

WYROK
z dnia 26 maja 2010 r.

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Członkowie: **Justyna Tomkowska**

Paweł Trojan

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 6 maja 2010 r. przez **Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Czackiego 15/17** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie, ul. Akademicka 13**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum CONDITE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 61, PPHU Polonez Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Ściegiennego 252, JS Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Weteranów 34/13**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Polimex Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Polimex Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17.**

2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych

na rzecz **Polimex Mostostal S.A.**, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Centrum Innowacyjno-Wdrożeniowego Nowych Technik i Technologii w Inżynierii Rolniczej dla Uniwersytetu Przyrodniczego w Lublinie zostało wszczęte przez zamawiającego - Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie, ul. Akademicka 13 ogłoszeniem o zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2009r. o numerze 2009/S 243-347766.

W dniu 8 kwietnia 2010r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i wybrał Konsorcjum: CONDITE sp. z o.o. ul. Zagnańska 61, 25-528 Kielce; PPHU Polonez Plus Sp. z o.o. ul. Ściegiennego 252, 25-116 Kielce; JS Budownictwo sp. z o.o. ul. Weteranów 34/13, 20-044 Lublin- zwane dalej przystępującym, które z ceną 44 712 324,17 zł. zdobyło 100 pkt., na drugim miejscu uplasował się Polimex-Mostostal S.A. ul. Czackiego 15/17 00-950 Warszawa – zwany dalej odwołującym z ceną 49 377 060,00 zdobywając 90,55 pkt.

W dniu 16 kwietnia 2010r. na tę czynność wniósł protest odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w skrócie siwz, art. 22 ust. 1 pkt 4 poprzez uznanie, że przystępujący spełnia wymóg sytuacji ekonomicznej i finansowej przewidziany w siwz, art. 7 poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o unieważnienie bądź uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, dokonanie odrzucenia oferty przystępującego i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Wskazał, że posiada interes prawny, gdyż znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert i gdyby zamawiający działał prawidłowo i zgodnie z ustawą PZP, to oferta odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą, a więc nieprawidłowe działanie zamawiającego pozbawiło odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu zarzutów podniósł, że

1. oferta przystępującego powinna być odrzucona, gdyż nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.1. siwz, ponieważ brak w niej 5 i 6 strony odpisu z KRS dla spółki Condite,
2. oferta przystępującego powinna być odrzucona, gdyż nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.7. siwz, a to przez to, że strony 24 – 30, 35 – 38, 45 i 55 – 56 oferty nie zostały potwierdzone za zgodność kopii z oryginałami przez upoważnione osoby,

3. oferta przystępującego powinna być odrzucona, gdyż nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.3 siwz, bo w załączniku nr 3 „Potencjał kadrowy” przystępujący nie wskazał wykształcenia osób, którymi zamierza się posłużyć przy realizacji zamówienia,

4. oferta przystępującego nie spełnia pkt. 5.2.1 siwz, gdyż przystępujący nie wykazał dysponowania środkami finansowymi pochodzącymi z udzielonego przez instytucje finansowe kredytu na potrzeby realizacji inwestycji w kwocie nie mniejszej niż 30 mln zł. Za spełniający ten warunek nie można bowiem uznać kwoty 8 mln zł., z której korzysta członek przystępującego PPUH „Polonez Plus” sp. z o.o. w ramach umowy z Fortis Bank Polska S.A. w zakresie odnawialnej linii gwarancji. Środki te nie pochodzą z kredytu, ale są przyznane w ramach gwarancji definiowanej art. 81 prawa bankowego, której posiadanie wskazuje jedynie na możliwość ubiegania się o kredyt. Z faktu posiadania odnawialnej linii gwarancji nie wynika, że członek przystępującego posiada aktualną decyzję o przyznaniu kredytu, a prawidłowe ustalenie przez zamawiającego, że kwota 8 mln zł. nie może być zaliczona na poczet wykazywanej zdolności kredytowej powodowałoby uznanie, że przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w celu wzmocnienia argumentacji przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 kwietnia 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-448/07, z dnia 5 czerwca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-1581/06, z dnia 30 marca 2007r., wyrok Izby z dnia 2 września 2008r. sygn. akt KIO/UZP 854/08, z dnia 22 maja 2009r. sygn. akt KIO/UZP 598/09 oraz System Prawa Prywatnego Prawo zobowiązań – część szczegółowa tom 8 pod red. Z. Radwańskiego. Protest został podpisany przez Tadeusza Dubejko działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 22 grudnia 2009r. podpisane przez członka zarządu i prokurenta uprawnionych do reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2010r. listem poleconym, w dniu 20 kwietnia 2010r. drogą elektroniczną i w dniu 21 kwietnia 2010r. faksem poinformował wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu.

W dniu 23 kwietnia 2010r. do postępowania przystąpił przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując, że ma interes prawny w rozstrzygnięciu protestu na korzyść zamawiającego, gdyż w przypadku uwzględnienia protestu utraciłby możliwość uzyskania zamówienia. Przystępujący podniósł, że zarzuty odwołującego zawarte w proteście są w jego ocenie pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

W zakresie zarzutu niezłożenia dwóch stron odpisu z KRS, to jest to nieistotne uchybienie formalne, które nie może skutkować nieważnością oferty i koniecznością jej odrzucenia (vide wyrok Izby z dnia 6 lutego 2009r. sygn. akt KIO/UZP 110/09, z dnia 29 października 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1121/08, z dnia 12 listopada 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1175/08). W taki sam sposób należy potraktować zarzut odwołującego dotyczący braku poświadczenia kopii za zgodność z oryginałem. Przystępujący podkreślił jednakże, iż wskazane przez

odwołującego strony oferty były potwierdzone za zgodność z oryginałem przez upoważnione osoby reprezentujące spółki wchodzące w skład konsorcjum przystępującego. Według przystępującego dla skutecznego potwierdzenia w zupełności wystarczające jest złożenie jednego oświadczenia (potwierzonego jedynym podpisem), że kopia dokumentu ma taką samą treść jak oryginał. W zakresie zarzutu nie podania wykształcenia osób, którymi przystępujący będzie dysponował przy wykonywaniu zamówienia, to przystępujący podniósł, że z faktu wydania dokumentu nadającego uprawnienia budowlane wynika wykształcenie danej osoby, gdyż osobie nie posiadającej odpowiedniego wykształcenia uprawnienie nie zostałyby nadane. Odnośnie zarzutu niespełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej przystępujący wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. NT 87 poz. 605 ze zm.) dysponowanie środkami finansowymi pochodzącymi z udzielonego przez instytucje finansowe kredytu na potrzeby realizacji inwestycji w kwocie nie mniejszej niż 30 mln zł. nie może być rozumiane inaczej niż zdolność kredytowa w tej wysokości. Przedstawiony przez przystępującego dokument z Fortis Bank Polska S.A. potwierdza zdolność kredytową do kwoty 10 mln zł., co wynika wprost z brzmienia treści zaświadczenia. Nawet gdyby uznać za prawdziwą tezę odwołującego w tym zakresie, to i tak nie skutkowałoby to bezpośrednio odrzuceniem oferty przystępującego, gdyż zamawiający w pierwszej kolejności obowiązany byłby wezwać przystępującego do uzupełnienia dokumentu lub złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp. Za takim stanowiskiem przemawia wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2 marca 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-192/07. Przystąpienie zostało podpisane przez prezesa zarządu lidera przystępującego działającego oparciu o udzielone mu pełnomocnictwo załączone do oferty podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji poszczególnych członków konsorcjum, ustalonymi na podstawie odpisów z KRS załączonych do oferty.

Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2010r. rozstrzygnął protest i oddalił go w całości jako niezasadny.

W uzasadnieniu podniósł, że brak w ofercie przystępującego stron 5 i 6 odpisu z KRS dla spółki Condite jest uchybieniem formalnym, które nie może skutkować odrzuceniem oferty. Brak nie stanowi przeszkody dla oceny prawidłowości złożonej oferty przede wszystkim pod względem identyfikacji wykonawcy jak i prawidłowości wystawionego liderowi pełnomocnictwa konsorcjalnego. Brak dotyczy jedynie rodzaju prowadzonej działalności, ale z uwagi na fakt, że przedmiotem postępowania nie jest zamówienie reglamentowane, zamawiający i tak ma obowiązek dopuścić do udziału w postępowaniu każdy podmiot bez względu na rodzaj prowadzonej działalności. Nadto z innych dokumentów przedstawionych przez przystępującego (np. referencji, wykazu wykonanych robót) można wywieść, że

przystępujący prowadzi działalność w zakresie usług budowlanych. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niedoświadczenia kopii za zgodność z oryginałem jest niezasadny. Podniósł, że niezgodność treści oferty z siwz musi być oceniana w świetle art. 66 § 1 kc tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia, a więc braki w dokumencie polegające na braku sformułowania „za zgodność oryginałem” nie mogą być uznane za niezgodność treści oferty z treścią siwz (vide wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 lipca 2004r. sygn. akt UZP/ZO/0-1058/04 i wyrok Izby z dnia 29 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 918/09). W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, co do braku wskazania wykształcenia w potencjale kadrowym, to dane podane przez przystępującego, zamawiający uznał za nie budzące żadnych wątpliwości i zastrzeżeń, nadto dokument ten został potwierdzony odpowiednimi zaświadczeniami i decyzjami nadającymi uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji w budownictwie, które to uprawnienia są nadawane w oparciu o przepisy ustawy prawo budowlane i przepisy do niej wykonawcze, które uzależniają przyznanie uprawnień od posiadania odpowiedniego wykształcenia. Zatem decyzja nadająca uprawnienia potwierdza posiadane przez daną osobę uprawnienie. W tym zakresie zamawiający przywołał wyrok Izby z dnia 2 lipca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 606/08, z dnia 26 października 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1281/09 i 27 stycznia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1735/09. W zakresie uchybień o charakterze nieistotnym zamawiający powołał dodatkowo wyroki Izby z dnia 3 kwietnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 352/09, z dnia 12 listopada 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1175/08, z 17 października 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1062/08, z dnia 8 czerwca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 663/09 i 26 czerwca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 721/09. W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia przez przystępującego wymogu zdolności ekonomicznej i finansowej w łącznej kwocie 30 mln zł. zamawiający podniósł, że bez wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień nie mógłby wykluczyć go z postępowania, a więc żądanie odrzucenia oferty przystępującego jest przedwczesne. Nadto zamawiający wskazał, że nie miał żadnych wątpliwości, co do spełniania przez przystępującego warunku ekonomiczno-finansowego, gdyż z pisma Fortis Bank Polska S.A. wynika jednoznacznie, że przystępujący posiada zdolność kredytową na poziomie co najmniej 10 mln zł., co po dodaniu do zdolności kredytowej pozostałych konsorcjantów przystępującego potwierdza spełnianie warunku. Zdolność kredytowa to potencjalna możliwość uzyskania kredytu i nie wiąże się z koniecznością złożenia wniosku o kredyt i przyznania go przez bank w wysokości zdolności kredytowej, a ocena wystawionej informacji bankowej jest niezależna od wydatkowania posiadanych środków finansowych po wydaniu opinii. Podkreślił, że przedmiotem badania jest zdolność kredytowa, a nie gwarancja bankowa, która służy innemu celowi i nie może być utożsamiana ze zdolnością kredytową (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14 lipca 2005r. sygn.

akt UZP/ZO/0-1727/05) Informacje zawarte w opinii Fortis Bank Polska S.A. dotyczące wpływów na rachunku i odnawialnej linii kredytowej stanowiły dla zamawiającego jedynie dodatkową informację o podmiocie gospodarczym, ale nie przesądzały o spełnianiu warunku. O spełnianiu warunku przesądziło stwierdzenie banku, że zdolność kredytowa firmy Polonez Plus sp. z o.o. wynosi 10 mln zł. i w tym zakresie opinia ta jest jednoznaczna, nie budząca wątpliwości i potwierdzająca spełnianie warunku. Zamawiający podniósł, że wskazany w proteście wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 kwietnia 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-448/07 dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego.

Z rozstrzygnięciem protestu nie zgodził się odwołujący i w dniu 6 maja 2010r. wniósł odwołanie za pośrednictwem operatora publicznego Poczta Polska S.A. W odwołaniu odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania zgłoszone w proteście oraz podniesioną w proteście argumentację, tak co do posiadanego interesu prawnego jak i zarzutów. Ustosunkowując się do rozstrzygnięcia protestu odwołujący podniósł, że zamawiający sprzecznie z literalną wykładnią art. 26 ust. 3 pzp zaniechał zastosowania tego przepisu co do obowiązku przedłożenia wszystkich stron z KRS, a także w zakresie jednobrzmiącej opinii bankowej, Takie działanie jest nieprawidłowe, co potwierdza orzecznictwo Izby w wyrokach z dnia 21 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 858/09 i 29 sierpnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1036/09, z dnia 5 czerwca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 651/09. Odnośnie zarzutu dotyczącego opinii bankowej Fortis Bank S.A., podniósł, że w treści tej opinii znajdują się sformułowania ze sobą sprzeczne, tj. zapis dotyczący zdolności kredytowej na poziomie 10 mln zł. i informacja, że PPUH Polonez Plus sp. z o.o. korzysta z kredytu na rachunku bieżącym w wysokości 2 mln zł. oraz odnawialnej linii gwarancji z limitem w wysokości 8 mln zł. Z tych zapisów w ocenie odwołującego wynika jednoznacznie tylko informacja o zdolności kredytowej na poziomie 2 mln. zł. i z tego powodu zamawiający powinien był zweryfikować rzeczywistą zdolność tej spółki. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu za pośrednictwem faksu i drogą elektroniczną w dniu 6 maja 2010r.

W dniu 21 maja 2010r. do postępowania odwoławczego przystąpił przystępujący po stronie zamawiającego. Wskazał na swój interes prawny w przystąpieniu oraz wniósł o oddalenie odwołania. Ponowił argumentację przedstawioną w przystąpieniu na etapie postępowania protestacyjnego. Przystąpienie zostało podpisane przez prezesa zarządu lidera konsorcjum. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu przed otwarciem posiedzenia.

W dniu 25 maja 2010r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie podtrzymując stanowisko z rozstrzygnięcia protestu oraz wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się okoliczności określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania i postanowiła skierować odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdza, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferta odwołującego nie została odrzucona przez zamawiającego i znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert. Zatem w przypadku, gdyby zarzuty odwołującego potwierdziły się, oferta wykonawcy wybranego została odrzucona, wówczas odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia. Mógłby także ponieść szkodę, gdyż nie skorygowanie wadliwej wówczas czynności zamawiającego skutkowałoby dla odwołującego utratą kontraktu, a tym samym założonego w nim zysku.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. z ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszeń zmieniających ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji specyfikacji, wyjaśnień treści specyfikacji, oferty przystępującego oraz dowodów złożonych na rozprawie tj. opinii bankowych Fortis Bank Polska S.A. Oddział w Kielcach z dnia 20 kwietnia 2010r. i 24 maja 2010r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający zażądał spełnienia przez wykonawców w zakresie toczącego się sporu następujących warunków :

- w zakresie pkt 5.1. siwz - sytuacja podmiotowa Wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego - o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności gospodarczej, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy mieli przedstawić w ofertach następujące dokumenty aktualny odpis z właściwego Krajowego Rejestru Sądowego albo aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie, warunek postawiony przez zamawiającego miał spełniać każdy podmiot, a na poparcie spełnienia warunku dokument musi być złożony przez każdy podmiot występujący wspólnie.

- w zakresie pkt 5.2.1 siwz - zdolność ekonomiczna i finansowa wykonawców - o udzielenie ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia poprzez dysponowanie środkami finansowymi własnymi lub pochodzącymi z udzielonego przez instytucje finansowe kredytu na potrzeby realizacji inwestycji w kwocie nie mniejszej niż 30 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści

milionów złotych). Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy mieli przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym Wykonawca posiada podstawowy rachunek potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych i/lub zdolność kredytową wykonawcy nie mniejszą niż określona w pkt-cie 5.2.1. Powyższe dokumenty muszą być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie warunek postawiony przez zamawiającego w pkt 5.2.1. podmioty te mogły spełniać wspólnie, a na poparcie spełnienia warunku dokument mógł być złożony wspólnie.

Zgodnie z pkt 5.7. siwz wymagane dokumenty mogły być złożone w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. I zamawiający wymóg ten powtórzył w pkt 9.7 siwz wskazując, że dokumenty, jakich żąda Zamawiający muszą być złożone zgodnie z wyborem wykonawcy w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność za pomocą klauzuli „Za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę. Poświadczenie za zgodność z oryginałem winno być sporządzone w sposób umożliwiający identyfikację podpisu (np. wraz z imienną pieczęcią) osoby poświadczającej kopie dokumentu za zgodność z oryginałem. Zamawiający dopuścił, że wszelkie oświadczenia, zapytania, wnioski, zawiadomienia, wyjaśnienia, wezwania oraz inne informacje Zamawiający oraz Wykonawcy będą przekazywać pisemnie faksem numer (0-81) 445-67-30 lub e-mail zamowienia@up.lublin.pl. (pkt 6.2. siwz). Jedynym kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 13.1. siwz była cena.

W ofercie przystępującego stwierdzono

1. na stronach 8-16 znajduje się odpis aktualny z Rejestru Przedsiębiorców, dla spółki z o.o. Condite, przy czym na stronie 11 oferty znajduje się czwarta strona odpisu, zaś na stronie 12 oferty strona 7 odpisu,

Na stronach 24 – 30 widnieje pieczęć imienna wraz z parafą prezesa zarządu Condite Wiesława M., oraz stempel „za zgodność z oryginałem” i pod nim pieczęć imienna wraz z parafą prezesa zarządu JS Budownictwo sp. z o.o. Piotra S.,

Na stronach 35- 38 oferty widnieje pieczęć imienna wraz z parafą prezesa zarządu Condite Wiesława M., oraz stempel „za zgodność z oryginałem” i pod nim pieczęć imienna wraz z parafą prezesa zarządu JS Budownictwo sp. z o.o. Piotra S.

Na stronie 45 oferty widnieje pieczęć imienna wraz z parafą prezesa zarządu Condite Wiesława M., oraz stempel „za zgodność z oryginałem” i pod nim pieczęć imienna wraz z parafą prezesa zarządu JS Budownictwo sp. z o.o. Piotra S. i analogiczna sytuacja jest w odniesieniu do 55 i 56.

Na stronie 52 oferty znajduje się opinia bankowa Fortis Bank Polska S.A. o treści :

„Fortis Bank Polska S.A. Oddział Kielce uprzejmie informuje, że prowadzi od dnia 15 stycznia 2004 roku rachunek bieżący firmy:

PPUH „POLONEZ PLUS” SPÓŁKA Z O.O.

z siedzibą w Kielcach ul. Ściegiennego 252

Średnie miesięczne wpływy na rachunek za okres ostatnich trzech miesięcy zamknęły się kwotą ośmiocyfrową. Rachunek firmy nie był i nie jest obciążony tytułami wykonawczymi, brak zajęć egzekucyjnych. Firma korzysta z kredytu na rachunku bieżącym z limitem w wysokości 2 000 000 PLN i odnawialnej linii gwarancji z limitem w wysokości 8 000 000 PLN. Firma posiada zdolność kredytową i płynność finansową do łącznej kwoty 10 000 000 PLN Zobowiązania wobec Banku reguluje terminowo.”

Na stronie 64 i 65 znajduje się załącznik nr 3 do siwz – potencjał kadrowy, w którym w kolumnie trzeciej o nazwie „wykształcenie oraz kwalifikacje zawodowe do sprawowania niżej wymienionych samodzielnych funkcji w budownictwie” przy poszczególnych osobach wskazano numer uprawnień oraz wskazanie rodzaju uprawnienia budowlanego. Nie podano posiadanego przez te osoby wykształcenia. Na stronie 66 oferty znajdują się uprawnienia budowlane dla Dariusza M. ze wskazaniem, iż jest on magistrem inżynierem budownictwa, na stronie 68 znajdują się uprawnienia budowlane dla Grzegorza Adama Ł. ze wskazaniem, że jest on inżynierem budownictwa, na stronie 70 znajdują się uprawnienia budowlane dla Marcina Sebastiana B. ze wskazaniem, że jest on magistrem inżynierem inżynierii środowiska, na stronie 72 oferty znajdują się uprawnienia budowlane dla Marcina O. ze wskazaniem, iż jest on magistrem inżynierem (kierunek elektronika), na stronie 74 oferty znajdują się uprawnienia budowlane dla Mariana P., ze wskazaniem, iż jest on inżynierem, na stronie 77 oferty znajdują się uprawnienia budowlane dla Piotra S. ze wskazaniem, że jest on magistrem inżynierem budownictwa. Zamawiający wzywał przystępującego do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień, jednakże te wezwanie nie dotyczyły zarzutów podnoszonych przez odwołującego.

Z opinii bankowych złożonych na rozprawie wynika :

1. opinia bankowa z dnia 20 kwietnia 2010r. – „Fortis Bank Polska SA. Oddział Kielce uprzejmie informuje, że dane zawarte w opinii bankowej z dnia 08 stycznia 2010 roku dotyczące firmy PPUH „POLONEZ PLUS” SPÓŁKA Z O.O. z siedzibą w Kielcach ul. Ściegiennego 252 są nadal aktualne na dzień wystawienia tej informacji. Firma posiada zdolność kredytową oraz płynność finansową do łącznej kwoty 10. 000. 000 PLN”,
2. opinia bankowa z dnia 24 maja 2010r. - „Fortis Bank Polska S.A. Oddział Kielce uprzejmie informuje, że prowadzi od dnia 15 stycznia 2004 roku rachunek bieżący firmy:

PPUH „POLONEZ PLUS” SPÓŁKA Z O.O.

z siedzibą w Kielcach ul. Ściegiennego 252

Średnie miesięczne wpływy na rachunek za okres ostatnich trzech miesięcy zamknęły się kwotą ośmiocyfrową. Rachunek firmy nie był i nie jest obciążony tytułami wykonawczymi, brak zajęć egzekucyjnych. Firma korzysta z kredytu na rachunku bieżącym z limitem w wysokości 2 000 000 PLN i odnawialnej linii gwarancji z limitem w wysokości 8 000 000 PLN. Firma posiada zdolność kredytową i płynność finansową do łącznej kwoty 10 000 000 PLN. Zobowiązania wobec Banku reguluje terminowo.”

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz, gdyż oferta Konsorcjum Condite nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.1. siwz, ponieważ brak w niej 5 i 6 strony odpisu z KRS dla spółki Condite, w związku z art. 7 poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut zasługuje na uwzględnienie o tyle, o ile zamawiający stwierdzając, iż dokument przedłożony przez wykonawcę jest błędny – w tym przypadku odpis aktualny z Rejestru Przedsiębiorców jest niekompletny (brak stron), miał obowiązek zwrócić się do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 pzp o uzupełnienie dokumentu zawierającego błąd. Obowiązku tego nie można uchylić twierdzeniem, że błąd nie miał wpływu na ocenę oferty, ani że błędny dokument zawierał informacje wymagane przez zamawiającego, a braki w ilości stron odnosiły się do informacji nieistotnych. Jednakże nie wypełnienie tego obowiązku przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie miało wpływu na wynik postępowania. Niewątpliwie na podstawie niekompletnego odpisu z KRS, w takim zakresie, w jaki został on złożony do oferty, zamawiający był w stanie ocenić, czy oferta została podpisana przez osobę posiadającą do tego umocowanie, czy pełnomocnictwo konsorcjalne zostało udzielone prawidłowo oraz czy w stosunku do przystępującego nie toczy się postępowanie upadłościowe. Prowadzenie działalności budowlanej nie wymaga specjalnych koncesji, zezwoleń czy licencji i nie jest działalnością reglamentowaną, więc jak słusznie zauważył zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, musiał on dopuścić do udziału w postępowaniu, każdego wykonawcę, nawet jeśli z przedmiotu jego działalności nie wynikało oferowanie usług budowlanych. Z tego względu braki w opisie przedmiotu działalności spółki Condite nie miały wpływu na ocenę oferty przystępującego, a złożenie kompletnego odpisu z KRS dla spółki Condite, by tej oceny nie zmieniło. Z tego względu na podstawie art. 191 ust. 1a pzp Izba nie miała podstaw do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz gdyż oferta Konsorcjum Condite nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.7. siwz, a to przez to, że strony 24 – 30, 35 – 38, 45 i 55 – 56 oferty nie zostały potwierdzone za zgodność kopii z oryginałami przez upoważnione osoby, w związku z art. 7 poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że w ofercie przystępującego nie było przedłożonych kserokopii dokumentów, które nie byłyby poświadczone za zgodność z oryginałem. Wszystkie wskazane przez odwołującego strony oferty były poświadczonymi za zgodność kopiami, przy czym faktycznie poświadczenia tego dokonał jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a nie lider konsorcjum. Jednakże z art. 23 pzp nie da się wywieść, że z chwilą powołania pełnomocnika do reprezentowania wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienia poszczególni wykonawcy w ramach konsorcjum tracą swoje uprawnienia do dokonywania czynności samodzielnie. W szczególności § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. NT 87 poz. 605 ze zm.) nie ustanawia w tym zakresie odrębnej regulacji, a zgodnie z art. 23 ust. 3 przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Sam zamawiający mimo, że szczegółowo regulował postanowieniami siwz, w jaki sposób powinni działać wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie, nie zawarł w zakresie poświadczania dokumentów wymogu, aby było to poświadczenie przez pełnomocnika wykonawców ubiegających się wspólnie. Racjonalnym jest natomiast oczekiwanie, że dokument poświadczy za zgodność z oryginałem podmiot, którego ten dokument dotyczy, w tym przypadku jeden z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Ponadto art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zezwala na odrzucenie oferty tylko w przypadku niezgodności jej treści z treścią siwz. Wymóg poświadczania kopii za zgodność z oryginałem nie dotyczy treści merytorycznej oferty, ale wyłącznie jej formy i jako taki nie może skutkować odrzuceniem oferty.

Mając to na uwadze, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z art. 7 ust. 1 pzp.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz gdyż oferta Konsorcjum Condite nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.3 siwz, bo w załączniku nr 3 „Potencjał kadrowy”

przystępujący nie wskazał wykształcenia osób, którymi zamierza się posłużyć przy realizacji zamówienia, w związku z art. 7 poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba w toku ustalania stanu faktycznego stwierdziła, że w ofercie przystępującego znajdują się informacje dotyczące wykształcenia osób, którymi przystępujący będzie się posługiwał przy realizacji zamówienia. Wprawdzie nie zostały one faktycznie wpisane w formularz nr 3 „Potencjał kadrowy”, ale wynikają z dokumentów urzędowych poświadczających nadane uprawnienia. Tym samym informacja wymagana przez zamawiającego znajdowała się w ofercie przystępującego, a jedynie znalazła się w innym miejscu, niż wskazane przez zamawiającego. Izba uznała, że nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz, w sytuacji, gdy informacje wymagane przez zamawiającego w tej ofercie zostały zamieszczone, a brak dotyczy jedynie graficznego zebrania ich w tabeli opracowanej przez zamawiającego. Taka wadliwość może być jedynie oceniona jako uchybienie formalne i tym samym nie skutkujące obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp.

Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z art. 7 ust. 1 pzp.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 4 pzp poprzez uznanie, że konsorcjum Condite spełnia wymóg sytuacji ekonomicznej i finansowej przewidziany w siwz, podczas gdy oferta przystępującego nie spełnia pkt. 5.2.1 siwz, gdyż przystępujący nie wykazał dysponowania środkami finansowymi pochodzącymi z udzielonego przez instytucje finansowe kredytu na potrzeby realizacji inwestycji w kwocie nie mniejszej niż 30 mln zł. w związku z art. 7 poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wprawdzie rację ma odwołujący, że zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno - finansowej w sposób wykraczający poza możliwe do złożenia dokumenty, zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. NT 87 poz. 605 ze zm.). Zamawiający wprost zażądał, aby wykonawcy wykazali dysponowanie środkami finansowymi własnymi lub pochodzącymi z udzielonego przez instytucje finansowe kredytu na potrzeby realizacji inwestycji w kwocie nie mniejszej niż 30 000 000,00 zł. Jednakże warunek ten zamawiający uznawał za wykazany przez

wykonawców, którzy przedstawiają informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych i/lub zdolność kredytową wykonawcy nie mniejszą niż określona w pkt-cie 5.2.1. Tym samym wykonawca, który przedłożył informację z banku o zdolności kredytowej na poziomie 30 mln zł. uznawany był przez zamawiającego za dysponującego środkami własnymi lub kredytem udzielonym na realizację inwestycji w wymaganej wysokości. W rzeczywistości zatem zamawiający wskazując na rodzaj dokumentu potwierdzającego warunek dokonał jego złagodzenia do brzmienia zgodnego z przepisami ustawy oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605 ze zm.). Nie jest to działanie, które w pełni zasługuje na aprobatę Izby. Przede wszystkim Izba stoi na stanowisku, że warunki oraz opis sposobu oceny ich spełniania podobnie jak kryteria oceny ofert powinny być przez zamawiających sporządzane w sposób szczególnie uważny, z należytą dbałością o jasność sformułowań i logikę treści. Jednakże utrwalona w tym zakresie linia orzecznicza, tak Izby jak i sądów powszechnych, nie pozwala na wyciągnięcie negatywnych konsekwencji z niejasnych sformułowań siwz wobec wykonawcy, który składa ofertę w dobrej wierze, działając w zaufaniu do postanowień siwz. Także i w przedmiotowej sprawie nie może być tak, aby zamawiający naprawiając swój błąd, obecnie wykluczał wszystkich wykonawców, którzy przedłożyli zgodnie z żądaniem zamawiającego wyłącznie informacje bankowe dotyczące zdolności kredytowej w słusznym przekonaniu, że przedkładają dokument wymagany na potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do uznania, że przystępujący nie spełnia warunku określonego w pkt 5.2.1 siwz i nie miał podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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.07.128.886 zm. Dz.U.2008.182.1122).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....