

WYROK

z dnia 16 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 grudnia 2011 r.** w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 1 grudnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

- A. Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrotechnicznych „WODKAN” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 61-244 Poznań, ul. Zodiakowa 15 – sygn. akt KIO 2556/11**
- B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „FAMBUD – Jerzy Pietrzak” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 96-100 Skierniewice, ul. Mszczonowska 73 (pełnomocnik – lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 10-418 Olsztyn, ul. Przemysłowa 3, Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska „EKOCOMP” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-293 Warszawa, ul. Gidzińskiego 17 – sygn. akt KIO 2558/11**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Lidzbark Warmiński, 11-100 Lidzbark Warmiński, ul. Świętochowskiego 14**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. MELBUD Spółka Akcyjna, 86-300 Grudziądz, ul. Składowa 4 – w sprawach o sygn. akt: KIO 2556/11 i KIO 2558/11**
- B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „FAMBUD – Jerzy Pietrzak” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach (pełnomocnik – lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska „EKOCOMP” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 2556/11**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2556/11 i oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2558/11 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności – wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz powtórzenie czynności – oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, badania i oceny ofert, z uwzględnieniem tego wykonawcy i złożonej przez niego oferty.
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Lidzbark Warmiński** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „FAMBUD – Jerzy Pietrzak” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach (pełnomocnik – lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska „EKOCOMP” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN”** spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „FAMBUD – Jerzy Pietrzak” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach (pełnomocnik – lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska „EKOCOMP” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2 zasądza od **Gminy Miejskiej Lidzbark Warmiński** na rzecz **Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN”** spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie

**Sygn. akt: KIO 2556/11
KIO 2558/11**

pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Lidzbark Warmiński – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Wykonanie Zadania 1 Rozbudowa i modernizacja miejskiej oczyszczalni ścieków w Lidzbarku Warmińskim wg Warunków Kontraktowych F1DIC (Czerwona Księga), w projekcie pn. „Kompleksowe rozwiązanie gospodarki wodno-ściekowej Gminy Miejskiej Lidzbark Warmiński” w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007-2013* (oznaczenie sprawy: JRP.271.2.2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 19 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S_76-124276, natomiast 14 kwietnia 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://lidzbarkw-um.bip-wm.pl/public/>), na której zamieścił również s.i.w.z.

21 listopada 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu informację o jego rozstrzygnięciu, w szczególności o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu (dalej zwanego również w skrócie „MELBUD”) oraz wykluczeniu z postępowania Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN” spółki z o.o. z siedzibą w Poznaniu i odrzuceniu jego oferty (w tym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp), a także o sklasyfikowaniu w rankingu ofert nieodrzuconych podlegających ocenie według jedyne go kryterium najniższej ceny na drugim miejscu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „FAMBUD – Jerzy Pietrzak” spółkę z o.o. z siedzibą w Skierniewicach (pełnomocnik – lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółkę z o.o., Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska „EKOCOMP” spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanym dalej w skrócie od firmy lidera „Konsorcjum FAMBUD”)

1 grudnia 2011 r. (pismem z 30 listopada 2011 r.) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN” spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie:

1. *Zasad udzielenia zamówień publicznych przez obrazę przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy pzp.*
2. Art. 7; art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4; art. 26 ust. 2a i 3; art. 29 ust. 1 i 2; art. 31; art. 44; art. 87 ust. 1.

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2. Uznania przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał na dzień składania ofert spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na dzień 14 września 2011 r. Z postanowień s.i.w.z. – Instrukcji dla wykonawców, część VI, pkt. 4 wynika, że: *„Za Wykonawcę dysponującego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia uznany zostanie taki, który dysponuje lub będzie dysponować osobami o następujących kwalifikacjach zawodowych uprawniających do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 07.07.1994 r. prawo budowlane (Dz. U. Z 2006 r. nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) lub uprawniających do sprawowania samodzielnej funkcji na podstawie odrębnych przepisów prawa: 4.1. Co najmniej jedną osobę do pełnienia samodzielnej funkcji, jako Kierownika Budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej wydane na podstawie ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub uprawniają do sprawowania samodzielnej funkcji na podstawie odrębnych przepisów prawa oraz posiadają minimum doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika budowy w realizacji, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto. 4.2. Co najmniej jedną osobę do pełnienia samodzielnej funkcji, jako Kierownika Robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub uprawniają do sprawowania samodzielnej funkcji na podstawie odrębnych przepisów prawa, posiadają minimum doświadczenie w sprawowaniu*

funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w realizacji, co najmniej jednej roboty budowlanej. 4.3. Co najmniej jedną osobę do pełnienia samodzielnej funkcji, jako Kierownika Robót w branży elektrycznej z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie: sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych, wydane na podstawie ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub uprawniają do sprawowania samodzielnej funkcji na podstawie odrębnych przepisów prawa, posiadają minimum doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w realizacji, co najmniej jednej roboty budowlanej.

Odwołujący w ofercie zgodnie z powyższymi wymaganiami przedstawił wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu Zamówienia (załącznik nr 6 do IDW), z którego jednoznacznie wynika, iż wskazał Krzysztofa K. na kierownika budowy, Józefa N. na kierownika robót i Grzegorza W. na kierownika robót w branży elektrycznej. Zdaniem Wykonawcy osoby te są zdolne do wykonania zamówienia, gdyż posiadają wymagane kwalifikacje zawodowe oraz minimum doświadczenia w sprawowaniu określonych funkcji i dlatego też oświadczenie wykonawcy dołączone do oferty, jako załącznik o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z dnia 12 września 2011 r., należy uznać za prawdziwe nie dające podstaw do wykluczenia go z postępowania. Prawdą jest, że Zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwość i pismem z dnia 26 października 2011 r., na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia *doświadczenia osób wskazanych na w/w stanowiska*, poprzez uzupełnienie w załączniku *Wykaz osób* informacji dotyczących doświadczenia zawodowego na wzmaganych stanowiskach, chociażby w minimalnym zakresie. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w wykazie osób ponownie umieścił te same osoby, które wskazał wcześniej, uzupełniając ich dane o informacje żądane przez Zamawiającego z zakresu doświadczenia, które potwierdzają spełnienie wymogów określonych w s.i.w.z. na dzień składania ofert. Dodatkowo Odwołujący przedstawił jeszcze w wykazie dwie nowe osoby posiadające stosowne doświadczenie, chcąc podkreślić, że dysponuje szerszą kadrą, niż ta która jest wymagana przez Zamawiającego (tj. Tomasza S. i Agnieszkę A.), którzy również są etatowymi pracownikami Odwołującego się i tym samym także spełniają wymóg określony przez Zamawiającego do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na dzień składania ofert, tj. na dzień 19 września 2011 r. Okoliczności, że uzupełnione dokumenty posiadają datę 28 października 2011 r., nie można interpretować automatycznie jak to czyni Zamawiający, że dopiero na ten dzień został spełniony przez Odwołującego omawiany warunek, albowiem był on już spełniony na dzień

składania ofert, przez trzy wcześniej wskazane osoby, zaś na dzień 28 października 2011 r., wskazano dwie dodatkowe osoby, które również na dzień 14 września 2011 r., były zdolnymi do wykonania zamówienia.

Mając powyższe na względzie, obowiązkiem Odwołującego jest wykazanie się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowaniem osobami zdolnymi przede wszystkim do wykonania zamówienia, a nie do wykazywania się znajomością pewnych procedur stosowanych przy wykonaniu zamówienia. Taki jest sens art. 22 ust. 1 pkt. 2 pzp i Zamawiający nie może wypaczyć sensu tego wymogu, poprzez dowolną interpretację złożonych do oferty dokumentów.

Odwołujący wskazał, iż prawidłowość jego rozumowania znajduje potwierdzenie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej:

1. Wyroku z 17 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1203/11): *Niezłożenie przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wymaganych oświadczeń lub dokumentów nie niesie skutku w postaci automatycznego wykluczenia wykonawcy, a jedynie powoduje obowiązek zamawiającego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą.*
2. Wyroku z 10 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 858/11): *wykonawca może w uzupełnieniu przedkładać dokumenty wystawione czy też poświadczane po dacie składania wniosków. Istotne jest jednak, by z dokumentów tych wynikało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu na datę składania wniosków. Inna interpretacja art. 26 ust. 3 ustawy pzp powodowałaby, iż przepis ten traciłby praktyczne znaczenie.*
3. Wyroku z 16 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 474/11): *Co do zasady możliwe jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez dokumenty wystawione po terminie składania ofert, jednak wyłącznie pod warunkiem, że dokumenty te potwierdzają stan przypadający nie później niż na dzień składania ofert. Ta możliwość nie ma praktycznego zastosowania w przypadku informacji z Krajowego Rejestru Karnego, które nie potwierdzają stanu „historycznego”, lecz stwierdzają fakt niefigurowania w kartotece karnej na dzień ich wydania, (tj. na dzień zamieszczenia adnotacji urzędowej na zapytaniu).*
4. Wyroku z 23 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 293/11): 1. *Zgodnie z § 26 ust. 3 p.z.p. uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert – (...) nie oznacza to, że mają być wystawione przed tą datą.* 2. *akceptowany jest pogląd o dopuszczalności uzupełnienia na wezwanie zamawiającego w celu wykazania się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia czy potencjału – nowym, nie zaprezentowanym wcześniej w wykazach załączonych do oferty, zrealizowanym zadaniem czy nową osobą*

posiadającą odpowiednie kwalifikacje.

5. Wyroku z 4 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO 622/08): *Skoro na podstawie art. 26 ust. 3 P.z.p. dopuszcza się do uzupełnienia dokumentów, jeżeli ich wcześniej nie złożono albo zawierają błąd, to nie można odmówić wykonawcy prawa do przedłożenia, w wyniku wezwania, uprawnień dla nowej osoby, jeżeli uprawnienia wcześniej załączone nie spełniały wymogów SIWZ. (...) nawet przedstawienie uprawnień dla osoby nie ujętej w wykazie załączonym do oferty, nie jest zmianą treści oferty, uprawnienia te bowiem nie są treścią oferty, lecz dokumentem potwierdzającym warunek udziału w postępowaniu.*

Odwołujący podniósł, iż bezprawna jest także druga podstawa jego wykluczenia przyjęta przez Zamawiającego w oparciu o art. 87 ust. 1 pzp. Jest rzeczą bezsporną, że na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedłożył zestawienia podstawowych urządzeń technologicznych wg załącznika nr 8a i 8b, podając niezbędne parametry techniczne wymaganych urządzeń oraz wskazując ewentualnych przyszłych producentów i dostawców. Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że: *powyższe braki nie kwalifikują się do wyjaśnienia, ponieważ następstwem wyjaśnień byłoby uzupełnianie dokumentów prowadzące do zmiany zaoferowanego w ofercie produktu – urządzenia, co jest złamaniem normy wyrażonej w art. 87 ust. 1 ustawy pzp.*

W przypadku określenia przedmiotu zamówienia jako wykonanie robót budowlanych Zamawiający winien dokonać opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o prawidłowo sporządzoną dokumentację projektową umożliwiającą uzyskanie zakładanych przez Zamawiającego parametrów pracy przedmiotu zamówienia, co bezpośrednio wynika z przepisu art. 31 ust. 1 pzp. Sposób opisanie przedmiotu zamówienia jest kwestią kluczową dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Poglądy te ugruntowane są przez bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności:

1. W wyroku z 29 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 113/07): *Opisanie przedmiotu zamówienia musi być przede wszystkim jednoznaczne.*
2. W wyroku z 7 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 43/08): *Niestaranne i niejasne zapisy SIWZ nie mogą być interpretowane w sposób niekorzystny dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za błędy Zamawiającego.*
3. W wyroku z dnia 7 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1579/09): *Nieuprawnione byłoby obarczanie wykonawcy negatywnymi konsekwencjami czynności dokonanych przez Zamawiającego wbrew przepisom p.z.p.*
4. W wyroku z 20 czerwca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 540/08 i KIO/UZP 541/08): *Zamawiający nie może przerzucić na wykonawców obowiązku opracowywania czy weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia, szczególnie w trybie przetargu*

nieograniczonego.

5. W wyroku z 22 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 821/08): *Zamawiający nie może przetrzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ustawy PZP.*
6. W wyroku z 14 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 412/08 i KIO /UZP 424/08): *1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie którego wykonawcy przygotowują oferty. 2. Oferty muszą być zgodne z wymaganiami wskazanymi w specyfikacji, aby ściśle odpowiadać potrzebom Zamawiającego. Wymogi te w szczególności w przypadku zamówień specjalistycznych, powinny zostać opisane w specyfikacji szczegółowo. Powinna ona zawierać wszelkie wymagania i okoliczności mające wpływ na treść oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), a jednocześnie być tak precyzyjna i jednoznaczna, aby zarówno wykonawcy, jak i sam Zamawiający interpretowali jej zapisy w jednakowy sposób. 3. wykonawcy nie mogą domyślać się lub wnioskować z ogólnej wiedzy dotyczącej instytucji Zamawiającego, jakie parametry musi spełniać przedmiot zamówienia – muszą być one jednoznaczne i wyczerpująco opisane w specyfikacji, tak aby nie wprowadzać w błąd wykonawców. Wnioskowanie o zamiarze zamawiającego z innych przesłanek niż treść specyfikacji, tj. np. na podstawie wiedzy technicznej czy logiki skutkowałoby dowolnym określaniem przedmiotu danego zamówienia.*

Jeżeli powyższe orzecznictwo skonfrontuje się z tezą zawartą w wyroku z 1 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1071/11): *Zamawiający nie ma prawa narzucać wykonawcom podanie w ofercie określonego typu maszyny czy urządzenia oraz producenta, ale może żądać zamieszczenia tych danych w ofercie wykonawcy. Jest to praktyka stosowana i umożliwia wykonawcy podanie dowolnej maszyny, urządzenia i producenta zgodnej jednak z wymaganiami SIWZ – to wówczas jest rzeczą oczywistą, że przedłożone przez Odwołującego zestawienia są prawidłowe i wystarczające, i nie naruszają w żaden sposób art. 87 ust. 1 pzp*

Reasumując zdaniem Odwołującego nie istniały podstawy prawne, ani faktyczne do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy oferent przedstawił doświadczoną i kompetentną osobę do pełnienia funkcji kierownika kontraktu, a także w sytuacji gdy brak precyzyjnych zapisów s.i.w.z. co do sposobu opisu wymogu i sposobu jego oceny i dlatego też złożona przez niego oferta była prawidłowa i winna być wybrana.

Również 1 grudnia 2011 r. (pismem z tej daty) Konsorcjum FAMBUD wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii

Zamawiającemu) od zaniechania odrzucenia oferty MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający w oparciu o art. 38 ust. 4 pzp 20 lipca 2011 r. dokonał modyfikacji treści s.i.w.z. poprzez wprowadzenie wymagania złożenia wraz z ofertą załączników oznaczonych nr 8a *Zestawienie podstawowych urządzeń technologicznych* i 8b *Zestawienie podstawowych urządzeń technologicznych (do uzupełnienia przez wykonawcę)*. Wskazane załączniki stanowią treść złożonej oferty i stanowią szczegółową informację o oferowanych podstawowych urządzeniach technologicznych, umożliwiając Zamawiającemu dokonania oceny zgodności parametrów oferowanych urządzeń z wymaganiami zawartymi w treści s.i.w.z. Nie stanowią one dokumentów w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt. 2 pzp, gdyż te określone zostały enumeratywnie w wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 pzp rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Warunkiem żądania takich dokumentów jest ich ścisłe określenie i wymienienie już na etapie ogłoszenia o wszczęciu postępowania. Wymagane przez Zamawiającego informacje zawarte w załączniku nr 8b dotyczące nie mieszczą się w zakresie dokumentów określonych art. 25 ust. 1 pzp, zatem podjęta przez Zamawiającego czynność wezwania Wykonawcy MELBUD do złożenia wyjaśnień złożonych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 pzp jest nieuprawniona i wadliwa. Przyjmując nawet, iż Zamawiający mógł dokonać czynności wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, to czynność ta nie może być czynnością pozorną i prowadzić w konsekwencji do zmiany treści złożonej oferty lub jej uzupełnienia, jak, w ocenie Odwołującego, miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. Zamawiający umożliwił Wykonawcy MELBUD uzupełnienie i skorygowanie zawartej w załączniku nr 8b informacji dotyczącej pozycji *Budynek krat. ob. 4*, pozycja 3.1 *Zespół do odwadniania i rozdrabniania skratek* oraz w zakresie wymaganego uszczelnienia pomp wykonanego z węgla wolframu. W wyniku wyjaśnienia nastąpiło uzupełnienie informacji stanowiącej treść złożonej oferty.

Zawarte przez Wykonawcę MELBUD w treści załącznika nr 8b informacje nie

zawierają określenia typu oferowanych urządzeń, co umożliwiłoby Zamawiającemu dokonanie szczegółowego badania oferty w zakresie zgodności z postawionymi wymogami, a parametry techniczne wypełnione w kolumnie 3 nie odzwierciedlają rzeczywistych parametrów technicznych wynikających z dokumentacji techniczno ruchowej („DTR”), instrukcji montażu bądź innych dokumentów wystawianych przez producenta. Przykładem takiej sytuacji są poz. 4.1, poz. 8.1, poz. 9.1, poz. 11.1, poz. 12.1, poz. 24.1, poz. 25.1, poz. 26.1, poz.28.1, poz.29.1, poz.32.1. Podane przez wykonawcę parametry techniczne oferowanych urządzeń zostały podane metodą „kopiuj i wklej”, nie są odzwierciedleniem rzeczywistych parametrów. Przykładem braku możliwości określenia urządzenia może być np. poz. 8.1, gdzie wykonawca wskazał jako producenta ABS oraz określił parametry techniczne $N_s=2,5$ kW i $n=$ ok. 475 obr/min, przy masie mieszadła około 65 kg. Pomimo podjętej próby identyfikacji mieszadła o wskazanych parametrach technicznych produkowanych przez firmę ABS w udostępnionych danych technicznych dla różnych typów wytwarzanych mieszadeł, brak takiego mieszadła w katalogu tego producenta. Powyższe może wskazywać na brak analizy parametrów technicznych oferowanego rozwiązania oraz zaoferowanie mieszadła, które jest nie produkowane. Jako dowód Odwołujący załączył do odwołania „Instrukcję obsługi” mieszadeł ABS napędzanych silnikami zatapialnymi, zawierającą parametry mieszadeł produkowanych przez ABS. Brak określenia typu urządzenia uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie weryfikacji i oceny poprawności zaoferowania danego typu urządzenia. Odwołujący podniósł także, iż MELBUD w poz.15.1 załącznika nr 8b wskazał jako producenta zespołu wirówki odwadniającej PEK-MONT sp. z o.o., pomimo iż wskazany podmiot nie jest producentem takich urządzeń. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu do wyroku z 28 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 321/11) zauważyła, że: *Przechodząc do uzasadnienia poglądu Izby w przedmiotowej kwestii przede wszystkim trzeba wyrazić opinię, iż kluczowe znaczenie dla oceny, czy treść oferty odpowiada treści siwz, przyznać należy przedłożonym przez wykonawcę dokumentom. To na ich podstawie Zamawiający weryfikuje, czy oferowane dostawy są zgodne z wymaganiami postawionymi w siwz. (...).* Mając powyższe na uwadze, brak wskazania w treści oferty typów poszczególnych urządzeń oraz podanie parametrów technicznych urządzeń, które nie znajdują potwierdzenia w ofercie handlowej producentów, DTR, jak również wskazanie producenta oferowanego zespołu wirówki odwadniającej, która nie jest przez tego przedsiębiorcę produkowana, wskazuje, wobec wymagań określonych treścią siwz, iż treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią si.w.z., a zaniechanie odrzucenia tej oferty narusza postanowienia art.89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zamawiający odmiennie traktował wykonawców podczas badania i oceny ofert. Podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt. 2 pzp złożonej przez Wykonawcę

WODKAN był brak wskazania w treści załącznika nr 8b typów oferowanych urządzeń. Zamawiający wskazał, iż brak wskazania typów oferowanych urządzeń nie kwalifikuje się do wyjaśnienia, ponieważ następstwem wyjaśnień byłoby uzupełnienie dokumentów prowadzące do zmiany zaoferowanego w ofercie produktu – urządzenia, co jest złamaniem normy wyrażonej w art. 87 ust.1 pzp. Pomimo wyrażonego stanowiska i podjętej czynności odrzucenia tej oferty wobec braku określenia w treści załącznika nr 8b typów urządzeń – Zamawiający tej samej czynności nie dokonał wobec uznanej za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy MELBUD, przy zjściu identycznych okoliczności stanowiących podstawę do jej odrzucenia. Zamawiający w podobnych okolicznościach wezwał do wyjaśnień, a w konsekwencji odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp ofertę złożoną przez konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie i ABT sp. z o.o. i Wspólnicy – spółka komandytowa z siedzibą w Częstochowie. Pomimo zaistnienia tych samych i identycznych okoliczności stanowiących podstawę do odrzucenia oferty, Zamawiający preferował Wykonawcę, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą. W ocenie Odwołującego w celu zachowania fundamentalnej zasady zachowania uczciwej konkurencji wynikającej z treści art. 7 ust. 1 pzp, niedopuszczalne jest dokonywanie przez Zamawiającego oceny i badania ofert w sposób odmienny i także odmienne traktowanie poszczególnych wykonawców.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 1 i 2 grudnia 2011 r. (z przekazaniem kopii odwołań wniesionych przez WODKAN i Konsorcjum FAMBUD) wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili 5 grudnia 2011 r.:

– MELBUD – zarówno w sprawie o sygn. akt KIO 2556/11, jak i w sprawie o sygn. akt KIO 2558/11

– Konsorcjum FAMBUD – w sprawie o sygn. akt KIO 2556/11.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony w obydwu sprawach oraz dokonania zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania ich kopii Stronom danego postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tych Wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestników tego postępowania (Przystępujących), w sprawach, w których zgłosili swoje przystąpienia.

W przystąpieniu do sprawy KIO 2556/11 Przystępujący MELBUD wskazał, iż wskazany załącznikiem nr 6 potencjał osobowy Odwołującego w sposób oczywisty nie

potwierdza spełniania warunku potencjału osobowego określonego postanowieniami IDW. Odwołujący WODKAN w uzupełnieniu wskazał dwie dodatkowe osoby, ale z datą ich dyspozycji 28 października 2011 r., czyli po terminie składania ofert, co powoduje, iż uwagi na przepis art. 26 ust. 3 pzp nie mogło zostać ono uznane za skuteczne. Ponieważ w załączniku 8b Odwołujący WODKAN dla tego samego urzędnika w kilku pozycjach wskazał po kilku producentów, nie wskazując przy tym typów urządzeń technologicznych, złożył ofertę wariantową, której Zamawiający nie dopuszczał. Nie potwierdził w ten sposób zgodności oferty z wymaganiami IDW w zakresie technologii urządzeń. Dalsze wyjaśnienia tej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 naruszyłyby normę tego przepisu, tym samym odrzucenie oferty było konieczne.

Natomiast w przystąpieniu do sprawy KIO 2556/11 Przystępujący MELBUD podniósł, iż popiera zastosowaną przez Zamawiającego instytucję wyjaśnienia jego oferty w zakresie załącznika nr 8b, potwierdzającego zastosowanie właściwych urządzeń w wymaganej technologii. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia wykonawczego o dokumentach w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia. Zamawiający ma uprawnienie ustawowe o żądanie wyżej wymienionego dokumentu – opisu urządzeń technicznych, co jest także zgodne z art. 25 ust. 1 pkt. 2 pzp, gdyż zostało to wskazane w s.i.w.z. Tym samym, zgodnie z art. 26 ust. 4 pzp dany dokument podlega obowiązkowej instytucji jego wyjaśnienia.

W załączniku 8b Przystępujący wskazał urządzenia technologiczne o wymaganych przez Zamawiającego parametrach technicznych. Podnoszona przez Odwołującego niezgodność oferty MELBUD w zakresie parametrów technicznych urządzeń w poz. 4.1, poz. 8.1, poz. 9.1, poz. 11.1, poz. 12.1, poz. 24.1, poz. 25.1, poz. 26.1, poz. 28.1, poz. 29.1 i poz. 32.1. nie ma żadnego uzasadnienia stanu faktycznego ze względu na to, że: po pierwsze – producenci urządzeń nie ujmują w swoich ofertach handlowych całej swojej gamy produktów urządzeń, które mogą wyprodukować; po drugie – producenci urządzeń na poszczególne zamówienia odbiorców dostosowują parametry techniczne tych urządzeń pod konkretne potrzeby odbiorców; po trzecie – *producenci urządzeń w zakresie zespołów i podzespołów poszczególnych wytwarzanych urządzeń korzystają z całej gamy możliwości instrumentów handlowych w zakresie podwykonawstwa i dostaw*. Tym samym zarzucane niezgodności w parametrach technicznych wskazanych urządzeń nie mają żadnego uzasadnienia faktycznego, ponieważ Przystępujący jest w stanie pozyskać urządzenia wskazane

załącznikiem 8b od podanych producentów w wymaganych parametrach technicznych. Zarzut, że PEK-MONT sp. z o.o. nie jest producentem zespołu wirówki odwadniającej jest również chybiony, gdyż został wskazany jako producent całego układu, jakim jest zespół wirówki odwadniającej, w skład którego wchodzi, oprócz samej wirówki, również rurociągi osadu, rurociągi polielektrolitu ze stali kwasoodpornej wraz z kompletną armaturą i przystosowaniem istniejącej instalacji polielektrolitu. Nadto niniejsze zamówienie realizowane będzie zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC (Czerwona Księga), a zgodność oferowanych parametrów urządzeń będzie rozpatrywana na etapie składania wniosków materiałowych do Inżyniera Kontraktu.

W swoim przystąpieniu do sprawy KIO 2556/11 Przystępujący Konsorcjum FAMBUD stwierdził, iż nie doszło do naruszenia zarzucanych przez Odwołującego WODKAN przepisów pzp, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, w odniesieniu do czynności związanych z badaniem i oceną złożonej przez tego Wykonawcę oferty. Przystępujący podniósł analogiczną, jak we własnym odwołaniu, argumentację odnośnie charakteru prawnego załącznika nr 8 do IDW, niebędącego dokumentem w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, lecz stanowiącego wymaganą treść oferty ze szczegółową informacją o oferowanych podstawowych urządzeniach technologicznych. Zdaniem Przystępującego Zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał Odwołującego WODKAN do uzupełnienia dokumentów w zakresie oferowanych urządzeń wymienionych w załączniku nr 8, gdyż oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp już przed podjęciem tej czynności, wobec braku złożenia załącznika nr 8a i 8b. Tym samym wobec niewykazania się w treści oferty spełnieniem warunków udziału w postępowaniu Odwołujący WODKAN podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

Nawet w złożonym uzupełnieniu dokumentów Odwołujący WODKAN nie wskazał jednoznacznie, jakie urządzenia oferuje i konkretnie którego producenta urządzenie jest oferowane. Wskazanie dla jednego urządzenia kilku producentów jest sprzeczne z wymaganiami treści s.i.w.z. i uniemożliwia dokonanie oceny zgodności oferowanych urządzeń z jej wymaganiami. Natomiast wskazane w kolumnie trzeciej identyczne parametry techniczne dla różnych producentów w praktyce nie mogą mieć miejsca, gdyż każdy z producentów oferuje innego rodzaju urządzenia, takie jak pompy, mieszadła itp., różniące się zarówno parametrami technicznymi, jak i standardem ich wykonania, np. sposobem uszczelnienia i stosowaniem odmiennych materiałów. Wskazanie w treści oferty dla jednego urządzenia kilku producentów oznacza złożenie oferty wariantowej, której Zamawiający nie dopuścił. W ocenie Przystępującego poprzez wskazanie dla jednego konkretnego urządzenia kilku producentów Odwołujący winien na etapie złożenia oferty udowodnić Zamawiającemu, iż oferowane dane urządzenie każdego producenta spełnia wymagania

określone treścią s.i.w.z. Niezależnie od powyższego Odwołujący w treści uzupełnionego załącznika nr 8 b, między innymi w poz. 4.1, poz. 8.1, poz. 9.1, poz. 11.1, poz.12.1, poz. 24.1, jako producenta wskazał Tiga Pumps, który jest przedstawicielem handlowym, a nie producentem wskazanych w tych pozycjach urządzeń. Również brak wskazania w treści załącznika nr 8 b określonych typów oferowanych urządzeń uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie badania i oceny ich zgodności z wymaganymi parametrami zawartymi w treści specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Zamawiający nie wniósł przed rozprawą pisemnie ani ustanie do protokołu odpowiedzi na którekolwiek z odwołań.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych i wpisy zostały uiszczone przez każdego z Odwołujących – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i braku zgłoszenia w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu przez Strony, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący poparli wniesione odwołania, Zamawiający wniósł o ich oddalenie, a Przystępujący w danej sprawie poparli jego stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpień, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby obydwaj Odwołujący mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż każdy z nich złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie podjęte lub zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia lub odrzucenia objęte zarzutami poszczególnych odwołań, narażają każdego z Odwołujących na szkodę z powodu utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z ze zmianami i udzielonymi wyjaśnieniami, ofert złożonych przez WODKAN, MELBUD i Konsorcjum FAMBUD, pism Zamawiającego kierowanych do tych Wykonawców i pism przesłanych przez nich w odpowiedzi, a także innych pism i dokumentów, które zostały wspomniane w treści niniejszego uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

Izba wzięła również pod uwagę następujące pisma i dokumenty złożone w toku rozprawy, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań:

- 1) Oświadczenie Odwołującego z 12 grudnia 2011 r. (1 strona);
- 2) Ofertę handlową PEK-MONT sp. z o.o. dla MELBUD S.A. z 18 maja 2011 r. dotyczącą Instalacji odwadniania i higienizacji osadu (3 strony);
- 3) Oświadczenie Cardo Flow Solutions Poland sp. z o.o. z 12 grudnia 2011 r., podpisane przez Marcina J. – Dyrektora Handlowego (1 strona);
– złożone przez Przystępującego MELBUD na dowód, iż wskazane w załączniku nr 8 b urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego;
- 4) Oferta handlowa zatapialnych pomp i mieszadeł produkcji ABS z 20 czerwca 2011 r. (3 strony) – złożona przez Odwołującego Konsorcjum FAMBUD na dowód braku możliwości zastosowania przez przystępującego urządzeń marki ABS o parametrach wskazanych przez niego w załączniku 8b.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2556/11 – podlega uwzględnieniu, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2558/11 – podlega oddaleniu.

I. Zarzuty odwołania WODKAN naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp i innych przepisów wskazanych w odwołaniu przez wykluczenie Odwołującego WODKAN z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zamawiający bezpodstawnie i przedwcześnie dokonał wykluczenia Odwołującego WODKAN na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zarówno posiadania wiedzy i doświadczenia, jak i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający przedstawił następujące wspólne dla obu tych warunków uzasadnienie faktyczne swojej decyzji: *Załączone dokumenty, wystawione z datą 28 października 2011 r. nie potwierdzają spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na dzień składania ofert, tj. na dzień 14 września 2011 r. Uzupelnione dokumenty (...) nie spełniają więc warunku zawartego w art. 26 ust. 3 ustawy (...), że złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął (...) termin składania ofert tj. w dniu 14.09.2011 r.*

Zgodnie z pkt. 3 części VI Instrukcji dla wykonawców (zwanej dalej w skrócie „IDW”): *Za Wykonawcę posiadającego niezbędną wiedzę i doświadczenie Zamawiający uzna takiego, który w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykaże się posiadaniem doświadczeniem w wykonywaniu, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.* WODKAN załączył pierwotnie do oferty wykaz sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do IDW, zawierający 1 pozycję opisaną w następujący sposób: [kolumna *Rodzaj robót budowlanych*] *Budowa i przebudowa oczyszczalni ścieków*; [kolumna *Wartość, za którą kolumna Wykonawca był odpowiedzialny*] *12.098.122,56 zł brutto*; [kolumna *Daty wykonania (data zakończenia – dzień, miesiąc, rok)*] nic nie wpisano; [kolumna *Miejsce wykonania*] *Gmina Długoleka*. Do wykazu załączono *List referencyjny z 7 maja 2010 r.* wystawiony WODKAN przez Envirotech spółkę z o.o. z siedzibą w Poznaniu jako Generalnego Realizatora Inwestycji. Pismem z 26 października 2011 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 pzp – wezwał WODKAN do wyjaśnienia, czy wykazane w załączniku „Wykaz wykonanych robót budowlanych” zadanie, obejmuje wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto. Zamawiający zajął stanowisko, iż z przedstawionego wykazu oraz listu referencyjnego nie wynika potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż wynika z nich w szczególności, że Przedsiębiorstwo WODKAN „pełniło funkcję generalnego dostawcy wszystkich materiałów, urządzeń i sprzętu

oraz koordynatora podwykonawców (za wyjątkiem robót elektrycznych i automatyki” oraz „wykonało również część robót przygotowawczych oraz dokonało rozruchu mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości maksymalnej do 2100 m³/d”. W zakreślonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący w piśmie z 27 października 2011 r. złożył między innymi następujące wyjaśnienia: *Niezależnie od treści referencji nasza spółka była de facto generalnym podwykonawcą całej inwestycji w Mirkowie. (...) zapewniła kierownika budowy, kierownika kontraktu i 2 kierowników robót. (...) W związku z powyższym inwestycję wykonuje w istocie ten podmiot, który zapewnia kierownika budowy. PPRI-H WODKAN Sp. z o.o. w istocie koordynował całość robót budowlanych wykonywanych przez podwykonawców, dostarczał materiały i urządzenia oraz przygotowywał dokumenty odbiorowe, jako generalny podwykonawca stąd treść referencji. Zgodnie z § 7 ust. 1 w/w umowy nasza spółka otrzymała wynagrodzenie w wys. 9.835.872,00 zł netto plus VAT, czyli 12.098.122,56 zł brutto. Wartość zamówienia publicznego udzielonego spółce „Envirotech” wyniosła: 11.749.120,32 zł netto, co potwierdza, że to „Wodkan” wykonał prawie całą inwestycję. Oprócz tego Odwołujący w piśmie tym wskazał, iż jednocześnie na potwierdzenie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przesyłam w załączeniu referencję potwierdzającą wykonanie oczyszczalni ścieków wraz z rurociągami dla zakładu CYKORIA S.A. w Wierzchosławiacach, na kwotę 12.300.000,00 netto wykonanej przez nas jako generalny wykonawca, która również spełnia wymogi udokumentowania odpowiedniego doświadczenia do realizacji przedmiotowego kontraktu. Do pisma została załączona wspomniana referencja z 2 czerwca 2009 r. oraz uzupełniony Wykaz wykonanych robót budowlanych, opatrzony datą 28 października 2011 r., w którym w poz. 1 uzupełniono 4 kolumnę o datę wykonania 09.2008-12.2009, oraz dopisano poz. 2: *Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków; 15.006.000,00 zł brutto; 2003-2007; Wierzchosławice.**

Zamawiający podał dodatkowo następujące uzasadnienie wykluczenia za niespełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia: *Wykonawca nie wyjaśnił w sposób pozwalający na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia. Wykonawca dodatkowo uzupełnił ofertę w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez wykazanie dodatkowego obiektu spełniającego warunki wiedzy i doświadczenia, wykazanego w dostanym w odpowiedzi na wezwanie Załączniku Nr 5 „Wykaz wykonanych robót budowlanych” oraz referencjach. Złożony wykaz został opatrzony datą 28.10.2011 r., co oznacza, że na dzień składania ofert tj. 14.09.2011 r. Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.*

Skład orzekający Izby zważył, iż w tych okolicznościach faktycznych podjęta przez Zamawiającego decyzja nie może być uznana za prawidłową. Po pierwsze, Zamawiający nie

tylko w uzasadnieniu wykluczenia w enigmatyczny sposób odniósł się do udzielonych przez WODKAN wyjaśnień, ale również na rozprawie nie był w stanie odpowiedzieć, z jakich konkretnie powodów uznał je za niewystarczające. Skoro Zamawiający w przytoczonych powyżej okolicznościach domagał się wyjaśnień, to musiał uznać, iż mogą one rozwiązać jego wątpliwości, w przeciwnym razie wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 pzp nie miałoby żadnego sensu, a należało od razu wezwać do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Po drugie, Zamawiający nie podał żadnych merytorycznych podstaw nieuwzględnienia dodatkowej roboty budowlanej wskazanej przez WODKAN. Z uzasadnienia wykluczenia wynika, iż niezależnie od treści wykazu i referencji (wystawionej 2 czerwca 2009 r.), których treść wskazuje na robotę budowlaną dotyczącą rozbudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków o wartości ponad 15 mln zł, zrealizowaną w okresie 2003-2007 w Wierchosławicach – wyłącznie opatrzenie uzupełnionego wykazu datą po terminie składania ofert była podstawą do jej nieuwzględnienia. Tymczasem na rozprawie Zamawiający deklarował znajomość i akceptację stanowiska (wyrażonego między innymi w przytoczonych za odwołaniem WODKAN orzeczeniach KIO), iż dokumenty złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia mogą być wystawione z datą po terminie składania ofert, jeżeli tylko z ich treści wynika spełnianie warunków udziału na ten dzień. Jednocześnie na rozprawie Zamawiający oświadczył, iż nie oceniał merytorycznie uzupełnienia wykazu i nowej referencji, jako złożonych z własnej inicjatywy przez WODKAN, gdyż wezwanie dotyczyło jedynie wyjaśnień. Stanowisko to jest niespójne z uzasadnieniem wykluczenia, z którego literalnej treści wynika nie tylko wzięcie pod uwagę rezultatów tego samorzutnego uzupełnienia, ale wręcz jego pozytywna ocena merytoryczna jako *wykazanie dodatkowego obiektu spełniającego warunki wiedzy i doświadczenia*. W rezultacie w ocenie składu orzekającego Izby, o ile nie wiadomo czym w istocie kierował się Zamawiający stwierdzając niepotwierdzenie przez Odwołującego WODKAN spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, o tyle przyczyny ujawnione w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania w żaden sposób nie uzasadniają podjętej decyzji, którą należy uznać za co najmniej przedwczesną.

Skład orzekający Izby ustalił, iż zacytowane powyżej za odwołaniem WODKAN brzmienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – odpowiada brzmieniu postanowienia pkt. 4 części VI IDW. WODKAN załączył pierwotnie do oferty wykaz sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do IDW, w którym odręcznie wpisano 3 osoby: Krzysztofa K., jako kierownika budowy, Józefa N., jako kierownika robót i Grzegorza W., jako kierownika robót w branży elektrycznej (stanowiska wynikające z kolumny 4. *Zakres wykonywanych czynności*). W wykazie zostały wypełnione także kolumny: 3. *Wykształcenie*, 6. *Uprawnienia (zakres, nr)* i 7. *Informacja o podstawie do*

dysponowania osobami – natomiast pozostawiono bez zmian kolumnę 5., w którą Zamawiający wkleił treść warunku z pkt. 4.1-4.3. części VI IDW. Wspomnianym pismem z 26 października 2011 r. Zamawiający, w tym przypadku działając na podstawie art. 26 ust. 3 pzp – wezwał WODKAN do uzupełnienia doświadczenia osób wskazanych na w/w stanowiska, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zawartych w części VI punkt 4 IDW. Zamawiający zajął stanowisko, iż w załączniku „Wykaz osób” nie podano informacji dotyczących doświadczenia zawodowego na wymaganych stanowiskach dla wskazanych osób tj. informacji o posiadaniu wymaganej praktyce zawodowej w kierowaniu robotami budowlanymi na wymaganym stanowisku (...). W odpowiedzi Odwołujący do swojego pisma z 27 października 2011 r., w którym nadmienił, iż przesyła poprawiony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, załączył wykaz opatrzony datą 28 października 2011 r., uzupełniony o: po pierwsze, następujące informacje w kolumnie 5. *Doświadczenie*: Krzysztof K. – *Kierownik budowy przy rozbudowie oczyszczalni ścieków w Mirkowie gm. Długołęka o wartości 12.098.122,56 brutto*, Józef N. – *Kierownik robót przy modernizacji oczyszczalni ścieków w Dopiewie*, Grzegorz W. – *Kierownik robót przy budowie oczyszczalni ścieków w Kleszczowie, Kierownik robót przy budowie oczyszczalni ścieków w Szczercowie*; po drugie – wpisane dodatkowo osoby: Tomasz S., dla funkcji kierownika budowy oraz Agnieszkę A., dla funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. W stosunku do obu tych osób wskazano, jako podstawę dysponowania, umowę o pracę, a dla pierwszej z nich wpisano doświadczenie kierownika budowy zdobyte przy rozbudowie i modernizacji oczyszczalni ścieków w Wierzchosławicach dla CYKORIA S.A. o wartości 15.006.000,00 zł brutto.

W tym przypadku Zamawiający podał dodatkowo następujące uzasadnienie wykluczenia za niespełnianie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: *Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia dodatkowo uzupełnił ofertę, wykazując dodatkowe osoby, wykazane w dostanym Załączniku Nr 6 (...). Złożony wykaz został opatrzony datą 28.10.2011 r., co oznacza, że od tego dnia Pan Tomasz S. i Pani Agnieszka A. znajdują się w dyspozycji Wykonawcy. Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.*

Skład orzekający Izby zważył, iż w tych okolicznościach faktycznych również ta podjęta przez Zamawiającego decyzja nie może być uznana za prawidłową. Po pierwsze, Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odniósł się wyłącznie do osób nowo wskazanych, w ogóle nie odnosząc się do uzupełnionych przez WODKAN informacji w stosunku do osób ujętych od początku w wykazie. Zważając na wskazany powyżej pogląd Zamawiającego

zajęty na rozprawie, nie może zostać uznana za wystarczającą argumentacja odwołująca się wyłącznie do mechanicznego zestawiania dat: terminu składania ofert i podpisania uzupełnionego wykazu, gdyż nie jest ona adekwatną w stosunku do osób wskazanych już w terminie składania ofert. Dopiero na rozprawie Zamawiający zaczął konstruować *ad hoc* argumentację, iż z uwagi na brak podania dat, nie wiadomo, czy doświadczenie wynikające z inwestycji dopisanych przy tych osobach w wyniku uzupełnienia, nie zostało uzyskane po terminie składania ofert. Zamawiający przy tym sam wskazał na rozprawie, iż nie wymagał by doświadczenie osób zostało uzyskane przy inwestycjach zakończonych. W ocenie składu orzekającego Izby ponieważ wpisane w uzupełnionym wykazie doświadczenie jest uzupełnieniem informacji dotychczas zawartej w wykazie – logicznym jest wniosek, iż tak skonkretyzowane doświadczenie zostało zdobyte przez te osoby, tak, jak to dotychczas wskazano za pomocą sformułowania przeniesionego z treści warunku z pkt. 4.1-4.3, przed terminem składania ofert. Nowe informacje należy w tym przypadku traktować jako dopełnienie dotychczasowych – dotyczą przecież tych samych osób, co do których zostało już złożone w terminie składania ofert oświadczenie, iż posiadają wymagane doświadczenie. W okolicznościach niniejszej sprawy nie bez znaczenia jest również okoliczność, iż sposób podania informacji w wykazie załączonym do oferty zasugerował sam Zamawiający, który do wzoru wykazu wkleił informacje skopiowane z przywołanych ppkt. IDW, odmiennie, niż w przypadku wykazu robót, nie wskazując również nigdzie wymogu wskazania kalendarium uzyskanego doświadczenia. Jednocześnie skoro w treści wymagań odnośnie poszczególnych funkcji brak zarówno wymagania konkretnego minimalnego okresu doświadczenia, jak i terminu granicznego wstecz z jakiego może ono pochodzić – nie można uznać w tym przypadku wpisania konkretnych dat w wykazie osób za niezbędne do wykazania ich spełnienia. Jeżeli Zamawiający rzeczywiście miałby nadal takie wątpliwości, jakie podniósł dopiero na rozprawie, to jego obowiązkiem jest uprzednie skorzystanie z wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Również w tym przypadku decyzja Zamawiającego była zatem co najmniej przedwczesna, a w kształcie ujawnionym w zawiadomieniu o wykluczeniu bezpodstawną i nieopartą na rozważeniu całokształtu okoliczności wynikających z dokumentów, którymi dysponował.

II. Zarzut odwołania WODKAN dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i innych przepisów wskazanych w odwołaniu przez odrzucenie oferty Odwołującego WODKAN oraz zarzut odwołania Konsorcjum FAMBUD naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i innych przepisów wskazanych w odwołaniu przez zaniechanie odrzucenia oferty MELBUD – zasadny w przypadku odwołanie WODKAN, niezasadny w przypadku odwołania Konsorcjum FAMBUD.

Skład orzekający Izby ustalił następujący stan faktyczny odnośnie postanowień s.i.w.z. związanych z tymi zarzutami, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zadawanych przez wykonawców pytań.

Specyfikacja Techniczna Wykonania i Obioru Robót Budowlanych („STWiOR”), z września 2008 r., w ST-00 *Wymagania ogólne* pkt. 2 *Materiały*, w ppkt. 2.1 *Wymagania ogólne: Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia systematycznych badań w celu udokumentowania, że wyroby uzyskane z dopuszczonego źródła w sposób ciągły spełniają wymagania określone w ST w czasie postępu Robót. Ppkt 2.2. Źródła pochodzenia wyrobów (materiałów i urządzeń)*, brzmienie pierwotne: *Wykonawca poda w terminie składania Oferty nazwy producentów, od których zakupi materiały i urządzenia. Lista materiałów, elementów i urządzeń, dla których konieczna jest identyfikacja producenta zamieszczona jest w Załączniku Nr 8 do Instrukcji Dla Wykonawców. W przypadku materiałów i drobnych urządzeń nie wymienionych w liście urządzeń, każdorazowo na trzy tygodnie przed składaniem zamówień na ich zakup, Wykonawca będzie przedstawiał Inżynierowi nazwy producentów i firm dystrybucyjnych od których proponuje je pozyskać oraz odpowiednie świadectwa badań laboratoryjnych oraz próbki do zatwierdzenia przez Inżyniera. Wykonawca nie złoży zamówień w jakiegokolwiek firmie bez wcześniejszego uzyskania akceptacji Inżyniera, po uzgodnieniu z Zamawiającym. Uzyskanie akceptacji Inżyniera na zakup danych materiałów z konkretnego źródła nie oznacza, że wszystkie materiały z tego źródła mają taką akceptację. Wszystkie dostarczone materiały, urządzenia i sprzęt muszą spełniać wymagania zawarte w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych orz Dokumentacji Projektowej. Ppkt 2.3. Dokumentacja urządzeń: Dla każdego rodzaju Urządzeń wymienionych w załączniku do IDW Wykonawca dostarczy dokumentację techniczno-ruchową (DTR) w języku polskim. Podręczniki wykonane w wersji graficznej i elektronicznej będą obejmować: schematy procesu i instalacji; listę części składowych Urządzenia; rysunki złożeniowe, opis wszystkich komponentów/jednostek Urządzeń/systemów i ich części; założenia projektowe dla komponentów/ jednostek Urządzeń/systemów; schematy elektryczne połączeń; certyfikaty (certyfikaty materiałów, certyfikaty prób etc.); obliczenia (wytrzymałość, osiągi etc.); wymagań dotyczących instalacji, a w tym rysunki wyposażenia z wymiarami, średnicami i lokalizacją połączeń z innymi elementami oraz z ciężarem urządzenia. (...) Razem z Dokumentacją Techniczno-Ruchową Wykonawca przedłoży Inżynierowi następujące dokumenty (w komplecie dla każdego urządzenia): - gwarancje zgodne z warunkami Kontraktu; wyniki testów pracy urządzeń w warunkach porównywalnych z nominalnymi warunkami pracy; świadectwa legalizacji urządzeń; programy komputerowe (licencje). Ppkt 2.4 Kwalifikacja właściwości wyrobów*

(materiałów i urządzeń): Inżynier w uzgodnieniu z Zamawiającym dokona sprawdzenia i oceny urządzeń i materiałów dostarczonych na Teren Budowy przez Wykonawcę pod względem zgodności ze Specyfikacjami Technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych oraz Dokumentacją Projektową. Żadne materiały i urządzenia przeznaczone do wbudowania nie zostaną dostarczone przed ich akceptacją przez Inżyniera. Inżynier może polecić przeprowadzenie testów na wyrobach przed ich dostarczeniem na Teren Budowy oraz może on polecić przeprowadzenie dalszych testów o ile uzna to za właściwe już po ich dostawie.(...) Ppkt. 2.5 Zmiany w wykazach materiałów podczas realizacji Kontraktu: Wykonawca może w trakcie realizacji robót dokonać zmiany dostawcy materiałów i urządzeń w stosunku do listy dołączonej do Oferty (Załącznik nr 8 do IDW). Powinien on powiadomić Inżyniera o sugerowanych zmianach i przedstawić do zatwierdzenia udokumentowane dowody, że produkt alternatywny jest ekwiwalentny w stosunku do zaproponowanego w liście pod względem materiału, bezpieczeństwa, niezawodności, przeznaczenia, kompatybilności z pozostałymi elementami, dostępności akcesoriów i parametrów eksploatacyjnych. Inżynier w uzgodnieniu z Zamawiającym ustosunkuje się do zaproponowanej zmiany.

Część XI Opis sposobu przygotowania ofert IDW zawiera pkt. 16 *Kompletna oferta musi zawierać: a) Formularz Oferty, sporządzony zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej IDW b)Załącznik do Oferty, sporządzony zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 1a do niniejszej IDW; c) Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do niniejszej IDW; d) Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej IDW, e) Oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, sporządzone wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej IDW, g) Wykaz wykonanych robót budowlanych, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do niniejszej IDW, g) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do niniejszej IDW, i) Stosowne Pełnomocnictwo (a) – w przypadku, gdy..., j) kopie wniesienia wadium, k)harmonogram rzeczowo-finansowy wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do niniejszej IDW, l) Kosztorys ofertowy sporządzony w formie uproszczonej w stopniu szczegółowości odpowiadający przedmiarom robót [z czego Zamawiający zrezygnował w wyjaśnieniach s.i.w.z. z 23 maja 2011 r. – odpowiedź na pytanie 1] m) Pozostałe dokumenty wymienione w Cz VII niniejszej IDW. Część VII IDW wymienia wyłącznie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumenty dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania.*

20 lipca 2011 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na następujące pytanie nr 3:

Specyfikacja techniczna ST-00 Wymagania ogólne pkt. 2 – Materiały ppkt. 2.2. przywołuje listę materiałów, elementów i urządzeń, dla których konieczna jest identyfikacja producenta, która ma stanowić Załącznik nr 8 do Instrukcji Dla Wykonawców. Prosimy o załączenie listy, gdyż załącznik nr 8 stanowi harmonogram rzeczowo-finansowy”. Zamawiający wyjaśnił: „Zestawienie podstawowych urządzeń technologicznych znajduje się w Tomie III – Projekt technologiczny w Projekcie Budowlanym, punkt 13. W załączniku załączamy zestawienie urządzeń nie obejmujące armatury, żurawików, wciągników itp. (w wersji edytowalnej). Wykonawcy, zgodnie z zapisami ST-00, powinno wypełnić zestawienie urządzeń wpisując przyjętego do kalkulacji ceny producenta oraz parametry urządzenia.” Skład orzekający Izby ustalił, iż jest to w istocie cytata udzielonej przez biuro projektowe BIPROWOD-WARSZAWA sp. z o.o. (które opracowało dokumentację projektową i STWiOR) odpowiedzi na przekazane 20 czerwca 2011 r. przez Zamawiającego pytanie, które uzupełnił o uwagę: W opracowanej przez Państwa dokumentacji przetargowej (w 2008 r.), Część I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) – Załącznik nr 8 do Instrukcji dla Wykonawców to: „Wzór streszczenia informacji finansowych”. Zamawiający natomiast dostosowując materiały otrzymane od Państwa do obecnie obowiązujących przepisów zmienił załącznik nr 8, który dotyczy harmonogramu rzeczowo-finansowego, ale mimo to faktem jest, że tego załącznika, który jest wymieniony w Specyfikacji technicznej ST-00 Wymagania ogólne pkt. 2 – Materiały ppkt. 2.2 w ogóle nie ma. Prosimy o uzupełnienie załącznika, o którym mowa w Specyfikacji technicznej ST-00 Wymagania ogólne pkt. 2 – Materiały ppkt. 2.2.

Po udzielonych wyjaśnieniach w tym samym piśmie z 20 lipca 2011 r. Zamawiający dokonał zmiany s.i.w.z. w następujący sposób: Jednocześnie działając zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawiadamiam o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W SIWZ w Części I Instrukcji dla Wykonawców (IDW) uzupełnia się o załącznik 8a i 8b: 8a – Zestawienie podstawowych urządzeń technologicznych; 8b Zestawienie podstawowych urządzeń technologicznych (do uzupełnienia przez wykonawcę). W związku z powyższym działając zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawiadamiam o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W SIWZ w Części III Opis przedmiotu zamówienia w Specyfikacji technicznej ST – 00 Wymagania ogólne pkt. 2 – Materiały ppkt 2.2 **zamiast:** „Wykonawca poda w terminie składania Oferty nazwy producentów, od których zakupi materiały i urządzenia. Lista materiałów, elementów i urządzeń, dla których konieczna jest identyfikacja producenta zamieszczona jest w Załączniku Nr 8 do Instrukcji Dla Wykonawców”, **jest:** „Lista materiałów, elementów i urządzeń, dla których konieczna jest identyfikacja producenta zamieszczona jest w Załączniku Nr 8 a i 8 b do Instrukcji Dla Wykonawców”.

W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie nie można uznać, iż złożenie

wypełnionego załącznika nr 8b do IDW było obligatoryjnym elementem treści oferty składanej przez wykonawców (bez znaczenia jest złożenie lub nie załącznika nr 8a, jako niezawierającego żadnych treści do wypełnienia). Ponieważ ewentualna nieprawidłowość treści oferty może skutkować jej odrzuceniem, z treści s.i.w.z. musi wynikać w sposób jednoznaczny zakres wymagań zamawiającego odnośnie zakresu i poziomu konkretyzacji oświadczeń woli wykonawców. Skład orzekający Izby zważył, iż treść s.i.w.z. ukształtowana przez Zamawiającego nie pozwala na uznanie, iż wprowadził on wymóg złożenia w ramach oferty szczegółowej informacji o oferowanych podstawowych urządzeniach technologicznych w celu oceny zgodności parametrów oferowanych urządzeń z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Uwzględniając wprowadzoną przez Zamawiającego 20 lipca 2011 r. zmianę s.i.w.z., jedynym elementem treści IDW, w którym pojawia się załącznik nr 8b, jest spis załączników oraz sam załącznik. Poza tym treść IDW w żaden sposób nie odnosi się do tego załącznika. Co więcej, w opisie sposobu przygotowania ofert Zamawiający zawarł postanowienie określające katalog oświadczeń i dokumentów składających się na kompletną pod każdym względem ofertę, obejmujący zarówno te odnoszące się do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i wykazania umocowania do podpisania oferty, jak również składających się bezpośrednio na jej treść. Wśród tych dokumentów składających się na kompletną ofertę nie wymieniono zestawienia podstawowych urządzeń technologicznych do uzupełnienia przez wykonawcę, według wzoru stanowiącego załącznik nr 8b do IDW. Jedynym merytorycznym postanowieniem s.i.w.z. odnoszącym się do tego załącznika są postanowienia STWiOR. Jednakże na mocy wprowadzonej 20 lipca 2011 r. zmiany ppkt. 2.2 pkt. 2 ST-00, polegającej na zastąpieniu dotychczasowego zdania pierwszego i drugiego zmienionym zdaniem drugim, Zamawiający, co prawda poprawił błędne odesłanie do harmonogramu rzeczowo-finansowego zawartego w drugim zdaniu, jednocześnie jednak wykreślił pierwsze zdanie, wskazujące, iż podanie przez wykonawcę nazw producentów, od których zostaną zakupione materiały i urządzenia, ma nastąpić w terminie składania ofert. W ten sposób Zamawiający doprowadził do niejasności już na gruncie samej treści STWiOR, co do swoich wymagań na etapie składania ofert.

Poza spowodowanym przez Zamawiającego brakiem jednoznaczności co do momentu złożenia informacji, również cel ich złożenia nie pozwala na uznanie, iż ich treść miała polegać na wskazaniu w chwili składania oferty konkretnych typów urządzeń, które zostaną następnie zastosowane przy budowie oczyszczalni ścieków. Postanowienie ppkt. 2.2 *Źródła pochodzenia wyrobów (materiałów i urządzeń)* STWiOR dotyczy ustalenia źródła pochodzenia materiałów i urządzeń, co ma nastąpić przez zidentyfikowanie ich producentów. Niewątpliwie identyfikacja ta, w przypadku podstawowych urządzeń technologicznych objętych załącznikiem 8a i 8b, ma nastąpić wcześniej, niż w stosunku do drobnych urządzeń

spoza listy, co których sprecyzowano, iż ma to nastąpić na trzy tygodnie przed składaniem zamówień na ich zakup. Z postanowień tych nie wynika konieczność podania konkretnego typu urządzenia spośród urządzeń aktualnie produkowanych przez danego producenta. Kolumna druga załącznika nr 8b *Nazwa urządzenia* została już wypełniona przez Zamawiającego, np. w pkt. 1.1. jako *Krata mechaniczna rzadka*, a uzupełnić należało jedynie źródło pochodzenia przez podanie producenta [wskazano tylko w tym wierszu całego załącznika: *Producent (Uzupełnia Wykonawca)*]. Wobec tego, choć w treści załącznika nr 8b, oprócz miejsca na wpisanie producenta w kolumnie drugiej, pozostawiano puste miejsce w kolumnie trzeciej *Parametry techniczne* do uzupełnienia przez wykonawcę, wpisanie dla podanego producenta parametrów urządzenia tożsamy z opisanymi przez Zamawiającego, nie może być podstawą do prowadzenia weryfikacji w oparciu o parametry typów urządzeń danego producenta, które są znane Zamawiającemu. Bezprzedmiotowe są zatem wywody Odwołującego Konsorcjum FAMBUD, iż Przystępujący MELBUD zaoferował mieszadło marki ABS o parametrach, które nie jest produkowane, przy powołaniu się na posiadaną *Instrukcję obsługi mieszadeł ABS napędzanych silnikami zatapialnymi*, a także przedstawiona na rozprawie oferta handlowa z czerwca 2011 r. Ponieważ nie było wymogu sprecyzowania konkretnego typu urządzenia, nie ma podstaw do dokonywania w ten sposób weryfikacji zgodności i poprawności urządzeń, co do których określono producenta i wpisano parametry zgodne z wymaganymi. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, iż nawet producent, który aktualnie nie oferuje urządzeń dokładanie o takich parametrach, jak wpisane w załączniku nr 8b, na zamówienie wykonawcy wykona je lub wprowadzi do swojej oferty do czasu realizacji zamówienia. Taką możliwość w przypadku produktów ABS potwierdza pismo przedstawione na rozprawie przez Przystępującego MELBUD. Odwołujący Konsorcjum FAMBUD domaga się od Zamawiającego przeprowadzenia weryfikacji rzeczywistych parametrów technicznych w oparciu o DTR, instrukcję montażu lub inne dokumenty wystawione przez producenta, tymczasem nigdzie w s.i.w.z. nie wymagano złożenia takich dokumentów wraz z ofertą. W IDW w ogóle nie przewidziano obowiązku złożenia tego typu dokumentów na potwierdzenie zgodności parametrów oferowanych urządzeń z wymaganymi przez Zamawiającego, natomiast z STWiOR ST-00, ppkt. 2.3 *Dokumentacja urządzeń*, wynika, iż tego typu dokumenty należy dostarczyć wraz z urządzeniem, co z kolei umożliwi przeprowadzenie, zgodnie z ppkt. 2.4 *Kwalifikacja właściwości wyrobów (materiałów i urządzeń)* – sprawdzenia tych urządzeń przed ich wbudowaniem pod względem ich zgodności z wymaganiami STWiOR i dokumentacji projektowej. Nadto pomiędzy tymi dokumentami składającymi się na opis przedmiotu zamówienia zdarzają się znaczące różnice w opisie wymaganych parametrów, np. w zestawieniu podstawowych urządzeń technologicznych z Tomu III Projektu wykonawczego –

Projektu technologicznego (bazując na nim później dodane załącznik 8a i 8b do IDW) mieszadła zatapialne średnioobrotowe z prowadnicą i zintegrowanym żurawikiem mają mieć prędkość obrotową wirnika około 470 lub około 475 obrotów na minutę, natomiast według ST-00 STWiOR nie powinna być ona większa niż 750 obrotów na minutę, z czego skorzystał Odwołujący Konsorcjum FAMBUD opisując w wypełnionym przez siebie załączniku nr 8b mieszadło z obrotami wirnika dopuszczonymi jako maksymalne przez STWiOR, czego Zamawiający nie zakwestionował. Podważa to jednak możliwość ścisłej weryfikacji parametrów urządzeń na podstawie załącznika nr 8b do IDW, skoro okazuje się, iż „około 470” przewidziane w tym dokumencie może również znaczyć 750.

O ile skład orzekający Izby nie podzielił konsekwentnego stanowiska Odwołującego Konsorcjum MELBUD, iż załącznik nr 8b stanowi treść oferty, o tyle dostrzegł również brak konsekwencji Zamawiającego, który z jednej strony twierdził, iż załącznik 8b jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, co uprawniało do wzywania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp do jego uzupełnienia lub wyjaśnienia, a jednocześnie dokonał odrzucenia oferty WODKAN z powołaniem się na to, iż wyjaśnianie podania kilku producentów dla jednego urządzenia prowadziłoby do zmiany zaoferowanego produktu, a zatem do niedopuszczalnej z mocy art. 87 ust. 1 pzp zmiany treści oferty. Zamawiający na rozprawie przyznał natomiast, iż błędnie podał w podstawie faktycznej odrzucenia oferty WODKAN brak podania typów urządzeń, natomiast potwierdził, iż uznaje za wystarczającą podstawę do odrzucenia tej oferty podanie kilku producentów dla urządzenia z danej pozycji. Zarówno Odwołujący Konsorcjum FAMBUD, Przystępujący MELBUD, jak i Zamawiający błędnie poczytują wpisanie przez WODKAN w uzupełnionym załączniku nr 8b kilku producentów za złożenie oferty wariantowej. Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 7 pzp przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w s.i.w.z., odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia. Zamawiający opisał sposób wykonania robót budowlanych w dokumentacji projektowej i STWiOR, w tym niektóre parametry wybranych urządzeń wyszczególnił dodatkowo w tabeli projektu technologicznego, a także w załącznikach nr 8a i 8b. Odwołujący WODKAN potwierdził na wezwanie Zamawiającego w wypełnionym załączniku nr 8b wbudowanie w modernizowanej i rozbudowywanej oczyszczalni ścieków urządzeń technologicznych o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, przy czym podał w niektórych przypadkach, kilka możliwych źródeł ich pochodzenia. Enigmatyczne i hasłowe wskazanie w jednym miejscu w załączniku nr 8 b *Producent (uzupełnia wykonawca)*, można odczytać jako wskazanie rodzaju informacji do uzupełnienia, a nie zakaz wskazania większej liczby producentów, od których urządzenie o danych parametrach do może pochodzić. Nie stanowi to ani złożenia oferty wariantowej, ani złożenia oferty równoważnej, gdyż Zamawiający opisał

te urządzenia za pomocą podanych, mniej lub bardziej precyzyjnie, parametrów technicznych, a nie przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z dopuszczeniem rozwiązań równoważnych. Jednocześnie ani Zamawiający, ani Przystępujący po jego stronie nie wykazali w toku postępowania odwoławczego, iż żadne ze źródeł pochodzenia urządzeń wskazanych przez Odwołującego WODKAN, nie może być źródłem urządzeń o wymaganych parametrach. Postanowienia STWiOR gwarantują przy tym Zamawiającemu kontrolę nad zgodnością urządzeń dostarczonych na plac budowy z wymaganiami dokumentacji technicznej i szczegółowych STWiOR przed ich wbudowaniem przez wykonawcę robót budowlanych. Niezasadny jest również zarzut Odwołującego Konsorcjum FAMBUD co do nieprawidłowego wskazania w poz. 15.1 załącznika nr 8b jako producenta PEK-MONT spółki z o.o., skoro pozycja ta dotyczy zespołu urządzeń, a nie tylko samego urządzenia wirówki, który Przystępujący MELBUD zamierza zakupić jako komplet od wskazanego przez siebie podmiotu.

Wobec stwierdzenia w sprawie o sygn. akt KIO 2556/11 naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2a, ust. 3 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 pzp – orzekła w tej sprawie, jak w sentencji.

Natomiast Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego Konsorcjum FAMBUD i działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła w sprawie o sygn. akt KIO 2558/11, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 6 w zw. z § 3 pkt. 1 i 2 oraz w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami w sprawie o sygn. akt KIO 2556/11, na które złożyły się: uiszczony wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego WODKAN w postaci wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł, udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia, a także obciążając Odwołującego Konsorcjum FAMBUD tymi kosztami w sprawie o sygn. akt KIO 2558/11, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: