

**Sygn. akt KIO 152/11**

**Sygn. akt KIO 158/11**

**WYROK**  
**z dnia 8 lutego 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Aneta Mlącka**  
**Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **28 stycznia 2011 r.** do łącznego rozpoznania

wniesionych przez:

**A. Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** w dniu 26 stycznia 2011 r.

**B. PBG S.A., ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo** w dniu 27 stycznia 2011 r.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest

**ENERGA KOGENERACJA Sp. z o.o., ul. Elektryczna 20a, 82-300 Elbląg**

przy udziale wykonawców:

- **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. 158/11 po stronie zamawiającego,

- **Rafako S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. 152/11 oraz 158/11 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazuje **ENERGA KOGENERACJA Sp. z o.o., ul. Elektryczna 20a, 82-300 Elbląg** unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie **Rafako S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz**, ujawnienie części B Tom 1 oferty **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża **ENERGA KOGENERACJA Sp. z o.o., ul. Elektryczna 20a, 82-300 Elbląg** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę w wysokości **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:
  - A** wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa,**
  - B** wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **PBG S.A., ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo,**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **48 078 zł 18 gr** (słownie: czterdzieści osiem tysięcy siedemdziesiąt osiem złotych osiemnaście groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
  - A.** kwoty **24 478 zł 18 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt osiem złotych osiemnaście groszy) przez **ENERGA KOGENERACJA Sp. z o.o., ul. Elektryczna 20a, 82-300 Elbląg** na rzecz **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie,
  - B.** kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ENERGA KOGENERACJA Sp. z o.o., ul. Elektryczna 20a, 82-300 Elbląg** na rzecz **PBG S.A., ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**Sygn akt KIO 152/11**

**KIO 158/11**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – ENERGA Kogeneracja Sp. z o. o. w Elblągu - prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest: „Budowa bloku energetycznego opalanego biomasą o mocy 20 MWe w ENERGA Kogeneracja Sp. z o.o. w Elblągu”.

17 stycznia 2011 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Raciborską Fabrykę Kotłów RAFAKO S.A. w Raciborzu.

Wybór dokonany przez zamawiającego stał się przedmiotem odwołań wniesionych przez:

- Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie – sygn. akt KIO 152/11;
- PBG S.A. w Wysogotowie – sygn. akt KIO 158/11.

### **Odwołanie wniesione przez Mostostal Warszawa S.A. - sygn. akt KIO 152/11:**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie;
- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania RAFAKO S.A.;
- art. 24 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty RAFAKO S.A.;
- art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na umożliwieniu dokonania przez RAFAKO S.A. niedopuszczalnej zmiany treści oferty;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie, i tym samym zaniechanie odrzucenia oferty RAFAKO S.A. pomimo jej sprzeczności z treścią istotnych warunków zamówienia;
- art. 91 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie oraz zaniechanie jego właściwego zastosowania i tym samym wybór oferty RAFAKO S.A. jako najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie ponownej czynności badania i ceny ofert;

- wykluczenie RAFAKO S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia;
- odrzucenie oferty RAFAKO S.A. ;
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
- zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania zgodnie ze spisem, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że gwarancja bankowa w jakiej RAFAKO S.A. wniósł wadium nie zawiera przesłanki wskazanej w art. 46 ust. 4 a Pzp, zatem wykonawca ten nie wniósł wadium odpowiadającego wymaganiom ustawy Prawo zamówień publicznych i podlega wykluczeniu. Za pozbawione znaczenia odwołujący uznał okoliczność, że zamawiający, tak w postanowieniach siwz, jak i wzorze gwarancji nie powołał tej przesłanki zatrzymania wadium. Oceniał bowiem, że zamawiający nie jest upoważniony do modyfikowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, które mają pierwszeństwo przed postanowieniami siwz.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący wskazał, że RAFAKO złożył ofertę nieodpowiadającą treści siwz, pominął bowiem istotne wymagania zamawiającego, które nie mogą podlegać uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp. Wywiódł, że zaoferowanie innych, niż wymagane rozwiązań (inne paliwo, inne parametry techniczne), niż wskazane przez zamawiającego w sposób nie dopuszczający żadnych odstępstw, nie mogą być uznane za nieistotną zmianę w treści oferty. Odwołujący wskazał, że zwrócenie się przez zamawiającego do RAFAKO S.A. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp stanowi nieuprawnione przekroczenie dyspozycji tego przepisu, gdyż spowodowało niedopuszczalną zmianę treści oferty wykonawcy.

RAFAKO S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Odwołanie wniesione przez PBG S.A. - sygn. akt KIO 158/11:**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty RAFAKO S.A. pomimo, iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp;
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy RAFAKO S.A. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie była prawidłowo zabezpieczona wadium;

3. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MOSTOSTAL Warszawa S.A. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie była prawidłowo zabezpieczona wadium;
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty RAFAKO S.A. oraz oferty MOSTOSTAL Warszawa S.A. mimo, że zostały one wniesione przez wykonawców wykluczonych z postępowania oraz pomimo, iż treść ich oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty RAFAKO S.A. oraz oferty MOSTOSTAL Warszawa S.A. mimo, że ich treść nie odpowiadała treści siwz;
6. art. 87 ust. 1 Pzp przez uwzględnienie przez zamawiającego w toku oceny ofert niedozwolonej zmiany treści oferty RAFAKO S.A. oraz oferty MOSTOSTAL Warszawa S.A. w zakresie dotyczącym terminu wykonania zamówienia, stanowiącym jednocześnie kryterium oceny ofert;
7. art. 87 ust. 2 pkt. 1 PZP polegające na uwzględnieniu dokonanych przez RAFAKO S.A. poprawek oczywistych omyłek pisarskich;
8. art. 8 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w związku z art. 7 Pzp przez zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do części oferty MOSTOSTAL Warszawa S.A. - część B Tom 1 oferty obejmującej m.in. harmonogram rzeczowo-finansowy, rozbieżności cenowe oraz wzór kontraktu, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia treści oferty tego wykonawcy;
9. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 PZP poprzez utajnienie oferty MOSTOSTAL Warszawa w części B Tom 1 oferty obejmującej m.in. harmonogram rzeczowo-finansowy, rozbieżności cenowe oraz wzór kontraktu pomimo, że informacje tam zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie mogą być utajnione;
10. art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wnioskował o:

1. unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez RAFAKO S.A. oraz MOSTOSTAL Warszawa S.A. i w jej wyniku:
  - a) wykluczenie RAFAKO S.A. i MOSTOSTAL Warszawa S.A. z postępowania;
  - b) odrzucenie ofert złożonych przez RAFAKO S.A. i MOSTOSTAL Warszawa S.A.,
  - c) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że zarówno gwarancja wadialna RAFAKO S.A. jak i MOSTOSTAL Warszawa S.A. nie były zgodne z przepisami prawa. Gwarancja RAFAKO S.A. nie zawierała przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a Pzp, natomiast gwarancja MOSTOSTAL Warszawa S.A. zawierała przesłanki zatrzymania wadium, ale tylko w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy zostałaby wybrana, co również jest sprzeczne z przepisami Pzp.

Odwołujący zarzucił również, że RAFAKO S.A. jak i MOSTOSTAL Warszawa S.A. dopuścili się zmiany treści oferty przez podanie w trybie wskazanym w art. 87 ust. 1 Pzp terminu wykonania umowy liczonego w miesiącach i tygodniach w sytuacji, w której w ofertach posłużyli się datą kalendarzową. Podniósł również, że zamawiający umożliwił RAFAKO S.A. samodzielne poprawienie omyłek pisarskich. Jednocześnie utajnienie oferty RAFAKO S.A. w tej części całkowicie uniemożliwiło odwołującemu weryfikację, czy zaistniałe omyłki są rzeczywiście oczywistymi omyłkami pisarskimi.

Odwołujący ocenił, że informacje zastrzeżone przez MOSTOSTAL Warszawa S.A. nie mogły podlegać zastrzeżeniu z uwagi na treść art. 86 ust. 4 Pzp, a nadto nie stanowiły one informacji przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

RAFAKO S.A. oraz Mostostal Warszawa S.A. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniesli o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas której odwołujący i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący nieprawidłowego wniesienia wadium przez RAFAKO S.A. oraz zarzut niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią siwz w części dotyczącej... Zamawiający nie uwzględnił zarzutów dotyczących oferty Mostostal Warszawa S.A.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 lipca 2010 r., pod numerem 2010/S 143-220920.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp Izba wydała orzeczenie łączne.

Wydając orzeczenie Izba oparła się na znajdujących się w dokumentacji postępowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertach i przywoływanych niżej oświadczeniach i dokumentach.

## **Odwołanie wniesione przez Mostostal Warszawa S.A. - sygn. akt KIO 152/11**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę, zatem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Istotną kwestię stanowi ustalenie zakresu rozpoznawanych zarzutów. Zamawiający uznał większość zarzutów kierowanych wobec wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez RAFAKO S.A.

Izba zważyła, że wynikający z art. 185 ust. 5 Pzp zakaz dokonywania przez uczestnika postępowania odwoławczego czynności sprzecznych z czynnościami i oświadczeniami strony do której przystąpił, nie może powodować utraty możliwości obrony swoich praw w postępowaniu przez takiego uczestnika. *De lege lata* ustawa przewiduje możliwość zgłoszenia sprzeciwu wyłącznie przez uczestnika, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i to jedynie w sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Wskazać jednak należy, na realizowany w przepisach dotyczących wnoszenia środków ochrony prawnej postulat ich koncentracji, w szczególności na przesłanki odrzucenia odwołania zawarte w art. 189 ust. 2 Pzp. W konsekwencji przyjęcia, że wobec uznania części zarzutów przez zamawiającego odpada ich badanie, wykonawca zostałby pozbawiony możliwości obrony swoich praw w postępowaniu.

Izba rozpoznała zatem zarzuty odwołania w całości z uwzględnieniem argumentacji przystępującego, jednak stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający niezasadnie dokonał wyboru oferty złożonej przez RAFAKO S.A., gdyż wykonawca ten nie wniósł wadium dającego zamawiającemu możliwość zaspokojenia we wszystkich sytuacjach wymaganych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 13 - i załączniku Nr 3 Wzoru Gwarancji Bankowej/Ubezpieczeniowej ustalił, że:

„13.7 Zamawiający zatrzymuje Wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca (art. 46 ust. 5 Ustawy):

13.7.1 odmówił podpisania Kontraktu na warunkach określonych w Ofercie,

13.7.2 nie wniósł wymaganego Zabezpieczenia należytego Wykonania Kontraktu,

13.7.3 podpisanie Kontraktu stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy."



We wzorze gwarancji zamawiający zastrzegł prawo zatrzymania wadium, jeśli wykonawca, będąc poinformowany o wyborze jego oferty, w okresie związania ofertą:

- a) odmówił podpisania Kontraktu na warunkach określonych w Ofercie lub/i
  - b) nie wniósł wymaganego Zabezpieczenia Należytego Wykonania Kontraktu na zasadach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) lub/i
  - c) podpisanie kontraktu stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.
- Zamawiający ustalając wymagania dotyczące wadium wskazał przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 45 ust. 5 Pzp, pominał jednak sytuację wskazaną w art. 46 ust. 4a Pzp. Przywołany przepis stanowi, że zatrzymanie wadium wraz z odsetkami następuje, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Przystępujący złożył gwarancję bankową nr CRD/G/35742 wystawioną przez Raiffeisen Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. W treści gwarancji bank - gwarant zobowiązał się do wypłaty zabezpieczenia w sytuacjach odpowiadających wymaganiom zamawiającego określonym w siwz.

Przedmiotem sporu jest w zasadzie ustalenie, czy zamawiający ma prawo mocą swego oświadczenia zawartego w siwz kształtować przesłanki zatrzymania wadium przez ograniczenie ich katalogu w stosunku do obowiązujących przepisów. Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Z art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp nie sposób wywieść obowiązku zamawiającego do podawania wymagań dotyczących wadium w sposób wyczerpujący. Istotą przywołanego przepisu jest podanie przez zamawiającego, czy wymaga wniesienia wadium, a jeśli tak to w jakiej wysokości.

Przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 45 ust. 4a i 5 Pzp mają charakter *iuris cogentis*. Możliwość ich wyłączenia przez zamawiającego przez postanowienia siwz jest niedopuszczalna.

Zamawiającemu sektorowemu przysługuje z mocy art. 138c ust. 1 pkt 3 Pzp prawo odstąpienia od możliwości żądania wniesienia wadium. Jeśli jednak z możliwości tej nie skorzysta obowiązany jest do zachowania wszystkich wymagań dotyczących wadium wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazać też trzeba, że tak w przypadku gwarancji bankowych, jak i ubezpieczeniowych z obowiązujących przepisów prawa nie wynikają wprost żadne wymagania dotyczące ich treści. Ich istotą jest natomiast zabezpieczenie wymaganego rezultatu. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyjmuje się jednolicie, że dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust.

4 a oraz 46 ust. 5 Pzp. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji w pełnym zakresie wynikającym z ustawy nie była kwestionowana. W przeciwnym razie nie można uznać, że nastąpiło wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”.

Treść gwarancji złożonej przez przystępującego RAFAKO S.A. nie zawiera generalnej klauzuli wskazującej na możliwość zatrzymania wadium zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zostały w niej natomiast wskazane przypadki uzasadniające zatrzymanie wadium z pominięciem zobowiązania do zapłaty wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a Pzp. Skoro żadna z przesłanek zawartych w enumeratywnym katalogu nie odpowiada zakresowi przywołanego przepisu, nie ustanowiona została możliwość zatrzymania wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a Pzp. Izba uznała zatem, że nie nastąpiło wniesienie wadium zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Prezentowana ocena skuteczności wniesienia wadium w formie gwarancji kształtuje się w orzecznictwie Izby, znajduje również potwierdzenie w wyrokach Sądów Okręgowych.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp potwierdził się.

Potwierdzenie znalazł również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W toku postępowania zamawiający dokonywał zmian siwz oraz udzielał wykonawcom odpowiedzi na pytania, które miały istotne znaczenie dla treści składanych ofert.

Oferta RAFAKO S.A. nie uwzględniała wszystkich ustalonych przed otwarciem ofert wymagań zamawiającego dotyczących Klauzuli 12.5.1, 13.5.1 - 3.

Zamawiający pismem z 12 stycznia 2011 r. (znak: EKO-000333-2011) zwrócił się do RAFAKO S.A. o wyjaśnienie punktów 13.5.1 Punkt Gwarancyjny 1 Część Techniczna, w tym dotyczących warunków gwarancyjnych: temperatura otoczenia, parametry kotła, paliwo oraz gwarancje grupy dla poz. 2 do 4. W odpowiedzi RAFAKO S.A. pismem z 12 stycznia 2011 r. stwierdziło m.in., że zapisy w pkt 13.5.1 Punkt Gwarancyjny I Część Techniczna powinny mieć następujące brzmienie:

- temperatura otoczenia: + 15 °C
- parametry kotła zgodnie z punktem 5.5.1.1. część 2 SIWZ
- paliwo: palety ze słomy.

Ponadto RAFAKO S.A. wskazało, że w tabeli w kolumnie gwarancyjne grupy w pkt 2 i 4 poprawia z B na C, podobnie w punktach 13.5.2. i 13.5.3. oraz koryguje numerację punktu 5.5.5.1. na 5.5.1.1. jako oczywiste omyłki pisarskie.

Przede wszystkim wskazać trzeba na nieprawidłowość działań zamawiającego przy badaniu oferty RAFAKO S.A. W razie stwierdzenia oczywistego charakteru popełnionych omyłek zamawiający winien dokonać ich samodzielnej poprawy. Jeśli zamawiający zwraca się do

wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w celu ustalenie treści oferty przesłanka oczywistości odpada.

W okolicznościach sporu Izba uznała, że zmiany w ofercie RAFAKO S.A. dotyczące temperatury otoczenia, parametrów kotła oraz paliwa mają charakter istotny i nie podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba dała wiarę stanowisku zamawiającemu, że w szczególności parametr temperatury otoczenia ma istotne znaczenie dla obliczeń pozostałych parametrów. Jakkolwiek nie można zaprzeczyć poglądom wyrażonym przez RAFAKO S.A. na rozprawie, że z uwagi na kształt procesu technologicznego, osiągnięcie wielkości zakładanych przez zamawiającego następuję na etapie uruchomienia kotła, to nie mogą one przynieść skutku w postaci uznania, że oferta RAFAKO odpowiada siwz.

Izba miała na względzie przede wszystkim zasady udzielania zamówień publicznych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter w znaczącym stopniu sformalizowany. Jego celem jest wybór najkorzystniejszej oferty przy zachowaniu zasad wynikających w szczególności z art. 7 ust. 1 Pzp. Wybór ten może być dokonany prawidłowo jedynie w sytuacji, gdy następuje spośród ofert prezentujących takie samo świadczenie odpowiadające wymaganiom zamawiającego.

Skoro zamawiający zmienił swoje oczekiwania i dał temu formalny wyraz, to obowiązkiem wykonawców działających z należytą starannością jest uwzględnienie powyższego w składanych ofertach.

RAFAKO S.A. nie uczynił tego, a na rozprawie nie podniósł, ani też nie wykazał, że w okolicznościach sprawy popełnione uchybienia mogą być sanowane zgodnie z ustawą.

W tym stanie rzeczy Izba uznała stanowisko zamawiającego uwzględniające zarzuty odwołania za prawidłowe za wyjątkiem poprawienia punktu B na C. W tym miejscu RAFAKO S.A. *de facto* zwiększyło swoją odpowiedzialność w stosunku do zamawiającego, oferując w dalszym ciągu wymagany zakres świadczenia.

### **Odwołanie wniesione przez PBG S.A. - sygn. akt KIO 158/11.**

Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Ocenie takiej nie przeczy, iż treść gwarancji bankowej, w jakiej odwołujący wniósł wadium (kopia w dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przed otwarciem rozprawy, oryginał zamawiający zwrócił zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp – oświadczenie zamawiającego w protokole rozprawy) odpowiada kwestionowanej przez odwołującego gwarancji RAFAKO S.A.

Izba uznała, że uprawnienie do wniesienia odwołania winno być ustalane przede wszystkim przy identyfikacji zarzutów w zakreślonych ich granicami podstawach faktycznych – t.j.

dotyczących konkurentów odwołującego. W tym też kontekście należy postrzegać przesłankę możliwości poniesienia szkody przez odwołującego, którego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie jest sporny.

Wskazać też trzeba, że uprawnienie do wniesienia odwołania stanowi inna kategorię prawną od przesłanek uwzględnienia odwołania wskazanych w art. 192 ust. 2 Pzp. Wynik postępowania, o którym stanowi przywołany przepis, to w okolicznościach sporu wybór oferty złożonej przez RAFAKO S.A. Zatem o możliwości uwzględnienia odwołania stanowi potwierdzenie zarzutów kierowanych wobec tego wykonawcy, nie zaś możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Izba miała też na względzie, że przyjęcie poglądu prawnego zamawiającego i przystępującego Mostostal Warszawa (mając na uwadze wskazywane w piśmie procesowym przystępującego okoliczności dotyczące niezgodności oferty odwołującego z treścią swiz) prowadziłyby do konieczności wykazywania przez odwołującego przed Izbą, że nie podlega on wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu, co jest nieprawidłowe.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, mimo, że nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia RAFAKO S.A., gdy oferta tego wykonawcy nie była prawidłowo zabezpieczona wadium znalazł potwierdzenie. Ustalenia i oceny zostały zawarte w uzasadnieniu dotyczącym odwołania wniesionego przez Mostostal Warszawa S.A.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia MOSTOSTAL Warszawa S.A., gdy oferta tego wykonawcy nie była prawidłowo zabezpieczona wadium nie potwierdził się.

Mostostal Warszawa S.A. wniósł wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej przez Kredyt Bank S.A. w Warszawie. Zgodnie z treścią gwarancji zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium, jeśli wykonawca, będąc poinformowany o wyborze jego oferty, w okresie związania ofertą:

- a) odmówił podpisania Kontraktu na warunkach określonych w Ofercie lub/i
- b) nie wniósł wymaganego Zabezpieczenia Należytego Wykonania Kontraktu na zasadach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) lub/i
- c) podpisanie kontraktu stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- d) jeśli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

Izba uznała, że treść gwarancji stanowi wystarczające zabezpieczenie dla zamawiającego na wypadek zaistnienia przesłanki wskazanej w art. 45 ust. 4 a Pzp.

Izba uwzględniła stanowisko Sądu Okręgowego w Lublinie, wyrażone w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt IX Ga 109/09 (niepubl.) zapadłym w wyniku skargi na orzeczenie Izby z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt. 455/09. Sąd Okręgowy uznał, że aczkolwiek ukształtowanie postanowień gwarancji, analogiczne w zasadzie jak w gwarancji złożonej przez Mostostal Warszawa S.A., wydawać się może na pierwszy rzut oka jako pozostające w sprzeczności z art. 46 ust. 4a Pzp, to jednak przyjęciu takiego poglądu sprzeciwiają się wykładnia logiczna i funkcjonalna postanowień gwarancji.

Sąd Okręgowy wywiódł, że sytuacja wezwania do uzupełnienia oświadczeń, pełnomocnictw lub dokumentów może mieć miejsce jedynie na etapie postępowania poprzedzającym wybór oferty najkorzystniejszej, w żadnym razie po dokonaniu takiego wyboru.

Uwzględniając przywołane stanowisko Sądu Okręgowego Izba stwierdziła, że skoro gwarant przewidział wypłatę kwoty wadium wobec przesłanki odpowiadającej w swej treści art. 46 ust. 4 a Pzp i wskazał wprost okoliczności przewidziane w tym przepisie, tym samym ich ewentualne ziszczenie nie pociąga dla zamawiającego ryzyka braku uzyskania zaspokojenia z gwarancji. Zatem interes zamawiającego jest zabezpieczony również w sytuacji przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Z przedstawioną oceną koreluje stanowisko wystawcy gwarancji z 2 lutego 2011 r. złożone przez Mostostal Warszawa S.A. na rozprawie.

Nie budzi wątpliwości Izby, że oświadczenie banku gwaranta wskazuje na interpretację udzielonej przez niego gwarancji, nie tworzy jej nowej treści. Orzecznictwo Izby nadaje takim oświadczeniom walor rodzaju wykładni autentycznej i uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia kwestii związanych z możliwymi różnicami interpretacji treści gwarancji.

Izba uznała, że wadium wniesione przez Mostostal Warszawa S.A. dawało zamawiającemu możliwość zaspokojenia się w sytuacji przewidzianej w art. 46 ust. 4a Pzp.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty RAFAKO S.A. oraz oferty MOSTOSTAL Warszawa S.A. mimo, że ich treść nie odpowiadała treści siwz oraz art. 87 ust. 1 pzp przez uwzględnienie przez zamawiającego w toku oceny ofert niedozwolonej zmiany treści oferty RAFAKO S.A. oraz oferty MOSTOSTAL Warszawa S.A. w zakresie dotyczącym terminu wykonania zamówienia, stanowiącym jednocześnie kryterium oceny ofert nie znalazły potwierdzenia.

Zamawiający w pkt. 21.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał jako kryterium oceny ofert czas wykonania zamówienia. Ustalił, iż wykonawcy mogą w tym kryterium otrzymać maksymalna ilość 100 pkt, a jego waga wynosi 20%.

Sposób obliczenia punktów dla tego kryterium ustalił w ten sposób, że:

$$K 2 = (\text{Najkrótszy czas wykonania} : \text{Czas wykonania ocenianej Oferty}) \times 100 \text{ pkt.} \times 20 \%$$

W pkt 4.1 Części I siwz zamawiający zastrzegł, iż termin ten winien być nie dłuższy niż 24 miesiące. Wskazał również, iż przewidywanym terminem zawarcia umowy jest dzień 31 stycznia 2011r. MOSTOSTAL Warszawa S.A. wskazał w ofercie jako termin realizacji obiektu wraz z podpisaniem protokołu przekazania - przejęcia do eksploatacji dzień 17 października 2012r.

Pismem z 12 stycznia 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienie i terminu realizacji obiektu, podnosząc, iż prawidłowym określeniem czasu wykonania jest określenie terminu w miesiącach w zaokrągleniu do 1 tygodnia.

W odpowiedzi, MOSTOSTAL Warszawa S.A. wskazał, iż termin ten wyniesie 20 miesięcy i 2 tygodnie.

Okres od 31 stycznia 2011 r. do 17 października 2012 r. wynosi 20 miesięcy, 2 tygodnie i 3 dni.

RAFAKO S.A. wskazał jako termin realizacji obiektu wraz z podpisaniem protokołu przekazania - przejęcia do eksploatacji 30 listopada 2012 roku.

Pismem z 12 stycznia 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę podnosząc analogicznie, jak w przypadku Mostostal Warszawa S.A., iż prawidłowym określeniem czasu wykonania jest określenie terminu w miesiącach w zaokrągleniu do 1 tygodnia. W odpowiedzi RAFAKO S.A. wskazał, iż termin ten wyniesie 22 miesiące.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wskazać trzeba, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do sposobu prezentacji terminu nie były jednoznaczne. Zamawiający zastrzegł termin maksymalny, wskazał zakładaną datę początkową a nie sformułował wprost wymogu podania terminu w określonych jednostkach czasu. Skutkiem tego z czterech złożonych ofert dwie prezentowały terminy wyrażone datą kalendarzową, a dwie terminy wyrażone w jednostkach czasu.

Obaj wykonawcy dokonując przeliczenia terminu wykonania zamówienia na jednostki czasu nie zmienili treści swych ofert. Zmiana tak nastąpiłaby w sytuacji, gdyby terminy te różniły się w stosunku do terminów wyrażonych datą. Dokonane przez Mostostal Warszawa S.A. zaokrąglenie terminu w dół pozbawione jest w okolicznościach sporu doniosłości prawnej. Po pierwsze: taka korekta zgodna jest ze zwyczajowo przyjętymi zasadami zaokrąglenia – tzn. wielkości mniejsze, niż połowa wartości stanowiącej punkt odniesienia, zaokrągla się w dół – zatem w przypadku, gdy punkt odniesienia stanowi okres jednego tygodnia wielkość trzech dni podlega korekcie w dół. mniejszej. Po drugie: zmiana taka nie ma żadnego wpływu na ilość punktów przyznanych w kryterium terminu wykonania – nawet bowiem przy zaokrągleniu „w górę” oferta Mostostal Warszawa S.A. i tak jest w tym punkcie najbardziej korzystna.

Izba ocenia, że w takiej sytuacji zamawiający mógłby samodzielnie dokonać przeliczenia terminów wyrażonych datą kalendarzową – różnica dotyczy bowiem jedynie zmiany sposobu prezentacji treści oferty, nie zaś zmiany treści oferty. Tym bardziej zatem zamawiający nie naruszył przepisów art. 87 ust. 1 Pzp uzyskując wyjaśnienia wykonawców.

Izba uznała, że zarzut dotyczący niedozwolonego poprawienia omyłek pisarskich w treści oferty RAFAKO S.A. został zmodyfikowany przez odwołującego na rozprawie i jego rozpoznanie jest niedopuszczalne. Art. 192 ust. 7 Pzp stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W odwołaniu odwołujący oświadczył, że utajnienie oferty RAFAKO S.A. w tej części całkowicie uniemożliwiło odwołującemu weryfikację, a w czasie rozprawy, iż kwestionuje te same elementy oferty, co odwołujący Mostostal – Warszawa S.A.

Zarzut odwołania winien zostać sformułowany na tyle jasno w zakresie podstaw faktycznych i prawnych, by jego identyfikacja nie była pozostawiona domyślności uczestników sporu. Brak jest podstaw do przyjęcia, na podstawie analizy treści obu odwołań, że zarzuty obu odwołujących są tożsame. Izba wzięła też pod uwagę, że nietrafne jest podnoszenie okoliczności utajnienia oferty RAFAKO S.A. jako uniemożliwiającej podnoszenie zarzutu (drugi z odwołujących mógł go wszak sformułować), zwłaszcza, że odwołujący nie podnosił zarzutu nieprawidłowego utajnienia treści oferty RAFAKO S.A..

Zarzuty zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do części oferty MOSTOSTAL Warszawa S.A. - część B Tom 1 oferty obejmującej m.in. harmonogram rzeczowo - finansowy, rozbieżności cenowe oraz wzór kontraktu oraz zaniechanie ujawnienia treści oferty tego wykonawcy znalazły potwierdzenie.

MOSTOSTAL Warszawa S.A. zastrzegł jako tajemnice przedsiębiorstwa - część B Tom 1 oferty obejmującej m.in. harmonogram rzeczowo - finansowy, rozbieżności cenowe oraz wzór kontraktu.

Pismem z 21 stycznia 2011 r. zamawiający zwrócił się do Mostostal Warszawa S.A. w sprawie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z tego samego dnia wykonawca nie wyraził zgody, stwierdzając, iż te zawierają szereg wiedzy dotyczącej organizacji zlecenia, zastosowanej technologii, know-how i zarządzania finansowego projektem, których ujawnienie narazić mogłoby na szkodę i wydatnie pogorszyć pozycję konkurencyjną MOSTOSTAL Warszawa S.A.

Art. 8 ust. 1 Pzp nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady. Wyjątek stanowi, art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Za niezasadne Izba uznała wyłączenie jawności dokumentów zawartych w części 1 Tom1 Oferty Mostostal Warszawa S.A. w szczególności harmonogramu rzeczowo – finansowego, rozbicia cenowego oraz wzoru kontraktu. Nawet przy przyjęciu stanowiska, którego Izba nie podziela, że zastrzeżenie nie udostępnienia, czyni zadość wymaganiami art. 11 ust. 4 *in fine* ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do rozważenia pozostaje kwestia, czy zachodzą łącznie obie pozostałe przesłanki tj. czy zastrzeżone informacje są nieujawnione do wiadomości publicznej oraz, czy mają one wartość gospodarczą dla wykonawcy.

Podkreślić trzeba, że dla uznania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia niezbędne jest łączne spełnienie przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć też charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem.

Zamawiający obowiązkowi temu nie uczynił zadość - poprzestał w zasadzie na braku zgody wykonawcy, co do wyłączenia jawności, co jest niewłaściwe. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się też na rozprawie o trafności uzasadnienia wskazanego przez Mostostal Warszawa S.A.

Wyniki postępowania przed Izbą oraz akta sprawy nie pozwalają na ustalenie, że informacje zastrzeżone przez Mostostal Warszawa S.A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ocenia, że harmonogram rzeczowo – finansowy zawiera informacje, które referują się do informacji podawanych obligatoryjnie przez zamawiającego w czasie jawnego otwarcia ofert – ceny oferty oraz terminu wykonania zamówienia. Mimo że nie można co do zasady wykluczyć możliwości zastrzeżenia danych cząstkowych składających się na cenę oferty lub dotyczących terminu wykonania zamówienia, to badanie skuteczności ich zastrzeżenia winno być dokonywane szczególnie wnikliwie.



Izba ocenia, że wskazanie wysokości środków finansowych angażowanych w danych okresach czasu nie może być uznane *per se* za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Ogólność danych wynikających z harmonogramu oraz sposób ich prezentacji nie wskazują na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how. Walor taki miałyby informacje mające znaczenie z uwagi na mechanizmy konkurencji – tzn. ich uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy Mostostal Warszawa S.A. na szwank. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą do takich wniosków.

Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenie ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Mostostal Warszawa S.A. nie wskazał w tej mierze na swoje indywidualne organizacyjne godne ochrony. Głoszony na rozprawie pogląd ma walor twierdzenia ogólnego. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji.

Mimo, że potwierdzenie zarzutu nie niesie wprost skutku w postaci nakazania odrzucenia oferty Mostostal Warszawa S.A. Izba uznała, że naruszające przepisy wyłączenie jawności części oferty może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Dokonywane obligatoryjnie przez zamawiającego badanie skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę informacji zawartych w ofercie stanowi element czynności badania i oceny ofert. Zatem wadliwe uwzględnienie poczynionych zastrzeżeń powoduje nieprawidłowość dokonania tej czynności, a w konsekwencji również niezgodność z przepisami czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba uznała również, że skoro badanie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element badania oferty, odwołujący zakwestionował poczynione zastrzeżenie w terminie ustawowym.

Reasumując, zarzuty kierowane wobec RAFAKO S.A. znalazły potwierdzenie. Wykonawca ten nie wniósł wadium odpowiadającego wymaganiom ustawy Prawo zamówień publicznych i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Niezależnie od tego, że przepisy ustawy uznają ofertę takiego wykonawcy za odrzuconą z mocy prawa, stan sprawy ustalony w toku rozprawy nakazuje przyjąć, że oferta RAFAKO S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzuty kierowane wobec Mostostal Warszawa S.A. znalazły potwierdzenie jedynie w części dotyczącej zastrzeżenia części B tom 1 oferty.

Skutkiem powyższego jest uznanie, że zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru oferty złożonej przez RAFAKO S.A., czym naruszył art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mają istotny wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 192 ust. 3 pkt 1) Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocników odwołujących oraz koszt dojazdu pełnomocnika Mostostal Warszawa S.A. na podstawie § 3 pkt 2) 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

