

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko sp. z o. o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom Spółka z o.o., ul. Nadbrzeżna 5 a, 58-420 Lubawka

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fostech Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1531/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fostech Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fostech Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie w trybie przepisu art.26 ust.3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.) do złożenia pełnomocnictwa, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fostech Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko sp. z o. o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fostech Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie na rzecz wykonawcy Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko sp. z o. o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz 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 Jeleniej Górze.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 1531/19

### Uzasadnienie

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom Spółka z o.o., ul. Nadbrzeżna 5 a 58-420 Lubawka wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane: dla zadania nr 1 pn.: „Modernizacja zakładu unieszkodliwiania odpadów przy ul. Zielonej w Lubawce”, numer ref.: 18/JRP/PZ/2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 kwietnia 2019 r. pod nr: 2019/S 066-153383 - Część I - Część biologiczna.

Zamawiający w dniu 26 lipca 2019 r. przestał Odwołującemu „Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko” sp. z o.o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fostech Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 5 sierpnia 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia oferty oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj.:

1) art. 26 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Fostech Sp. z o.o. - Lider; Instytut Energii Sp. z o.o. - Partner, do złożenia pełnomocnictwa określonego w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp,

2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niedopuszczalne prowadzenie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, tj. Fostech Sp. z o.o. — Lider; Instytut Energii Sp. z o.o. — Partner, negocjacji dotyczących złożonej przez tych Wykonawców oferty w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert - „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” dotyczącego Projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji i w konsekwencji przyznanie tym Wykonawcom 13 pkt w sytuacji, gdy pierwotnie w ofercie w/w Wykonawcy nie wskazali osoby skierowanej do realizacji zamówienia na stanowisku Projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji, a tym samym nie powinni w ramach przedmiotowego kryterium uzyskać punktów.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert,

4) wezwanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Fostech Sp. z o.o. - Lider; Instytut Energii Sp. z o.o. - Partner, do złożenia pełnomocnictwa i w przypadku niezłożenia pełnomocnictwa lub złożenia pełnomocnictwa wadliwego - nakazanie odrzucenia oferty w/w Wykonawców, a w przypadku złożenia prawidłowego pełnomocnictwa - nakazanie nieprzyznania w/w Wykonawcom punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert - „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”,

5) nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

6) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

W zakresie pierwszego zarzutu Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią art. 23 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nadto, zauważył, że stosownie do treści art. 26 ust. 3a ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Poza tym wskazał, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XII pkt 1 ppkt 2) IDW oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy (Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), co oznacza, iż jeżeli z dokumentu(ów) określającego(ych) status prawny Wykonawcy(ów) lub pełnomocnictwa (pełnomocnictw) wynika, iż do reprezentowania Wykonawcy(ów) upoważnionych jest łącznie kilka osób, dokumenty wchodzące w skład oferty muszą być podpisane przez wszystkie te osoby.

Natomiast, zgodnie z postanowieniami rozdziału XII pkt 1 ppkt 3) IDW pełnomocnictwo należy dołączyć do oferty w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią Formularza oferty (załącznik nr 1 do IDW) złożonego przez Konsorcjum w skład Konsorcjum wchodzi Fostech Sp. z o.o. - Lider oraz Instytut Energii Sp. z o.o. - Partner.

Zaznaczył, że do oferty Konsorcjum dołączono pełnomocnictwo rodzajowe z dnia 29 kwietnia 2019 r. zgodnie z którego treścią Instytut Energii sp. z o.o. upoważnia pana P. T. do reprezentowania Instytutu Energii Sp. z o.o. w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Według Odwołującego - wskazane pełnomocnictwo nie spełnia wymagań określonych przepisem art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem zgodnie z treścią tego przepisu pełnomocnictwo powinno zostać udzielone przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, podczas gdy zostało ono udzielone jedynie przez Instytut Energii sp. z o.o.

W tym stanie rzeczy Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do wezwania Konsorcjum do złożenia wymaganego pełnomocnictwa.

Odnosnie drugiego zarzutu Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert i niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zauważył, że stosownie do treści art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazał, że zgodnie z rozdziałem XV pkt 2 IDW w ramach kryterium „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” ocenie będzie podlegać doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez Wykonawcę jako Projektanta technologii

kompostowania/biostabilizacji. Zgodnie z IDW Wykonawca otrzyma w tym kryterium punkty 5

w sytuacji, gdy ww. osoba posiada dodatkowe doświadczenie, tj.:

- 7 punktów - gdy Projektant technologii kompostowania/biostabilizacji, posiada doświadczenie związane z projektowaniem bioreaktora (boks/tunel) zamkniętego z systemem napowietrzania przeznaczonego do suszenia paliwa alternatywnego RDF.

- 7 punktów - gdy Projektant technologii kompostowania/biostabilizacji, posiada doświadczenie związane z projektowaniem napowietrzanego placu kompostowego z przeznaczeniem do kompostowania odpadów kuchennych i/lub zielonych z użyciem półprzepuszczalnej membrany do przykrycia przyzmu,

- 6 punktów - gdy Projektant technologii kompostowania/biostabilizacji, posiada doświadczenie związane z projektowaniem kompostowni, która produkuje lub produkowała nawóz organiczny zgodnie z ustawą z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu (Dz.U. z 2017r., poz. 668) z uzyskaną decyzją na wprowadzenie do obrotu.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią pkt 10 Formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 do ID W, W celu oceny oferty w kryterium „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”, Wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczenia zawierającego imię i nazwisko Projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji, jego funkcję oraz doświadczenie zawodowe.

Zarzucił przy tym, że Konsorcjum - wbrew postanowieniom IDW - w dołączonym do oferty Formularzu oferty nie podało imienia i nazwiska Projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji.

Podniósł okoliczność, że pismem z dnia 20 maja 2019 r., złożonym bez wezwania Zamawiającego, Konsorcjum wskazało, że co prawda nie podało w ofercie imienia i nazwiska w/w Projektanta, jednak jego identyfikacja jest możliwa na podstawie opisu doświadczenia zawodowego, w ramach którego określono inwestycje i podmioty na rzecz, których były one realizowane.

Następnie, wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2019 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do „wyjaśnienia treści oferty poprzez wskazanie osoby skierowanej do realizacji zamówienia, której doświadczenie zawodowe wskazane zostało w Formularzu oferty”.

W pisemnej odpowiedzi na powyższe wezwanie (brak daty w treści pisma) Konsorcjum podtrzymało swoje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 20 maja 2019 r., zgodnie z którym wskazywanym przez Konsorcjum Projektant technologii kompostowania/biostabilizacji jest p. M. S.

Zauważył, że zgodnie z informacjami przekazanymi w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26.7.2019 r. - Konsorcjum w ramach omawianego kryterium otrzymało 13 pkt na 20 możliwych, bowiem p. M. S. nie pełnił funkcji Projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji w ramach inwestycji realizowanej na rzecz Zakładu Odpadów Komunalnych „Rypin” Sp. z o.o. w Puszczy Miejskiej. Tymczasem przedmiotowa inwestycja została wskazana przez Konsorcjum w Formularzu oferty.

Mając powyższe na uwadze stwierdził, że w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” Konsorcjum powinno otrzymać 0 pkt. bowiem w ofercie wskazało jedynie funkcję i doświadczenie zawodowe, natomiast nie wskazało kto jest projektantem przez wymagane podanie jego imienia i nazwiska.

Odwołujący argumentował, że przedmiotowa informacja została podana przez Konsorcjum dopiero po upływie terminu składania ofert, tj. w treści pisma z dnia 20 maja 2019 r. Konsorcjum wyjaśnił, że: „SIWZ nie warunkowała przyznania punktów w ramach kryterium oceny Doświadczenie zawodowe Projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji od podania w formularzu ofertowym imienia i nazwiska tej osoby ale od wykazanie, że proponowana na stanowisko kandydata osoba posiada odpowiednie, dodatkowo punktowane, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie.”.

Ponadto, wskazał, że Konsorcjum wyjaśniło, że: „identyfikacja projektów jakie wykonał Pan M. S. zawarta w treści formularza ofertowego pozwala na jednoznaczne potwierdzenie, że prace te zrealizowała jedna i ta sama osoba tj. Pan M. S. który równocześnie spełnia warunek graniczny określony w pkt 12.1.3 B 4 SIWZ”.

W ocenie Odwołującego przedstawione stanowisko Konsorcjum jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający wymagał wskazania w treści pkt 10 Formularza oferty zarówno imię i nazwisko projektanta, jego funkcję oraz nabyte doświadczenie zawodowe.

Wszystkie te informacje - zdaniem Odwołującego - łącznie służyły Zamawiającemu do oceny ofert.

W przekonaniu Odwołującego - nie należy zatem bagatelizować braku wskazania w ofercie personaliów proponowanego projektanta, bowiem dane te mają umożliwić Zamawiającemu weryfikację podanych informacji.

Brak imienia i nazwiska projektanta może stanowić przy tym sposobność do nadużyć, w szczególności w sytuacji, gdy dany Wykonawca w dacie składania ofert nie dysponuje wymaganym projektantem i dopiero na późniejszym etapie będzie mógł precyzyjnie określić, kto w rzeczywistości będzie pełnił te funkcje.

Dopuszczenie przez Zamawiającego do wskazania osoby projektanta po otwarciu ofert jest - w opinii Odwołującego - przykładem nierównego traktowania wykonawców, którzy już w dacie składania ofert precyzyjnie określili kto będzie projektantem (wskazali imię i

nazwisko).

Przekonywał, że w związku z tym wskazanie doświadczenia zawodowego projektanta stanowi kwestię wtórną względem kwestii podstawowej, która jest wybór osoby projektanta.

W przeciwnym razie każdy Wykonawca, który w dacie składa ofert nie ma pewności, co do osoby projektanta, mógłby podać jedynie doświadczenie zawodowe tych projektantów, których bierze pod uwagę w dogodnej dla siebie konfiguracji, a dopiero po ustaleniu kto

finalnie będzie projektantem, mógłby uzupełnić ofertę przez wskazanie jego imienia i nazwiska.

Za nietrafiony uznał także argument Konsorcjum, zgodnie z którym ustalenie konkretnej osoby projektanta jest możliwe niejako pośrednio, to jest na podstawie opisu doświadczenia zawodowego wskazanego w Formularzu oferty, w tym zakresie rzeczowego inwestycji, jak i danych samego inwestora.

Wskazał, że stanowisku temu przeczy treść Formularza oferty Konsorcjum, bowiem spośród 3 inwestycji także wskazanych p. M. S. pełnił funkcje projektanta jedynie w ramach 2 inwestycji.

Przekonywał, że M. S. nie był projektantem w ramach inwestycji realizowanej na rzecz Zakładu Odpadów Komunalnych „Rypin” Sp. z o.o. w Puszczy Miejskiej.

Dla Odwołującego nie ma pewności, czy w dacie składania ofert Konsorcjum dysponowało już M. S. jako projektantem, czy też innym projektantem, to jest tym który nabył doświadczenie w ramach realizacji inwestycji na rzecz Zakładu Odpadów Komunalnych „Rypin” sp. z o.o. w Puszczy Miejskiej.

Ponadto, zastrzeżenie Odwołującego budzi zachowanie Zamawiającego, który w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień przez wskazanie osoby projektanta.

Wskazał, że ustawa Pzp nie dopuszcza uzupełnienia oferty, a jedynie dokumentów, oświadczeń i pełnomocnictw określonych w art. 26 ust. 2f, ust. 3, ust. 3a tej ustawy.

W tym stanie rzeczy wezwanie Zamawiającego - według Odwołującego - narusza przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz jest wewnętrznie sprzeczne, bowiem Zamawiający wymagał wyjaśnienia treści oferty przez jej uzupełnienie, tymczasem wyjaśnienie i uzupełnienie to dwie różne czynności.

Wywodził, że zgodnie z powszechnym znaczeniem przez wyjaśnienie należy rozumieć usunięcie wątpliwości. Natomiast przez uzupełnienie należy rozumieć uczynienie czegoś kompletnym (zob. Słownik Języka Polskiego PWN), np. przez przesłanie brakującego dokumentu. Także ustawodawca rozróżnia czynność wyjaśnienia od uzupełnienia, dając temu wyraz m.in. w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy stwierdził, że w postępowaniu doszło do negocjowania treści oferty Konsorcjum i wprowadzania w niej niedozwolonych zmian.

W dniu 9 sierpnia 2019r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fostech Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, zwani dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2019r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego z dnia 12 maja 2019r. wraz pełnomocnictwem rodzajowym, pisma Przystępującego z dnia 20 maja 2019r. wraz z wykazem osób, wezwania Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2019r. do wyjaśnienia przez Przystępującego treści oferty w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp, odpowiedzi tego wykonawcy na to wezwanie, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 14 sierpnia 2019r. uwzględniającej w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, jak również na podstawie złożonych przez stronę i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła

odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.26 ust.3a w związku z art.23 ust.2 ustawy Pzp, art.87 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust.1 i w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wyjaśnienia treści oferty oraz czy te wyjaśnienia nie prowadziły do negocjacji i ewentualnie do zmiany treści oferty, a także czy załączone do oferty pełnomocnictwo było prawidłowe i czy nie powinno być złożone nowe pełnomocnictwo zawierające również oświadczenie drugiego konsorcjanta.

Izba ustaliła, że do oferty zostało załączone pełnomocnictwo rodzajowe z dnia 29 kwietnia 2019r. wystawione w imieniu spółki Instytut Energi sp. z o.o. upoważniające P. T. do reprezentowania spółki w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Izba stwierdziła przy tym, że innych pełnomocnictw Przystępujący nie złożył.

W związku z powyższą sytuacją, wymaga wskazania, że stosownie do przepisu art.23 ust.1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie w myśl przepisu art.23 ust.2 tejże ustawy w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z zestawienia powyższych przepisów wynika jednoznacznie, że sporne pełnomocnictwo powinno być udzielone przez dwóch konsorcjantów, a nie jednego jak w rozpoznawanej sprawie.

Wobec tego należało uznać, że przedłożone pełnomocnictwo nie spełniało wymogu ustawowego.

W takim przypadku Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art.26 ust.3a ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Ostatecznie, na rozprawie pełnomocnik Przystępującego potwierdził, że uznaje zarzut 1 w zakresie prawnej możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa.

W przekonaniu Izby również drugi zarzut odwołania również się potwierdził.

Izba ustaliła, że na gruncie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ Zamawiający opisał jej zawartość poprzez oznaczenie części w następujący sposób:

1. Część I Instrukcja dla Wykonawców (IDW).
2. Część II Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego / ogólne warunki umowy / wzór umowy.
3. Część III Opis przedmiotu zamówienia (OPZ).

Jednocześnie w rozdziale XXII SIWZ Zamawiający ustanowił wykaz załączników do SIWZ, gdzie: Załącznik nr 1 to wzór oferty.

Izba stwierdziła przy tym, że w pkt.10 składanej oferty opartej o powyższy wzór wykonawcy mieli złożyć oświadczenie, że do realizacji zamówienia wykonawca skieruje określone z imienia i nazwiska osoby.

Ustalono przy tym, że Przystępujący takie oświadczenie złożył bez wskazania z imienia i nazwiska osoby przeznaczonej do realizacji projektu.

Na tle powyższego stanu faktycznego - według zapytania Izby - przewidziane w ofercie w pkt.10 oświadczenie, że do realizacji zamówienia wykonawca skieruje ściśle określone z imienia i nazwiska osoby stanowiło nie podlegającą uzupełnieniu i wyjaśnieniu treść oferty.

Stosownie do przepisu art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Nadto, przepis art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp reguluje, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zdaniem Izby przepis art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w przypadku, gdy mamy do czynienia z podaną w ofercie treścią.

Jeżeli jednak, jak w niniejszej sprawie, treści tej w ogóle nie ma z powodu braku wskazania z imienia i nazwiska osoby przeznaczonej do realizacji zamówienia na funkcję projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji, to w takim przypadku dochodzi do uzupełnienia treści oferty o te istotne dane, co w rezultacie jest równoznaczne z koniecznością przyjęcia, że doszło do prowadzenia pomiędzy stronami niedozwolonych negocjacji odnośnie tej osoby.

W takim przypadku, nie ma już znaczenia okoliczność, że dana osoba posiada określone doświadczenie, skoro nie została ona zadeklarowana na etapie ustalenia przez Zamawiającego essentialia negotii w oparciu o złożoną ofertę.

Wobec powyższego przedłożone przez Przystępującego dowody na okoliczność posiadania przez M. S. odpowiedniego doświadczenia nie miało znaczenia - w przekonaniu Izby - przy ocenie okoliczności naruszenia przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp, skoro oferta nie zawierała wymaganego jego zobowiązania.

Dodatkowo, należy wskazać, że Zamawiający w powyższej Części II - Umowa/Kontrakt w sprawie zamówienia publicznego w rozdziale 1 - akt umowy dla zadania pn. „modernizacja zakładu unieszkodliwiania odpadów przy ul. Zielonej w Lubawce” w § 2 postanowił, że następujące dokumenty będą uważane, odczytywane i interpretowane jako integralna część niniejszej Umowy, według następującego pierwszeństwa: (a) niniejszy Akt Umowy; (b) Formularz Oferty; (c) Warunki Szczególne Kontraktu (Część II, Rozdział 3) wraz z Załącznikiem do oferty, (d) Warunki Ogólne Kontraktu (Część II, Rozdział 2), (e) Program Funkcjonalno-Użytkowy (f) Umowa Konsorcjum; (g) Karta Gwarancyjna (Gwarancja Jakości).

Jednocześnie Izba ustaliła, że w § 3 tejże umowy, która będzie wiążąca po jej zawarciu Zamawiający postanowił, co do przedmiotu umowy w ten sposób, że Zamawiający powierza, a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania zadania, w zakresie, jak określono w dokumentach wymienionych w § 2.

Powołane wyżej unormowania SIWZ, zatem jednoznacznie potwierdzają znaczenie prawne oświadczeń wykonawców przewidzianych w treści oferty, które mają charakter istotny i nie podlegają zmianie czy uzupełnieniu, a wszelkie próby wypełnienia brakującego oświadczenia woli byłyby równoznaczne z prowadzeniem negocjacji, co do nieistniejącego elementu umownego.

Z powyższych względów, należało przyjąć, że jest sprzeczne z przepisem art.87 ust.1 ustawy Pzp ustalenie treści oświadczenia, które w ogóle nie zostało w tej mierze złożone.

Powyższej oceny prawnej, w rozpoznawanej sprawie, nie może zmienić twierdzenie Przystępującego, że zasadnicze znaczenie dla oceny w kryterium oceny ofert miało spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określone w wykazie osób.

Nadto, Izba uznała za irrelevantne dla rozstrzygnięcia tej sprawy dowody złożone przez Przystępującego na potwierdzenie faktu bycia przez M. S. projektantem na zadaniu w ramach inwestycji realizowanej na rzecz Zakładu Odpadów Komunalnych „Rypin” Sp. z o.o. w Puszczy Miejskiej, z racji braku zadeklarowania przez niego w dacie złożenia oferty konkretnej osoby przeznaczony do realizacji czynności projektowych.

W powyższym zakresie Izba ustaliła, że w rozdziale XV SIWZ - Opis kryteriów, Zamawiający unormował czym będzie się on kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert w pkt I.

Zamawiający postanowił, że oceni i porówna jedynie te oferty, które nie zostaną odrzucone.

Zamawiający w tym postanowieniu zastrzegł, że okoliczności, które mają wpływ na ocenę według kryteriów oceny ofert, nie mogą zostać uzupełnione ani wyjaśnione, z uwzględnieniem art. 87 ustawy Pzp.

Zamawiający również zdecydował, że oferty miały zostać ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria oceny ofert: część I: część biologiczna

- 1) Cena brutto - P(C) - waga 60 %,
- 2) Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia - P(D) - waga 20 %
- 3) Parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych - P(U) - waga 10 %
- 4) Czas reakcji serwisu - P(S) - waga 10%.

Jednocześnie w pkt 1.2. określił limit punktacyjny w zakresie zasad oceny za kryterium „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” - maksymalnie 20 pkt.

Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że w ramach tego kryterium ocenie będzie podlegało doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez Wykonawcę jako Projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji.

W aspekcie powyższych uregulowań SIWZ, Izba stwierdziła, że we wzorze oferty Zamawiający w cyt. pkt 10 obok oświadczenia wykonawcy, co do konkretnej osoby przeznaczonej do realizacji zamówienia, przewidział on również oświadczenie wykonawcy, co do doświadczenia zawodowego, które poprzez definicję nawiasową, sprecyzował on jako doświadczenie dodatkowe zgodne z opisem kryterium w IDW rozdział XV, pkt 1, ppkt 2.

W ocenie Izby - powołane postanowienia SIWZ, zatem jednoznacznie określały kwestię rangi oświadczeń przewidzianych w treści oferty na podstawie, których były przyznawane dodatkowe punkty w kryterium oceny oferty.

Nie były to zatem informacje podawane w wykazie osób, który to dokument zawierał jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz nie przesądzał o przyznanej punktacji.

Z tego względu należało uznać, że punktowanie Przystępującego nie było prawidłowe, co w konsekwencji doprowadziło Izbę do wniosku, że Zamawiający naruszył również przepis art.91 ust.1, który stanowi, że wybiera on ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....