

Sygn. akt KIO/UZP 1140/08

WYROK

z dnia 6 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk - Mazuś

**Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony, ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce** protestu z dnia 22 września 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów**,
- 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 xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów**.

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

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania „przebudowa i rozbudowa od strony północno-wschodniej budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego o Oddział Neurochirurgii o dwóch kondygnacjach naziemnych z nadbudówką na cele techniczne (centralne wentylacje) wraz z budową wewnętrznych instalacji: wodociągowej, kanalizacji sanitarnej, centralnego ogrzewania, ciepła technologicznego, wentylacji mechanicznej, gazów medycznych, elektrycznych, teletechnicznych, a także przebudowę dróg wewnętrznych i parkingów w sąsiedztwie Oddziału Neurochirurgii” opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008 / S 166 – 223302 z dnia 28.08.2008r.

Pismem z dnia 8 września 2008 r. Odwołujący – Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. z siedzibą w Jędrzejowie zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków

zamówienia oraz o dokonanie modyfikacji treści wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 7 do specyfikacji.

Pismem z dnia 16 września 2008 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na część pytań Odwołującego.

W dniu 22 września 2008 r. Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na udzieleniu wyjaśnień pismem z dnia 16 września 2008 r.

W proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.), zwanej dalej w skrócie Pzp:

1) art. 38 ust. 5 polegające na dokonaniu niedozwolonej modyfikacji treści SIWZ, zamieszczonych w pkt. 6.2.2 oraz w pkt. 7.3.3 poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia,

2) art. 22 ust. 1 pkt 1 przez sprecyzowanie nowych oczekiwań w zakresie wykazania się przez wykonawców doświadczeniem, tj. wprowadzenie obowiązku wykazania, iż wykonali co najmniej dwa zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł każda,

3) art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 przez określenie warunków podmiotowych w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów wyrażoną w ww. przepisach,

4) art. 139 ust.1 w związku z art. 353¹ kc polegające na zaniechaniu zamieszczenia we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ postanowień, które umożliwiłyby zachowanie zasady równości stron umowy i nie naruszałyby zasady swobody zawierania umów, a także przez nie usunięcie postanowień niezgodnych z treścią Pzp

oraz zaniechanie:

5) dokonania modyfikacji postanowień pkt 16.3 SIWZ w sposób zgodny z treścią art. 31 ust. 1 Pzp w związku z treścią § 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, które zostało wydane na podstawie upoważnienia zawartego w art. 31 ust. 4 Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania:

1) ze względu na niemożność modyfikacji SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, a także zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert;

2) na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający pismem z dnia 16 września 2008 r. w drodze udzielenia wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmienił opisany w pkt 6.2.2 warunek wykazania się doświadczeniem zawodowym (zrealizowania w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, na wartość nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł brutto, na potwierdzenie czego Zamawiający żądał w pkt. 7.3.3 SIWZ podania informacji wskazanych w załączniku nr 5 do SIWZ oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że wymienione roboty budowlane wykonane zostały należycie, dodając przy tym w nawiasie, że mają być to dwie roboty budowlane w jednostkach służby zdrowia) poprzez wskazanie, że **każda** z żądanych do wykazania robót budowlanych opiewała na wartość 10.000.000 zł.

Odwołujący podniósł, że tak sformułowany warunek narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, gdyż eliminuje z postępowania wykonawców, którzy zdolni są do wykonania zamówienia (posiadają niezbędną wiedzę, doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), ale nie są w stanie wykazać się wykonaniem dwóch robót budowlanych o wartości 10.000.000 zł każda. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia dotyczące SIWZ przekazane przez Zamawiającego sugerują również, iż zrezygnował on z warunku wykonania m.in. dwóch robót budowlanych w jednostkach służby zdrowia. Dlatego, jak twierdzi Odwołujący, wyjaśnienia Zamawiającego w istocie zmieniły SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 5 Pzp. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający wskazując wartość robót budowlanych w swoich wyjaśnieniach nie sprecyzował, czy jest to wartość brutto, czy też netto.

Ponadto w uzasadnieniu protestu Odwołujący sprecyzował zarzut naruszenia przepisu art. 139 ust. 1 Pzp w związku z art. 353¹ k.c. poprzez wskazanie, iż naruszenie takie stanowiło zaniechanie:

1) zamieszczenia we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ kar umownych, jakie winien płacić Zamawiający na rzecz Wykonawcy w przypadku niespełnienia przez niego warunków umownych w sposób wskazany w piśmie z dnia 8.09.2008r.,

także

2) wprowadzenia postanowienia w § 10 pkt 3 stanowiącego o tym, że to stronom, a nie tylko Zamawiającemu, przysługiwać będzie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość kar umownych,

3) zamieszczenia we wzorze umowy postanowienia dotyczącego warunków odstąpienia Odwołującego od umowy oraz określenie kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego np. z powodu opóźnienia w płatnościach faktur i odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z powodu przerw w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,

4) zamieszczenia w § 12 wzoru umowy postanowienia, gdzie ustalono, że obowiązującą formą zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest forma pieniężna, co jest niezgodne z treścią art. 148 ust. 1 Pzp,

dokonania

5) modyfikacji treści § 2 pkt 3 wzoru umowy załączonego do SIWZ w sposób opisany w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 16.09.2008r., co powoduje narzucenie Wykonawcy obowiązku kredytowania wykonywanych robót budowlanych przez długie okresy czasu, a przez to naruszenie zasady równości stron umowy i narażenie na straty finansowe nie tylko Wykonawcy, ale także Zamawiającego, gdyż spowoduje to wzrost ceny ofertowej za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający odmawiając dokonania modyfikacji treści wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ we wskazanym w proteście zakresie oraz dokonując modyfikacji treści § 2 pkt 3 umowy, dopuścił się rażącego naruszenia zasady swobody umów, zwłaszcza swobody kształtowania treści stosunku prawnego przez strony. Zdaniem Odwołującego istnieje możliwość uregulowania wzajemnej relacji stron tak, aby na skutek sytuacji nie zawinionej przez siebie lub wręcz zawinionej przez Zamawiającego, miał możliwość finansowego zrekompensowania takich zdarzeń, a Zamawiający mógł takie środki uruchomić zgodnie z prawem. Zamawiający, uwzględniając stanowisko Odwołującego, powinien jako jeden z uczestników procesu budowlanego, brać pod uwagę nie tylko wyłącznie swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby oba te interesy były jak najbardziej zrównoważone.

Odwołujący podniósł również w proteście, iż Zamawiający dokonując modyfikacji treści § 2 pkt 3 umowy w swoich wyjaśnieniach ustalił jego treść:

- pierwsza faktura nie może przekraczać 40% wartości przedmiotu umowy po zrealizowaniu stanu surowego zamkniętego,

- druga faktura 80% całej wartości przedmiotu umowy po wpisie do Dziennika Budowy przez Kierownika Budowy o zakończeniu całości robót i potwierdzeniu przez Inspektora Nadzoru,

- pozostałe 20% po odbiorze końcowym przy udziale służb państwowych,
- jeżeli Wykonawca nie zrealizuje robót w terminach określonych harmonogramem, Zamawiający ma prawo wstrzymać zapłatę faktur w części lub całości, aż do zakończenia zwrotu.

W ocenie Odwołującego tak sformułowana treść umowy narzuca wykonawcy w sposób nie uprawniony obowiązek kredytowania wykonywanych robót budowlanych o znacznej wartości, przez długie okresy czasu, co może narazić Wykonawcę na straty, a nawet na utratę płynności finansowej.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji treści umowy w sposób wskazany w pytaniach z dnia 8 września 2008 r. oraz w sposób zgodny z przepisami obowiązującego prawa.

Precyzując zarzut wskazany w pkt 6 protestu, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający opisał w pkt. 16.3 SIWZ, że : "załączone przedmiary robót mają tylko i wyłącznie charakter informacyjny, nie stanowią podstawy do wyceny oferty (wyceny robót). Ustalenie zakresu robót i ilości robót do wyceny oferty należy do Wykonawcy. W tym także przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji." Zdaniem Odwołującego, tak sprecyzowany punkt SIWZ jest niezgodny z treścią art. 31 ust. 1 Pzp, w związku z §4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. wskazanego wyżej, które to rozporządzenie w podanym paragrafie dokładnie określa z czego winna składać się dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, są to:

- 1) projekt budowlany w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych,
- 2) projekty wykonawcze w zakresie określonym w § 5 rozporządzenia,
- 3) przedmiar robót zakresie, o którym mowa w §6 rozporządzenia,

W ocenie Odwołującego, z powyższego wynika, że przedmiar robót jest częścią dokumentacji projektowej służącej do opisu przedmiotu zamówienia i nie może - jak tego chce Zamawiający – mieć charakteru wyłącznie informacyjnego i nie stanowić podstawy do wyceny oferty. Dlatego też Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 8.09.2008r. o dokonanie stosownej modyfikacji treści SIWZ w sposób zgodny ze wskazanymi przepisami. Podał, że Zamawiający udzielając odpowiedzi i wyjaśnień w piśmie z dnia 16.09.2008r. w ogóle nie odniósł się do tej kwestii, co oznacza, że zaniechał dokonania wymaganej modyfikacji ww. części SIWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, iż ma interes prawny we wniesieniu protestu, bo gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów Pzp, wówczas mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Pismem z dnia 30 września 2008 r. Zamawiający, na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp, odrzucił wniesiony protest wskazując, iż został on wniesiony przez podmiot nieuprawniony, gdyż

Zamawiający w chwili wniesienia protestu nie miał możliwości zweryfikowania, czy osoba wnosząca protest, miała do tego umocowanie. (Do przesłanego protestu nie załączono odpisu KRS lub wpisu do ewidencji działalności gospodarczej lub pełnomocnictwa, zaś ustawa Pzp nie przewiduje możliwości uzupełnienia braków formalnych protestu ani przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym zakresie) Nadto, Zamawiający podniósł, iż protest został wniesiony po wymaganym, zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp czternastodniowym terminie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008 / S 166 z dnia 28 sierpnia 2008 r. poz. 223302.

Odwołujący wniósł pismem z dnia 3 października 2008 r. odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 180 ust. 7 Pzp poprzez odrzucenie protestu i uznanie, że protest został złożony przez osobę nieuprawnioną,
- 2) przepisu art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp, tj. przez odrzucenie protestu i uznanie, że protest został złożony po terminie,
- 3) przepisu art. 183 ust. 4 Pzp przez nie zamieszczenie w rozstrzygnięciu protestu pouczenia o sposobie i terminie wniesienia odwołania, nie rozpatrzenie
- 4) merytoryczne zarzutów na wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 16.09.2008r. w sprawie treści SIWZ.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia protestu,
- 2) uwzględnienie zarzutów podniesionych w proteście i unieważnienie przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, ze względu na niemożność modyfikacji SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia, a także naruszenie przepisów ustawy Pzp wskazanych w proteście,
- 3) unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż postępowanie to jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że jego zdaniem brak jest podstaw do stwierdzenia, że protest został wniesiony przez osobę nieuprawnioną. Protest został podpisany przez prezesa zarządu Spółki Akcyjnej Henryka A., który jest członkiem organu spółki (zarządu). Jest on wpisany do rejestru (KRS) jako osoba uprawniona do reprezentowania Odwołującego od chwili ogłoszenia tego wpisu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. Wskazał również, że Pzp nie wspomina o obowiązku załączenia do protestu żadnych załączników. Zgodnie z art. 14 Pzp, do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Pzp, nie stanowią inaczej.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na brak regulacji szczególnej w zakresie wnoszenia protestu, pomiędzy Zamawiającym a podmiotem wnoszącym protest, obowiązują zasady ogólne dotyczące obrotu prawnego, w tym zasada jawności materialnej rejestru wyrażona w art. 14-16 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (art. 15 ust. 1 – domniemanie powszechnej znajomości wpisów ogłoszonych w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, przy czym domniemanie to jest skuteczne pomiędzy wszystkimi uczestnikami).

Zdaniem Odwołującego oznacza to, iż osoba wpisana do rejestru jako osoba uprawniona do reprezentowania danego podmiotu, od chwili ogłoszenia wpisu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, może skutecznie wnieść do Zamawiającego protest podpisany przez siebie bez konieczności wykazywania swojego umocowania. Odwołujący wskazał również, iż prezes Henryk A. w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia podpisywał już pisma skierowane do Zamawiającego, a Zamawiający nigdy nie podnosił, że są one podpisane przez osobę nieuprawnioną.

Odwołujący powołał się również na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 maja 2006 r. sygn. akt UZP/ZO-0-1482/06, zgodnie z którym to na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia, że protest został złożony i podpisany przez osobę nieuprawnioną, a same wątpliwości Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia protestu.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego wniesienia protestu po terminie wymaganym w Pzp, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający błędnie uznał, że protest dotyczy treści ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, podczas gdy protest ten dotyczył w istocie czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu wyjaśnień dotyczących odpowiedzi na pytania w sprawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przesłał owe wyjaśnienia faksem w dniu 17 września 2008 r., co oznacza, że termin na wniesienie protestu upływał zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp w dniu 23 września 2008r., a zatem protest został wniesiony w terminie. Odwołujący powołał się jednocześnie na orzeczenia Zespołu Arbitrów - postanowienie z dnia 12.10.2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-1216/07, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7.06.2006r. - UZP/ZO/0-1610/06, zgodnie z którymi wykonawcy przysługuje protest na wyjaśnienia treści SIWZ, które wprowadzają dodatkowe postanowienia do SIWZ lub nadają odmienne brzmienie dotychczasowych postanowień SIWZ. W takiej sytuacji wykonawca uzyskuje możliwość oprotestowania treści tych wyjaśnień w terminie 7 dni, licząc od dnia ich otrzymania. Zdaniem Odwołującego, taka sytuacja ma właśnie miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 180 ust. 2 i 7 oraz art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp, podtrzymał jednocześnie wszelkie zarzuty podniesione w proteście oraz ich uzasadnienie. Wskazał również, iż ma interes prawny we wniesieniu odwołania

polegający na tym, że gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w proteście i odwołaniu, to Odwołujący miałby szansę złożenia korzystnej oferty i wygrania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, wyjaśnień stron złożonych podczas rozprawy ustaliła, co następuje.

W pkt 6.2.2. SIWZ Zamawiający opisał warunek udziału wykonawców w postępowaniu – doświadczenie zawodowe w następujący sposób „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował, wykonał co najmniej 2 zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o którym mowa w pkt 4. 2 niniejszej SIWZ – na wartość nie mniejszą niż 10.000.000,00 PLN brutto, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie”.

W pkt 7.3.3. SIWZ pt. Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający opisał, że należy złożyć „Informację o doświadczeniu Wykonawcy (doświadczenie zawodowe) – Załącznik nr 5 do SIWZ. Informacja musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 6.2.2. SIWZ dla Wykonawców. Do informacji winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji roboty zostały wykonane należycie (min. 2 roboty budowlane w jednostkach służby zdrowia).

Załącznik nr 5 do SIWZ pt. Formularz oświadczenia wykonawcy o doświadczeniu, Doświadczenie Wykonawcy, składa się z: oświadczenia o zrealizowaniu w wymaganym przez Zamawiającego okresie zamówień porównywalnych z przedmiotem niniejszego postępowania (min. 2 roboty budowlane), nazwy i adresu zamawiającego na rzecz, którego wykonano roboty, nazwy przedmiotu wykonanego zamówienia, wartości zamówienia, czasu realizacji.

W załączeniu żądano przedłożenia referencji (min.2).

Załącznik nr 7 do SIWZ jest wzorem umowy, w którym zawarto postanowienia omówione w treści pism Odwołującego z dnia 8.09.2008r., Zamawiającego z dnia 16.09.2008r., protestu i odwołania.

Treść SIWZ została opublikowana w dniu 28.08.2008r. poprzez zamieszczenie jej na stronie internetowej Zamawiającego. .

Pismem z dnia 8.09.2008r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o:

- 1) udzielenie odpowiedzi na podane pytania, dotyczące postanowień SIWZ,

2) dokonanie modyfikacji wzoru umowy z uwzględnieniem propozycji i uwag przedłożonych przez Odwołującego.

Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko tym, że jego celem jest wyeliminowanie dowolnej interpretacji postanowień SIWZ w zakresie pkt 6.2.2., 7.3.3. i załącznika nr 5 do SIWZ, a konkretnie chciał uzyskać potwierdzenie,

- 1) czy wymóg wykazania doświadczenia zawodowego w postaci wykonania co najmniej 2 zamówień na wartość nie mniejszą niż 10.000.000,00 PLN brutto dotyczy łącznie tych robót,
- 2) czy wymóg porównywalności wykonanych robót z przedmiotem prowadzonego postępowania ma być wykazany przy uwzględnieniu definicji robót budowlanych zamieszczonej w pkt 3 ppkt h SIWZ.

Wniosek o dokonanie modyfikacji SIWZ dotyczył:

- 1) pkt 16.3 przez żądanie dostosowania tego punktu do treści art. 31 ust.1 Pzp w zw. z § 4 ust.1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury

oraz wzoru umowy:

- 1) § 2 – należało wskazać formę wynagrodzenia - ryczałtowe czy kosztorysowe,
- 2) § 7 ust. 4 i 5 należało wykreślić te postanowienia,
- 3) § 2 ust.3 i 4 należało określić treść w sposób spójny,
- 4) § 3 ust. 7 jest niekorzystny dla wykonawców,
- 5) § 6 ust.1 należało doprecyzować treść postanowień,
- 6) § 8 ust. 7 i § 9 ust. 9 należało określić termin przeglądu pogwarancyjnego,
- 7) § 10 i ust. 3 tego paragrafu powinien określać kary umowne oraz prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych, w sposób równy dla obu stron umowy,
- 8) §12 powinien uwzględniać wszystkie dopuszczalne formy wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a nie tylko formę pieniężną,
- 9) § 14 ust.1 pkt d należało określić w jego treści okres nie kontynuowania robót.

Zamawiający pismem z dnia 16.09.2008r. udzielił odpowiedzi:

w zakresie wyjaśnień postanowień SIWZ:

- 1) pkt 6.2.2., 7.3.3. i załącznik nr 5 do SIWZ, dotyczą robót na wartość nie mniejszą niż 10.000.000 zł każda,
- 2) w załączniku nr 5 wymagane jest wykonanie zamówień min. 2 robót budowlanych co do wielkości i złożoności porównywalnych do przedmiotu postępowania,
- 3) na temat definicji z pkt 3 ppkt h SIWZ

oraz w zakresie modyfikacji wzoru umowy:

- 1) § 2 określił wynagrodzenie jako ryczałt,
- 2) § 7 ust. 4 i 5 skreślił,
- 3) § 2 ust. 3 zastąpił dotychczasową treść ust. 3 i 4 treścią o takim samym zakresie, w szczególności w przedmiocie sposobu zapłaty za wykonanie zamówienia, skreślił ust. 4,
- 4) § 3 ust. 7 skreślił,
- 5) § 6 ust. 1, § 8 ust. 7, § 9 ust. 9 i § 14 ust. 1 pkt d – doprecyzował treść zgodnie z wnioskiem Odwołującego,
- 6) wyjaśnił, że nie wyklucza innych form wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zgodnie z art. 149 ust. 2 Pzp.

Nie odniósł się do kwestii kar umownych i odszkodowania.

W czasie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do legitymowania się przez Odwołującego posiadaniem interesu prawnego, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, środki ochrony prawnej, w tym protest i odwołanie przysługują wykonawcom, których interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Klasyczne rozumienie interesu prawnego zostało odzwierciedlone w licznych orzeczeniach sądowych i arbitrażowych. W myśl linii orzeczniczej interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uzyskania zamówienia. Interes prawny nie może być oceniany pod kątem ewentualnego przyszłego zamówienia, które może być wszczęte po unieważnieniu prowadzonego postępowania. Przyjmuje się, że z reguły Odwołujący, który domaga się unieważnienia postępowania i dopiero przygotowania się do następnego postępowania, które może nie zostać wszczęte, nie ma interesu prawnego w podważaniu prowadzonego postępowania. W przypadku nie spełnienia tej przesłanki, która ma charakter przesłanki materialnoprawnej, odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący w prowadzonym postępowaniu mógł zapoznać się z treścią SIWZ od dnia jej zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego, tj. od dnia 28.08.2008r. i w terminie określonym w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp, tj. 14 dni od tego dnia, wnieść protest na

postanowienia SIWZ (część podstawową wraz z załącznikami, gdyż wzór umowy, zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 16 SIWZ, stanowi treść SIWZ).

Odwołujący jednak nie wniósł protestu w ustawowym terminie, tylko zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień i dokonanie modyfikacji SIWZ, zgodnie z treścią pisma z dnia 8.09.2008r.

W ocenie KIO, Odwołujący wskazując na nieprecyzyjną treść postanowień SIWZ dotyczących warunku podmiotowego w postaci wykonania co najmniej 2 zamówień na wartość nie mniejszą niż 10.000.000 zł brutto i wnosząc o zajęcie stanowiska przez Zamawiającego przez określenie, czy wartość ta jest łączna dla obu robót, oczekiwał odpowiedzi pozytywnej dla siebie, tj. potwierdzającej, że chodzi o wartość łączną, w zakresie której dysponował doświadczeniem. Zadając tego typu pytanie i twierdząc, że ma na celu wyeliminowanie dowolnej interpretacji treści SIWZ, zdawał sobie sprawę, że odpowiedź Zamawiającego może być dwojaka, albo wskazywać na wartość łączną, korzystną dla Odwołującego, albo na rozdzielną, co miało miejsce, jak się okazało, niekorzystną dla niego.

Zdaniem KIO, gdyby odpowiedź była pozytywna, a więc wskazywała łączną wartość zamówień, Odwołujący nie kwestionowałby tego stanowiska, jako niedozwolonej modyfikacji treści SIWZ, naruszającej przepis art. 38 ust. 5 Pzp dotyczący zakazu modyfikacji, w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania.

Analizując kwestionowane postanowienia SIWZ, KIO uznała, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 16.09.2008r.) nie dokonał modyfikacji podmiotowego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2.2., doprecyzowanego w pkt 7.3.3. i wymaganego do wykazania w sposób określony w formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Z postanowień wskazanych punktów SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał jako doświadczenia wykazania wykonania co najmniej 2 zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, o którym mowa w pkt 4.2 SIWZ – na wartość nie mniejszą niż 10.000.000,00 PLN brutto, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie (pkt 6.2.2.). Dokumentem, który potwierdzał spełnianie warunku miała być informacja sporządzona według wzoru określonego, jako załącznik nr 5 (pkt 7.3.3.). Do informacji miały być załączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji roboty budowlane zostały wykonane należycie (min. 2 roboty budowlane w jednostkach służby zdrowia), załącznik nr 5.

Omawiane postanowienia należy interpretować łącznie. Wówczas wynika jednoznacznie ich brzmienie wskazujące, iż warunek dotyczy wykonania co najmniej 2 zamówień porównywalnych pod względem przedmiotu i wartości z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot prowadzonego postępowania, o którym mowa w pkt 4.2, a więc z robotami budowlanymi dotyczącymi obiektów szpitalnych, na wartość nie mniejszą niż 10.000.000,00 PLN brutto.

Jeżeli Odwołujący uznał, że brzmienie tego postanowienia może być wątpliwe co do wartości robót, jako łącznej albo oddzielnej wartości 2 zamówień, co istotnie może mieć miejsce przy wskazanym sformułowaniu warunku, powinien był nie ryzykując utraty terminu do wniesienia protestu, wnieść protest, podważając zasadność ustanowienia takiego warunku. Odwołujący jednak wystąpił o wyjaśnienie treści warunku, potwierdzając tym samym, że sam również uznał, że postanowienie to wymaga wyłącznie wyjaśnień, a nie modyfikacji SIWZ, czy podważenia jego adekwatności do wartości prowadzonego postępowania.

Zamawiający udzielił wyjaśnień, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, tylko o tyle niekorzystnych, że Odwołujący nie jest w stanie wykazać żądanego doświadczenia, bo wyjaśnienia, które stanowią istotę sporu, wskazują na wartość oddzielną dla każdej roboty budowlanej.

Zarzut, że w wyjaśnieniach Zamawiający nie podał, czy wskazana wartość jest wartością brutto, czy netto, jest całkowicie bezpodstawny, gdyż skoro pierwsze określenie dotyczyło wartości brutto i pytanie odnoszące się również do wartości brutto brzmiało, czy jest to wartość łączna dla obu robót, to odpowiedź, iż jest to wartość oddzielna (dla każdej roboty budowlanej), oznacza również wartość brutto.

KIO stwierdziła, że nie zachodzą rozbieżności w zakresie treści pkt 6.2.2. i pkt 7.3.3 oraz załącznika nr 5 SIWZ. Z danych, jakie wykonawcy mają podać w tym formularzu będzie wynikać pełne potwierdzenie wymogu opisanego w pkt 6.2.2. i doprecyzowanego w pkt 7.3.3. SIWZ.

W ocenie KIO, należy stwierdzić na podstawie powyższych ustaleń, że Zamawiający wyjaśnił treść SIWZ, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, nie dokonał natomiast niedozwolonej modyfikacji warunku udziału w postępowaniu i nie naruszył przepisu art. 38 ust. 5, jak również przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 2 Pzp.

Zarzuty dotyczące zaniechania wprowadzenia do treści wzoru umowy wnioskowanych przez Odwołującego postanowień i dokonania modyfikacji tej treści, nie zasługują na uwzględnienie, z tego powodu, że Zamawiający uwzględnił wnioski Odwołującego w zakresie modyfikacji, wprowadzając korekty postanowień wzoru umowy, co wynika z przedstawionego wyżej omówienia treści pism z dnia 8.09.2008r. i 16.09.2008r.

Treść wzoru umowy w brzmieniu kwestionowanym przez Odwołującego pismem z dnia 8.09.2008r., była znana wykonawcom od dnia 20.08.2008r. i Odwołujący miał prawo wnieść protest na wskazaną treść.

Zarzuty w tym zakresie podniesione w proteście, są zarzutami spóźnionymi, wniesionymi po terminie. Natomiast dokonana ingerencja we wzorzec umowy, poza korektą porządkową i wyjaśniającą, nie wprowadziła na tyle istotnych zmian, by można było uznać tę korektę za modyfikację, na którą służy prawo wniesienia protestu w terminie biegnącym od dnia doręczenia pisma w tym zakresie.

Należy jednak podnieść, że prawo modyfikacji SIWZ jest uprawnieniem Zamawiającego, co wynika z treści przepisu art. 38 ust. 4 Pzp. W razie odmowy dokonania modyfikacji SIWZ lub nie uwzględnienia wniosku o dokonanie modyfikacji w takim brzmieniu, jakie wskazuje wnioskodawca, wykonawcy przysługuje prawo wniesienia protestu w zakresie spornej treści SIWZ, ale w terminie określonym w art. 180 ust. 3 pkt 1 lub 2 Pzp, w zależności od wartości zamówienia, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, tj w terminie, którego bieg rozpoczyna się od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, KIO na podstawie art.191 ust. 1 Pzp , orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*