

Sygn. akt: KIO/UZP 1200/09

WYROK
z dnia 21 września 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Renata Tubisz
Emil Kuriata

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., GROS-POL Sp. zo.o., Zakład Budowlano - Instalacyjny Wachelka i Łyczba Sp. j., Viessmann Sp. z o.o., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica, 64-920 Piła, ul. Rydygiera 1** protestu z dnia 3 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Envirotech Sp. z o.o., Weiss Sp. z o.o., 60-845 Poznań, ul. Jana Kochanowskiego 7** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., GROS-POL Sp. z o.o., Zakład Budowlano - Instalacyjny Wachelka i Łyczba Sp. j., Viessmann Sp. z o.o., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., GROS-POL Sp. zo.o., Zakład Budowlano - Instalacyjny Wachelka i Łyczba Sp. j., Viessmann Sp. z o.o., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 538 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., GROS-POL Sp. zo.o., Zakład Budowlano - Instalacyjny Wachelka i Łyczba Sp. j., Viessmann Sp. z o.o., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Specjalistyczny im. Stanisława Staszica w Pile prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „przebudowa systemu grzewczego z kotłowni miałowej na kotłownię wykorzystującą jako paliwo biomasę i ciepło z kolektorów słonecznych z jednoczesną modernizacją sieci przesyłowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 maja 2009 r. pod nr 2009/S 95-136203.

Zamawiający w dniu 24 lipca 2009 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm: Envirotech Sp. z o.o. i WEISS Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum Envirotech). Odwołujący: Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A., Gros-Pol Sp. z o. o., Zakład Budowlano-Instalacyjny Wachelka i Łyczba Sp. J., Viessmann Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum Mostostal) wniosło protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania czynności:

- wykluczenia z postępowania Konsorcjum Envirotech na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”, w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- wykluczenia z postępowania konsorcjum firm: Z.I.T.E. PROMAT Sp. z o.o., Politechnik Polska Sp. z o.o., Polskie Konsorcjum Energetyczne Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum PROMAT) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp,
- wykluczenia konsorcjum firm: TKT Engineering Sp. z o.o., Ortner G.m.b.H. (zwane dalej Konsorcjum TKT) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp,
- wyboru oferty Konsorcjum Mostostal jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił w proteście naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2-4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.) i art. 24 ust. 4 Pzp,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z przepisami ustawy Prawo bankowe,
- 3) art. 14 Pzp w zw. z art. 99 k.c. oraz przepisami k.p.c,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 Pzp,
- 5) art. 91 ust. 1 Pzp,
- 6) art. 7 ust. 1 Pzp.

oraz wniosł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert; wykluczanie z postępowania Konsorcjum Envirotech, Konsorcjum PROMAT oraz Konsorcjum TKT i odrzucenie ofert: ww. wykonawców, wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł w proteście zarzuty dotyczące:

I. oferty Konsorcjum Envirotech:

A. w zakresie zaniechania wykluczenia Konsorcjum Envirotech:

1) Wykonawca nie spełnia warunku doświadczenia określonego w pkt 6.2 ppkt 1 siwz - nie wykazał wykonania jednego zamówienia, polegającego na wykonaniu budowy kotłowni opalanej biomasą o mocy minimum 6 MW, gdyż wykazana w poz. 1 wykazu "Doświadczenie wykonawcy" usługa polegała wyłącznie na montażu kotłowni, a nie obejmowała wykonania budynku wraz z montażem, co wynika z treści referencji,

2) Wykonawca nie spełnia warunku potencjału kadrowego określonego w pkt 6.3. siwz tj. dysponowania kierownikiem budowy z min. trzyletnim doświadczeniem na tym stanowisku. Nie wykazano, że osoba wskazana w załączniku nr 4 (Personel kierowniczy...) na stanowisko kierownika budowy – p. Ryszard W. posiadania min. 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy (str. 49 oferty) – brak wskazania inwestycji, na których osoba ta pełniła funkcje kierownika budowy.

B. w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Envirotech:

1) W ofercie nie załączono karty katalogowej kolektora Vitosol 200-F typ SV2 (równoważnego przedmiotowi zamówienia) oraz kopii wymaganych prawem certyfikatów, aprobat i dopuszczeń, zgodnie z pkt 6.9 siwz, które stanowią podstawę do oceny równoważności przez zamawiającego, co powoduje niezgodność treści oferty z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp),

2) Konsorcjum Envirotech załączyło do oferty harmonogram nie spełniający wymogów, określonych w pkt 6.11 siwz – w harmonogramie nie przedstawiono postępu robót i płatności w ujęciu na etapy tygodniowe w zakresie obiektów i zadań kontraktowych lecz w ujęciu na etapy miesięczne. Ponadto, nie ma możliwości poprawienia oferty, gdyż zamawiający nie dysponuje informacjami pozwalającymi na poprawienie oferty bez udziału wykonawcy. Przywołał wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 11/09 i z dnia 6 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 200/09 i KIO/UZP 226/09).

II. oferty Konsorcjum PROMAT:

A. w zakresie zaniechania wykluczenia Konsorcjum PROMAT:

1) Wykonawca nie załączył do oferty oświadczenia o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust.1 Pzp, na formularzu stanowiącym załącznik nr 2, zgodnie z pkt 7.3. siwz - oświadczenie Polytechnik Polska Sp. z o.o. i Polskiego Konsorcjum Energetycznego Sp. z o.o. zostały złożone w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Konsorcjum,

2) Wykonawca nie spełnia warunku potencjału kadrowego określonego w pkt 6.3. siwz, tj. dysponowania kierownikiem budowy z min. 3 letnim doświadczeniem - brak wykazania, że osoba wskazana w załączniku nr 4 (Personel kierowniczy...) na stanowisko kierownika budowy - Pan Jan F. posiada wymagane doświadczenie (str. 64 oferty) - nie podano w jakich latach lub na jakich inwestycjach osoba ta pełniła

funkcję kierownika budowy. Nadto, osoba ta łączy funkcje kierownika budowy i kierownika robót, na co zamawiający nie wyraził zgody,

- 3) Wykonawca nie spełnia wymagania określonego w pkt 7.11. siwz, zmodyfikowanego pismem z dnia 19 czerwca 2009 r. (odpowiedź na pyt. 6) dot. dysponowania sprzętem budowlanym - brak wypełnionej kolumny "rok produkcji".

B. w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PROMAT:

- 1) Treść oferty nie odpowiada treści siwz (pkt 6.11) - załączony do oferty harmonogram nie przewiduje podziału płatności za etapy robot, możliwe do odebrania przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego – wykonawca w harmonogramie przewidział płatności za całe zadanie bez rozbitcia na tygodnie, nie podał kwoty do fakturowania raz w miesiącu, brak jest wyraźnego przedstawienia postępu robot w etapach tygodniowych w zakresie głównych obiektów i zadań kontraktowych. Scalono pozycje podane przez zamawiającego w rozbitciu np. nr 1.2, 1.3, 1.4 (w harmonogramie przykładowym) w jedną pozycję o nazwie „dostawa-kocioł o mocy 2,6 MW (3 sztuki) z osprzętem (w tym system podawania paliwa i system transportu popiołu i odprowadzania spalin). Zdaniem odwołującego nie ma możliwości poprawienia oferty, gdyż zamawiający nie dysponuje informacjami, które umożliwiłyby mu samodzielnie, bez udziału wykonawcy poprawienie oferty.
- 2) Wykonawca nie załączył do oferty pełnomocnictw wystawionych przez partnerów konsorcjum: Polytechnik Polska Sp. z o.o. oraz Polskie Konsorcjum Energetyczne Sp. z o.o. na rzecz lidera - Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych PROMAT Sp. z o.o. - pełnomocnictwa złożono w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika konsorcjum, a nie jak wymagają tego przepisy prawa w formie oryginału lub kopii notarialnej tj. w formie pisemnej, zgodnie z art. 99 k.c. oraz przepisów kodeksu postępowania cywilnego, do których odsyła art. 14 Pzp (tak. np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 85/07).

III. oferty Konsorcjum TKT:

A. w zakresie zaniechania wykluczenia Konsorcjum TKT:

- 1) Wykonawca nie spełnia warunku doświadczenia określonego w pkt 6.2. ppkt 2 i 3 siwz, dotyczącego wykonania jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie systemu kolektorów słonecznych o powierzchni minimum 200 m² oraz wykonania jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie kotłowni parowej o wydajności nie mniejszej niż 2 t/h. Złożona referencja dot. budowy systemu kolektorów słonecznych (str. 53 i 56 oferty) nie jest dokumentem w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego - nie

zawiera podpisu wystawcy. Ponadto, wykazana usługa TKT Engineering Sp. z o.o. na rzecz Polimex Mostostal S.A. polegała na montażu instalacji, a nie obejmowała wykonania budynku wraz z montażem.

- 2) Wykonawca nie spełnia warunku dotyczącego potencjału kadrowego określonego w pkt 6.3. siwz tj. dysponowania kierownikiem budowy z co najmniej 3 letnim doświadczeniem na tym stanowisku - nie wykazał, że osoba wskazana w załączniku nr 4 (Personal kierowniczy...) na stanowisko kierownika budowy - Pan Tomasz Orzechowski posiada wymagane doświadczenie (str. 59 oferty) - posiada doświadczenie na stanowisku „kierownika”.
- 3) Wykonawca nie spełnia wymagania określonego w pkt 7.11 siwz, zmodyfikowanego pismem z dnia 19 czerwca 2009 r. (odpowiedź na pyt. 6) dot. dysponowania sprzętem budowlanym (str. 74-75 oferty) - wykaz nie został wypełniony zgodnie ze wzorem określonym w siwz.
- 4) Wykonawca nie złożył oświadczenia z art. 22 ust. 1 i art. 24 Pzp – w pkt 2 złożonych oświadczeń wykonawca przekreślił pozycję, wskazując tym samym, że dysponuje potencjałem kadrowym i sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia, natomiast na str. 67 i 73 oferty znajdują się oświadczenia stanowiące zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia wykonawcy potencjału kadrowego oraz sprzętu (str. 76-77 oferty).
- 5) Wykonawca nie spełnia warunku ekonomicznego i finansowego określonego w pkt 6.5 siwz - przedłożona informacja banku potwierdza posiadanie jedynie środków w wysokości 4.843.493,76 PLN (str. 79 oferty), tj. mniejszą niż 25% ceny ofertowej. Pozostałe opinie bankowe zawarte na str. 78 i 80 oferty wskazują obroty na rachunku, a nie posiadanie środków obrotowych lub zdolności kredytowej.
- 6) Wykonawca nie spełnia wymagania określonego w pkt 7.13 siwz - brak jest w ofercie zobowiązania do ubezpieczenia budowy na warunkach wymaganych w pkt 6.6 siwz.
- 7) Wykonawca nie wniósł wadium zgodnie z postanowieniami siwz, Pzp oraz przepisami ustawy Prawo bankowe – złożona gwarancja bankowa nie zawiera przesłanek zatrzymania wadium,

B. dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum TKT:

- 1) Pełnomocnictwo załączone do oferty, udzielone przez Ortner G.m.b.H. dla lidera konsorcjum, zostało opatrzone parafą osoby, której nie można zidentyfikować (por. wyr. NSA w Warszawie z 10.11.2006 r., sygn. akt II FSK 1144105.).
- 2) Treść oferty Konsorcjum TKT jest niezgodna z treścią siwz z uwagi na nie wypełnienie załącznika nr 8 do siwz - parametry podstawowych urządzeń

technologicznych (str. 104-105 oferty). Wykonawca w kolumnie "typ/nazwa producenta" nie wskazał oferowanych urządzeń, ich nazwy oraz parametrów pozwalających zamawiającemu na stwierdzenie prawidłowości oferty - wykonawca wskazał wyliczenie „Dobór zgodnie z projektem”. Zaoferowanie równoważnego kolektora do kolektora Vitosol 100 F typ SV1 wymagało załączenia do oferty kart katalogowych, kopii certyfikatów, aprobat i dopuszczeń, które nie zostały załączone. Zamawiający pismem z dnia 23 lipca 2009 r. wzywał już wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów, co uniemożliwia ponowne wezwanie w tym zakresie.

IV. zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum Mostostal

Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Envirotech, zaniechania wykluczenia i odrzucenia ofert: Konsorcjum Envirotech, Konsorcjum PROMAT oraz Konsorcjum TKT naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 91 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum Envirotech zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu, żądając oddalenia protestu w zakresie zarzutów podniesionych wobec przystępującego.

Zamawiający uwzględnił protest w zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności oceny ofert oraz oddalił protest w zakresie żądania wykluczenia Konsorcjów Envirotech, Konsorcjum PROMAT i Konsorcjum TKT oraz odrzucenia ich ofert, a także wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, uznając żądania te za przedwczesne. Wyjaśnił, że uznając żądanie wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert i wyboru oferty odwołującego przed dokonaniem czynności ponownego badania i oceny ofert, zamawiający naruszyłby przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, art. 91 ust. 1 Pzp. Wskazał, że skutkiem prawnym uwzględnienia żądań odwołującego jest powtórzenie czynności oprotestowanej lub dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej. Zamawiający poinformował, że powstrzyma się z powtórzeniem czynności badania i oceny ofert lub wykonania czynności zaniechanej w czasie przewidzianym na rozstrzygnięcie protestu zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Konsorcjum Mostostal wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Envirotech, Konsorcjum PROMAT,

- Konsorcjum TKT oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców,
2. zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
 3. naruszenie zasady jawności i pisemności postępowania oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art. 183 ust. 4 w zw. z art. 8, art. 9 ust. 1 oraz z art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez niejasne i fragmentaryczne uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu,
 4. naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 oraz art. 181 ust. 6 Pzp, poprzez brak jednoznacznej informacji w rozstrzygnięciu protestu co do czynności i sposobu postępowania zamawiającego w zakresie zarzutów objętych oddaleniem protestu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert, a w tym wykluczenia z postępowania: Konsorcjum Envirotech, Konsorcjum PROMAT oraz Konsorcjum TKT; odrzucenia ofert ww. wykonawców, wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu i jego uzasadnienia, odwołujący stwierdził, że w całości podtrzymuje zarzuty zawarte w proteście, gdyż nie ma jasności co do sposobu postępowania oraz czynności, jakie zamawiający podejmie w ramach powtórzenia badania i oceny ofert. Ponadto podkreślił w odwołaniu, co następuje.

W zakresie zaniechania wykluczenia Konsorcjum Envirotech podniósł, iż wykonawca nie spełnia warunku doświadczenia określonego w pkt 6.2. ppkt 1 siwz, tj. wykonania jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie kotłowni opalanej biomasą o mocy minimum 6 MW - nie wykazano doświadczenia w budowie obiektu i montażu instalacji i urządzeń. Złożona w ofercie referencja nie potwierdza wykonania roboty budowlanej, a ponadto przedmiotowo nie potwierdza wykonania zamówienia w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia. Podane w niej informacje nie odpowiadają informacjom podanym przez wykonawcę w wykazie. Nie jest także możliwe wykonanie ww. zamówienia w zakresie określonym w wykazie oraz za kwotę w nim określoną.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PROMAT stwierdził, że złożony w ofercie harmonogram nie spełnia określonych w pkt 6.11 siwz wymagań. Wyjaśnił, że sformułowany przez zamawiającego wymóg dokonywania rozliczeń oraz wymagań dotyczących harmonogramu robot i płatności wynika z zasad finansowania określonych przez podmioty współfinansujące zamówienie. Podkreślił, że we wskazanym zakresie nie jest możliwe poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż zamawiający nie dysponuje niezbędnymi informacjami, by móc samodzielnie, bez udziału wykonawcy dokonać poprawienia wskazanych błędów jako omyłki.

W odniesieniu do zaniechania wykluczenia Konsorcjum TKT stwierdził, że wykonawca nie złożył wadium zgodnie z postanowieniami siwz, ustawy Pzp, a także przepisami ustawy Prawo bankowe. Gwarancja bankowa wystawiona przez UniCredit Bank Austria AG nie zawiera przesłanek zatrzymania wadium i w tej sytuacji nie może zostać uznana za prawidłową.

Odwołujący nie zgodził się z poglądem zamawiającego jakoby za bezsporne można było przyjąć, że skutkiem prawnym uwzględnienia żądania odwołującego jest powtórzenie czynności oprotestowanej lub dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej. Podniósł, że zamawiający nie potwierdził słuszności zarzutów zawartych w proteście, a z art. 183 ust. 4 Pzp wynika obowiązek pełnego uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu. Brak ten utrudnia równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu, tj. stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 8 i 9 Pzp.

Konsorcjum Envirotech zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego żądając oddalenia odwołania jako niezasadnego w zakresie zarzutów podniesionych wobec przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku, gdyby potwierdziły się zarzuty dotyczące wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty - oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców i zaniechanie odrzucenia złożonych przez nich ofert, które uzyskały w rankingu ofert pozycje poprzedzające ofertę odwołującego. Odwołujący złożył czwartą ofertę pod względem uzyskanej punktacji w kryterium ceny (jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu) i w odwołaniu zakwestionował wszystkie oferty, które uzyskały wyższą punktację w ocenie zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu istotną dla rozstrzygnięcia kwestią jest ocena dokonanego przez zamawiającego rozstrzygnięcia protestu poprzedzającego odwołanie. Zamawiający stwierdził bowiem w rozstrzygnięciu protestu, iż uwzględnia protest w zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia oceny ofert oraz oddala protest w zakresie żądania wykluczenia Konsorcjum Envirotech, Konsorcjum PROMAT i Konsorcjum TKT i odrzucenia ofert tych wykonawców, a także wyboru jako najkorzystniejszej - oferty Konsorcjum MOSTOSTAL. Zamawiający uznał powyższe żądania za przedwczesne. Rozstrzygnięcie protestu w żadnym stopniu nie odnosi się merytorycznie do zarzutów podniesionych w proteście, zarówno w zakresie uwzględniającym żądania odwołującego jak również – oddalającym. Zamawiający nie uzasadnił rozstrzygnięcia protestu tj. nie uzasadnił podjętej w tym rozstrzygnięciu decyzji. Nie wyjaśnił, jakie okoliczności wskazane w uzasadnieniu zarzutów przez protestującego wykonawcę uznał za uzasadnione, a którym odmawia uwzględnienia. Oceniając działanie zamawiającego w powyższym zakresie Izba uznała, że brak uzasadnienia decyzji uwzględniającej protest w części, co skutkowało uwzględnieniem żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności ponownego badania i oceny ofert, stanowi podstawę do uznania, że protest został w całości oddalony przez zamawiającego. Nie odniesienie się do zarzutów powoduje, iż wykonawca nie otrzymuje informacji, co do stanowiska zamawiającego wobec okoliczności podniesionych w proteście. Jest to o tyle istotne, że zamawiający pozbawia wykonawcę możliwości oceny, czy decyzja zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych zarzutów wymaga zaskarżenia w drodze odwołania. Należy zauważyć, że uwzględnienie żądania nie jest tożsame z uwzględnieniem zarzutów, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający uwzględnia tylko część żądań. Zgodnie z art. 183 ust. 4 Pzp zamawiający jest zobowiązany, w przypadku dokonania rozstrzygnięcia protestu, do przekazania wykonawcy, który wniósł protest oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, rozstrzygnięcia protestu wraz z uzasadnieniem oraz pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopiero w toku rozprawy wyjaśnił, które spośród zarzutów podniesionych w proteście uznał za zasadne. I tak, w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum PROMAT, zamawiający uznał, że:

- wykonawca złożył Wykaz sprzętu budowlanego, w którym nie wskazano roku produkcji urządzeń, wobec czego dokument „Zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia sprzętu” podlega uzupełnieniu przez wykonawcę,

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wykonawcy Konsorcjum TKT zamawiający uznał, że:

- wskazanie w wykazie osób „Personel kierowniczy...” funkcji „Kierownika” przy opisie doświadczenia osoby zaproponowanej na stanowisko „Kierownik budowy” wymaga wyjaśnienia,
- załącznik nr 5 wymaga uzupełnienia z powodu nie wpisania w tabeli wymaganych informacji,
- wyjaśnieniu podlegają kwestie dotyczące treści oświadczenia z art. 22 ust. 1 i art. 24 Pzp złożonego w ofercie, zawierającego wykreślenie zapisu w pkt 2 ww. dokumentu,
- tylko jedna z trzech złożonych w ofercie opinii bankowych potwierdza posiadanie środków finansowych, co nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w siwz - dokumenty podlegają uzupełnieniu,
- pełnomocnictwo wystawione przez członka konsorcjum TKT firmę Ortner G.m.b.H. podlega uzupełnieniu, gdyż zostało podpisane bez pieczętki imiennej,
- istotny brak złożenia w ofercie zobowiązania wykonawcy do ubezpieczenia budowy skutkuje koniecznością uzupełnienia ww. oświadczenia.

W powyższym zakresie Izba nie rozpoznawała odwołań, uznając wymienione zarzuty za przyznane przez zamawiającego w toku rozprawy. Izba wskazuje jednak, w odniesieniu do braku złożenia w ofercie zobowiązania do ubezpieczenia budowy przez Konsorcjum TKT, iż powyższy dokument nie stanowi oświadczenia składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp i wobec powyższego nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jak ocenił zamawiający.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Envirotech oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, Izba uznała, co następuje:

1. Wykonawca spełnia warunek doświadczenia określony w pkt 6.2. ppkt 1 siwz, dotyczący wykonania jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie kotłowni opalanej biomasą o mocy minimum 6 MW.

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 6.2. ppkt 1 siwz wykonawcy, w celu potwierdzenia jego spełniania, zobowiązani byli do wykazania się realizacją robót budowlanych polegających na wykonaniu budynku wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi.

Konsorcjum Envirotech przedstawiło w wykazie „Doświadczenie wykonawcy” w poz. nr 1 usługę wykonaną przez firmę WEISS Sp. z o.o. na rzecz Dovista Polska Holding Sp. z o.o. opisując tę usługę jako „budowa i montaż kotłowni o mocy 6 MW opalanej odpadami drzewnymi i uruchomienie kompletu urządzeń wchodzących w skład kotłowni wraz

z magazynem paliwa.” W treści załączonej do oferty referencji (pismo z dnia 9 marca 2009 r., str. 46 oferty) stwierdzono, iż „firma WEISS Sp. z o.o. wykonała [..] montaż kotłowni dostarczonej przez WEISS A/S Dania [..]”. Listy referencyjne co do zasady nie służą potwierdzaniu zakresu zamówień wykazywanych jako doświadczenie wykonawcy. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż „referencje nie muszą potwierdzać wszystkich szczegółów technicznych dotyczących zrealizowanych konkretnych zamówień”, jednak w przypadku zamieszczenia w nich treści, które są sprzeczne z treścią oświadczenia, złożonego przez wykonawcę w wykazie wykonanych zamówień, obowiązkiem zamawiającego jest wyjaśnienie rozbieżności. Z uwagi na powyższe, zamawiający był zobowiązany wezwać Konsorcjum Envirotech do wyjaśnienia rzeczywistego zakresu zamówienia wykazanego w poz. nr 1 wykazu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Wobec złożenia przez Konsorcjum Envirotech wraz z przystąpieniem do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu pisma z dnia 4 sierpnia 2009 r. wystawionego przez Dovista Polska Holding Sp. z o.o. potwierdzającego jednoznacznie zakres wykonanych robót zgodny z wymaganiem zamawiającego, Izba uznała, że Konsorcjum Envirotech wykazało spełnianie warunku w toku postępowania, a wobec tego zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, w tej sytuacji, nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Wykonawca spełnia warunek dotyczący dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym, określonym w pkt 6. 3 siwz.

W pkt 6.3 siwz zamawiający wymagał wykazania dysponowania kierownikiem budowy z min. trzyletnim doświadczeniem na tym stanowisku. W formularzu opracowanym przez zamawiającego zawarto w ostatniej kolumnie opis „doświadczenie jako kierownik podobnych robót w latach (wymienić budowy)”. Stosownie do powyższych wymagań wykonawca wskazał w załączniku nr 4 (str. 49 oferty) „Personel kierowniczy [..]” na stanowisku kierownika budowy - pana Ryszarda W., podając doświadczenie zawodowe: 20 lat, Kierownik budowy i robót instalacyjnych na następujących inwestycjach: [..]”, po czym wymienił 11 inwestycji wraz z okresem pracy. W ocenie Izby, powyższe informacje potwierdzają posiadanie minimum 3-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy przez osobę wskazaną w ofercie. Przystępujący potwierdził w toku rozprawy, iż ww. osoba pełniła na wymienionych w wykazie budowach jednocześnie funkcję kierownika budowy i kierownika robót instalacyjnych.

3. Oferta Konsorcjum Envirotech odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia i harmonogramu robót i płatności.

W pkt 6.9 siwz zamawiający wymagał w przypadku zaoferowania urządzeń równoważnych, załączenia do oferty karty katalogowej proponowanych urządzeń w języku

polskim oraz kopii wymaganych prawem certyfikatów, aprobat i dopuszczeń, które będą podstawą do oceny przez zamawiającego równoważności oferty, przyjmując, iż w przedmiotowym postępowaniu jako podstawowe urządzenie zamawiający uznał kolektor Vitosol 100 F typ SV1. W odpowiedziach na pytania wykonawców w dniu 3 lipca 2009 r. i 8 lipca 2009 r. zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania kolektora Vitosol 200-F, jako spełniającego wymagania określone w siwz co do przedmiotu zamówienia. Konsorcjum Envirotech zaoferowało kolektor Vitosol 200-F typ SV2, tj. urządzenie, które spełnia wymagania specyfikacji, stosownie do wyjaśnień treści siwz dokonanej w odpowiedzi na pytania wykonawców. Powyższe wyjaśnienia stanowią bowiem integralną część specyfikacji. Ich istotą jest uznanie, że kolektor Vitosol 200-F nie stanowi urządzenia równoważnego, tj. którego równoważność w stosunku do wymagań zamawiającego wykonawca jest zobowiązany wykazać. Powyższe urządzenie zostało zatem uznane wprost za spełniające wymagania, wobec czego, w przypadku zaoferowania ww. urządzenia, nie ma zastosowania przywołane przez odwołującego postanowienie specyfikacji, dotyczące obowiązku złożenia wskazanych dokumentów, potwierdzających spełnienie wymagań. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że treść oferty Konsorcjum Envirotech odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w omawianym zakresie.

W pkt 6.11 siwz zamawiający postawił wymóg sporządzenia szczegółowego harmonogramu robót i płatności, uwzględniającego uwarunkowania wynikające z dokumentacji projektowej, możliwości przerobowe wykonawcy w zakresie robót budowlanych i montażowych i kolejność robót. Harmonogram winien wyraźnie przedstawiać w etapach tygodniowych proponowany postęp robót w zakresie głównych obiektów i zadali kontraktowych. Harmonogram winien przewidywać płatności za etapy robót, możliwe do odebrania przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego. Kwestia harmonogramu robót i płatności była przedmiotem wyjaśnień treści siwz -np. odpowiedzi nr 4 zawartej w piśmie z dnia 19 czerwca 2009 r. Na pytanie jednego z wykonawców o treści cyt. "Czy harmonogram robót i płatności ma być dołączony do oferty? Jeżeli tak to jak szczegółowy podział na obiekty i zadania ma zawierać i czy musi przedstawiać w etapach tygodniowych postęp robot? Proszę podać w odstępie jakich okresów przewidujecie Państwo wystawienie faktur przez Wykonawcę?" zamawiający odpowiedział, iż „Harmonogram robót i płatności ma być dołączony do oferty. Szczegółowy sposób podziału na obiekty zawiera załączony harmonogram robót. Postęp robót ma być ujęty w etapach tygodniowych. Wystawienie faktur przez Wykonawcę 1 raz w miesiącu”.

Harmonogram złożony w ofercie Konsorcjum Envirotech został sporządzony wg wzoru opracowanego przez zamawiającego i spełnia wymagania specyfikacji. Izba nie orzekała na podstawie art. 191 ust. 3 Pzp, co do zarzutów podniesionych przez

odwołującego na rozprawie, dotyczących harmonogramu, uznając, iż nie zostały one poprzedzone protestem.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum PROMAT oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp, Izba uznała, co następuje:

1. Wykonawca złożył ofertę nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie harmonogramu robót i płatności.

Zamawiający przyznał, iż harmonogram robót i płatności złożony przez wykonawcę został sporządzony w rozbiciu na tygodnie, lecz brak jest w nim miesięcznego ujęcia płatności, co nie spełnia wymagań zamawiającego. Podniósł jednak, że taka sama sytuacja odnosi się do oferty i harmonogramu złożonego przez odwołującego, co wskazuje na równe traktowanie wykonawców przez zamawiającego. W ocenie Izby, potwierdzona przez zamawiającego w toku postępowania, niezgodność oferty wykonawcy w zakresie treści harmonogramu z wymaganiami siwz, stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Harmonogram nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie stanowi dokumentu podlegającego uzupełnieniu w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp. Nie jest możliwe również dokonanie poprawienia oferty w powyższym zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż zamawiający nie dysponuje niezbędnymi informacjami, by móc samodzielnie, bez udziału wykonawcy dokonać poprawienia wskazanych błędów jako omyłki. Tym samym, w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp, oferta Konsorcjum PROMAT podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią siwz.

2. Konsorcjum PROMAT złożyło w ofercie oświadczenia członków konsorcjum o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust.1 Pzp w dopuszczonej prawem formie.

Zamawiający wymagał w pkt 7.3. siwz złożenia przez wykonawców oświadczenia o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust.1 Pzp na formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do siwz. Załączone do oferty Konsorcjum PROMAT oświadczenia dwóch członków konsorcjum tj. Polytechnik Polska Sp. z o.o. oraz Polskie Konsorcjum Energetyczne Sp. z o.o. zostały złożone w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika konsorcjum. W pkt 10.6 specyfikacji zamawiający dopuścił złożenie dokumentów w postaci kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę z wyłączeniem formularza oferty i pełnomocnictwa do podpisania oferty. Powyższe postanowienie jest zgodne z przepisami ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zmianami). Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu stanowi dokument składany na potwierdzenie spełniania warunków, a zatem zgodnie z § 4 ust. 1 ww. rozporządzenia może być złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W związku z powyższym, złożenie w tej formie oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez dwóch członków konsorcjum należy uznać za spełniające wymagania przepisów prawa i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. Konsorcjum PROMAT nie złożyło w ofercie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego potencjału kadrowego, wobec czego załącznik nr 4 wymaga uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Stosownie do wymagania zawartego w pkt 6.3. siwz dotyczącego dysponowania kierownikiem budowy z min. 3 letnim doświadczeniem na tym stanowisku, wykonawca wskazał (str. 64 oferty) w załączniku nr 4 (Personel kierowniczy...) na stanowisko kierownika budowy - pana Jana F., podając w opisie doświadczenia zawodowego tej osoby okres: 25 lat „Kotłownia PEC Chojnice Stacja odżużlania w EC III Gdynia.” Powyższe oświadczenie budzi wątpliwości pod względem zgodności z warunkiem opisanym w siwz. Zawarte w wykazie informacje wskazują raczej na miejsce i okres zatrudnienia, natomiast nie potwierdzają spełniania warunku określonego w specyfikacji. Wykonawca nie podał w jakich latach, ani na jakich inwestycjach osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy. Oświadczenie wykonawcy w powyższym zakresie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odnosząc się do zarzutu, dotyczącego połączenia funkcji kierownika budowy z funkcją kierownika robót przez jedną osobę, Izba uznała, że skoro zamawiający nie wykluczył takiej możliwości, to jest ona zgodna z treścią specyfikacji.

4. Konsorcjum PROMAT nie złożyło w ofercie pełnomocnictw uprawniających lidera konsorcjum do podpisania oferty w formie wymaganej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca nie załączył do oferty pełnomocnictw wystawionych przez partnerów konsorcjum: Polytechnik Polska Sp. z o.o. oraz Polskie Konsorcjum Energetyczne Sp. z o.o. na rzecz lidera - Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych PROMAT Sp. z o.o. w formie oryginału lub kopii potwierdzonej przez notariusza. Pełnomocnictwa zostały złożone w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika konsorcjum. Zgodnie z treścią postanowienia zawartego w pkt 10.4 siwz zamawiający wymagał złożenia w ofercie pełnomocnictw uprawniających do podpisania oferty przez osobę upoważnioną w formie oryginału lub kserokopii potwierdzonej przez notariusza. Wobec powyższego, skoro

pełnomocnictwa udzielone przez członków konsorcjum umocowują lidera konsorcjum do podpisania oferty, to powinny zostać złożone w formie oryginału lub kserokopii potwierdzonej przez notariusza. Izba uznała, w tej sytuacji, że Konsorcjum PROMAT nie złożyło stosownych pełnomocnictw w formie wymaganej przez zamawiającego. Z uwagi na powyższe, pełnomocnictwa podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TKT z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp, Izba uznała, co następuje:

1. Wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonaniu jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie systemu kolektorów słonecznych o powierzchni minimum 200 m² natomiast potwierdził spełnianie warunku wykonania jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie kotłowni parowej o wydajności nie mniejszej niż 2 t/h. Wykaz potwierdzający spełnianie warunku podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający wymagał w pkt 6.2. ppkt 2 I 3 siwz wykazania doświadczenia w wykonaniu jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie systemu kolektorów słonecznych o powierzchni minimum 200 m² oraz wykonania jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie kotłowni parowej o wydajności nie mniejszej niż 2 t/h. Wykonawca w wykazie zamówień wskazał w poz. 2 wykonanie instalacji solarnej 240 m² w Międzynarodowym Domu Studenckim w Innsbrucku oraz wykonanie Hali produkcyjno-magazynowej Mondi w Mszczonowie. Referencja dot. budowy systemu kolektorów słonecznych - pismo z dnia 7 czerwca 2009 r. (str. 53 i 56 oferty) - wobec braku podpisu odbiorcy nie potwierdza należytego wykonania prac, gdyż nie stanowi dokumentu, pisemnego oświadczenia, dla złożenia którego jest wymagane złożenie własnoręcznego podpisu przez składającego oświadczenie, stosownie do brzmienia art. 78 § 1 k.c. Powyższy dokument podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Ponadto, Izba stwierdziła, iż w pozostałym zakresie zarzut nie jest zasadny, gdyż treść załączonych referencji wystawionych przez Polimex Mostostal S.A. (pismo z dnia 30 maja 2007 r.) potwierdza należyte wykonanie zamówienia dotyczącego wykonania budynku wraz z montażem instalacji i urządzeń technicznych przez firmę TKT Engineering Sp. z o.o.

2. Treść oferty Konsorcjum TKT jest zgodna z treścią siwz w zakresie przedmiotu zamówienia, z uwagi na fakt, iż wykonawca zaoferował kolektor słoneczny Vitosol 200 F wskazany przez zamawiającego jako spełniający wymagania dotyczące przedmiotu

zamówienia. Szczegółowe uzasadnienie jest tożsame, jak przedstawione w uzasadnieniu nn. wyroku dotyczącym oferty Konsorcjum Envirotech.

3. Konsorcjum TKT nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, bowiem złożone przez wykonawcę wadium spełnia wymagania siwz i ustawy Pzp.

Wykonawca złożył gwarancję bankową wystawioną przez UniCredit Bank Austria AG, w treści której stwierdzono, iż wystawca gwarancji zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo wypłacić zamawiającemu w ciągu 14 dni kalendarzowych po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania zapłaty, stwierdzającego, że zobowiązany nie wywiązał się z jego obowiązków przetargowych, każdą kwotę łącznie do wysokości 500 000,00 zł. Ponadto wskazano, że niniejsza gwarancja podlega oraz powinna być interpretowana zgodnie z prawem Rzeczypospolitej Polskiej. Powyższa treść gwarancji wskazuje, że nie zawiera ona jakichkolwiek ograniczeń, które mogłyby skutkować pozbawieniem zamawiającego możliwości zaspokojenia jego roszczeń, wynikających z gwarancji w przypadkach określonych w ustawie Pzp. Z treści gwarancji nie wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu sytuacji, w których zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Wobec powyższego, ww. dokument należało uznać za prawidłowy.

W ustalonym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że zamawiający dokonując wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum Envirotech, zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty Konsorcjum Envirotech, nie dopuścił się naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp. Wykonawca ten nie podlega bowiem wykluczeniu, a złożona przez niego oferta odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający naruszył natomiast w postępowaniu przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PROMAT i Konsorcjum TKT oraz wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niespełniających warunków udziału w postępowaniu, bez obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba uznała jednocześnie, iż naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, nie ma wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Envirotech jako najkorzystniejszej. Wobec powyższego brak jest również podstaw, aby stwierdzić, że zamawiający w sposób bezprawny zaniechał dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez odwołującego.

Izba uznała za nietrafny zarzut, dotyczący naruszenia zasady jawności i pisemności postępowania oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez „niejasne i fragmentaryczne uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu”.

Z art. 183 ust. 4 Pzp wynika obowiązek przekazania wykonawcy lub wykonawcom rozstrzygnięcia protestu wraz z uzasadnieniem. Nieodchowanie przez zamawiającego obowiązku zawarcia w rozstrzygnięciu protestu pełnego uzasadnienia narusza powyższy przepis, jednak nie wywołuje skutku wprost w postaci stwierdzenia, iż w przedmiotowym postępowaniu zostały naruszone zasady postępowania określone w art. 8, art. 9 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust.1 Pzp uznając, iż pomimo naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie wypełniła się przesłanka, określona w art. 191 ust. 1a Pzp skutkująca uwzględnieniem odwołania. Izba uznała, że wskazane naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....