższych względów wnosił o zmianę terminu wykonania wezwania z dnia 01.09.2010 r. (w istocie zgodnie z przepisem art. 61 kc - teoria doręczeń) wezwanie to dotarło w taki sposób, że była możliwość zapoznanie się z jego treścią w dniu 02.09.2010 r.

W dniu 03.09.2010 r. faxem Zamawiający poinformował o nie zaproszeniu do aukcji elektronicznej Konsorcjum firm: 1) Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zbigniew Ziajka „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” (lider); 2) ELEKTRIM SA we Wrocławiu (partner); 3) PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław zwanego dalej: „Konsorcjum Zbigniew Ziajka” albo „Odwołującym”.

Niniejsza czynność była konsekwencją udzielonych w tym dniu wyjaśnień i uzupełnienia oferty: ad. 1 Uzupełniamy w załączeniu ofertę o dodatkowe referencje

polegając na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp wypełniając tym samym żądanie Zamawiającego o spełnienie wykazania w dokumentach potwierdzających ilość 7,72 km ułożenia torów na podkładach lub bez podkładów.

ad. 3 Informujemy, że Zamawiający w SIWZ w części III pkt 1 b żądał wykazania wykonania robót budowlanych podobnych do przedmiotu zamówienia, tj. „budowy obiektów kubaturowych (np. budynki: podstacji, portierni, przystanku lub podobne). Wykonawca spełnił ten warunek przedstawiając w swojej ofercie referencje dotyczące realizacji osiedla mieszkaniowego o zabudowie szeregowej i wolnostojącej w ilości łącznie 61 budynków mieszkalnych 2-kondygnacyjnych w generalnym wykonawstwie w standardzie deweloperskim, a więc wraz ze wszystkimi instalacjami i sieciami zewn. Wykonawca uważa, że stopień skomplikowania konstrukcji budowlanej w przypadku realizacji budynków mieszkalnych znacznie przewyższa budowę portierni, przystanku lub podstacji trakcyjnej. Niemniej jednak Wykonawca uzupełnia ofertę o referencję dotyczącą budowy podstacji trakcyjnej wraz z układem kabli zasilających polegając na zasobach innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp.

ad. 4 Wykonawca uzupełnia ofertę o dodatkowe referencje naszego Partnera wypełniając żądanie Zamawiającego o spełnienie wykazania wykonania kabli światłowodowych w ilości 12 km.

ad. 5 Wykonawca uzupełnia ofertę o dodatkowe referencje polegając na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp wypełniając tym samym żądanie Zamawiającego o spełnienie wykazania wykonania budowy lub przebudowy sieci ciepłej w ilości 1,2 km. Wykonawca polegając na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp uzupełnia oferty przedstawiając dokumenty zgodnie z częścią IV SIWZ pkt 3 i pkt 1 a –f. Tym samym Wykonawca uzupełnia załącznik nr 4 „Doświadczenie zawodowe” o referencje podmiotów, o których mowa powyżej. Wykonawca spełnia warunek określony pkt 1 b części III SIWZ wykazując, że łączna wartość robót podobnych do przedmiotu zamówienia nie może być mniejsza niż 140.000.000,00 zł.

Odwołujący dostał także w tym dniu dodatkowe dokumenty:

1. Oświadczenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp - PPHU „Dabud” Zdzisław Kasza.
2. Oświadczenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp – Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Techniczne „ROMBUD”.
3. Zaświadczenie nr 20713 o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Techniczne „ROMBUD”.
4. Pismo Prezydenta miasta Chorzowa DG.II.6414/1218/2010 potwierdzające brak zawieszenia działalności Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Technicznego „ROMBUD” od momentu jego pierwszego zarejestrowania do chwili obecnej.

W dniu 08.09.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 Pzp, Konsorcjum Zbigniew Ziarka wniosło odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.09.2010 r. (faxem).

Czynności Zamawiającego (przedmiot zaskarżenia) polegające na:

1. wyznaczeniu w wezwaniu w sprawie złożenia dokumentów lub wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp terminu dla złożenia dokumentów i wyjaśnień obiektywnie niemożliwego do dotrzymania - pismo Zamawiającego z dnia 01.09.2010 r., doręczone w dniu 02.09.2010 r.;
2. odmowie zmiany terminu wykonania zobowiązania w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp (zgodnie z wnioskiem z dnia 02.09.2010 r. - zgłoszonym w trybie przepisu art. 181 ust. 1 Pzp) - pismo Zamawiającego z dnia 02.09.2010 r.
3. odmowie zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej, która odbędzie się 08.09.2010 r. o godz. 10.00-13.00 - pismo Zamawiającego z dnia 03.09.2010 r.

Zarzuty odwołania:

Wadliwe uznaniu przez Zamawiającego, że wyznaczony termin od godz. 15.40 dnia 01.09.2010 r. (a w istocie wobec okoliczności, iż przedsiębiorstwo skarżące pracuje w godz. 7.30-15.30 – od godz. 7.30 w dniu 02.09.2010 r.) do godz. 12.00 dnia 03.09.2010 r. jest terminem odpowiednim i obiektywnie uzasadnionym dla uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, elementów oferty wskazanych w piśmie Zamawiającego z dnia 01.09.2010 r., przesłanym po godzinach pracy Lidera Konsorcjum). W konsekwencji wyznaczenie przez Zamawiającego terminu w nieodpowiednim, iluzorycznym wymiarze w świetle zgłoszonych żądań a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, elementów oferty wskazanych w piśmie Zamawiającego przyczyniło się do wyeliminowania Odwołującego z dalszej procedury zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający bowiem wskazał, że nie zaprasza Odwołującego do aukcji elektronicznej z czego można się jedynie domyślać na podstawie wnioskowania, iż jego oferta nie odpowiadała wymogom SIWZ (tj. skoro Zamawiający nie zaprosił do uczestnictwa w aukcji to oferta nie spełnia wymogów SIWZ). Oferta Odwołującego była tymczasem ofertą niewadliwą i najkorzystniejszą, od początku wolną od błędów.

Nieuprawnionym przyjęciu przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu opartym na wadliwej argumentacji dotyczącej art. 7 Pzp (pismo z dnia 02.09.2010 r.), że nie zachodzą podstawy do zmiany terminu wyznaczonego na godz. 12.00 dnia 03.09.2010 r. Odwołujący korzystając z prawem przyznanej możliwości wskazanej w art. 181 ust. 1 Pzp wadliwość podjętej w dniu 01.09.2010 r. czynności wezwania (w terminie półtorej doby) do przedstawienia wyjaśnień i dokumentów. Podniósł, że szczegółowo wskazano

Zamawiającemu w piśmie z dnia 02.09.2010 r., że zmiana stanowiska w przedmiocie rozumienia przez Zamawiającego terminu „roboty podobne” skutkuje koniecznością przebudowania oferty, a wyznaczony termin jest jedynie iluzorycznym terminem na złożenie wyjaśnień i przedstawienie dokumentów. Nie można zgodzić się z poglądem Zamawiającego, iż art. 26 ust. 3 i 4 Pzp stwarza pełną dowolność dla Zamawiającego w kształtowaniu terminu. Należy sądzić, iż ustawodawca nie określił z góry terminu uzupełnianie dokumentów i składanie wyjaśnień, jak czyni to przykładowo w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, mając na względzie, iż z uwagi na różny stopień skomplikowania i zakres uzupełnień oraz wyjaśnień nie jest możliwe przyjęcie „sztywno” określonego terminu. Zamawiający zdaniem Odwoływającego analizując zakres i charakter oczekiwanych uzupełnień i wyjaśnień winien wyznaczyć termin racjonalny, obiektywnie możliwy do dochowania przez Wykonawcę. Pośilkowo można w tym miejscu wskazać, iż art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp określa trzydniowy termin liczony od dnia doręczenia na złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Skoro ustawodawca przewidział trzydniowy termin na wyrażenie zgody na poprawienie nieistotnej omyłki w ofercie, które to wyrażenie zgody nie wymaga praktycznie żadnych czynności wykonawcy poza przeczytaniem fragmentu własnej oferty, trudno racjonalnie uzasadnić, iż właściwym w niniejszym postępowaniu było wyznaczenie jednodniowego (z dnia na dzień) terminu dla tak obszernych żądań Zamawiającego jak w odniesieniu do Odwoływającego. Pomimo tych argumentów stanowisko Zamawiającego nie uległo zmianie, zaś odmowa uwzględnienia wniosku oparła się na niezrozumiałej argumentacji dotyczącej równego traktowania stron postępowania. Odwoływający nie domagał się tymczasem zachowania dla pozostałych oferentów niezwykle krótkiego terminu jak zdaje się sugerować Zamawiający, lecz oznaczenia terminu adekwatnego do rozmiaru żądanych wyjaśnień i uzupełnień oferty w piśmie Zamawiającego z dnia 01.09.2010 r. Wystąpienie o zmianę terminu, z samej istoty mogłoby dotyczyć wszystkich Wykonawców znajdujących się w podobnym położeniu, wszakże określenie podobieństwa należy do Zamawiającego. Przepisy prawa stanowiące podstawę zmiany terminu są niewątpliwie znane Zamawiającemu. Pomimo ich brzmienia i zakresu normowania przedstawił tymczasem, odmawiając uwzględnienia wniosku, nie znajdujący podstaw merytorycznych argument, że musiałby termin ten zmienić dla pozostałych Wykonawców. Nic nie stało na przeszkodzie, aby tak postąpić. Zamawiający musiał mieć świadomość, że pozyskanie nowych podmiotów wynikające ze zmienionego sposobu rozumienia przez Zamawiającego zapisów SIWZ wymaga co najmniej przedstawienia dokumentów referencji, oświadczeń, zobowiązań tych podmiotów oraz zaświadczeń o niezaleganiu z ZUS i Urzędu Skarbowego. Termin wyznaczony był zatem terminem iluzorycznym, nierealnym do dochowania i to obiektywnie tę kwestię oceniając. Nikt nie byłby w stanie sprostać w tym terminie oczekiwaniom Zamawiającego, nie

ustrzegając się od możliwych błędów czy pominięć. Złożone w pierwotnie wyznaczonym terminie, wobec nieuwzględnienia wniosku o jego zmianę, pismo uzupełniające ofertę liczy około 110 stron. W tym miejscu należy także podkreślić, że przyczyną wadliwego wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień była zmiana przez Zamawiającego sposobu rozumienia wymogu zawartego w SIWZ - „roboty budowlane budowy obiektów kubaturowych (np. budynki: podstacji, portierni, przystanku lub podobne)”. Argumentacja co do tego zarzutu została zamieszczona w dalszej części niniejszego odwołania. Postępowanie Zamawiającego dotknięte jest zatem zarzutem nierównego traktowania Wykonawców (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 Pzp), poprzez *de facto* odrzucenie niewadliwej oferty w sytuacji, gdy odpowiedni termin dla wszystkich Wykonawców powinien uwzględniać czas obiektywnie niezbędny dla przygotowania uzupełnień oferty, odpowiednio do zakresu i charakteru żądania Zamawiającego. Termin odpowiedni, to innymi słowy termin uwzględniający zasadę równości dla wszystkich, nie zaś z pominięciem jednego z Wykonawców, któremu Zamawiający wskazał, w sposób nieuzasadniony, szereg rzekomych uchybień w redagowaniu oferty. Być może wyznaczony termin 1,5 dnia byłby odpowiedni dla Wykonawcy, który został zobowiązany do wskazania pojedynczego wyjaśnienia, nie wymagającego dołączenia dodatkowych dokumentów, ale nie będzie już terminem odpowiednim dla innego Wykonawcy wezwanego w znacznie szerszym zakresie do uzupełnienia oferty.

Wadliwe nie dopuszczeniu Odwołującego do dalszej fazy postępowania (aukcji elektronicznej) poprzez zajęcie stanowiska co do istnienia podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, czego można wszakże jedynie domyślać się, iż jego oferta podlega odrzuceniu. Wprost rozstrzygnięcie to nie zostało wyrażone przez Zamawiającego i doręczone Odwołującemu, lecz zamknięcie drogi do udziału w aukcji stanowi widoczny symptom tej decyzji. W konsekwencji doprowadziło to do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp i art. 26. ust. 3 i 4 Pzp przy jednoczesnej zmianie sposobu rozumienia przez Zamawiającego terminu „roboty podobne”. To zaś doprowadziło w efekcie do błędnego przyjęcia, iż jego oferta podlega odrzuceniu w postępowaniu, (a samo konsorcjum nie bierze już udziału w dalszym postępowaniu, tj. że nie zakwalifikowało się do kolejnego etapu (aukcji elektronicznej) .

Naruszenie przepisu art. 82 ust. 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie złożyło wymaganych (cz. III pkt 1 lit. b SIWZ), informacji i dokumentów świadczących o posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie (tj. 3) robót budowlanych dotyczących obiektów kubaturowych (np. budynki: podstacji, portierni, przystanku lub podobne). Skarżące Konsorcjum do oferty przedłożyło referencje firmy INKOM S.A. (k. 000297) z dnia 23.02.2010 r. dotyczące potwierdzenia wykonania łącznie 61 domów mieszkalnych jednorodzinnych w zabudowie szeregowej i wolnostojącej we Wrocławiu.

Zamawiający przed złożeniem ofert dał wobec Wykonawców wyraz swym poglądom dotyczącym sposobu rozumienia terminu „*podobne*”. W odpowiedzi bowiem na pytanie I udzielił na str. 11/13 Odpowiedzi I wskazując: „*nie możemy ograniczać doświadczenia tylko do zrealizowanego jednego identycznego zamówienia*”. Wnioskiem Wykonawcy stawiającego to pytanie objęte było żądanie „*Prosimy o szczegółowe i jednoznaczne wyjaśnienie warunków*”. Na etapie korzystania z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp Zamawiający prezentuje już stanowisko odmienne. Uważa bowiem, że obiekty kubaturowe mają być tożsame, identyczne, nie zaś podobne. Wyjaśnia, że chodziło mu stricte o budynki podstacji i portierni, bowiem przedmiotem zamówienia są dwa budynki podstacji i jeden budynek portierni. Pomija natomiast w swej późniejszej argumentacji wcześniej zapisany w SIWZ zwrot „*obiekty kubaturowe*” czy zwrot „*lub podobne*”. Wskazał za definicją legalną zawartą w prawie budowlanym, że: „*budynkiem jest obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach*”. Poczynił spostrzeżenie, że zarówno domy w wybudowanym osiedlu jednorodzinnym jak i budynki podstacji, portierni i przystanku oraz podobne spełniają warunki określone w tej definicji, przy czym budowa budynków mieszkalnych wraz z wszystkimi instalacjami i sieciami zewnętrznymi stanowi dalece bardziej skomplikowane zadanie inwestycyjne, aniżeli budowa np. portierni. Podał także dalsze określenie „*kubaturowy*”. Według słownika języka polskiego kubatura, kubaturowy to „*miara pojemności i objętości wyrażana w metrach sześciennych, stosowana np. przy określaniu objętości zbiornika, budynku*.” Reasumując w odróżnieniu od np. budowli liniowych (dróg), każdy budynek jest obiektem kubaturowym. Budynkiem kubaturowym jest więc i budynek mieszkalny w zabudowie wolnostojącej czy szeregowej, jak również podstacja czy portiernia. Na tej podstawie należy zatem postawić Zamawiającemu zarzut wadliwego i dowolnego rozumienia pojęć „*budynek*” oraz „*obiekt kubaturowy*”. Według poglądu prezentowanego przez Zamawiającego na obecnym etapie budynek kubaturowy nie obejmuje swym zakresem budynków (domów) mieszkalnych. Taki pogląd jest oczywiście pozbawiony jakiegokolwiek uzasadnienia.

Upowiedział także ewentualny zarzut, że Zamawiającemu, pomimo iż tego nie wyraził w przypadku np. podstacji chodziło o budynek specyficzny, szczególny gdyż wyposażony w określoną infrastrukturę, w tym przypadku elektroenergetyczną. Infrastruktura elektroenergetyczna została tymczasem przypisana przez Zamawiającego do branży elektroenergetycznej. To zaś oznacza, że specyfika budynku kubaturowego wyrażająca się tym, że posiada on specyficzne elementy elektroenergetyczne wolna jest od zastrzeżeń, które mógłby próbować formułować Zamawiający. Co należy podkreślić, w zakresie doświadczeń w branży elektroenergetycznej przedstawione referencje nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego i wyrażone były w SIWZ warunkiem odrębnym tj.

- roboty budowlane instalacyjne w zakresie: oświetlenia, sygnalizacji świetlnej, trakcji tramwajowej, światłowodu,
- roboty budowlane w zakresie sieci uzbrojenia podziemnego tj.: kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, gazowej, elektroenergetycznej, ciepłowniczej, teletechnicznej.

Umieszczenie w SIWZ wskazania „*lub budynki podobne*” oraz udzielenie odpowiedzi na pytanie I („*nie identyczne roboty*”) dawały Wykonawcom uzasadnioną podstawę do tego, aby przyjąć, że Zamawiającemu chodzi rzeczywiście o doświadczenie w robotach podobnych nie zaś tożsamy, identycznych. Zmiana poglądów Zamawiającego doprowadziła do pospiesznej próby sprostania Jego nieoczekiwanym wymaganiom. Działania te były jednak zbędne, albowiem w oparciu o brzmienie cz. III SIWZ Konsorcjum spełniło wszystkie warunki posiadania doświadczenia i wiedzy (obraza art. 82 ust. 3 Pzp). Tymczasem wszystkie elementy składające się na komplet doświadczeń Wykonawcy były zamieszczone w treści oferty i w uzupełnieniu dokonanym do dnia 03.09.2010 r. Alternatywnie Zamawiający winien („*zamawiający poprawia w ofercie*”- imperatyw wykorzystany przez ustawodawcę przy redagowaniu normy) zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, wezwać wykonawcę, który rzekomo nie przedłożył wymaganych oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp do ich złożenia w wyznaczonym odpowiednim terminie, czego jednak nie dokonał, albowiem zdecydował się, z naruszeniem prawa, uznać, że Odwołujący nie zakwalifikował się do aukcji elektronicznej.

Działaniom Zamawiającego zarzucam ponadto pominięcie w procesie orzekania zajęcia jednoznacznego stanowiska w przedmiocie uznania oferty za wadliwą i ograniczenie się do wskazania, że w dalszym etapie postępowania Odwołujący nie uczestniczy. Poprzez takie działanie (świadome zaniechanie) Zamawiającego, który dąży do przeprowadzenia aukcji bez udziału Odwołującego, nie są znane pisemne motywy stanowiska Zamawiającego, podstawy prawne i faktyczne, które w istocie prezentuje się jako odrzucenie oferty. Wnosił o:

1. Uchylenie zaskarżonych rozstrzygnięć Zamawiającego, w tym uznanie, że Skarżące Konsorcjum spełniło warunki określone w SIWZ, a żądanie sanowania braków w nieodpowiednim terminie, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 6 Pzp, nie było uzasadnione wobec niewadliwej oferty.
2. Nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym aukcji elektronicznej, jeżeli Zamawiający podejmie się prowadzenia postępowania w tym zakresie pomimo podjęcia informacji o wniesieniu odwołania.

Alternatywnie, w trybie przepisu art. 186 Pzp, wnosił o uwzględnienie w całości zarzutów. Wykazane w odwołaniu „*wadliwości*” zgłoszone przeciwko ofercie Odwołującego nie występowały. Reasumując, Odwołujący złożył niewadliwą ofertę w przedmiotowym postępowaniu i winno zostać uznane za dopuszczone do dalszego etapu procedowania

(aukcji elektronicznej). Rozstrzygnięcie o niedopuszczeniu do dalszej fazy postępowania stanowi naruszenie prawa.

Zamawiający w dniu 08.09.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.09.2010 r. (wpływ emailem do Prezesa KIO za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego) Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o. (partner); 2) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Sp. z o.o. (partner); 3) ZUE S.A. (lider) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Jugowicka 6A, 30-443 Kraków zwane dalej: „Konsorcjum ZUE S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Jako uzasadnienie wniosku o oddalenie odwołania wskazują, że Zamawiający miał prawo żądać od Odwołującego wypełnienia tak określonego terminu na uzupełnienie, mając na uwadze fakt, iż z wyroku KIO (z dnia 04.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1488/09) jednoznacznie wynika, że: *„Termin wskazany przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie jest przeznaczony na uzyskiwanie nowych dokumentów, ale na uzupełnienie oferty o dokumenty, które wykonawca powinien mieć starając się o wzięcie udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, a tylko ze względu na jakiegokolwiek przyczyny nie dołączył ich do oferty w pierwotnym terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”*. Tym samym dwa dni na dostarczenie takiej dokumentacji, jeżeli nie zachodzą jakieś nadzwyczajne okoliczności (np. mamy do czynienia z podmiotem zagranicznym, czy też powstaje konieczność dokonania tłumaczenia określonych dokumentów), w żaden sposób nie narusza uzasadnionego interesu Wykonawcy. Należy nawet stwierdzić, że termin ten - mając na uwadze konieczność zapewnienia przez Zamawiającego sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jak najbardziej uzasadniony i racjonalny. Wydłużanie tego terminu, aby był on korzystny dla Odwołującego, spowodowałoby naruszenie także uzasadnionych interesów innych uczestników postępowania, którzy w czasie właściwym złożyli kompletne i prawidłowe oferty, a tym samym doszłoby do naruszenia art. 7 Pzp. W podobnym tonie wypowiada się również KIO w wyroku z dnia 07.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1715/09: *„Niezłożenie jakiegoś dokumentu przez wykonawcę nie może oznaczać dla niego korzyści, polegającej na przyznaniu mu dodatkowego czasu na spełnienie warunków udziału w postępowaniu”*. Odnosząc się dalej do podnoszonego przez Odwołującego zarzutu, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr I wskazał, iż: *„nie*

możemy ograniczać doświadczenia tylko do zrealizowanego jednego identycznego zamówienia", a następnie żąda, aby obiekty kubaturowe były tożsame, identyczne, należy wskazać, że Zamawiający jednoznacznie zaznaczył, że nie wymaga od Wykonawcy doświadczenia w identycznym zamówieniu. Nie oznacza to jednakże, że Zamawiający nie postawił wymogu posiadania przez Wykonawcę doświadczenia odpowiedniego do wymaganej pracy w zakresie budynków podstacji etc. - nie można bowiem zasadnie uznać, że doświadczenie we wznoszeniu jakiegokolwiek budynku oznacza spełnienie przez Odwołującego wymogu doświadczenia we wznoszeniu budynków kubaturowych związanych z ich szczególną funkcją dotyczącą procesu inwestycyjnego w komunikacji. Należy bowiem pamiętać o tym, że funkcja użytkowa budynków podstacji ma zupełnie inny charakter niż funkcja użytkowa budynków mieszkalnych, co ma niebanalny wpływ na ocenę doświadczenia Wykonawcy. Innymi słowy - nie leży w interesie publicznym, aby Odwołujący nabierał doświadczenia we wznoszeniu tych szczególnych budynków określonych przez Zamawiającego w SIWZ na niniejszym zadaniu publicznym, nie posiadając takiego doświadczenia wcześniej. Zamawiający musi stać na straży właściwego zagospodarowania środkami publicznymi co powoduje, że powinien dopuszczać jedynie podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, czego w niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO, nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, zawiadomieniem o nie zaproszeniu do aukcji elektronicznej, wezwaniem z dnia 01.09.2010 r., wnioskiem Odwołującego z dnia 02.09.2010 r., odmową Zamawiającego z dnia 02.09.2010 r., uzupełnieniem wraz z wyjaśnieniem ofert dokonany w dniu 03.09.2010 r., odwołaniem, przystąpieniem do postępowania odwoławczego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie

wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, który w wypadku potwierdzenia się zarzutów sformułowanych w odniesieniu do Zamawiającego złożyłby ofertę niepodlegającą odrzuceniu, miałby szanse na uzyskanie zamówienia z uwagi na prawo do udziału w aukcji elektronicznej, w tym kontekście kwestia ceny zaoferowanej w ramach złożonej oferty nie wpływa na ocenę Izby w tym zakresie. Okoliczność zastosowania się do wezwania przez Odwołującego pozostaje także bez wpływu na ocenę Izby, wobec terminowego wniesienia środka ochrony prawnej i negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego, jakie wynikły z wezwania z dnia 01.09.2010 r..

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, modyfikacji SIWZ z dnia 20.07.2010 r., odpowiedzi na pytania z dnia 22.07.2010 r., oferty Odwołującego, wezwania z dnia 01.09.2010 r. w trybie art. 26 ust.3 i 4 Pzp do uzupełnienia oferty i wyjaśnień, wniosku Odwołującego z dnia 02.09.2010 r., odmowy Zamawiającego z dnia 02.09.2010 r., uzupełnienia wraz z wyjaśnieniem oferty, w tym załączników, dokonany w dniu 03.09.2010 r., odwołania, przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba uznała za bezprzedmiotowe dowody przedłożone przez Odwołującego, tj. zestawienie spełniania warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia przez innych uczestników postępowania w kontekście ilości metrów przewidzianych do realizacji, jak również kopie wykazu: „*Doświadczenie Zawodowe*” Konsorcjum Budimex wraz z referencjami z uwagi na okoliczności przywołane w uzasadnieniu. Za dokumenty nie mające znaczenia dla sprawy Izba uznała także dokumenty przedłożone przez Przystępującego, tj. dokumenty formalne podmiotów trzecich, na których wiedzę i doświadczenie powołała się w wyniku realizacji wezwania z dnia 01.09.2010 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez wadliwe

uznanie przez Zamawiającego, że wyznaczony termin dla Odwołującego w piśmie z dnia 01.09.2010 r. jest terminem odpowiednim i obiektywnie uzasadnionym dla uzupełnienia elementów oferty wskazanych w niniejszym piśmie, przesłanym po godzinach pracy Odwołującego;

- 2) zarzut nieuprawnionego przyjęcia przez Zamawiającego w odmowie z dnia 02.09.2010 r. zmiany terminu wyznaczonego w piśmie z dnia 01.09.2010 r., że nie zachodzą przesłanki zmiany wyznaczonego terminu, mimo, iż postępowanie Zamawiającego jest przejawem nierównego traktowania Wykonawców (art. 7 ust.1 w zw. z art. 87 ust.2 Pzp) poprzez *de facto* odrzucenie niewadliwej oferty, w sytuacji, gdy odpowiedni termin dla wszystkich Wykonawców powinien uwzględniać czas obiektywnie niezbędny dla przygotowania uzupełnień oferty;
- 3) zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust.3 Pzp i art. 26 ust.3 i 4 Pzp poprzez wadliwe przyjęcie przez Zamawiającego, że istnieją podstawy do niedopuszczenia Odwołującego do aukcji elektronicznej, z uwagi na uznanie, iż jego oferta podlega odrzuceniu; podnosząc także, że naruszenia art. 82 ust.3 Pzp nastąpiło przez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał wymaganej wiedzy i doświadczenia względem tiretu 3;
- 4) zarzut pominięcia jednoznacznego stanowiska w przedmiocie uznania oferty Odwołującego za wadliwą i ograniczenia się do wskazania, że Odwołujący nie uczestniczy w aukcji elektronicznej.

Izba uznała biorąc pod uwagę charakter zarzutów, że należy rozpatrzyć, je w sposób łączny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie w/w zarzutów:

Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie tudzież wyjaśnienia w trybie art. 26 ust.3 i 4 Pzp w terminie do dnia 03.09.2010 r. godz.12:00. Odwołujący wskazywał, że otrzymał stosowne pismo w dniu 01.09.2010 r. godz. 15.40, tj. po godzinach pracy (od 7:30 do 15:30). W konsekwencji bieg terminu należy liczyć od dnia 02.09.2010 r. godz. 7:30. Zakres uzupełnienia oraz charakter określi w piśmie z dnia 01.09.2010 r. Zamawiający w piśmie z dnia 02.09.2010 r. odmówił zmiany terminu na uzupełnienia, co uczynił na pisemny wniosek Odwołującego w tym zakresie z tego samego dnia. W dniu 03.09.2010 r. Odwołujący uzupełnił złożoną ofertę w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 01.09.2010 r. W tym samym dniu poinformowano Odwołującego, że nie został zaproszony do akcji elektronicznej.

Zamawiający w cz. III Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, pkt 1 lit. b SIWZ wskazał, że: „W przetargu

mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykażą na dzień składania ofert spełnienie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków o których mowa w art. 24 ust.1, a w szczególności wykażą, że: (.....) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonali roboty budowlane podobne do przedmiotu zamówienia, tj. roboty budowlane wielobranżowe obejmujące zakres:

- roboty związane z budową linii tramwajowych (torowiska i sieć trakcyjna),
- roboty drogowe w zakresie budowy dróg,
- roboty budowlane budowy obiektów kubaturowych (np. budynki: podstacji, portierni, przystanku lub podobne),.
- roboty budowlane instalacyjne w zakresie: oświetlenia, sygnalizacji świetlnej, trakcji tramwajowej, światłowodu,
- roboty budowlane w zakresie sieci uzbrojenia podziemnego tj.: kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, gazowej, elektroenergetycznej, ciepłowniczej, teletechnicznej.

Łączna wartość wykonanych robót podobnych do przedmiotu zamówienia, zrealizowanych przez wykonawcę nie może być niższa niż 140.000.000 zł.” Zgodnie z cz. IV Wymagane oświadczenia i dokumenty, pkt 1 lit. g SIWZ należało załączyć do oferty: „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu: (...) wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – wg. zał. 4”.

W ramach modyfikacji ogłoszenia oraz SIWZ z dnia 20.07.2010 r. Zamawiający zmodyfikował tiret 1 i 2 cz. III pkt 1 lit. b SIWZ dodając: „lub przebudową”. Z kolei dnia 22.07.2010 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie I: „Czy Wykonawca spełni warunek określony w części III SIWZ pkt 1b: (....). Czy Wykonawca spełni wymagania SIWZ, gdy wykaże, że posiada doświadczenie w wykonywaniu wszystkich robót określonych w części III pkt 1b, ale doświadczenie to będzie potwierdzone przez różnych Zamawiających w konfiguracji innej niż określone powyżej tzn., że np. Wykonawca wykonał roboty wielobranżowe na jednym zadaniu, obejmując swoim zakresem roboty związane z budową linii tramwajowej (torowisko i sieć trakcyjna), budowie obiektów kubaturowych oraz uzbrojenie podziemne kanalizację sanitarną, elektroenergetyczną i gazową, na następnym zadaniu roboty drogowe, a na kolejnym wykonał roboty wielobranżowe, które m.in. obejmowały roboty wodociągowe, gazowe, oświetlenia. W sumie Wykonawca potwierdzi doświadczenie we wszystkich branżach określonych w części III pkt 1 b i wszystkie te roboty

wykonane zostały jako roboty wielobranżowe. Prosimy o szczegółowe i jednoznaczne wyjaśnienie warunków”. Wskazał, że: „Zamawiający pozytywnie odpowiada na pytanie wykonawcy. Założeniem zamawiającego nie był zamysł aby wymagane roboty budowlane wielobranżowe wymienione w części III pkt 1 lit. b SIWZ na kwotę 140.000.000 zł były potwierdzone przez jednego zamawiającego na jednym zadaniu. Oczywistym jest, że dopuszcza się potwierdzenie doświadczenia we wszystkich wymienionych branżach na kilku różnych zadaniach (inwestycyjnych) w dowolnej konfiguracji. Wykonawca powinien posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. znać wszystkie wymienione branże (rodzaje robót), natomiast nie możemy ograniczać doświadczenia tylko i do zrealizowanego jednego identycznego zamówienia. Ponadto, informujemy że warunek ten został już wcześniej złagodzony poprzez dopisanie po wyrazie budowa wyrazów „lub przebudowa”.

Odwołujący wraz z ofertą załączył wymagany wykaz (str. 292-294 oferty) z 12 zadaniami wraz z referencjami (od str. 295 do 316 oferty). Pismem z dnia 01.09.2010 r. Zamawiający wezwał do jego uzupełnienia oraz wyjaśnienia złożonych dokumentów. Odwołujący w dniu 03.09.2010 r. dokonał stosownych uzupełnień oraz wyjaśnień przedkładając ostatecznie 110 stron dokumentów.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby, co do zasady właściwe jest stanowisko wynikające z orzeczeń przywołanych przez Przystępującego. Instytucja uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp ma na celu nie uzyskiwanie nowych dokumentów, ale uzupełnienie oferty o dokumenty, które wykonawca powinien mieć starając się o wzięcie udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji termin do uzupełnienia oferty należy rozpatrywać w kontekście nie tylko wyznaczonego terminu przez Zamawiającego, ale także w kontekście terminu na składanie oferty. Jednakże, Izba podnosi, że nie określenie sztywnego terminu przez Ustawodawcę nie daje Zamawiającemu pełnej dowolności w tym zakresie, lecz czyni koniecznym każdorazowo rozpatrywanie określonego stanu faktycznego indywidualnie. Wyznaczany czas do uzupełnienia tudzież także wyjaśnień winien uwzględniać realny czasokres konieczny dla przygotowania uzupełnienia oferty, czy też wyjaśnień. W wypadku przyjęcia, że zakres uzupełnienia tudzież wyjaśnień był konsekwencją nie potwierdzenia jasnych, jednoznacznych i precyzyjnych postanowień SIWZ w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia zasadnym byłoby uznanie, że nie miało miejsca naruszenie w zakresie zarzutu pierwszego. Jednakowoż Izba stoi na stanowisku, że materiały dowodowe oraz ocena stanu faktycznego potwierdza, że tak nie jest. W konsekwencji uznając, że konieczność przebudowania złożonej oferty (abstrahując w tym miejscu od prawnej możliwości zmiany warunków wymaganej wiedzy i doświadczenia), czyniła wyznaczony termin skrajnie trudnym dla rzetelnego sprostania. Izba zauważa także,

że Zamawiający wyciągnął daleko idące negatywne skutki z oceny dokumentów uzyskanych w tak skrajnie krótkim terminie. Należy także zauważyć, że sam Zamawiający przyznał na rozprawie, że miał trudności z ocena 110 stron uzupełnienia (biorąc pod uwagę, że w tym samym dniu, w którym uzyskał uzupełnienie poinformował Odwołującego, że nie zostanie zaproszony do aukcji elektronicznej). Z tych względów biorąc pod uwagę całokształt, a nie tylko „wycinek” okoliczności, Izba uznała zasadność pierwszego zarzutu.

Po drugie, odnosząc się do następnego zarzutu, Izba potwierdza, iż Odwołujący nie sformułował w odwołaniu zarzut zaniechania wezwania pozostałych Wykonawców do uzupełnienia ofert, w kontekście nie spełnienia przez nich warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia, wobec wezwania w tym zakresie Odwołującego, jako przejawu naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, co uniemożliwia Izbie odniesienie się do tego aspektu sprawy i okoliczności oraz dowodów przedłożonych w tym zakresie przez Odwołującego na rozprawie. W zakresie zarzutu drugiego, Izba wskazuje, że co do zasady Zamawiający właściwie uczynił wyznaczając czas do uzupełnienia złożonej oferty taki sam dla wszystkich Wykonawców (w tym wypadku także do Konsorcjum Budimex), nie naruszając w ten sposób art. 7 ust.1 Pzp. W tym kontekście winien także Zamawiający wziąć pod uwagę skalę uzupełnień. Porównanie wezwania skierowanego do Konsorcjum Budimex, czyni uznanie, że skala uzupełnienia była nieporównywalna. Izba podnosi, że kwestia dopuszczalności zmiany terminu już wyznaczonego na uzupełnienie przez Zamawiającego stanowi swoisty przedmiot różnych zapatrywań w orzecznictwie. Jednakże skład orzekający w przedmiotowej sprawie, biorąc pod uwagę daleko idące negatywne skutki wobec Odwołującego, jak i uwarunkowania podnoszone powyżej, uznał zasadność zarzutu drugiego. Bez znaczenia jest w tym zakresie odniesienie zarzutu do art. 87 ust.2 Pzp, wobec zasadności stwierdzonego naruszenia art. 7 ust.1 Pzp. Izba wskazuje, że myli się Zamawiający, że w żadnej postaci Odwołujący nie formułował zarzutu braku wadliwości swojej oferty, czyli bezzasadności samego wezwania, czynił to w kontekście wszystkich trzech pierwszych zarzutów (zarzut 1 – str. 3 odwołania, wers 16-17 „od góry”, zarzut 2- str. 5 odwołania, wers 3 „od góry”, zarzut 3 – str. 5 odwołania, wers 6 „z dołu” oraz str. 7, wers 12-13 „od góry”).

Po trzecie, odnosząc się do następnego zarzutu, Izba podnosi, że istotne znaczenie dla uwzględnienia odwołania i uznania, że podnoszone zarzuty w tym zarzut trzeci mają wpływ na wynik postępowania, jest stanowisko Izby oparte na orzecznictwie, że: „(...) *nie można oddzielić skutków czynności badania i oceny ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Między tymi czynnościami ustawodawca ustalił bezpośredni związek. Art. 91 a ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono, co najmniej 3*

oferty niepodlegające odrzuceniu. Zatem w aukcji elektronicznej mogą brać udział wyłącznie wykonawcy, którzy złożyli oferty, w stosunku do których nie występują przesłanki wskazane w art. 89. ust. 1 Pzp.(..)" (patrz: postanowienie KIO z dnia 14.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1052/08). W tym kontekście uznając również, że sformułowany zarzut nie jest przedwczesny. Wskazując także na liczne orzecznictwo uznające, inne działanie odwoływającego mogłoby prowadzić do odrzucenia ewentualnego odwołania wniesionego na późniejszym etapie (podobnie postanowienie z dnia 27.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 880/10 wraz ze wskazanym tam orzecznictwem). Izba analizując niedopuszczenie Odwoływającego do udziału w aukcji elektronicznej wzięła pod uwagę kwestie zasadności wezwania z dnia 01.09.2010 r., uzależniając od stanowiska w tym zakresie istnienie jakichkolwiek podstaw do nie zaproszenia do aukcji, także podstaw wynikających z wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10.09.2010 r. Powyższe bowiem podstawy są oparte na zanegowaniu dokumentów formalnych przesłanych Zamawiającemu w skutek wezwania z dnia 01.09.2010 r. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. W tym zakresie argumentacja Zamawiającego i Przystępującego wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie będzie miała uzasadnienie tylko wtedy, gdyby Izba uznała wskazywane wezwanie za zasadne, a uzupełnione w skutek wezwania dokumenty za wiążącą część oferty Odwoływającego. Izba podnosi, tak jak wskazywała, że ma podstawy zawarte w dowołaniu do rozpatrzenia kwestii zasadności wezwania, co czyni w dalszej części uzasadnienia.

W wezwaniu wbrew stanowisku Zamawiającego, wyraźnie znajduje się żądanie wykazania się, że Odwoływający: „(..)wykonał zamówienie podobne zarówno co do wartości, jak i ilości robót będących przedmiotem przetargu w opisanych wyżej przypadkach”. Powyższy zapis ze strony drugiej pisma z dnia 01.09.2010 r., w ocenie Izby ostatecznie rozstrzyga, dlaczego Zamawiający zestawiał ilość w metrach wymaganą w opisie przedmiotu zamówienia z ilością w metrach wynikająca z referencji przedłożonych wraz z ofertą w odniesieniu do tiretu 1, 4 i 5, czy też wartość w odniesieniu do tiretu 1 postanowienia SIWZ z cz. III pkt 1 lit. b. Powyższe działanie pozostaje w zupełnej sprzeczności nie tylko z przywołanymi postanowieniami z cz. III pkt 1 lit. b SIWZ, ale z wykładnią autentyczną (z uwagi na prośbę o „szczegółowe i jednoznaczne wyjaśnienie warunków”) dokonaną przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na pytanie I (pismo z dnia 22.07.2010 r.), gdzie dopuszcza: „(..) potwierdzenie doświadczenia we wszystkich wymienionych branżach na kilku różnych zadaniach (inwestycyjnych) w dowolnej konfiguracji. Wykonawca powinien posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. znać wszystkie wymienione branże (rodzaje robót), natomiast nie możemy ograniczać doświadczenia tylko i do zrealizowanego jednego identycznego zamówienia.” Izba wskazuje w tym zakresie, że brak jest podstaw do odesłania do opisu przedmiotu zamówienia, albowiem czym innym jest opis przedmiotu zamówienia, a czym innym postanowienia z cz. III pkt 1 lit. b SIWZ. Zamawiający określił także w ramach

przywołanych postanowień SIWZ określony poziom szczegółowości, który następnie potwierdził przywoływaną powyżej odpowiedzią na pytanie, akcentując dowolną konfigurację wykazywanych robót i negując konieczność identyczności z zamówieniem. Izba podnosi także dodatkowo za orzecznictwem, że co do zasady nie ma dwóch takich samych zamówień. W tym zakresie, argumentacja Zamawiającego z rozprawy jest sprzeczna z jego wykładnią autentyczną, neguje bowiem możliwość dowolnej konfiguracji, którą dopuszczał przed składaniem ofert. Dopiero na rozprawie formułuje również wymóg wykazania się podstacją wraz z urządzeniami, czy też budową obiektów użyteczności publicznej, neguje także otwarty charakter tiretu trzeciego postanowienia SIWZ z cz. III pkt 1 lit. b. Nie dostrzega, że sam zawarł w nawiasie określenie „*np. budynki*”, czy też sformułowanie „*lub podobne*”. Izba zwraca także uwagę, że nie negując art. 55 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (t.j. Dz. U z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pr. Budowlanym*”, należy zauważyć, że pkt 3 niniejszego przepisu dopuszcza konieczność uzyskania pozwolenia na użytkowanie, gdy przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego ma nastąpić przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych. Kwestionowane przez Zamawiającego w zakresie tiretu 3 postanowienia SIWZ z cz. III pkt 1 lit. b, tj. wykazane roboty budowlane na budowę 61 domów mieszkalnych jednorodzinnych w zabudowie szeregowej i wolnostojącej, mieszczą się w ocenie Izby w brzmieniu: roboty budowlane budowy w zakresie obiektów kubaturowych, uwzględniając otwarty charakter uszczegółowienia zawartego w dalszej części w nawiasie. W kwestii art. 59 a ust. 2 lit. e Pr. Budowlanego, tj. zgodności obiektu budowlanego z projektem architektoniczno-budowlanym, w zakresie: zasadniczych elementów wyposażenia budowlano-instalacyjnego, zapewniających użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem, Izba wskazuje, że z treści referencji wynika, że zrealizowano budowę 61 domów mieszkalnych jednorodzinnych w zabudowie szeregowej i wolnostojącej wraz z wykonaniem sieci wodociągowej, kanalizacyjnej, deszczowej i elektrycznej.

W konsekwencji ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wykazali, że zaistniały okoliczności w kontekście których przywołano art. 55 i 59 e Pr. Budowlanego. Powyższe potwierdza także pismo Odwołującego z dnia 03.09.2010 r. wraz z uzupełnieniem, które Izba przywołuje, z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że tylko w nim mówi się o stanie deweloperskim, na którą okoliczność powoływał się Przystępujący nie wskazując przy tym na fakt zrealizowania wszystkich instalacji i sieci zewnętrznych.

Izba dla porządku wskazuje również Zamawiającemu (z uwagi na jego odmienne stanowisko w tym zakresie z rozprawy), że Odwołujący w swoim wniosku, tj. pismo z dnia 02.09.2010 r. zwracał uwagę tak na kwestie zmiany zapatrywań Zamawiającego na istotę tiretu 3 postanowienia SIWZ z cz. III pkt 1 lit. b (cały drugi akapit), jak również kwestionował wymóg wykazania się określonymi ilościami metrów i wartości robót budowlanych z danych

branż (str. 2, zdanie przedostatnie, akapit trzeci „*od dołu*” pisma).

Oдноśnie podniesionej przez Zamawiającego kwestii zadania wykazanego przez Odwołującego w odniesieniu do tiretu 5 postanowienia SIWZ z cz. III pkt 1 lit. b, należy wskazać, że w wezwaniu z dnia 01.09.2010 r. nie kwestionował on wykazanego zadania w tym aspekcie, w jakim sformułował to podczas rozprawy. Fakt, że Odwołujący wykazał się wykonaniem tylko 22 m odcinka zabezpieczenia sieci ciepłowniczej, w ocenie Izby nie ma znaczenia wobec braku minimalnej ilości wymaganej do wykazania. Powyższe także odnosi się do innych tiretów postanowienia SIWZ z cz. III pkt 1 lit. b. Biorąc pod uwagę niewiążący charakter dokonanych uzupełnień, z uwagi na wadliwy charakter wezwania, nie ma przeszkód do uzupełnienia oferty w tym zakresie (jeżeli Zamawiający podczas ponownego badania i oceny podtrzyma swoje stanowisko z rozprawy, że zabezpieczenie sieci ciepłowniczej jest innym rodzajem robót niż wymagany w tirecie 5).

Izba podnosi, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek takiego doprecyzowania postanowień SIWZ, aby uniknąć zaistnienia takich sytuacji jak przedmiotowa. Należy bowiem wskazać za ugruntowanym orzecznictwem KIO, że Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych postanowień SIWZ, w szczególności dotyczących sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. Wszelkie zaś, niejasności muszą być rozpatrywane na korzyść Wykonawców (podobnie w kwestii niejednoznaczności SIWZ – np. wyrok KIO z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1641/09, wyrok KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1154/10, wyrok KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1233/10, czy też wyrok KI z dnia 7.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1810/10). W konsekwencji Izba uznała potwierdzenie się zarzutu trzeciego, a zarazem wadliwość wezwania z dnia 01.09.2010 r., co czyni niewiążącym dla oferty dokumenty uzupełnione w dniu 03.09.2010 r. przez Odwołującego, co w konsekwencji statuuje brak podstaw do nie zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej. Odniesienie zarzutu stricte do art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp jest bez znaczenia wobec prawidłowości postawionego zarzutu wynikającego z zakwestionowanej czynności Zamawiającego.

Oдноśnie zarzutu czwartego, Izba uznała, że Zamawiający nie musiał zawrzec szczegółowego stanowiska w przedmiocie uznania oferty Odwołującego za wadliwą w piśmie z dnia 03.09.2010 r., w konsekwencji nie uznając zasadności postawionego zarzutu. Podnosząc jedynie, że brak było także jakichkolwiek przeszkód, aby tego nie uczynić. Podobnie Zamawiający mógł przesunąć termin przeprowadzenia aukcji elektronicznej, lecz nie czyniąc tego nie naruszył żadnego przepisu Pzp. W tym kontekście Izba ponownie przywołuje swoje stanowisko zawarte na wstępie rozpatrywania zarzutu trzeciego o powiązaniu skutków czynności badania i oceny ofert z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....