

WYROK
z dnia 3 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Strabag Sp. z o. o. 08 – 500 Pruszków, ul. Parzniewska 10 Awbud Sp. z o. o. ul. Reja 4 42-440 Fugasówka** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o. o., 27 – 400 Ostrowiec Świętokrzyski, ul. Sienkiewicza 91.**

przy udziale **Skanska S. A. 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Strabag Sp. z o. o. 08 – 500 Pruszków, ul. Parzniewska 10, Awbud Sp. z o. o. ul. Reja 4, 42-440 Fugasówka i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000.00 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Strabag Sp. z o. o. 08 – 500 Pruszków, ul. Parzniewska 10., Awbud Sp. z o. o. ul. Reja 4, 42-440 Fugasówka**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr. (słownie trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) przez **Konsorcjum: Strabag Sp. z o. o. 08 – 500 Pruszków, ul. Parzniewska 10, Awbud Sp. z o. o. ul. Reja 4 42-440 Fugasówka** na rzecz **Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o. o., 27 – 400 Ostrowiec Świętokrzyski, ul. Sienkiewicza 91** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. w Ostrowcu Świętokrzyskim, ul. Sienkiewicza 91, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski zwany dalej Zamawiającym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego pod nazwą: „Kontrakt nr 7: Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Ostrowcu Świętokrzyskim realizowany w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Ostrowiec Świętokrzyski-Etap I”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2010/S 53-078178 w dniu 17.03.2010 r.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759), zwanej dalej: „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca Konsorcjum firm; Strabag Sp. z o.o. ul. Parzewska 10, 06-500 Pruszków oraz Awbud Sp. z o.o., ul. Reja 4, 42-400 Fugasówka zwany dalej Odwołującym, w dniu 23 sierpnia 2010 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana w terminie Zamawiającemu.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na :

- 1) Bezzasadnym wykluczeniu z postępowania wykonawców wnoszących odwołanie i odrzuceniu ich oferty, czym naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 2b i 3 ustawy Pzp. poprzez bezpodstawne żądanie ,aby wnoszący odwołanie przedstawili dokumenty o których mowa w pkt 10.1 2-7 Instrukcji dla Wykonawców, w odniesieniu do w odniesieniu do udostępniającej swój potencjał w zakresie doświadczenia spółki Strabag Umweltanlagen GmbH;
- 2) Czynności Zamawiającego polegającej na bezzasadnym zatrzymaniu wadium wykonawców wnoszących niniejsze odwołanie, której to czynności zarzuca naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że wykonawcy wnoszący odwołanie zobowiązani byli do przedłożenia dokumentów, o których mowa w punktach 10.1. 2) - 7) Instrukcji Dla

3

Wykonawców, w odniesieniu do udostępniającej swój potencjał w zakresie doświadczenia spółki Strabag Umweltanlagen GmbH oraz że wbrew obowiązkom nie przedłożyli tych dokumentów; nieuwzględnienie faktu, że nieprzedłożenie przedmiotowych dokumentów wyniknęło z przyczyn nie leżących po stronie wnoszących odwołanie wykonawców

- 3) Zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy SKANSKA S.A. z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy. Co naruszyło zdaniem Odwołującego przepis art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie w toku badania oferty , że Andrzej D. - będący autorem siwz, a w szczególności Programu Funkcjonalno Użytkowego oraz kosztorysów inwestorskich brał udział w sporządzeniu oferty wykonawcy SKANSKA S.A.
- 4) Zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty SKANSKA S.A. , czynności tej zarzuca naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 gdyż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta niezgodna z siwz w zakresie zaproponowanych maszyn i urządzeń.
- 5) Czynności Zamawiającego polegających na wadliwej ocenie ofert i błędnym wyborze oferty najkorzystniejszej co narusza przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wnoszących niniejsze odwołanie oraz odrzucenia ich oferty,
2. nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynność zatrzymania wadium wykonawców wnoszących niniejsze odwołanie,
3. nakazanie zamawiającemu, aby powtórzył czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie zamawiającemu, aby wykonał czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy SKANSKA S.A. oraz uznania za odrzuconą ofertę tego wykonawcy,
5. nakazanie zamawiającemu, aby wykonał czynność odrzucenia oferty wykonawcy

wykonawcom wnoszącym niniejsze odwołanie,
ewentualnie o:

7. nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynność zatrzymania wadium
wykonawców wnoszących niniejsze odwołanie,

8. nakazanie zamawiającemu, aby zwrócił wadium wraz z odsetkami
wykonawcom wnoszącym niniejsze odwołanie.

Nadto wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

1) przesłuchania świadka Andrzeja D. - wezwanie na adres: CDM Sp. z o.o., 01-040
Warszawa, ul Stawki 40;

2) dokumentu - umowy zamawiającego, na podstawie której zamawiający udzielił
zamówienia na wykonanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego, stanowiącego
dokument wchodzący w skład specyfikacji istotnych warunków niniejszego
zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 12 sierpnia
2010 roku wnoszący odwołanie zostali zawiadomieni przez zamawiającego o
wynikach jego czynności w zakresie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
zgodnie z którymi zamawiający wykluczył z postępowania wykonawców
wnoszących niniejsze odwołanie i odrzucił ich ofertę, powołując jako podstawę prawną
takich czynności przepisy art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp.

Z treści uzasadnienia decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu
ich oferty wynika, że **wyłączną przyczyną** takiej decyzji było niedołączenie przez
Konsorcjum Strabag dokumentów, o których mowa w punktach 10.1. 2) - 7) Instrukcji
Dla Wykonawców (dalej w skrócie zwanej IDW), w odniesieniu do udostępniającej swój
potencjał w zakresie doświadczenia spółki Strabag Umweltanlangen GmbH.

Zamawiający nie zakwestionował w żadnym zakresie dokumentów, które zostały
przez Konsorcjum Strabag przedstawione na potwierdzenie spełniania warunków
udziału w postępowaniu dotyczących niezbędnego doświadczenia w wykonywaniu
określonego rodzaju robót budowlanych. Zamawiający nie zakwestionował
przedstawionego przez Konsorcjum Strabag wykazu robót (Załącznik Nr 7),
zobowiązania spółki Strabag Umweltanlangen GmbH do udostępnienia na rzecz
Konsorcjum Strabag zasobów polegających na posiadaniu doświadczenia zdobytego
przy budowie oczyszczalni ścieków w miejscowości Tiaret, jak również dokumentów

potwierdzających należyte wykonanie zamówienia polegającego na budowie
oczyszczalni ścieków w miejscowości Tiaret. Tym samym podstawą wykluczenia
wykonawców i odrzucenia ich oferty nie były żadne zarzuty dotyczące treści wykazu
robót oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie budowy oczyszczalni
ścieków w miejscowości Tiaret, wskazał że sama treść tych dokumentów jest
prawidłowa i pozwala na wykazanie przez Konsorcjum Strabag wymaganego przez
zamawiającego doświadczenia w zakresie wykonywania robót budowlanych. Zwraca
uwagę na fakt, że sformułowanie postanowienia punktu 10.4. IDW nie daje podstaw do
wykluczenia Konsorcjum Strabag, ponieważ odnosi się tylko do sytuacji, w której
podmiot udostępniający swoje zasoby bierze udział w realizacji tylko **części**
zamówienia. Tymczasem spółka Strabag Umweltanlangen GmbH będzie udostępniała
na rzecz Konsorcjum Strabag swoje doświadczenie w zakresie realizacji robót
budowlanych pełniąc funkcję doradcy i konsultanta w przebiegu **całości** realizacji
zamówienia. Podwykonawcą nigdy nie jest konsultant ani doradca, ponieważ rola
takiego podmiotu sprowadza się wyłącznie do pośredniego wpływu na czynności
realizacji zamówienia, które i tak są wykonywane przez wykonawcę, a nie przez tego
konsultanta (doradcę). Wykonawca nigdy nie jest związany radami konsultanta
(doradcy), zawsze może korzystać z rady innych konsultantów (doradców) i ekspertów
i ostatecznie sam podejmuje decyzje o sposobie realizacji zamówienia.
Równocześnie podniósł, że nawet gdyby uznać, że Zamawiający na podstawie

przepisu §1 ust. 2 rozporządzenia oraz postanowienia punktu 10.4. IDW uprawniony był żądać przedstawienia dokumentów dotyczących spółki Strabag Umweltanlagen GmbH, to i tak wykluczenie Konsorcjum Strabag i odrzucenie jego oferty nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ zamawiający nie wezwał w należyty sposób Konsorcjum Strabag do uzupełnienia oferty w tym zakresie. Wskazując na stan faktyczny sprawy podał, że błędne jest stanowisko iż jeśli Zamawiający wezwał raz wykonawcę do uzupełnienia oferty o konkretny dokument lub oświadczenie, to nie może ponownie dokonać wezwania w odniesieniu do tego samego dokumentu lub oświadczenia. Jego zdaniem nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający w drodze kilku odrębnych wezwań żądał uzupełnienia oferty przez wykonawcę, byleby tylko każde z tych wezwań dotyczyło innych dokumentów lub oświadczeń. Informacja o ogólnym obowiązku wykonawców co do złożenia dokumentów nie spełnia wymogów należytego wezwania do uzupełnienia oferty (wyrok KIO 1530/08, zgodnie z którym: „Precyzyjne określenie wezwania obciąża przy tym

6

Zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy.”) Uważa, że po otrzymaniu pierwszego uzupełnienia oferty Konsorcjum Strabag stwierdzeniu, że przedstawione dokumenty potwierdzają posiadanie przez wykazany podmiot trzeci wymaganego doświadczenia, zamawiający zobowiązany był ponownie wezwać Konsorcjum do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o brakujące dokumenty dotyczące spółki Strabag Umweltanlagen GmbH, o których mowa w postanowieniach punktów 10.1. 2) - 7) IDW. Zamawiający tego nie uczynił i w ten sposób naruszył przepis art. 26 ust. 3 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do bezzasadnego, bo przedwczesnego wykluczenia Konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty.

W zakresie uzasadnienia zarzutów dotyczących zatrzymania wadium, Odwołujący wskazał, że wykładnia brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zezwala na zatrzymanie wadium tylko w przypadku niezłożenia dokumentu na wezwanie zamawiającego. Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego w ogóle nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo iż może on nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp.

W zakresie uzasadnienia zarzutu trzeciego dot. naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie w toku badania oferty, że Andrzej Dziuba- będący autorem siwz, a w szczególności Programu Funkcjonalno Użytkowego oraz kosztorysów inwestorskich brał udział w sporządzeniu oferty wykonawcy SKANSKA S.A. Odwołujący podał, że w ofercie wykonawcy Skanska S.A. w Formularzu ofertowym (strona 6) wymieniona jest firma CDM Sp. z o.o. jako podwykonawca m.in. prac projektowych. Jednocześnie pracownikiem firmy CDM Sp. z o.o. jest Pan Andrzej Dziuba, który jest autorem ostatecznej wersji SMVZ w tym PFU oraz kosztorysów inwestorskich. Prace te wykonał na podstawie umowy pomiędzy MPWiK Sp. z o.o. w Ostrowcu Świętokrzyskim a innym podmiotem gospodarczym. Okoliczności te świadczą jednoznacznie o tym, że wykonawca SKANSKA S.A. przy sporządzaniu swojej oferty korzystała z pomocy Andrzeja D., czyli posłużyła się osobą bezpośrednio uczestniczącą w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia.

7

W uzasadnieniu zarzutu czwartego Odwołujący podniósł, że oferta firmy Skanska S.A. winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp ze względu na niezgodność z zapisami programu Funkcjonalno - Użytkowego w zakresie zaproponowanych maszyn i urządzeń, a w szczególności: 3.4.3.5 Stacja mechanicznego odwadniania i zagęszczania osadów - Zamawiający wymagał dostawy urządzeń o ściśle podanych parametrach (stopień zagęszczania max 7%

s.m., średnio 6%, odwadnianie nie mniej niż 24% s.m., które to parametry winny być osiągnięte przy zużyciu polielektrolitu nie większym niż 6g / kg s.m. osadu). Obecnie na rynku dostępne są urządzenia spełniające te wymagania jedynie od 2 producentów: firmy Bellmer oraz firmy DEWA. Koszt urządzenia firmy Bellmer to około 3 200 000 zł a urządzenia z firmy DEWA to 1 850 000 zł. W ofercie firmy SKANSKA S.A. cena za urządzenia dla stacji mechanicznego odwadniania i zagęszczania osadów wycenione zostały na 890 454,72 zł. Świadczy to o tym, iż zaproponowane urządzenia nie spełniają parametrów podanych w PFU (str.77), a zatem Skanska S.A. ma zamiar dostarczyć urządzenia o parametrach niższych niż wymagane, przez co wykonać przedmiot zamówienia niezgodnie z wymaganiami SIWZ. Równocześnie wskazał, że Konsekwencją wszystkich wyżej przedstawionych zarzutów jest dokonanie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili :

- 1) Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9,01-518 Warszawa, po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w części zarzutów dotyczących oferty przystępującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2) Konsorcjum firm Warbud S.A – Warszawa Al. Jerozolimskie 162 A oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska Ekoklar Sp. z o.o. Piła ul. Wapienna 36 po a. po stronie Zamawiającego, w części dotyczącej zarzutu wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, oraz b. po stronie Odwołującego, w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt.1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Skanska SA. pomimo posłużenia się przez tego wykonawcę w celu

sporządzenia oferty osobą uczestniczącą w przygotowaniu postępowania o zamówienie publiczne.

Zamawiający pismem z dnia 01 września 2010 roku wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie w całości odwołania złożonego przez Konsorcjum firm: Strabag Sp. z o.o. ul. Parzewska 10, OB-500 Pruszków oraz Awbud Sp. z o.o., ul. Reja 4, 42-400 Fugasówka

W uzasadnieniu odpowiedzi podniósł, że termin składania ofert wyznaczony został na dzień 14 czerwca 2010 r. Okres związania ofertą został określony na 60 dni - pkt 24.1 SIWZ (IDW), Ostatnim dniem terminu związania ofertą był dzień 12 sierpnia 2010 r.

Wadium zostało wniesione przez Odwołującego w formie gwarancji wadialnej z terminem ważności wadium do dnia 20 sierpnia 2010 r.

W dniu 12 sierpnia 2010 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, w tym Odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy SKANSKA SA, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa oraz o wykluczeniu Odwołującego a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655), zwanej dalej „ustawą” wraz z zatrzymaniem wadium wniesionego przez Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy.

Wykonawca Skanska S.A. pismem MM/501/04/28/10 z dnia 6 sierpnia 2010 r. poinformował Zamawiającego o przedłużeniu terminu związania swoją ofertą do dnia 27 sierpnia 2010 r., a następnie pismem MM/501/04/74/10 z dnia 26.08.2010 r. odpowiednio do dnia 30 września 2010 r., wraz z przedłużeniem ważności wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej do dnia 30 września 2010 r, (pierwotnie ważnego do dnia 27 sierpnia 2010 r.)

Zamawiający podniósł, że odwołanie złożone w niniejszej sprawie powinno być oddalone na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy, jako że ewentualne uwzględnienie odwołania i zarzutów Odwołującego pozostawałoby bez istotnego wpływu na wynik postępowania. Odwołanie zostało złożone przez Odwołującego po upływie terminu związania jego ofertą. Odwołujący nie składał do Zamawiającego żadnych pism, z Których "wynikałaby wola przedłużenia terminu związania ofertą. Oferta Odwołującego z

uwagi na brak wiążącego terminu ważności zobowiązania ofertowego, nawet w przypadku powtórzenia czynności wyboru ofert, podlegałaby odrzuceniu.

9

W piśmie z dnia 12 lipca 2010 roku L. dz. 478/JRP/542/2010 Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający dodał, że „jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 u.p.z.p. polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b u.p.z.p., a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty dokumenty dotyczące tych podmiotów, o których mowa w 10.1.2)-7) IDW”, ponieważ Odwołujący nie dołączył tych dokumentów dla podmiotu wskazanego przez Odwołującego w ofercie jako podmiot oddający zasoby wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wyjaśnił, że w jego ocenie, skoro z referencji wynika, że wykonawcą roboty, na którą powołuje się Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, jest spółka ZIPP BRATISLAN/A spol. s.r.o., to w tej sytuacji ta spółka winna być podmiotem oddającym do dyspozycji zasoby wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał że będzie dysponował zasobami ZIPP BRATISUWA spol. s.r.o. niezbędnymi do realizacji zamówienia, mimo obowiązku wynikającego w tym zakresie dla Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy. Stąd wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów przybrało taki a nie inny charakter. Zamawiający nie mógł przewidzieć, czy w wyniku uzupełnienia Odwołujący złoży nowe referencje wystawione na swoją rzecz lub innego podmiotu wraz z odpowiednimi dokumentami, czy uzupełni przedstawiony pierwotnie wykaz robót o wymagane w wezwaniu dokumenty, ale miał obowiązek umożliwić Odwołującemu uzupełnienie dokumentów w określonym terminie - jednakowym dla wszystkich Wykonawców, tj. do dnia 23 lipca 2010 r.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, Odwołujący złożył pismo L. dz. IF/8893/AK/97/2010 z dnia 22 lipca 2010 roku wraz z załącznikami. W zakresie wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przedstawił nowe referencje dotyczące roboty budowlanej pn. „Tlaret II”, zamieszczonej w poprawionym wykazie robót budowlanych i projektów, sporządzonym według wzoru załącznik nr 7 do IDW. Do wykazu robót i referencji wraz z tłumaczeniem na język polski załączono oświadczenie STRABAG Umweltanlagen GmbH Llgnerallee 3, 01069 Drezno o oddaniu do dyspozycji Odwołującego zasobów wiedzy i doświadczenia do korzystania z nich na okres wykonywania zamówienia oraz dokumenty potwierdzające uprawnienie STRABAG Umweltanlagen GmbH w Dreźnie do posługiwania się tymi referencjami. Do pisma nie zostały dołączone dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia,

10

które analogicznie jak w przypadku wykonawcy wymagane są do potwierdzenia sytuacji ekonomiczno-prawnej podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy zasoby, jeżeli podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia - zgodnie z powoływanymi powyżej zapisami §1 ust. 2 w/w Rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz IDW. W tym zakresie Odwołujący poinformował Zamawiającego, że „spółka STRABAG Umweltanlagen GmbH udostępnia na rzecz konsorcjum wykonawców swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia z zakresu budowy oczyszczalni ścieków, ale nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia w rozumieniu postanowienia przewidzianego w punkcie 10 podpunkt 4 SIWZ(IDW), co oznacza, że do oferty nie muszą być dołączone dokumenty dotyczące tej spółki, o których mowa w punktach 10.1.2)-7) SIWZ(IDW). Zamawiający w sytuacji nie załączenia przedmiotowych dokumentów i tak jednoznacznego stanowiska Odwołującego w tym zakresie nie miał możliwości ponownie wzywać Odwołującego do złożenia tych że dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy z uwagi na fakt, że taka czynność Zamawiającego godziłaby w zasadę określoną w art. 7 ustawy, nakazującą równe traktowanie wykonawców. Zamawiający stoi na stanowisku, że wzywając Odwołującego ponownie do złożenia dokumentów dla podmiotu trzeciego, o jakich mowa w punktach 10.1.2)-7) IDW i wyznaczając Odwołującemu kolejny termin

na uzupełnienie tych samych dokumentów doprowadziłby do różnicowania sytuacji Odwołującego i innych Wykonawców.

Podnosi, że Odwołujący miał uprawnienie do posilkowania się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia i podmiot ten nie musiał być podwykonawcą Odwołującego. Nie można jednak, jak wywodzi Odwołujący, uznać, że świadczenie usług konsultacyjnych nie może być uznane za udział w realizacji zamówienia, zwłaszcza że z samego zobowiązania podmiotu Strabag Umweitanlagen GmbH wynika, że będzie w realizacji uczestniczył zamówienia w w i zakresie charakterze konsultanta organizacji nadzoru technicznego.

Odnosnie zarzutu zatrzymania wadium Zamawiający podaje że było ono konsekwencją w sytuacji, gdy Odwołujący nie załączył w wyniku wezwania dokumentów, określonych w 9.2.1)-6) i 10.1.2)-7) IDW, Zamawiający był zobligowany ustawowym obowiązkiem zatrzymania wadium, wynikającym z art. 46 ust. 4a ustawy. Od wykonawców wymaga się dołożenia należytej staranności w przygotowaniu ofert i przeanalizowania możliwości wypełnienia warunków udziału w

11

danym postępowaniu przed złożeniem ofert. Zamawiający zażądał w SIWZ złożenia dokumentów podmiotowych i wezwanie do ich złożenia zostało przez Odwołującego należycie odczytane, to Odwołujący powinien te dokumenty złożyć lub wykazać okoliczności nieleżące po jego stronie, które powodują że nie jest w stanie tego zrobić. Odwołujący był świadomy co do konieczności złożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, a mimo to nie zrobił tego z sobie znanych powodów, zastępując je oświadczeniem, że nie musi tego zrobić.

W zakresie zarzutu trzeciego Zamawiający wskazał, że zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy SKANSKA S.A. z postępowania i odrzucenia tego oferty, jest nieuprawniony. Zamawiający przygotowując niniejsze postępowanie poprzedził je przygotowaniem odpowiedniej dokumentacji, w tym programu funkcjonalno-użytkowego oraz szacowania wartości zamówienia. W drodze postępowań o udzielanie zamówienia publicznego zawarto następujące umowy:

- umowa nr 37ZP/2008 z dnia 15.04.2008 r. „na opracowanie dokumentacji niezbędnej do wystąpienia z Wnioskiem o dofinansowanie z Funduszu Spójności dla przedsięwzięcia o nazwie „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Ostrowiec świętokrzyski”, w tym na opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego przebudowy oczyszczalni ścieków zawarta z firmą Eko-Konsulting-Projekt „Conseko” Spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie reprezentowaną przez Prezesa firmy Ludwika Bernackiego;

- umowa Nr 11/JRP/2009/090047 z dnia 2.10.2009 r. w przedmiocie „Weryfikacji i uszczegółowienia programu funkcjonalno-użytkowego przebudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków w Ostrowcu Świętokrzyskim” zawarta z firmą Prochem Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie reprezentowaną przez Prezesa Zarządu Jarosława Stępniewskiego; zgodnie z §3 umowy osobą uprawnioną do realizacji zamówienia z ramienia Wykonawcy była Pani Anna Z.

- umowa Nr 3/JRP/2010 z dnia 27.01.2010 r. w przedmiocie „Wykonania szacowania wartości zamówienia przebudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków w Ostrowcu Świętokrzyskim” zawarta z firmą Usługi Inżynierskie Elżbieta Mrozek z siedzibą w Rzeszowie, reprezentowaną przez właściciela firmy Elżbietę Mrozek; zgodnie z §3 umowy osoba uprawnioną do realizacji umowy z ramienia

12

Wykonawcy był Pan Józef M.

Zamawiającego na żadnym etapie postępowania nie łączyła żadna umowa z Panem Andrzejem D. Zarzuty w tym zakresie nie są poparte żadnymi merytorycznymi argumentami. Fakt, że Skanska S.A. wskazała, że część przedmiotu zamówienia - prace projektowa - zostanie wykonana przez CDM Sp. z o.o. w żaden sposób nie

uprawnia do stwierdzenia, że Pan Andrzej D., nawet gdyby był zatrudniony w tej spółce (CDM Sp. z o.o.), brał udział w sporządzeniu oferty Skanska S.A. Nie Jest on także wskazany w wykazie osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia, stanowiącego załącznik nr 5 do oferty Skanska S.A. Dodatkowo potencjał firmy CDM Sp. z o.o. będzie wykorzystywany przez Skanska S.A. dopiero w toku realizacji przedmiotu zamówienia I nie ma podstaw, by przyjmować, że był wykorzystywany na etapie sporządzenia oferty złożonej przez Wykonawcę Skanska S.A. Takie stanowisko wynika także z pisma Wykonawcy Skanska S.A. w sprawie przystąpienia do odwołania.

Odnosnie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Skanska S.A. I naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia na prace projektowe I roboty budowlane rozliczane ryczałtowo (Tom II SIWZ - Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, klauzula 14.1 ppkt a Warunków Kontraktowych). W ocenie Zamawiającego decydujące znaczenie przy wynagrodzeniu ryczałtowym ma całkowita cena oferty, a nie ceny częściowe. Nie można zakwestionować jako wycenionego w sposób zaniżony jednego czy kilku elementów przedmiaru robót i konsekwencji odrzucić całą ofertę wykonawcy jako niezgodną z SIWZ. Zamawiający stwierdza, że nie można wybiórczo zakwestionować przy wynagrodzeniu ryczałtowym wysokości wybranych pozycji cenowych I na ich podstawie stwierdzić, że Wykonawca nie zrealizuje tych części zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, gdyż badaniu i ocenie może podlegać jedynie cena całkowita oferty.

13

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz przystępującego, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Również Izba ustaliła, że zgłaszający przystąpienie Skanska S.A. posiada interes w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego, gdyż to jej oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do zmiany tego stanu rzeczy. Po sprawdzeniu czynności formalno prawnych w/w przystąpienia Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, po stronie zamawiającego, oraz stwierdziła nieskuteczność przystawienia Konsorcjum firm Warbud S.A – Warszawa Al. Jerozolimskie 162 A oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska Ekoklar Sp. Z o.o. Piła ul. Wapienna 36, zgłaszającego przystąpienie do obu stron postępowania.

Uzasadniając swoje stanowisko dotyczące nieskuteczności przystąpienia spółki „Warbud” Izba stwierdza, że **nie jest** dopuszczalne przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach postępowania, a więc zarówno po stronie Zamawiającego jak i Odwołującego.

Izba wskazuje w tym miejscu, że powołane przepisy różnią się znacząco od treści art. 184 ust.4 i 5 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r. Przepis ten stanowił, że uczestnik postępowania zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego najpóźniej do czasu **otwarcia posiedzenia** składu orzekającego Izby. Według obecnie obowiązującego uregulowania zgodnie z art. 185 ust.2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od otrzymania kopii

14

odwołania, wskazując stronę do której przystępuje i interes w uzyskaniu

Przepis ten rozstrzygnięcia na korzyść

strony ,do której przystępuje ...

jednoznacznie wskazuje ,że chodzi o stronę /liczba pojedyncza/ , a termin na przystąpienie jest zawity, nie podlegający przywróceniu. Tym samym należy stwierdzić, że jeżeli ustawodawca określił 3 dniowy termin na dokonanie całości przystąpienia , to nie można wnioskować, że po tym terminie możliwa jest jakakolwiek modyfikacja tego zgłoszenia np. zmiana strony do której zgłasza się przystąpienie ,czy możliwość wybrania jednej ze stron- w sytuacji zgłoszenia przystąpienia po obu stronach postępowania. Ustawodawca W precyzyjny sposób przesądził o niedopuszczalności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po obu stronach tj. zamawiającego i odwołującego, wskazując, że wykonawca musi mieć interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron do której przystępuje (art. 185 ust. 3 ustawy Pzp), a ponadto zastrzegając, iż czynności uczestnika nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 ustawy Pzp).

Dopuszczenie do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach postępowania prowadziłoby do sytuacji, której przystępujący popierając część zarzutów, a odpierając pozostałe, pozostawałby w sprzeczności z czynnościami i stanowiskami zarówno zamawiającego jak i odwołującego, co naruszałoby normę wyrażoną w art. 185 ust. 5 ustawy Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu potwierdziły się w zakresie zarzutu drugiego, dotyczącego niwłaściwego zatrzymania wadium wykonawców wnoszących odwołanie. Jednakże odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na brak wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania , gdyż Odwołujący już po upływie terminu związania ofertą złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosnie zarzutu pierwszego- dotyczącego wykluczenia wykonawców oraz odrzucenia ich oferty z powodu nie uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do firmy udostępniającej Odwołującemu swój potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba stwierdza, że istotą sporu w zakresie tego zarzutu jest stanowisko Odwołującego prezentującego pogląd , że brak jest podstaw prawnych aby przedkładać takie dokumenty

15

w sytuacji gdy firma udostępniająca wiedzę i doświadczenie w zakresie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, będzie pełnił jedynie funkcję doradcy i konsultanta, a nie podwykonawcy. Natomiast zdaniem Zamawiającego taki obowiązek wynika zarówno z art. 22 ust.1 i art. 26 ust.2b jak i wynikał wprost z pkt. 10.1.2)-7) SIWZ(IDW). Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego jest w tym zakresie chybione ,gdyż nie znajduje odbicia w obowiązującym stanie prawnym. Art. 22 ust 1 ustawy Pzp określa kto, może ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Oprócz warunków posiadania uprawnień, dysponowania potencjałem technicznym i osobowym ,a także odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej wymieniony jest warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Tak więc posiadanie tych warunków determinuje prawo strony do bycia uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne. W art. 26 ust. 2b ustawodawca pozwala aby wykonawca nie posiadający wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji danych robót, mógł w tym zakresie podeprzeć się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego. Wykonawcy dla wykazania spełnienia wymogów czy to samodzielnie z art.22 ust.1 czy w połączeniu z art. 22 ust.2b w oparciu o przepis art.44 ustawy składają oświadczenie o spełnieniu warunków, oraz „jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty”. Z powyższego jednoznacznie wynika, że wykonawca jest zobowiązany do wykazania za pomocą dokumentów żądanych przez Zamawiającego spełnienie wszystkich 4 warunków udziału wymienionych w art. 22 ust.1 i to niezależnie od tego czy korzysta z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego czy też nie. Korzystanie z wiedzy i

doświadczenia podmiotu trzeciego jednoznacznie wskazuje, że wykonawca sam w danej dziedzinie wiedzy i doświadczenia nie posiada, a tym samym nie jest samodzielnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia. Stanowisko Odwołującego w zakresie/ str.5 odwołania/ jakoby „Wykonawca nigdy nie jest związany radami konsultanta (doradcy), zawsze może korzystać z rady innych konsultantów (doradców) i ekspertów i ostatecznie sam podejmuje decyzje o sposobie realizacji zamówienia” jest nie do zaakceptowania. Przyjęcie takiej praktyki spowodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się bezcelowe, weryfikacja wykonawców w oparciu o przedłożone dokumenty nie miałaby żadnej wartości dla Zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówień powierzaloby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji, a istotą byłoby „rzekome oparcie się na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego „, sprowadzające

16

się tylko w udostępnienia referencji, w formie dokumentu o odpowiedniej treści. Udostępnianie potencjału wiedzy i doświadczenia w takim przypadku byłoby w rzeczywistości „użyczaniem lub odsprzedawaniem referencji” bez brania za nie odpowiedzialności, co jest formą niedopuszczalną. Tak więc w prawidłowo realizowanym zamówieniu trudno wyobrazić sobie sytuację, że podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie nie bierze udziału w wykonywaniu zamówienia, jak chociażby w formie doradztwa. Izba zwraca uwagę, na fakt że jeżeli Odwołujący nie akceptował w tym zakresie chociażby zapisów siwz mógł w tym zakresie zwrócić się z zapytaniem, czy wnioskiem do Zamawiającego, a ostatecznie mógł kwestionowane zapisy siwz (IdW) poddać w odwołaniu orzecznictwu Krajowej Izbie Odwoławczej. Dlatego też Izba potwierdza prawidłowość postępowania Zamawiającego w tym zakresie i nie stwierdza naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przy tym zarzucie przez Odwołującego. Na marginesie przedmiotowej sprawy Izba wskazuje, że stanowisko odwołującego byłoby zasadne wtedy, gdyby podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie udostępnił wykonawcy w tym celu swoich pracowników – osoby fizyczne, a wykonawca zatrudniłby je na umowę o pracę lub zlecenie, czyli osoby te byłyby w zakresie bezpośredniej dyspozycji wykonawcy. Tego faktu tutaj nie wykazano, jednakże nie można tego wykluczyć gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie trybie art. 26 ust.3 u.pzp.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego zatrzymania wadium wykonawcom – Odwołującym, Izba stwierdza nieprawidłowe postępowanie Zamawiającego w zakresie prawidłowości wezwania o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust.3 pzp. Zamawiający podaje że było ono konsekwencją w sytuacji, gdy Odwołujący nie załączył w wyniku wezwania dokumentów, określonych w 9.2.1)-6) i 10,1.2)-7) IDW, i Zamawiający był zobligowany ustawowym obowiązkiem zatrzymania wadium, wynikającym z art. 46 ust. 4a ustawy. Natomiast Odwołujący niezłożenie wymaganych dokumentów tłumaczy na dwa sposoby, po pierwsze, że nie miał obowiązku ich składania, a po drugie iż nie został w ogóle wezwany do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu firmy udostępniającej wiedzę i doświadczenie - spółki Strabag Umweltanlagen GmbH. Odwołujący, pismem z dnia 12 lipca 2010 roku został wezwany- poinformowany, do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania robót podanych w siwz. Zamawiający dodał, że „jeżeli

17

Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 u.p.z.p. polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b u.p.z.p., a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty dokumenty dotyczące tych podmiotów, o których mowa w 10.1.2)-7) IDW”, Należy wziąć pod uwagę fakt iż pismo to zostało skierowane do Odwołującego w sytuacji kiedy Odwołujący wykazał jako podmiot trzeci z którego wiedzy i doświadczenia będzie korzystał - firmę ZIPP BRATISLAN/A spol. s.r.o, a więc inny podmiot niż ten za którego z powodu nie przedłożenia dokumentów został

wykluczony z postępowania i nastąpiło zatrzymanie wadium. Zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego stwierdził, że „z okoliczności sprawy wynika, że Odwołujący wiedział z przesłanej informacji – pismo z 12.07.2010 roku, że ma obowiązek dostarczyć Zamawiającemu wymagane dokumenty dotyczące nowego podmiotu udostępniającego wiedzy i doświadczenia dot. spółki Strabag Umweltanlagen GmbH. Nadto podniósł, że nie wzywał Odwołującego o dostarczenie dokumentów dot. spółki Strabag gdyż byłoby to drugie wezwanie w tym zakresie ,a tym samym nie dopuszczalne przez art. 26 ust.3 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy Izba stwierdza, że zgodnie z przepisem art. 26 ust 3 ustawy Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego o przedłożenie brakujących dokumentów dotyczących spółki Strabag Umweltanlagen GmbH, wezwanie winno zawierać precyzyjne określenie o jakie dokumenty odwołujący winien uzupełnić ofertę. Przesłana wszystkim oferentom informacja o obowiązkach złożenia dokumentów, jest inną czynnością niż czynność wezwania do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Nie trafne jest stanowisko Zamawiającego, że wezwanie do uzupełnienia byłoby kolejnym wezwaniem i naruszałoby przepis art.26 ust 3 ustawy Pzp, gdyż w zaistniałej sytuacji w stosunku do spółki Strabag Umweltanlagen GmbH takiego wezwania nie było. Zamawiający nie może wzywać wielokrotnie do złożenia konkretnego dokumentu , np. wyciągu z KRS, co nie oznacza, że w razie wątpliwości co do jego treści nie może występować o wyjaśnienie wątpliwości w tym zakresie.

Izba wskazuje, że konsekwencją nie wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest konieczność uprzedniego wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero po wykonaniu tej czynności, Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykaże spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

18

Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym Zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy. Wykonawcę który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania przed wyczerpaniem procedury wezwania go do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Wobec nie wyczerpania w pełni procedury wezwania Wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów, Izba uznaje, że czynność wykluczenia Wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty była przedwczesna. Kwestia zatrzymania wadium może być realizowana przez zamawiającego tylko po wyczerpaniu procedury jasnego i pełnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wskazał w trakcie rozprawy i w odpowiedzi na odwołanie „iż ”uważał”, że Odwołujący w pełni zrozumiał / pomimo braku konkretnego wezwania/ potrzebę uzupełnienia dokumentów wymaganych w siwz , Izba uważa, że przekonanie w tym zakresie Zamawiającego nie może zastępować faktycznego wezwania o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4 a Pzp. z powodu nieprecyzyjnego przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury uzupełnienia złożonej oferty. Pomimo iż Izba uznała przedwczesność wykluczenia wykonawcy i zatrzymania wadium to jednak nie może orzec o obowiązku jego zwrotu, gdyż wiązałoby to się z uwzględnieniem odwołania, co w zaistniałej sytuacji nie jest możliwe. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego będąca przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, tj. wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty i zatrzymanie wadium, przy jednoczesnym braku dalszego możliwości Odwołującego funkcjonowania w postępowaniu, z powodu upływu terminu związania oferta i ważności wadium jeszcze przed terminem, wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Z uwagi na upływ terminu związania ofertą oraz nieusuwalny

charakter wygaśnięcia wadium nawet stwierdzona niezasadność jego zatrzymania przez Zamawiającego nie doprowadzi do sanowania zaistniałej sytuacji. Zatem Izba nie miałaby podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu

19

zwrotu wadium, a Odwołujący winien dochodzić ewentualnego zwrotu wadium przed sądem powszechnym.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego dot. naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust.2 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie w toku badania oferty, że Andrzej Dziuba- będący autorem siwz, a w szczególności Programu Funkcjonalno Użytkowego oraz kosztorysów inwestorskich brał udział w sporządzeniu oferty wykonawcy SKANSKA S.A. Izba stwierdza, że na podstawie dostarczonej przez Odwołującego dokumentacji nie wynika, aby Zamawiającego lub wykonawcę Skanska SA na jakimkolwiek etapie postępowania łączyła umowa z Panem Dziubą. Zamawiający w tym zakresie przedstawił do akt sprawy dowód w postaci 3 umów tj.

- umowa nr 37ZP/2008 z dnia 15.04.2008 r. „na opracowanie dokumentacji niezbędnej do wystąpienia z Wnioskiem o dofinansowanie z Funduszu Spójności dla przedsięwzięcia o nazwie „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Ostrowiec świętokrzyski”,
- umowa Nr 11/JRP/2009/090047 z dnia 2.10.2009 r. w przedmiocie „Weryfikacji i uszczegółowienia programu funkcjonalno-użytkowego przebudowy I modernizacji oczyszczalni ścieków w Ostrowcu Świętokrzyskim”
- umowa Nr 3/JRP/2010 z dnia 27.01.2010 r. w przedmiocie „Wykonania szacowania wartości zamówienia przebudowy I modernizacji oczyszczalni ścieków w Ostrowcu Świętokrzyskim”

w wyniku realizacji których zostały opracowane założenia realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nawet gdyby Odwołujący wykazał fakt wykonania w jakiejś części powyższej dokumentacji przez Pana Dziubę, to ten fakt nie stanowi sam w sobie przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W celu ustalenia, czy wykonanie programu, który posłużył do opisu przedmiotu zamówienia stanowił podstawę wykluczenia wykonawcy, to ocenie należało poddać, czy udział Przystępującego w czynnościach mających na celu przygotowanie postępowania miał charakter bezpośredni oraz czy utrudnił uczciwą konkurencję, czego Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił.

W odniesieniu do pierwszej z przesłanek, podkreślenia wymaga, że uczestnictwo w przygotowaniu postępowania musi polegać na wykonaniu określonych czynności w celu przygotowania konkretnego postępowania i na rzecz Zamawiającego, który

20

będzie je prowadził. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 grudnia 2008 r. (KIO/UZP 1303/08), rezultat tych prac musi zostać wykorzystany przez zamawiającego bez istotnej ingerencji, a tego też Odwołujący nie wykazał. Odwołujący zgłosił wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka Pana Andrzeja D. i będącego pełnomocnikiem w sprawie Pana Andrzeja K. o przesłuchanie w charakterze strony. Izba oddaliła oba wnioski dowodowe, gdyż Odwołujący nie wykazał jakie fakty miałby potwierdzić Pan Andrzej D., a ponadto wezwanie go na świadka prowadziłoby do nieuzasadnionej zwłoki w postępowaniu. Natomiast odmówiono przesłuchania pełnomocnika w charakterze strony, gdyż jest to prawnie niedopuszczalne. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 2008 r. (sygn. akt III CSK 327/07). Nie jest dopuszczalne przesłuchania w charakterze strony, przesłuchanie pełnomocnika strony.

Pełnomocnik przystępującego Skanska SA w trakcie rozprawy oświadczył, że ofertę na udział w przedmiotowym postępowaniu przygotowywała firma Skanska, a ta nie zatrudniała p. D. i nie jest przystępującemu znana ta osoba. Ponadto, pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, iż nie posiada wiedzy by p. D. przygotowywał przedmiotową dokumentację. Zamawiający podnosi, że nawet gdyby p. D. brał udział w przygotowaniu dokumentów to w żaden sposób nie może mieć to

związku z firmą Skanska. Wobec powyższego Izba nie uznaje zasadności tego zarzutu i nie stwierdza naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust.2 pkt.1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu czwartego dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego oferty SKANSKA S.A z powodu zaproponowania w ofercie urządzeń które z względu na wskazaną ich cenę nie będą spełniać wymagań postawionych w siwz. Odwołujący podał, że te urządzenia produkują tylko dwaj producenci i ceny ich produktów są wielokrotnie wyższe niż tych które zamierza użyć do wykonania przedmiotu zamówienia wybrany wykonawca. Przystępujący wykonawca SKANSKA SA stwierdził że zarzut Odwołującego, co do zaproponowania wg niego, przez Skanska S.A. niewłaściwej Stacji mechanicznego odwadniania i zagęszczania osadów oraz zgarniaczy dennych dla osadników wtórnych jest również bezzasadny, ponieważ zgodnie z przedstawionym zestawieniem przystępujący nie podał z nazwy żadnego urządzenia (dowód - str. 178,179, 180 i 181 oferty przystępującego), a koszt tej pozycji, co przy równoczesnym oświadczeniu wykonaniu robót zgodnie z PFU oraz cenie ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia w systemie „projektuj i buduj” jest całkowicie

21

bezzasadne. Również pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia na prace projektowe i roboty budowlane rozliczane ryczałtowo (Tom II SIWZ - Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, klauzula 14.1 ppkt a Warunków Kontraktowych). W ocenie Zamawiającego decydujące znaczenie przy wynagrodzeniu ryczałtowym ma całkowita cena oferty, a nie ceny częściowe. Izba uznaje za poprawne stanowisko Zamawiającego iż zarzut Odwołującego, że SKANSKA SA ma zamiar dostarczyć urządzenia o parametrach niższych niż wymagane, przez co wykonać przedmiot zamówienia niezgodnie z wymaganiami SIWZ, jest zbyt daleko idący i nieuzasadniony i nie udowodniony przez Odwołującego. Zamawiający stwierdza, że nie można wybiórczo zakwestionować przy wynagrodzeniu ryczałtowym wysokości wybranych pozycji cenowych i na ich podstawie stwierdzić, że Wykonawca nie zrealizuje tych części zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, gdyż badaniu i ocenie może podlegać jedynie cena całkowita oferty, W tej sytuacji Odwołujący złożył wniosek o powołanie biegłego na ustalenie, że tylko dwaj producenci produkują urządzenia spełniające parametry określone w siwz i o wykazanie ceny tych urządzeń. Zarówno Zamawiający jak i przystępujący wnieśli o jego oddalenie gdyż tego faktu nie kwestionowali, a ponadto aby ustalić te fakty nie potrzeba wiadomości specjalnych, gdyż obaj producenci posiadają strony internetowe na których można samodzielnie sprawdzić prawdziwość twierdzeń Odwołującego. Izba oddaliła wniosek, i nie stwierdziła naruszenia w tym zakresie przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp. Wobec powyższego nie uwzględniła tego zarzutu.

Izba niezależnie od potwierdzenia zarzutu Odwołującego co do nieprawidłowości zatrzymania wadium, postanowiła odwołanie oddalić, uznając na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, że stwierdzone naruszenie nie ma w niniejszej sprawie wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nakazanie w niniejszej sprawie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego nie doprowadziłoby do wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, czyli nie zmieniłoby wyniku postępowania. Ważność oferty Odwołującego i zabezpieczenia wadium jeszcze przed złożeniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej upłynęła. Jak wynika z dokumentacji sprawy ważność terminu związania ofertą upłynęła w dniu 12 sierpnia 2010 r. a termin gwarancji wadium upłynął w dniu 20 sierpnia 2010 r. Odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione w dniu 23

22

sierpnia 2010 roku, tak więc nie nastąpiło zawieszenie biegu terminu związania ofertą. Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - co Zamawiający podniósł na rozprawie, a odwołujący nie oponował – nie wynika, aby w przedmiotowej sprawie przed upływem wskazanych terminów (związania ofertą i ważności wadium) wykonawca ubiegający się o zamówienie, przedłużał te terminy.

Wykonawca, który ma zamiar korzystania ze środków ochrony prawnej, w takiej sytuacji jak analizowana, powinien zadbać o ważność swojej oferty i złożyć w tym zakresie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania się treścią oferty. Oświadczenie każdego wykonawcy o związaniu się treścią swojej oferty powinno być zatem ważne w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc – zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp) do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W niniejszej sprawie pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w ostatnim związania Odwołującego ofertą. Wybrana w tym postępowaniu oferta nie była ofertą złożoną przez Odwołującego. Nakazanie aktualnie przez Izbę dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu doprowadziłoby do powrotu do toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed czynnością jego zakończenia, a więc przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu nie byłoby jednak możliwe z uwagi na upływ terminu związania ofertą przez Odwołującego i brak możliwości – w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp – przywrócenia biegu tego terminu.

Z tych też względów Izba uznała, iż uwzględnienie odwołania i tym samym nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności w postępowaniu pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego, z uwagi na brak wiążącego terminu ważności zobowiązania ofertowego, podlegałaby odrzuceniu.

Wobec powyższego działając na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy Pzp. orzeczono jak w sentencji.

23

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 p.pkt. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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

.....

24