

WYROK

z dnia 15 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WTE WASSERTECHNIK (POLSKA) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, WTE WASSERTECHNIK GmbH w Essen (Niemcy)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex Spółka Akcyjna w Warszawie, Cadagua SA w Bilbao (Hiszpania)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WTE WASSERTECHNIK (POLSKA) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, WTE WASSERTECHNIK GmbH w Essen (Niemcy)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WTE WASSERTECHNIK (POLSKA) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, WTE WASSERTECHNIK GmbH w Essen (Niemcy)** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WTE WASSERTECHNIK (POLSKA) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, WTE WASSERTECHNIK GmbH w Essen (Niemcy)** na rzecz **Zakładu Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji Tomaszowa Mazowieckiego. Zadanie nr 1.1, Zadanie nr 1.2, Zadanie nr 1.3.la, Zadanie nr 1.3. Ib”.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 4 marca 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: WTE WASSERTECHNIK (POLSKA) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, WTE WASSERTECHNIK GmbH w Essen (Niemcy) – dalej odwołujący się – wnieśli odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Budimex S. A. (Lider), ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, Polska (2) Cadagua SA, Bilbao 48001, Gran Via 45, Hiszpania
- 2) wezwaniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu składającego się na treść oferty;
- 3) doprowadzeniu do zmiany treści oferty Konsorcjum Budimex - Cadagua w toku badania i oceny ofert.
- 4) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex - Cadagua;
- 5) zaniechania wykluczenia Konsorcjum Budimex - Cadagua z postępowania;
- 6) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej odwołujących się,

Odwołujący się zarzucili zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex - Cadagua, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 26 ust. 4 - poprzez jego bezprawne zastosowanie, polegające na wezwaniu Konsorcjum Budimex - Cadagua do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu, który nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lecz składa się na treść oferty;
3. art. 87 ust. 1 - przez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji z Konsorcjum Budimex - Cadagua dotyczących złożonej oferty i doprowadzenie do dokonania zmiany treści oferty;
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Budimex - Cadagua, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
5. art. 91 ust. 1 - poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołujących się, mimo że ich oferta jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
6. art. 7 ust. 1 - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Odwołujący się zażądali:

1. uwzględnienia odwołania;
2. nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Budimex- Cadagua;
4. nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex - Cadagua;
5. nakazania zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Budimex - Cadagua z postępowania;
6. nakazania zamawiającemu wykonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołujących się.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący się wskazali, że w dniu 21 lutego 2013 roku zamawiający faksem przekazał im zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex - Cadagua. W ocenie odwołujących się dokonana przez zamawiającego czynność wyboru oferty Konsorcjum Budimex - Cadagua jest niezgodna z przepisami ustawy, ponieważ oferta ta podlega odrzuceniu, a wybrane Konsorcjum wykonawców-wykluczeniu z postępowania z następujących powodów:

I. Treść oferty konsorcjum Budimex – Cadagua nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Konsorcjum Budimex - Cadagua złożyło ofertę, która w swej treści nie uwzględnia zmiany Załącznika nr 11 do IDW, wprowadzonej przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2013 roku. Tabela w ogóle nie zawiera dodatkowo wprowadzonej pozycji (3). Wybrany wykonawca nie podał i nie wyliczył zużycia innych środków potrzebnych do prawidłowego prowadzenia procesu suszenia zgodnie z oferowaną technologią, a w konsekwencji nie dokonał wyliczenia całkowitego 4-letniego kosztu eksploatacji oczyszczalni ścieków - suszarni osadów w sposób, jaki wymagał tego zamawiający. Okoliczność ta powoduje, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex - Cadagua nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stanowi przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jednocześnie ta niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie może zostać samodzielnie poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ zamawiający nie posiada wiedzy o tym, ile wynosi zużycie innych środków potrzebnych do prawidłowego prowadzenia procesu suszenia. Informacje te są bowiem uzależnione od technologii, którą oferuje dany wykonawca i stanowią treść jego oferty. Jakakolwiek ingerencja zamawiającego w tym zakresie spowodowałaby istotną zmianę w treści oferty. Zatem obowiązek odrzucenia oferty ma charakter bezwzględny.

Poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex - Cadagua, Zamawiający w sposób rażący naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący się podnieśli, że zamawiający wadliwie zakwalifikował Załącznik nr 11 do kategorii dokumentów, co do których ma zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy, a tym samym naruszył przytoczony przepis ustawy.

W toku badania i oceny ofert zamawiający zauważył przedmiotową niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże zamawiający, zamiast ofertę odrzucić, wezwał Konsorcjum Budimex - Cadagua w trybie art. 26 ust. 4

ustawy do złożenia wyjaśnień: „dlaczego w tabeli na stronie 3 załącznika nr 11 (zaktualizowanego na dzień 04.01.2013 r.) została pominięta pozycja 3 wyszczególnienia pn. Zużycie innych środków: zużycie innych środków potrzebnych do prawidłowego prowadzenia procesu suszenia zgodnie z oferowaną technologią”

W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum Budimex - Cadagua wyjaśniło, że zaoferowana technologia nie przewiduje zużycia innych środków, a pominięcie wiersza w/w tabeli stanowi co najwyżej o niezachowaniu formy tabeli. W piśmie zawierającym wyjaśnienia, Konsorcjum umieściło fragment brakującego wiersza tabeli, a w jej treści wpisane zostały wartości „0” (pismo otrzymane przez Zamawiającego w dniu 12 lutego 2013 roku).

Zdaniem odwołujących się uznać należy, że zamawiający - pismem z dnia 5 lutego 2013 roku - w istocie zażądał wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1, mimo nieprawidłowego podania jako podstawy prawnej wezwania art. 26 ust. 4 ustawy. Skoro zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Budimex - Cadagua, to stwierdzić trzeba, iż przyjął wyjaśnienia Konsorcjum i uznał jego ofertę za w pełni prawidłową, a zatem doprowadził do zmiany treści oferty.

W takim stanie rzeczy odwołujący się podnieśli, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do niedopuszczalnych negocjacji prowadzonych między zamawiającym a wykonawcą oraz do nielegalnej zmiany treści oferty w toku badania i oceny oferty, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy.

II. Konsorcjum Bupimex - Cadagua złożyło nieprawdziwa informacje mającą wpływ na wynik postępowania

Zamawiający w punkcie 9.1.3 lit. b) opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający zażądał wykazania, że wykonawcy dysponują osobą Projektanta - Technologa (Ekspert 4) - posiadającego minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w projektowaniu, posiadającego doświadczenie w projektowaniu procesu technologicznego oczyszczalni ścieków, w tym zaprojektowaniu min. 1 mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków komunalnych w technologii osadu czynnego o przepustowości min. 10 000 m³/d i obciążeniu RLM powyżej 100 000. (strona 11IDW). Do oferty Konsorcjum Budimex - Cadagua załączony został wykaz osób, w którym to do pełnienia funkcji Projektanta - Technologa wskazano Pana J..... S..... (strony 35-37 oferty). Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zaprojektowaniu min. 1 mechaniczno-

biologicznej oczyszczalni ścieków komunalnych w technologii osadu czynnego o przepustowości min. 10 000 m³/d i obciążeniu RLM powyżej 100 000, wykazano następujące doświadczenie Pana J..... S.....: „01.08.2006-30.09.2009. Projektant technologii, Kierownik Rozruchu, Opracowanie koncepcji, kompletnego projektu budowlanego oraz kompletnej dokumentacji wykonawczej inwestycji: „Modernizacja i rozbudowa o część biologiczno mechaniczno chemicznej oczyszczalni ścieków Zdroje" w Szczecinie. Prace projektowe i budowlane przy budowie mechaniczno - biologicznej oczyszczalni ścieków komunalnych w technologii osadu czynnego Qdśr = 27.000 m³/d RLM = 177.000".

Odwołujący się wskazali, że wykonawcą zamówienia na „Modernizację i rozbudowę o część biologiczno - mechaniczno - chemicznej oczyszczalni ścieków Zdroje" w Szczecinie było Konsorcjum w składzie WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o. (odwołujący) i Polimex-Mostostal S.A. Pan J..... S....., w związku z realizacją tej inwestycji, był pracownikiem WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o. o., zatrudnionym na podstawie umowy o pracę, na stanowisku Kierownika Projektu Oczyszczalni Ścieków Szczecin Zdroje. Natomiast Nie był Projektantem i nie zaprojektował procesu technologicznego w ramach tego zamówienia. Odwołujący posiada zatem wiedzę i dowody pozwalające na wykazanie i stwierdzenie ponad wszelką wątpliwość, że Pan J..... S..... nie opracował koncepcji, kompletnego projektu budowlanego oraz kompletnej dokumentacji wykonawczej inwestycji: „Modernizacja i rozbudowa o część biologiczno mechaniczno chemicznej oczyszczalni ścieków Zdroje" w Szczecinie. W związku z powyższym stwierdzić należy, że Konsorcjum Budimex - Cadagua złożyło nieprawdziwą informację.

Odwołujący się podkreślili, że w wyniku podania nieprawdziwej informacji, Konsorcjum Budimex - Cadagua zostało uznane przez zamawiającego jako spełniające warunek udziału w postępowaniu. Pozostałe doświadczenie wymienione w wykazie, jakim legitymuje się Pan J..... S....., nie pozwala na wykazanie spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobą Projektanta - Technologa, który posiada doświadczenie w zaprojektowaniu min. 1 mechaniczno- biologicznej oczyszczalni ścieków komunalnych w technologii osadu czynnego o przepustowości min. 10 000 m³/d i obciążeniu RLM powyżej 100 000.

Zamawiający został wprowadzony w błąd przez Konsorcjum Budimex - Cadagua i posiadając nieprawdziwą informację, wykazującą spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dokonał wyboru Wykonawcy. W związku z tym stwierdzić należy, że

nieprawdziwa informacja miała wpływ na wynik postępowania - wybór Konsorcjum Budimex-Cadagua.

W takiej sytuacji, Konsorcjum Budimex - Cadagua podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jednocześnie, zważywszy, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą, brak jest przesłanek pozwalających na wezwanie Konsorcjum Budimex - Cadagua do złożenia, a następnie uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykazu osób, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Również zatem obowiązek wykluczenia Budimex - Cadagua z postępowania ma charakter bezwzględny.

Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 15.3.1) lit. p) IDW (Instrukcji dla wykonawców - części specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zamawiający postanowił, że oferta musi zawierać wypełnione wyliczenie całkowitych 4-letnich kosztów eksploatacji suszarni nieprzefermentowanego osadu dla zadania

1. 3.Ib, zgodnie z Załącznikiem Nr 11 do IDW.

W treści Załącznika 11 do IDW zawarta została tabela, w której wykonawcy zobowiązani zostali do wyliczenia całkowitego 4-letniego kosztu eksploatacji oczyszczalni ścieków - suszarni osadów, w oparciu o: (1) zużycie energii elektrycznej oraz (2) zużycie energii cieplnej.

W toku prowadzonego postępowania, w dniu 4 stycznia 2013 roku zamawiający zmienił załącznik Nr 11 do IDW w ten sposób, że wprowadził do zawartej w Załączniku nr 11 tabeli dodatkową pozycję, którą wykonawcy mieli obowiązek wypełnić, a mianowicie: (3) „zużycie innych środków potrzebnych do prawidłowego prowadzenia procesu suszenia zgodnie z oferowaną technologią”.

Zamawiający, w Załączniku nr 11 do IDW postanowił, że „Wykonawca musi przedstawić w niniejszym formularzu wszelkie szczegółowe koszty eksploatacji dla wymienionych poniżej punktów w odniesieniu do ilości osadu odwodnionego:, oraz że: „Roczny koszt eksploatacji suszarni osadu do wzięcia pod uwagę przy przygotowywaniu Oferty musi składać się z :

- Zużycie energii elektrycznej,

- Zużycie energii cieplnej,
- Zużycie innych niezbędnych środków potrzebnych do prawidłowego prowadzenia procesu suszenia osadów zgodnie z oferowaną technologią".

Zamawiający, w punkcie 17.5. lit b) IDW dotyczącym kwestii zmiany w treści SIWZ zapisał, zgodnie z obowiązującą w prawie zamówień publicznych normą, że „modyfikacje są każdorazowo wiążące dla wykonawców”.

W myśl postanowienia punktu 15.1.5) IDW, wzory formularzy, wykazów i oświadczeń dołączonych do niniejszej IDW powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub przygotowane przez Wykonawcę zgodnie z załączonymi wzorami i dołączone do oferty. Zaś w punkcie 15.1.6) IDW Zamawiający zastrzegł, iż nie dopuszcza dokonywania w treści formularzy, wykazów i oświadczeń jakichkolwiek zmian, za wyjątkiem zmian wynikających wyłącznie z ilości miejsca przeznaczonego na wprowadzenie informacji.

Kryterium	Znaczenie procentowe kryterium	Maksymalna ilość punktów jakie może otrzymać oferta za dane kryterium
-----------	--------------------------------	---

1)	Cena (C) ryczałtowa brutto	80% 80 punktów
----	------------------------------	----------------

2)	Koszt (K) 4-letniej eksploatacji oczyszczalni (wraz z suszarnią nieprzefermentowanego osadu)	20% 20 punktów
----	--	----------------

Zamawiający jednocześnie ustalił, że: „Zasady oraz sposób wyliczenia kosztów 4-letniej eksploatacji oczyszczalni ścieków (wraz z suszarnią nieprzefermentowanego osadu) dokonany zostanie na podstawie wypełnionej przez Wykonawcę tabeli zawartej w Załączniku Nr 8 do niniejszej IDW”. Załącznik nr 8 do IDW zawiera formularz, zgodnie z którym wykonawcy zobowiązani byli wyliczyć całkowity 4-letniego koszt eksploatacji oczyszczalni ścieków:

Jak wynika z treści formularza zawartego w Załączniku nr 8 do IDW, na „koszt 4-letniej eksploatacji oczyszczalni (wraz z suszarnią nieprzefermentowanego osadu)”, który stanowi kryterium oceny ofert, składa się „Całkowity 4-letni koszt eksploatacji suszarni nieprzefermentowanego osadu (zadanie 1.3.lb)”, który z kolei wyliczany jest między innymi w oparciu o roczny koszt „zużycia innych środków potrzebnych do prawidłowego prowadzenia procesu suszenia zgodnie z oferowaną technologią”. Załącznik nr 8 wskazuje, że uzyskaną

wartość w pozycji Całkowity 4 letni koszt eksploatacji (suma poz. 1 i 2) należy przenieść do Załącznika Nr 1 Formularz ofertowy pkt 4. 4).

Konsorcjum Budimex - Cadagua złożyło ofertę, która w swej treści nie uwzględnia zmiany Załącznika nr 11 do IDW, wprowadzonej przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2013 roku. Tabela nie zawiera dodatkowo wprowadzonej pozycji. Wykonawca nie podał zużycia innych środków potrzebnych do prawidłowego prowadzenia procesu suszenia zgodnie z oferowaną technologią, a w konsekwencji nie dokonał wyliczenia całkowitego 4-letniego kosztu eksploatacji oczyszczalni ścieków - suszarni osadów w sposób, jaki wymagał tego zamawiający.

Zamawiający wezwał Konsorcjum Budimex - Cadagua w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień: „dlaczego w tabeli na stronie 3 załącznika nr 11 (zaktualizowanego na dzień 04.01.2013 r.) została pominięta pozycja 3 wyszczególnienia pn. Zużycie innych środków: zużycie innych środków potrzebnych do prawidłowego prowadzenia procesu suszenia zgodnie z oferowaną technologią”

W odpowiedzi na wezwanie pismem, które zamawiający otrzymał w dniu 12 lutego 2013 roku Konsorcjum Budimex - Cadagua wyjaśniło, że zaoferowana technologia nie przewiduje zużycia innych środków, a pominięcie wiersza tabeli stanowi co najwyżej o niezachowaniu formy tabeli. W piśmie zawierającym wyjaśnienia, Konsorcjum umieściło fragment brakującego wiersza tabeli, a w jej treści wpisane zostały wartości „0”.

Zamawiający w punkcie 9.1.3 lit. b opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia. Zamawiający zażądał wykazania, że wykonawcy dysponują osobą Projektanta - Technologa (Ekspert 4) - posiadającego minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w projektowaniu, posiadającego doświadczenie w projektowaniu procesu technologicznego oczyszczalni ścieków, w tym zaprojektowaniu min. 1 mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków komunalnych w technologii osadu czynnego o przepustowości min. 10 000 m³/d i obciążeniu RLM powyżej 100 000. (strona 11IDW).

Do oferty Konsorcjum Budimex - Cadagua załączony został wykaz osób, w którym to do pełnienia funkcji Projektanta - Technologa wskazano Pana J..... S..... (strony 35-37 oferty).

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zaprojektowaniu min. 1 mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków komunalnych w technologii osadu czynnego o przepustowości min. 10 000 m³/d i obciążeniu

RLM powyżej 100 000, wykazano doświadczenie Pana J..... S.....: „01.08.2006-30.09.2009. Projektant technologii, Kierownik Rozruchu, Opracowanie koncepcji, kompletnego projektu budowlanego oraz kompletnej dokumentacji wykonawczej inwestycji: „Modernizacja i rozbudowa o część biologiczno mechaniczno chemicznej oczyszczalni ścieków Zdroje" w Szczecinie. Prace projektowe i budowlane przy budowie mechaniczno - biologicznej oczyszczalni ścieków komunalnych w technologii osadu czynnego Qdśr = 27.000 m³/d RLM = 177.000".

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Bezspornym jest, że przystępujący nie wycenił w swojej ofercie kosztów zużycia innych niezbędnych środków potrzebnych do prawidłowego prowadzenia procesu suszenia osadów, zgodnie z oferowaną technologią. Niemniej jednak wskazał, że zastosowana przez niego technologia nie wymaga zastosowania innych środków, a zatem nie będzie ponosił żadnych kosztów z tego tytułu.

Zdaniem Izby zamawiający był uprawniony do tego, by zażądać od przystępującego wyjaśnień w tym zakresie. Wątpliwości budzi natomiast podstawa wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co by oznaczało, że potraktował załącznik nr 11 jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podziela takiego stanowiska. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei art. 25 ust. 1 stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zdaniem Izby informacje, które wykonawcy obowiązani byli wskazać w załączniku nr 11 nie odnoszą się ani do warunków udziału w postępowaniu, ani też do wymagań, które miałyby spełniać przedmiot zamówienia. Załącznik ten zawiera jedynie dane dotyczące kalkulacji kosztów ponoszonych w trakcie realizacji zamówienia i dane te ustalał przystępujący w oparciu o zaoferowaną technologię. Zaznaczyć należy, że zamawiający nie narzucił wykonawcom żadnego konkretnego sposobu realizacji zamówienia i tym samym nie określił co do niego żadnych wymagań.

Jednakowoż ustawa Pzp przewiduje możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zatem przyjąć, że zamawiający był uprawniony do żądania takich wyjaśnień. Fakt, iż w żądaniu powołał się na błędną podstawę prawną nie stanowi wystarczającej podstawy do uwzględnienia odwołania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie tylko wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Izby w rozpoznawanym przypadku nie doszło do nieuprawnionych negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz nieuprawnionych zmian w jej treści.

Przez ofertę należy rozumieć oświadczenie woli zawarcia umowy, które zawiera istotne postanowienia tej umowy. Oferta musi być zatem oświadczeniem woli zawarcia umowy skierowanym do drugiej strony w sposób jednoznaczny i stanowczy oraz zawierać istotne postanowienia umowy. Na gruncie Pzp za ofertę uznać oświadczenie wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, będące jednostronnym zobowiązaniem wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia na rzecz zamawiającego. Na treść oferty składają się również dokumenty dotyczące przedmiotu zamówienia i jego wykonania.

Zdaniem Izby informacja dotycząca zastosowanej technologii nie składała się na treść oferty. Zważyć należy, że zamawiający nie wymagał od wykonawców podania, jakiego rodzaju technologię będą stosowali przy realizacji zamówienia. Tym samym treścią oferty nie są również koszty zastosowania takiej czy innej technologii. Faktem jest, iż zamawiający

ustanowił koszt 4-letniej eksploatacji oczyszczalni jednym z kryteriów oceny ofert, niemniej jednak wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie powodują żadnej zmiany w wysokości tych kosztów w jego ofercie a zatem nie wpływają na jego sytuację i pozycję w rankingu ofert. Zgodzić się należy z przystępującym, iż pominięcie wiersza tabeli stanowi co najwyżej o niezachowaniu formy tabeli.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie znajduje podstaw.

W myśl wskazanego przepisu zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

A zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania następuje w przypadku kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek:

- 1) złożenia nieprawdziwych informacji
- 2) informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Toruniu w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 roku sygn. akt VI Ga 134/12 celem wskazanego przepisu jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który poprzez podanie nieprawdziwych informacji, mających na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd, dąży do uzyskania korzystnego dla siebie wyniku postępowania. Przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE nr 134 poz. 114 ze zmianami), zgodnie z którym z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą. Wprowadzenie w błąd musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy.

W rozpoznawanej sytuacji odwołujący się nie udowodnił, że przystępujący w sposób świadomy, w celu wyłudzenia zamówienia, wprowadził w błąd zamawiającego. Co więcej – odwołujący się w ogóle nie podnosił umyślności działania przystępującego. Z kolei przystępujący dowodził, iż informację o tym, iż Pan J..... S..... wykonywał usługę wskazaną w wykazie, powziął od niego samego. Przystępujący powołał się na list referencyjny wystawiony przez WTE Wassertechnik Polska Sp. z o.o., z którego wynika, że

w trakcie realizacji kontraktu pan S..... pełnił również funkcję sprawdzającego dokumentację projektową (projekt wykonawczy oraz zamienny projekt budowlany) oraz, że przygotowywał dokumentację projektową. W tej sytuacji trudno wskazywać na celowość i winę umyślną przystępującego.

Jak orzekł Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przestanki wykluczenia na podstawie tego przepisu zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy, skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Taki pogląd potwierdzają wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydane m.in. w sprawach: KIO 590/12 i KIO 600/12 z dnia 12 kwietnia 2012 roku, KIO 491/12 z dnia 26 marca 2012 roku⁷, KIO 267/12 z dnia 22 lutego 2012 roku, KIO 2698/11 z dnia 29 grudnia 2011 roku, KIO/UZP 1820/10 z dnia 8 września 2010 roku, KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09 i KIO/UZP 605/09 z dnia 19 maja 2009 roku, KIO/UZP 278/09 z dnia 20 marca 2009 roku, KIO/UZP 1098/08 z dnia 24 października 2008 i KIO/UZP 814/08 z dnia 21 sierpnia 2008 roku.

Zdaniem Izby w przedmiotowej sytuacji można by ewentualnie mówić o niewykazaniu przez przystępującego jednego z warunków udziału w postępowaniu. Niemniej jednak zarzut taki nie został przez odwołujących się podniesiony. W myśl zaś art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać w zakresie zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu, a zatem Izba nie była uprawniona do tego, by w tym zakresie orzekać.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....