

Sygn. akt: KIO/UZP 322/08

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SMT Schaff Polska Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Przemysłowa 55** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 21 marca 2008 r.

przy udziale **Fabryki Maszyn Górniczych PIOMA S.A., 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. R. Dmowskiego 38** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **SMT Schaff Polska Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Przemysłowa 55**

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 uiszczanego przez **SMT Schaff Polska Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Przemysłowa 55,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SMT Schaff Polska Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Przemysłowa 55** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SMT Schaff Polska Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Przemysłowa 55.**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne (zamówienie sektorowe) z możliwością składania ofert częściowych (2 części) prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę 3 sztuk ciągników spalinowych do kolejek podwieszanych dla KHW S.A. KWK Staszic” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 10-011514 w dniu 16.01.2008 r. przez Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Darmota 16-18, 40-022 Katowice zwany dalej „Zamawiającym”.

W dniu 14.03.2008 r. faxem Zamawiający przesłał do uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego informację o unieważnieniu postępowania w części I, wykluczeniu Wykonawcy Pioma S.A., ul. R. Dmowskiego 38, 97-300 Piotrków Trybunalski, zwanej dalej Pioma S.A. w części I oraz odrzuceniu jego oferty, wyborze najkorzystniejszej oferty w części II, tj. oferty firmy Pioma S.A., odrzuceniu oferty SMT SCHAFT Polska Sp.

z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy, zwanej dalej SMT SCHAFT Polska Sp. z o.o. w części I i II.

W ramach uzasadnienia odrzucenia oferty SMT SCHAFT Polska Sp. z o.o. stwierdził, co następuje:

Po pierwsze, uznano, iż oferta dla części I i II zamówienia jest ofertą wariantową. W części I Wykonawca, zdaniem Zamawiającego, zaproponował ciągnik z napędem spalinowym DZ2000A 2+2, DZ2000A 3+3 i DZ2000A 2+2+2, natomiast w części II dostawę ciągnika z napędem spalinowym DZ1500 2+1, DZ1500 2+2, DZ1500 2+3 (2+1+2), DZ1500 3+3 (2+2+2), DZ1800 2+1, DZ1800 2+2, DZ1800 2+2/9 ham., DZ1800 2+3, (2+1+2) i DZ1800 3+3, (2+2+2) - co jest niezgodne z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej: SIWZ (Rozdział I pkt I.2. „Dodatkowe postanowienia SIWZ”, ppkt 4) – „Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych”. Po drugie, zdaniem Zamawiającego, opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia nie odnosi się do wszystkich warunków technicznych zawartych w SIWZ (zarówno w odniesieniu do I i II części). Dla części I i II zamówienia opis techniczny oferowanych ciągników nie potwierdza dodatkowego wyposażenia ciągnika spalinowego w zakresie: 1) 2 szt. cięgien do połączenia z zestawami transportowymi, będącymi aktualnie w posiadaniu kopalni, 2) przyrządu do kontroli i regulacji wytrysków silnika spalinowego, 3) dynamometru elektronicznego do pomiaru siły uciągu i hamowania ciągnika spalinowego będącego przedmiotem przetargu, umożliwiający pomiar ww. wielkości w pełnym zakresie (0-20 t). Po trzecie, Zamawiający stwierdził, iż referencje dołączone do oferty, nie potwierdzają zrealizowanych dostaw, a jedynie są opiniami o użytkowanych ciągnikach spalinowych produkcji SMT Schaf. Nadto, podniósł, iż w referencjach brak jest informacji dotyczącej terminu realizacji, jak również nie potwierdzają one wartości netto zamówienia. Wskazuje, iż w załączeniu do wymienionego wykazu dostaw (zgodnie z załącznikiem 3 do SIWZ) należało dołączyć dokumenty wystawione przez odbiorców potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należycie. Treść tych dokumentów winna potwierdzać terminy realizacji zamówienia, przedmiot zamówienia, wartość netto. W przypadku, gdy treść dokumentów wystawionych przez odbiorców nie potwierdzała wartości zamówienia netto, Zamawiający dopuszczał możliwość przedstawienia dodatkowych dokumentów potwierdzających tę wartość.

W dniu 21.03.2008 r. w nawiązaniu do zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 14.03.2008 r. (otrzymanego tego samego dnia) SMT SCHAFT Polska Sp. z o.o., zwana dalej: Protestującym, wniosła na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: Pzp protest na:

- 1) zaniechanie czynności odrzucenia oferty Pioma S.A w części II;
- 2) bezprawne odrzucenie oferty Protestującego;

- 3) *bezprawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;*
- 4) *nieprawidłowe uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanego rozstrzygnięcia;*
- 5) *nieprawidłowe prowadzenie dokumentacji postępowania.*

Protestujący, zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, 82 ust.1 pkt 2, art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp, § 1 ust.2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 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) oraz § 2 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24.10.2007 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 202, poz. 1463).

Jednocześnie, żąda:

- 1) *uchylenia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pt.: „Dostawę 3 sztuk ciągników spalinowych do kolejek podwieszanych dla KHW S.A. KWK Staszic”;*
- 2) *unieważnienia faktycznie dokonanej czynności wykluczenia Protestującego i czynności uznania oferty Protestującego za odrzuconą;*
- 3) *wykluczenia Wykonawcy Pioma S.A.,*
- 4) *dokonania czynności ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;*
- 5) *dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;*
- 6) *skorygowania treści protokołu ZP-1.*

Protestujący w uzasadnieniu protestu podniósł: Po pierwsze, iż jego zdaniem Zamawiający w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp winien wykluczyć wybranego w części II Wykonawcę Pioma S.A z udziału z postępowania. Wskazał pkt 8 SIWZ, gdzie Zamawiający zawarł wymóg wniesienia wadium. W ofercie w/w Wykonawca zamieścił zapis:

„Gwarancja ubezpieczeniowa Nr 250001015731 z dnia 15.02.2008 r. ponieważ Pioma S.A. składa ofertę datowaną na 22.02.2008 r. na: Dostawę jednego ciągnika spalinowego do kolejek podwieszanych o mocy nie mniejszej niż 120 kW (str. 5 oferty)”.

„Gwarancja ubezpieczeniowa Nr 250001015730 z dnia 15.02.2008 r. ponieważ Pioma S.A. składa ofertę datowaną na 22.02.2008 r. na: Dostawę dwóch ciągników spalinowych do kolejek podwieszanych o mocy nie mniejszej niż 80 kW (str. 6 oferty)”.

Z powyższych zapisów Protestujący wnosi, iż przy tak określonym w obu gwarancjach przedmiocie zamówienia i zidentyfikowaniu oferty datą pewną na dzień 22.02.2008 r., Gwarant zobowiązał się do wypłacenia kwoty wadium na zasadach wynikających z ustawy. Jednakże wybrana przez Zamawiającego oferta datowana jest na dzień 19.02.2008 r., a ponadto złożona została w przetargu na „Dostawę 3 sztuk ciągników spalinowych do kolejek podwieszanych”. Protestujący uważa, iż Gwarant zobowiązał się do dokonania czynności wymienionych w obu gwarancjach w związku ze złożeniem oferty innej

niż złożona przez Pioma S.A. w niniejszym postępowaniu. Ponadto, stwierdza, że Gwarant zobowiązał się do spełnienia świadczenia z tytułu udzielonej gwarancji w postępowaniach innych niż postępowanie, którego dotyczą postawione zarzuty. Przeciwstawiając nazwę przetargu nazwom zawartym w obu gwarancjach wadialnych, Protestujący doszedł do wniosku, że gwarancje nie zawierają elementów niezbędnych do jednoznacznej identyfikacji zabezpieczonej wiarygodności. Powyższe wskazuje, że oferta Pioma S.A. w niniejszym postępowaniu nie została zabezpieczona wymaganym wadium. Protestujący zwraca uwagę, że jego zdaniem wątpliwości Zamawiającego winno wzbudzić już samo oświadczenie Pioma S.A., w którym w dniu 19.02.2008 r. wykonawca wskazał, iż wadium zostało wniesione dnia 20.02.2008 r. Oświadczenie to jest - zdaniem Protestującego - kolejnym dowodem przemawiającym za przyjęciem tezy, iż złożone do oferty gwarancje ubezpieczeniowe, nie zostały wystawione do przedmiotowego postępowania i zabezpieczają inne – niż złożone przez firmę Pioma S.A. w obu częściach oferty.

Po drugie, Protestujący neguje zasadność twierdzenia Zamawiającego o wariantowym charakterze swojej oferty. Zauważa, iż jego zdaniem, jest to oparte na dołączonych do oferty kartach katalogowych ciągników spalinowych kolejki podwieszanej, prezentujących cały typoszereg urządzeń. Karty te są standardowo dołączane do ofert. Protestujący powołuje się na pkt 6 SIWZ, zgodnie z którym, zawarł w przedstawionych kartach katalogowych opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający jego zgodność z warunkami technicznymi przedstawionymi w SIWZ. W złożonym formularzu ofertowym, Protestujący nie dokonał żadnych zastrzeżeń, że przedstawia więcej niż jedną ofertę, nie dołączył innego formularza oferty, a jednocześnie zaakceptował istotne warunki umowy przedstawione przez Zamawiającego, stanowiące jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia. Załączenie przez Wykonawców do ofert kart katalogowych jest powszechne i znajduje swoje potwierdzenie, również we wcześniej prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach, w których aprobowano takie rozwiązania. Wskazuje, iż Zamawiający dokonując oceny w zakresie części II, przyjął jako prawidłową ofertę Pioma S.A. W jej „Opisie przedmiotu zamówienia” (str. 35 i nast.) znajdują się, jak zauważa, następujące sformułowania:

- „konfiguracje ciągnika” (str. 36),
- „ciągnik może być wyposażony w układ odłączający szósty wózek napędowy”, „ciągnik może być wyposażony w dwie kabiny operatora” (str. 40),
- „kabiny mogą być opcjonalnie wyposażone w szcękowy układ hamulcowy”, „miejsce pracy operatora zabezpieczone jest kratą lub szybą” (str. 41),
- „Ciągnik PIOMA CS 120 w wersji z sześcioma 2+2+2” oraz „Konfiguracja ciągnika w wersji 3+3” (str. 43-44),

- „Ilość i rozmieszczenie wózków napędowych zależy od zamówionej konfiguracji ciągnika” (str. 45),
- „konfiguracje ciągnika” (str. 58),
- „na rysunku poniżej przedstawiono różne warianty konfiguracji ciągnika z zestawami do transportu osób i materiałów” (str. 66),
- „kabina może być wyposażona w kratę osłonową” (str. 78),
- „do połączenia z ciągnikiem zestawów środków transportu można używać również ciągnio przejściowe łamane” (str. 80).

Zdaniem Protestującego, mimo innych niż opisane w SIWZ rozwiązań, o których mowa powyżej, Zamawiający inaczej niż ofertę Protestującego ocenił ofertę Pioma S.A., odmiennie wnioskując o charakterze tego dokumentu. Tym samym Zamawiający naruszył art. 7 ust.1 Pzp, nie traktując równo wykonawców, w szczególności odmiennie oceniając treści złożonych przez nich ofert.

Dodatkowo Protestujący stwierdza, iż potwierdzeniem oferowania przez niego konkretnych rozwiązań technicznych jest wykaz dostaw DZ2000A 2+2 i DZ1500 2+2 w załączniku nr 3 i listy referencyjne, potwierdzające odnoszące się do urządzeń będących przedmiotem oferty.

Po trzecie Protestujący neguje trafność zarzutu, iż w swojej ofercie nie odniósł się do wszystkich warunków technicznych zawartych w SIWZ, w szczególności, że nie potwierdził dodatkowego wyposażenia ciągnika spalinowego w:

- 2 szt. cięgien połączenia z zestawami transportowymi, będącymi aktualnie w posiadaniu kopalni,
- Przynrządu do kontroli i regulacji wtrysków silnika spalinowego,
- Dynamometru elektronicznego do pomiaru siły uciążu i hamowania silnika spalinowego będącego przedmiotem przetargu, umożliwiającego pomiar ww. wielkości w pełnym zakresie (0-20t).

Protestujący podnosi, iż dołączył zaakceptowane istotne warunki umowy, obejmujące wskazane wyżej elementy. Podpisując ten dokument zobowiązał się do dostarczenia Zamawiającemu przedmiotu zamówienia zgodnego z opisem. Wskazuje ponadto, iż Zamawiający bardzo ogólnie określił sposób dokonania w ofercie opisu przedmiotu zamówienia, posługując się zapisem: „typ, itp.” – Rozdz. II pkt 6 SIWZ. Protestujący powołuje się na linię orzeczniczą, zgodnie z którą - wobec braku uszczegółowienia sposobu opisu oferowanego sprzętu i jego funkcjonalności - przedstawiony w ofercie opis w postaci zapisów „zgodnie z wymaganiami Zamawiającego” lub „tak spełnia”, odpowiada intencjom Zamawiającego.

Po czwarte, odnosząc się do zarzutu związanego z referencjami Protestujący stwierdza, że zgodnie § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zwane dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów, Zamawiający może, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Powyższy przepis, jak stwierdza Protestujący, określa uprawnienia Zamawiającego i obowiązki Wykonawców w zakresie formy i treści wspomnianych dokumentów. Podnosi, dalej, iż Zamawiający wywiódł błędne wnioski z powołanego przepisu, przenosząc wymóg zawarcia wspomnianych informacji z wykazu wykonanych dostaw – do treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy. Uważa za rzecz oczywistą, iż powyższe informacje winny znaleźć się w wykazie, a nie w referencjach. Przepisy prawa nie precyzują dokładnie treści dokumentu obejmującego referencje. Nie można zatem wyciągać negatywnej konsekwencji dla wykonawcy, który zapewniając spełnianie wymogu w zakresie wykazania się realizacją zamówienia, posługuje się referencjami, która w swej treści nie w pełni odpowiadają żądaniom podania w nich określonych informacji (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 09.02.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-346/06 oraz Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-62/07). Dodatkowo Protestujący stwierdza, iż referencje są ze swej istoty, pisemną opinią, więc zastrzeżenia Zamawiającego w tej mierze są nieuzasadnione (Uniwersalny Słownik Języka Polskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN S.A.). W przedmiotowym liście referencyjnym wystawca potwierdził wysoki czas dyspozycyjny, niską awaryjność, dobrą jakość podzespołów oraz właściwą współpracę serwisu firmy. Zdaniem Protestującego, treść takiego dokumentu w sposób jednoznaczny potwierdza należyte wykonanie zamówienia, tym bardziej, jak wskazuje, to sam Zamawiający był autorem tego listu referencyjnego i miał świadomość jego przeznaczenia.

Powyższe Protestujący popiera stanowiskiem orzecznictwa, zgodnie z którym rozporządzenie nie pozwala na żądanie załączenia dokumentów, które potwierdzałyby dodatkowo ilość, cenę, częstotliwość dostaw lub usług oraz wskazywałyby na inne parametry dostaw, usług. W jego ocenie, nie jest dopuszczalne dokonywanie wykładni rozszerzającej warunków udziału w postępowaniu, w taki sposób, żeby doprecyzować wolę Zamawiającego w tym zakresie. Jego zdaniem, akcentowany w orzecznictwie pogląd, że sam fakt

przedłożenia referencji powinien być uznany, jako potwierdzenie prawidłowego wykonania robót/usług (Wyroki Zespołów Arbitrów z dnia 19.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-245/07, z dnia 02.04.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-334/07 oraz z dnia 19.10.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1236/06).

Protestujący dodatkowo zarzuca Zamawiającemu, iż ten nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 24 ust. 3 Pzp, nie podając informacji o jego wykluczeniu (pismo z dnia 14.03.2008 r.), nie wskazał uzasadnienia prawnego ani prawidłowej przesłanki odrzucenia jego oferty, tj. art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp. Powyższe jego zdaniem, naraziło go na utratę prawa do oprostowania faktycznie dokonanej czynności wykluczenia.

Po piąte Protestujący wskazuje, że Zamawiający zawarł w pkt 2 druku ZP-1 informację, że ustalenia wartości zamówienia dokonano na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.05.2006 r., podając tym samym podstawę prawną dokonanego oszacowania. Zdaniem Protestującego w tym zakresie Zamawiający popełnił błędy. W pierwszej kolejności, nie wskazał prawidłowej podstawy prawnej. Powołanie się na treść bliżej niesprecyzowanego rozporządzenia nie wystarczy. Uważa także, iż Zamawiający ma prawo oszacować wartość zamówienia zgodnie z wybranym przez siebie sposobem, właściwym dla danego rodzaju zamówienia i o tym sposobie poinformować w protokole. W każdym wypadku wskazuje, iż Zamawiający przy oszacowaniu wartości zamówienia powinien dochować należytej staranności, w rozumieniu art. 355 kc (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju). Stwierdza, iż wypełnienie powyższego wymogu należy rozpatrywać, w kontekście prawidłowości wyboru przez Zamawiającego odpowiedniej dla danego zamówienia metody obliczania wartości zamówienia, jak również jego doświadczenia oraz powinności i możliwości przewidywania następstw oszacowania wartości zamówienia. Protestujący wskazuje też na faktyczną podstawę prawną ustalenia wartości zamówienia, tj. art. 34 Pzp. Protestujący, stwierdza również, iż Zamawiający powołał się na nieobowiązujące rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.05.2006 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówienia podstawowego. Reasumując domaga się w tym zakresie skorygowania treści protokołu.

Po szóste, Protestujący domaga się skorygowania treści załącznika do protokołu druku ZP-17, stwierdza, iż w piśmie z 14.03.2008 r. nie wskazano jako podstawy prawnej wykluczenia Wykonawcy faktu nie spełnienia warunku dotyczącego przedłożonego wykazu (załącznik Nr 3 do SIWZ), bowiem Zamawiający zakwestionował jedynie treść listu referencyjnego.

W dniu 25.03.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 27.03.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego przyłączył się w zakresie podniesionych zarzutów, kwestionując ich zasadność Pioma S.A., zwana dalej: Przystępującym. W ramach przystąpienia wniósł o oddalenie protestu.

Odnosnie pierwszego zarzutu Przystępujący stwierdził, iż data sporządzenia oferty wpisywana przez oferenta w formularzu ofertowym nie musi być tożsama z datą wpisaną w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej. Oferent wpisuje w Formularzu ofertowym datę faktycznego sporządzenia oferty. Niemożliwe jest sporządzenia oferty w dniu wyznaczonym na składanie ofert - uzyskanie podpisów osób upoważnionych do składania oświadczeń woli oraz złożenie oferty u Zamawiającego. W dokumencie gwarancji znalazła się data 22.02.2008 r., ponieważ Ubezpieczyciel przyjął jako datę oferty datę wyznaczoną przez Zamawiającego jako dzień składania ofert. Ponadto, podnosi iż w gwarancji jako data oferty widnieje 22.02.2008 r. , ponieważ wykonawca składa ofertę do podpisu przed upływem terminu składania ofert, a pozostałe dokumenty, takie jak wadium, po potwierdzeniu złożenia u Zamawiającego, dołączane są do oferty później, ale przed upływem terminu składania ofert. Przystępujący wykazuje, iż wadium zostało złożone w terminie, zgodnie z zapisem SIWZ, wymagającym wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, tj. 22.02.2008 r. przed godz. 8.00. Ponadto wskazuje na wymóg, aby wadium obejmowało cały okres związania ofertą, tj. 60 dni od daty upływu terminu składania oferty oraz aby wadium zostało wniesione oddzielnie dla każdej części zamówienia. Zamawiający ustalił również wysokość wadium odrębnie dla każdej części: 40.000 zł dla części I i 25.000 zł dla części II. Przystępujący zauważa także, iż w SIWZ został określony przez Zamawiającego przedmiot dla poszczególnych części zamówienia: dla części I - dostawa jednego ciągnika spalinowego do kolejek podwieszanych o mocy nie mniejszej niż 120 kW, a dla części II – dostawa dwóch sztuk ciągników spalinowych do kolejek podwieszanych o mocy nie mniejszej niż 80 kW. Przystępujący podkreśla fakt, iż zabezpieczenie w gwarancjach ubezpieczeniowych obejmuje przedmiot zamówienia dla obu części określonych w SIWZ. Zgodne są także kwoty wadium, jak również okres obowiązywania wadium. Dodatkowo stwierdza, że oferta złożona u Zamawiającego zaopatrzona była w stosowny numer sprawy, z datą faktycznego złożenia oferty 22.02.2008 r., potwierdzoną na kopii przedmiotowej oferty.

Odnosnie drugiego zarzutu Przystępujący stwierdza, iż wszystkie użyte w jego ofercie sformułowania, zawarte w „Opisie przedmiotu oferty”, są opisem budowy oraz możliwości i konfiguracji ciągników, a z jego oferty jednoznacznie wynika jakie ciągniki są przedmiotem oferty. Parametry wymagane przez Zamawiającego w odniesieniu do ciągników będących przedmiotem zamówienia zostały jednoznacznie określone w SIWZ w „Opisie przedmiotu zamówienia” (str. 36, 37 oraz 58, 59). Ciągniki zaofertowane przez Przystępującego spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ.

Względem zarzutu dotyczącego referencji, Przystępujący zauważa, iż zgodnie z zapisem SIWZ, Zamawiający dopuścił możliwość dołączania do oferty dodatkowych dokumentów potwierdzających wartość zamówienia, jeżeli nie wynika ona z treści referencji, miał więc Protestujący możliwość wykazania wartości zrealizowanych dostaw innymi dokumentami, np. protokołami odbioru, fakturami. Ponadto, jeżeli uważał, iż zapis SIWZ jest niezgodny z Pzp, mógł go oprotestować, z czego nie skorzystał, a zatem zaakceptował jego treść.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazane Protestującym w tych samym dniu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, poprzez brak jego rozpatrzenia, tj. oddalenie w dniu upływu ustawowego terminu na jego rozstrzygnięcie, czyli 31.03.2008 r.

W dniu 04.04.2008 r. Protestujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania podniesione w proteście.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu (wpływ bezpośredni).

W dniu 04.04.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikowi postępowania protestacyjnego (Przystępującemu) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 14.04.2008 r. (data wpływu pisma do Prezesa UZP) przystąpił Wykonawca PIOMA SA., podtrzymując swoje stanowisko zawarte w przystąpieniu do protestu. Kopie przystąpienia została przekazana tak Zamawiającemu, jak i Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. nie wykluczenia wybranego w części II Wykonawcy PIOMA SA z udziału w postępowaniu, z uwagi na złożenie oferty nie zabezpieczonej wadium, skład orzekający Izby uznał powyższy zarzut za niezasadny.

Kwestie związane z wniesieniem wadium przez uczestników postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający uregulował w Rozdz. I pkt 8 SIWZ. Dodatkowo istotny jest także dla całości rozpatrywanego zarzutu zapis z Rozdz. I pkt 3 SIWZ.

Zgodnie z Rozdz. I pkt 3 SIWZ – opis przedmiotu zamówienia: „Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych w zakresie: Część I obejmuje dostawę jednego ciągnika spalinowego do kolejek podwieszanych o mocy nie mniejszej niż 120 kW; Część II obejmuje dostawę dwóch sztuk ciągników spalinowych do kolejek podwieszanych o mocy nie mniejszej niż 80 kW”.

Natomiast w Rozdz. I pkt 8 SIWZ – wadium mówi się, iż: „Wadium musi obejmować okres związania ofertą (ppkt 1). Wadium winno być wniesione do dnia 22.02.2008 r. do godz. 8:00 (ppkt 2). Ustala się wadium: W odniesieniu do Części I zamówienia w wysokości 40 000,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych), W odniesieniu do Części II zamówienia w wysokości 25 000,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy złotych). Wadium wnosi się oddzielnie dla każdej z części zamówienia (ppkt 3, od 3.1 do 3.3). Wadium może być wniesione (.....): - w gwarancjach ubezpieczeniowych (ppkt 4). Wadium wnoszone w innej formie niż pieniądź należy zdeponować u Głównego Księgowego KHW S.A. (pokój nr 319) w formie oryginału dokumentu przed upływem terminu wyznaczonego w punkcie 8 ppkt 2 (ppkt 7). Kserokopię dokumentu, o którym mowa w punkcie 8 ppkt 7 potwierdzoną „za zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę, należy załączyć do pozostałych dokumentów ofertowych (ppkt 8).”

Biorąc powyższe zapisy SIWZ pod uwagę, należy jednoznacznie stwierdzić, iż w sposób nie budzący wątpliwości oferta wybranego Wykonawcy została skutecznie zabezpieczona wniesionym wadium. Złożenie dwóch oddzielnych gwarancji ubezpieczeniowych po jednej na każdą część, przy użyciu sformułowań wynikających z zapisów SIWZ (Rozdz. I pkt 3) było zgodne z wykładnią językową SIWZ. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż z uwagi na możliwość składania ofert częściowych, niezależny charakter poszczególnych części uprawniał uczestników postępowania przetargowego do takiego jak wskazane zastosowania zapisów SIWZ. Podnoszone różnice w datach, to nic innego jak: data technicznego sporządzenia oferty – 19.02.2008 r. (formularz ofertowy) oraz termin składania ofert – 22.02.2008 r. (gwarancja ubezpieczeniowa). Wskazywana niezgodność pomiędzy datą z gwarancji ubezpieczeniowej (wadialnej), a formularzem ofertowym, ma charakter pozorny i nie wpływa negatywnie na status prawny oferty, jak i jej zabezpieczenia wadialnego. Ubezpieczający nie znając faktycznej daty złożenia oferty musiał kierować się datą najpóźniejszą 22.02.2008 r., jako najpewniejszą, będącą podstawą do obliczenia terminu związania ofertą, jaki musi obejmować wadium, bez względu na jego formę. Wybrany Wykonawca natomiast, miał prawo, kierując się swoim interesem, tak

prawnym, jak i faktycznym, sporządzić i podpisać ofertę przed upływem terminem składania ofert, dając temu wyraz w stosownym datowaniu oferty. Złożenie oryginału gwarancji wadialnej zgodnie z dyspozycją wynikającą z SIWZ, tj. przed upływem terminu wyznaczonego – do składania ofert 22.02.2008 r., ale po dacie faktycznego sporządzenia i podpisania oferty jest działaniem dopuszczalnym i prawidłowym. Gwarancja wadialna złożona w ofercie najkorzystniejszej zabezpiecza tę ofertę w sposób wymagany w SIWZ, a w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 Pzp, Zamawiający będzie mógł z niej skorzystać.

Odnosnie zarzutu naruszenie przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 Pzp, tj. poprzez nieuzasadnione uznanie oferty Protestującego za ofertę wariantową, skład orzekający Izby uznał niniejszy zarzut za chybiony. Związany z niniejszym, zarzut naruszenia art. 7 ust.1 Pzp przez Zamawiającego poprzez odmienne ocenienie oferty wybranego Wykonawcy niż oferty Protestującego należy uznać za niezasadny.

Kwestie związane z w/w zarzutem Zamawiający określił w Rozdz. I pkt 10 - Opis sposobu przygotowania oferty SIWZ, gdzie stwierdził, iż: „Każdy wykonawca może złożyć w niniejszym przetargu tylko jedną ofertę (ppkt.10).” oraz w Rozdz. I.2 pkt 4 - Opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie, w którym wyraźnie nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych. Dodatkowo istotny jest także dla całości rozpatrywanego zarzutu zapis z Rozdz. I pkt 10 ppkt 13 lit. e), zgodnie z którym – oferta musi obowiązkowo zawierać m.in.: „opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający jego zgodność z warunkami technicznymi przedstawionymi w niniejszej SIWZ”, jak również zapis z Rozdz. II podrozdz. I pkt 6 oraz podrozdz. II pkt 6 SIWZ: „Wykonawca musi przedstawić w ofercie opis przedmiotu oferty (typ, itp.) wraz charakterystyką techniczną przedmiotu oferty, tj. opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający jego zgodność z warunkami technicznymi przedstawionymi w niniejszej SIWZ”.

Definicja oferty wariantowej znajduje się w art. 2 pkt 7) Pzp: „Ilekcroć w ustawie jest mowa o: ofercie wariantowej - należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego”. Już z tej definicji widać, że oferta wariantowa nie jest jakąś indywidualną inicjatywą wykonawcy, który składa ofertę, która przewiduje inne niż opisany w siwz wykonanie zamówienia. Nie jest też oferta wariantowa możliwością złożenia kilku ofert przewidujących różne wykonanie zamówienia w jednym postępowaniu. Jeżeli wykonawca tak postąpi jego oferta lub oferty zostaną odrzucone. Aby móc złożyć ofertę wariantową musi się na to wyraźnie zgodzić

zamawiający (P. Wiśniewski: „Oferty wariantowe”, Monitorze Zamówień Publicznych Nr 1 (41) styczeń 2008).

W niniejszym stanie faktycznym, Protestujący wypełniając wymóg załączenia do oferty opisu technicznego oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzającego jego zgodność z warunkami technicznymi przedstawionymi w niniejszej SIWZ załączył, jak podnosił karty katalogowe (str. od 37 do 121 oferty). Odnośnie części I załączona została dokumentacja ciągnika z napędem spalinowym DZ2000A 2+2, DZ2000A 3+3 i DZ2000A 2+2+2 (str. od 90 do 121 oferty). Odnośnie części II załączona została dokumentacja ciągnika z napędem spalinowym DZ1500 2+1, DZ1500 2+2, DZ1500 2+3 (2+1+2), DZ1500 3+3 (2+2+2), DZ1800 2+1, DZ1800 2+2, DZ1800 2+2/9 ham., DZ1800 2+3, (2+1+2) i DZ1800 3+3, (2+2+2) (str. od 37 do 89 oferty). Względem części I zapisy ze str. 92: „Ciągnik spalinowy DZ 2000 2+2 wyposażony jest w 8 a DZ 2000 3+3 (2+2+2) w 12 aktywnych szcęk hamulcowych”, jak również dane techniczne ze str. 94, m.in. masa, znamionowa siła pociągowa wskazują na jej wariantowy charakter. Względem części II, skład orzekający Izby uznał, iż mamy tutaj do czynienia z wariantami różnych ciągników, a nie tylko z konfiguracjami. Wskazują na to zapisy ze str. 37 („w wariantach” – tu wymienione w jakich), 41 (różna ilość różnych modułów w zależności od rodzaju, typu ciągnika) oraz 42 (wskazuje się różne parametry techniczne – m.in. różna jest znamionowa siła pociągowa). W porównaniu z oferta wybraną w części II na jej stronie 66 przedstawiono konfiguracje, tj. różne ułożenie tych samych modułów dla ciągnika spalinowego PIOMA CSP 4. Natomiast na str. 54 oferty Protestującego mamy do czynienia z 2 wariantami (wskazują na to dane techniczne).

Zdaniem składu orzekającego Izby, bezsprzecznie mamy tutaj do czynienia z ofertą wariantową, której definicje przedstawiono powyżej. Oferta Protestującego w obu częściach oferuje odmienny od określonego w SIWZ sposób wykonania zamówienia. Powyższe, czyni ofertę Protestującego niezgodną z zakazem składania ofert wariantowych w niniejszym postępowaniu określonym przez Zamawiającego w SIWZ, a jednocześnie nieporównywalną cenowo.

Należy uznać, iż z uwagi na brak jednoznacznego wskazania przez Protestującego co jest przedmiotem jego oferty, nie dopuszczalnym w sytuacji, gdy jak tutaj wynikły wątpliwości co do ostatecznego typu oferowanych urządzeń, byłoby przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust.1 Pzp, takie działanie powodowałoby zmianę oferty.

Stanowisko Zamawiającego względem oferty wybranego Wykonawcy nie nosi znamion naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, a raczej jest rezultatem treści złożonej oferty, która w sposób niebudzący wątpliwości w: „Opisie przedmiotu oferty” nakierowana jest bezpośrednio na Zamawiającego. Zarzuty wskazane w środkach ochrony prawnej odnośnie

oferty wybranej względem opisy przedmiotu oferty (str. od 37 do 56 oferty) nie były przedmiotem oceny przez Zamawiającego, gdyż odnoszą się do części I, w której wykonawca wybrany w części II był wykluczony z uwagi na spełnienie wykazania się wymaganym doświadczeniem dla tej części. Pozostałe zarzuty odnośnie zapisów ze str. 58, 66, 78 oraz 80 nie noszą znamion ofert wariantowej, czy też sprzecznej z treścią SIWZ, gdyż wskazują tylko i wyłącznie na możliwość dodatkowego doposażenia, np.: „do połączenia z ciągnikiem zestawów środków transportu można używać również ciągło przejściowe łamane”. Ponadto, na brak naruszenia zasady równego traktowania uczestników postępowania wskazuje porównanie dokonane podczas rozpatrywania poprzedniego zarzutu.

Odnośnie zarzutu stwierdzenia przez Zamawiającego braku w ofercie Protestującego odniesienia się do wszystkich warunków technicznych zawartych w SIWZ, w szczególności w zakresie dodatkowego wyposażenia ciągnika spalinowego, skład orzekający Izby uznał niniejszy zarzut za uzasadniony.

Zamawiający określił w Rozdz. I pkt 10 ppkt 13, iż oferta musi obowiązkowo zawierać m.in.: e) opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający jego zgodność z warunkami technicznymi przedstawionymi w niniejszej SIWZ, f) podpisane „Istotne postanowienia umowy” (Rozdział IV SIWZ). Dodatkowo w Rozdz. II podrozdz. I i II pkt 1.16 - 1.18 SIWZ wskazano, iż: „W skład wyposażenia ciągnika spalinowego wchodzi po 2 szt. ciągien do połączenia z każdym z poniższych zestawów transportowych, będących aktualnie w posiadaniu kopalni: HZ II 120/60 SR, belka MHZZ8-DUO, wciągniki przejezdne WPT 3.0 h, belka transportowa GHB 50 kN/H. Wyposażenie dodatkowe przedmiotu zamówienia: przyrząd do kontroli i regulacji wtrysków silnika spalinowego, dynamometr elektroniczny TZF20.0 lub równoważny do pomiaru siły uciągu i hamowania ciągnika spalinowego będącego przedmiotem przetargu, umożliwiający pomiar ww. wielkości w pełnym zakresie (0-20t)”. Powyższe, zapisy zostały powtórzone w Rozdz. IV pkt 4.16-4.18 SIWZ, tj. istotnych postanowieniach umowy z miejscem na uzupełnienie odnośnie oferowanego dynamometru elektronicznego.

Zdaniem składu orzekającego Izby, Protestujący składając formularz ofertowy (załącznik nr 1 do SIWZ) na część I i II zamówienia złożył w swej istocie ofertę zgodnie z SIWZ w zakresie – opisu przedmiotu zamówienia oraz dodatkowych postanowień SIWZ: (Rozdz. I pkt 3 oraz Rozdz. I.2 pkt 1 SIWZ). Z kolei, składając niniejszą ofertę złożył ją zgodnie ze szczegółowym opisem technicznym części zamówienia przedstawionym w Rozdziale II SIWZ (Rozdz. I pkt 3 oraz II.2 pkt 2 SIWZ). Złożenie przez Protestującego razem z ofertą – istotnych postanowień umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) – zgodnie z obowiązkiem nałożonym przez Zamawiającego w specyfikacji - mogło stanowić

potwierdzenie jego zgodności z warunkami technicznymi przedstawionymi w niniejszej SIWZ, w szczególności potwierdzenie w ofercie dodatkowego wyposażenia ciągnika spalinowego. Wskazuje na to m.in. zapis SIWZ, iż chodzi o: „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy (Rozdz. I pkt. 16 SIWZ)”.

Zamawiający nie wskazał, że oferta Protestującego zawiera niezgodności z treścią SIWZ we wskazanym zakresie, nie wykazał, że oferowane ciągniki nie zawierają dodatkowego wyposażenia. Trudno jest w tym przedmiocie postawić Protestującemu taki zarzut, bowiem sam Zamawiający w treści SIWZ nie postawił w tym zakresie szczegółowych wymagań co do konieczności opisu wymaganego dodatkowego wyposażenia. Należy w tym miejscu podnieść, iż jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do powyższego stanu rzeczy, to mógł zwrócić się o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 Pzp. Uwzględnienie tego zarzutu, w ocenie składu orzekającego Izby, nie może jednak skutkować uwzględnieniem odwołania, bowiem oferta Protestującego jako oferta wariantowa podlega odrzuceniu z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, jak wskazano powyżej.

Odnosnie zarzutu związanego z nie wykazaniem się wymaganymi referencjami, tj. naruszenia § 1 ust.2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, skład orzekający Izby uznał niniejszy zarzut za zasadny.

Zgodnie z Rozdz. I pkt 6 SIWZ, Zamawiający wymagał w ramach - Wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie wykonawca musi dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, złożenia m.in.: Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie (załącznik nr 3 do niniejszej SIWZ) – pkt 6.2 wskazanego wyżej rozdziału. Ponadto, uregulował, że: „Jeżeli wykonawca składa ofertę na Część I zamówienia wykaz ten musi zawierać co najmniej jedną dostawę ciągnika spalinowego do kolejek podwieszanych, o mocy nie mniejszej niż 120 kW” (ppkt 1.1 niniejszego pkt), a: „Jeżeli wykonawca składa ofertę na Część II zamówienia wykaz ten musi zawierać co najmniej jedną dostawę ciągnika spalinowego do kolejek podwieszanych, o mocy nie mniejszej niż 80 kW” (ppkt 1.2 niniejszego pkt), natomiast: „Jeżeli wykonawca składa ofertę na obie części zamówienia

wykaz musi zawierać co najmniej dostawy określone w ppkt 1.1 i 1.2” (ppkt 1.3 niniejszego pkt).

Skład orzekający Izby podziela stanowisko przedstawione przez Protestującego, a dotyczące dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Powyższe znalazło swoje potwierdzenie także w orzeczeniach KIO – wyrok z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 191/08; wyrok z dnia 15.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 277/08, KIO/UZP 286/08, jak również wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 9.06.2006 r., sygn. akt: II Ca 577/06, który mimo, iż odnosi się literalnie do stosownego aktu wykonawczego, obowiązującego wcześniej, pozostaje nadal aktualny. Sąd Okręgowy we wskazanym orzeczeniu podniósł, że w przepisach rozporządzenia nie ma mowy o treści listów referencyjnych, a w szczególności niedopuszczalna i bezprawna była praktyka zamawiającego, polegająca na domaganiu się od wykonawcy, aby wyłącznie przy pomocy listów referencyjnych o ściśle określonej treści udokumentowali ilość i wartość wykonanych dostaw. Odnośnie zastosowania w tej materii art. 138c ust.1 pkt 2 Pzp, z uwagi na sektorowy charakter Zamawiającego, należy uznać, iż nie jest to niezbędne do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyli brak jest uzasadnienia do żądania innych dokumentów. Wskazany przepis (art. 138c ust.1 pkt 2 Pzp) odnosi się do innych dodatkowych dokumentów, aniżeli tych, o których mowa w przepisach rozporządzenia. Uwzględnienie tego zarzutu nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania z uwagi na konieczność odrzucenia oferty Protestacyjnego.

Względem nie wypełnienia przez Zamawiającego, obowiązku wynikającego z art. 24 ust.3 Pzp, tj. nie podania informacji o wykluczeniu Protestującego (pismo z 14.03.2008 r.), nie wskazania także uzasadnienia prawnego oraz nie wskazania prawidłowej przesłanki odrzucenia jego oferty, tj. art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp., czym Zamawiający naraził Protestującego na utratę prawa do oprotestowania faktycznie dokonanej czynności wykluczenia, skład orzekający Izby uznał niniejszy zarzut za niezasadny. Działania Protestującego, w tym zakresie wyraźnie wskazują, iż nie był on narażony na utratę prawa do oprotestowania faktycznie dokonanej czynności wykluczenia. Ponadto, sama treść uzasadnienia wskazywała jednoznacznie, iż jedną z podstaw odrzucenia oferty, był brak wykazania się w ocenie Zamawiającego stosownym doświadczeniem w związku z brakami w referencjach. Dodatkowo należy zauważyć, iż braki powyższe zostały uznane przez Zamawiającego za usuwalne w trybie art. 26 ust.3 Pzp, a ich faktyczne nie usunięcie wynikało z faktu, że oferta Protestującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu ustalenia wartości zamówienia poprzez nie wskazanie prawidłowej podstawy prawnej, a powołanie się na treść bliżej niesprecyzowanego nieobowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.05.2006 r. w sprawie średniego kursu

złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówienia podstawowego, skład orzekający Izby uznał niniejszy zarzut za nie zasadny.

Protestujący podnosząc ten zarzut nie wykazał uszczerbku w swoim interesie prawnym. Przywołanie przez Zamawiającego nieaktualnego w chwili wszczęcia postępowania rozporządzenia i dokonanie na jego podstawie przeliczenia wartości szacunkowej zamówienia nie miało wpływu na prawidłowość przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nie spowodowało zwiększenia wartości zamówienia do rygorystycznych progów wartościowych przewidzianych w ustawie – 10.000 mln euro) i nie wywoływało negatywnych konsekwencji w sytuacji faktycznej i prawnej Protestującego. Należy tylko zaznaczyć, iż mimo działania Zamawiającego w ramach art. 35 Pzp celowym byłoby dla urealnienia szacunku jego weryfikacja w dniu wszczęcia postępowania.

Odnosząc zarzutu związanego z treścią załącznika druk ZP-17, skład orzekający Izby uznał niniejszy zarzut za niezasadny. Stanowisko przedstawione przez Protestującego, iż Zamawiający nie wskazał w piśmie z 14.03.2008 r., jako podstawy wykluczenia faktu nie spełnienia przez niego warunku dotyczącego wykazu wykonanych dostaw – (załącznik nr 3 do SIWZ), a jedynie braków w treści listu referencyjnego, czego nie uwzględnił druk ZP-17, jest błędne. W ocenie Izby nie ma potrzeby zmiany druku ZP-17, gdyż dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, np.: listy referencyjne mają potwierdzać ze swej istoty zamówienia wskazane w wykazie wykonanych dostaw. W związku z powyższym wskazane pismo, odnosząc się do kwestii referencji, de facto dotyczyło załącznika nr 3 do SIWZ.

W związku z brakiem potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów, orzeczono jak w sentencji, z zastrzeżeniem potwierdzenia się zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Protestującego z powodu braku w ofercie wyposażenia dodatkowego oraz zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Protestującego z powodów braków w referencjach, co jednak – jak wskazano powyżej – wobec stwierdzenia innej podstawy do odrzucenia oferty nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....