Sygn. akt: KIO 90/17
KIO 112/17

WYROK
z dnia 13 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia i 9 lutego 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A. w dniu 13 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,**
B. w dniu 16 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. Sp. z o.o., M. S.A, SAGI-EKO Sp. z o.o., INENERGIA Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek**
w postępowaniu prowadzonym przez
Związek Międzygminny BZURA ul. Pijarska 1/9, 99-400 Łowicz
przy udziale:
A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. Sp. z o.o., M. S.A, SAGI-EKO Sp. z o.o., INENERGIA Sp. z o.o. ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 90/17 po stronie odwołującego,
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **LIMBA Sp. z o.o., EKONOVA S.A. ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 90/17 oraz KIO 112/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

---

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Związkowi Międzygminnemu BZURA powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LIMBA Sp. z o.o. i EKONOVA S.A.,
2. kosztami postępowania obciąża Związek Międzygminny BZURA i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez STRABAG Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
2.2. 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 M. Sp. z o.o., M. S.A, SAGI-EKO Sp. z o.o., INENERGIA Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
2.3. zasądza od Związku Międzygminnego BZURA na rzecz STRABAG Sp. z o.o. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
2.4. zasądza od Związku Międzygminnego BZURA na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. Sp. z o.o., M. S.A, SAGI-EKO Sp. z o.o., INENERGIA Sp. z o.o. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Łodzi.

Sygn. akt: KIO 90/17
KIO 112/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Międzygminny BZURA prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 października 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 190-341590. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 90/17
Odwołujący STRABAG Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LIMBA Sp. z o.o. i EKONOVA S.A., zwanych dalej „konsorcjum LIMBA" jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferta konsorcjum LIMBA była niekompletna i nie spełniała wszystkich wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie za najkorzystniejszą oferty podlegającej obligatoryjnemu odrzuceniu jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i zasady jawności postępowania poprzez nieodtajnienie oferty konsorcjum LIMBA, w szczególności w zakresie złożonych przez konsorcjum dokumentów potwierdzających wymagane przez Zamawiającego doświadczenie wykonawcy oraz dokumentów potwierdzających, że proponowane przez wykonawcę rozwiązania nie są prototypowe i były już zastosowane co najmniej w jednym obiekcie, tj. dokumentów wymaganych w: pkt 8.6.1 lit d), e) i f); pkt 9.3.7; pkt 9 akapit przedostatni specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz formularz oferty – rozdział III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, str. 30-34.

5

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, ponowne dokonanie oceny ofert i odrzucenie oferty konsorcjum LIMBA oraz odtajnienie części oferty konsorcjum LIMBA w zakresie złożonych dokumentów potwierdzających, że proponowane rozwiązania nie są prototypowe i były już zastosowane co najmniej w jednym obiekcie, a konsorcjum LIMBA legitymuje się odpowiednim doświadczeniem, tj. dokumentów wymaganych w: pkt 8.6.1 lit d), e) i f); pkt 9.3.7; pkt 9 akapit przedostatni; formularz oferty – rozdział III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, str. 30-34.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta konsorcjum LIMBA nie spełniała wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Braki te powodują, że przedmiot zamówienia zaoferowany przez konsorcjum LIMBA nie był wystarczająco precyzyjnie określony, a tym samym zaoferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niezgodność ta nie może być doprecyzowana czy wyjaśniona w oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia w ofercie jest kwestią kluczową, gdyż tylko w takim wypadku jest możliwe ustalenie, czy oferta ta spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku braku precyzyjnie określonego przedmiotu zamówienia doprecyzowanie go w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne, gdyż umożliwiałoby to modyfikowanie złożonych ofert już po terminie ich

składania, co w oczywisty sposób naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do innych wykonawców, którzy takiej możliwości nie mieli. Taka dodatkowa możliwość doprecyzowania czy uzupełniania złożonych ofert, modyfikująca oferowany przedmiot zamówienia, oznaczałaby również, że wykonawca uzyskiwałby dodatkowy czas na opracowanie oferty poza terminem określonym specyfikacją. Określenie konkretnego przedmiotu zamówienia, jaki został zaoferowany i wyceniony przez wykonawcę składającego ofertę, stanowi niezwykłe istotny element treści oferty, który nie może być zmieniony w wyniku udzielonych wyjaśnień czy uzupełniania oferty. Treść oferty musi określać jej istotne, niezmienne elementy, które stanowią *essentialia negotii* przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Elementami tymi są m.in. precyzyjnie określenie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, cena czy termin realizacji. Dopuszczenie możliwości precyzowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, jaki został zaoferowany, już po upływie terminu składania ofert, może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego taktowania.
Procedury przewidziane w art. 26 ust 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dopuszczają możliwości złożenia oświadczenia wykonawcy co do określenia przedmiotu zamówienia, który nie został w ogóle wskazany w złożonej ofercie. Podobnie przepis art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

W wezwaniu z 15 grudnia 2016 r. Zamawiający wezwał konsorcjum LIMBA do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując zakres tych dokumentów. Został on podzielony na dwie części: a) brakujące elementy dokumentacji projektowej i oferty technicznej: poz. 1, 7, 9, 17, 18, 19, 26, 27, 28, 48, 49, 57, 63, 64; b) dokumenty potwierdzające spełnianie przez przedmiot oferty wymagań Zamawiającego: poz. 4, 8, 11, 12, 14, 16, 21-25, 29-38, 41, 43, 44, 46, 47, 50, 51, 53, 55, 58, 60, 61, 65. Wykaz tych dokumentów został opracowany na podstawie tabeli nr 1 zamieszczonej w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia – szczegółowa specyfikacja wymagań technicznych". Brakujące elementy wskazane w punkcie a) są to elementy techniczne oferty jak projekty, kalkulacje techniczne wydajności, schematy, opisy techniczne. W ocenie Odwołującego elementy te są jednymi z elementów precyzujących zakres oferty wykonawcy, tj. precyzujące zaoferowany przez konsorcjum LIMBA przedmiot zamówienia. W sytuacji, gdyby w rzeczywistości w ofercie konsorcjum LIMBA wystąpił brak wskazanych w wezwaniu dokumentów, oznaczałoby to, że oferta jest niekompletna w zakresie, jaki nie podlega uzupełnieniu, gdyż jakiekolwiek uzupełnienie prowadziłoby do zmiany złożonej oferty lub też jej faktycznego złożenia już po terminie składania ofert.
W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego konsorcjum LIMBA, w piśmie z 27 grudnia 2016 r., wskazało, że elementy wezwania wskazane w lit. a) znajdują się w złożonej ofercie. Wykonawca nie ma możliwości sprawdzenia, czy wyjaśnienia konsorcjum LIMBA są zgodne z prawdą, gdyż oferta konsorcjum LIMBA została utajniona w tym zakresie, jednak udzielone wyjaśnienia budzą poważne wątpliwości, czy rzeczywiście w złożonej ofercie znalazły się wszystkie wskazane przez Zamawiającego dokumenty oznaczone jako brakujące, gdyż elementy mające być odrębnymi dokumentami znajdują się na jednej karcie oferty:
a) na str. 528 oferty mają się znajdować żądane dokumenty z poz. 7, 27, 63, 64, co w świetle tabeli nr 1 z rozdziału IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznacza, że na tej jednej stronie znajdują się: S-1.7 Opis sposobu działania i nastawy systemu zmiany kierunku napowietrzania; S-4.5 Schemat systemu doprowadzania perkolatu nasyconego do systemu zraszania wodą brudną (odciekiem); S-9.4 Schemat OO (P&ID) systemu ze wskazaniem funkcjonalnych i logicznych połączeń systemów sond, czujników z urządzeniami kontrolującymi procesy (wentylatory, pompy, siłowniki etc.), używając symboli zgodnie z EN ISO 10628, ISO 14617 oraz EN 62424,
b) na str. 392 oferty mają się znajdować żądane dokumenty z poz. 9 i 57, co w świetle tabeli nr 1 z rozdziału IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznacza, że na tej jednej stronie znajdują się: S-1.9 Kalkulacja wydajności pneumatycznej systemu napowietrzania; S-7.8 Wyliczenia technologiczne wielkości zbiorników, bilansu wody, wydajności pomp i dmuchaw,

c) na str. 393 oferty mają się znajdować żądane dokumenty z poz. 9, 17 i 57, co w świetle tabeli nr 1 z rozdziału IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznacza, że na tej jednej stronie znajdują się: S-1.9 Kalkulacja wydajności pneumatycznej systemu napowietrzania; S-3.4 Schemat rozwiązania systemu wentylacji boksów i hali z aksonometrią oraz wykazem wydajności pneumatycznych m 3 /godz.; S-7.8 Wyliczenia technologiczne wielkości zbiorników, bilansu wody, wydajności pomp i dmuchaw,
d) na str. 542 oferty mają się znajdować żądane dokumenty z poz. 1, 17 i 18, co w świetle tabeli nr 1 z rozdziału IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznacza, że na tej jednej stronie znajdują się: S-1.1 Projekt posadzki, przekrój rzut; S-3.4 Schemat rozwiązania systemu wentylacji boksów i hali z aksonometrią oraz wykazem wydajności pneumatycznych m 3 /godz.; S-3.5 Projekt systemu wentylacji z wykazem elementów konstrukcji rurociągu.
Mało prawdopodobne jest, aby na jednej stronie oferty skumulować tak wiele i tak różnych informacji żądanych przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego nawet gdyby było możliwe zgromadzenie na jednej stronie tak wielu informacji, to takie zgromadzenie jest niezgodne z tabelą nr 1 znajdującą się w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z której jednoznacznie wynika, że Zamawiający w poszczególnych pozycjach tabeli oczekiwał przedstawienia oddzielnych opracowań, to jest dla każdego elementu oczekiwał przedstawienia oddzielnej dokumentacji, a nie kumulowania różnych elementów w jednym miejscu.
Nieodtajnienie przez Zamawiającego oferty konsorcjum LIMBA, w szczególności w zakresie złożonych dokumentów potwierdzających wymagane przez Zamawiającego doświadczenie wykonawcy oraz dokumentów potwierdzających, że proponowane rozwiązania nie są prototypowe i były już zastosowane co najmniej w jednym obiekcie, narusza zasadę jawności postępowania wynikającą z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nastąpiło bez spełnienia przesłanek wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W ocenie Odwołującego utajnienie znacznej części oferty nastąpiło bez wystarczającego uzasadnienia, a część informacji nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca obowiązany jest wykazać, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W odtajnionej części oferty jedyne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy znajduje się na str. 12 oferty – na stronie tej konsorcjum LIMBA wskazało jedynie, jakie elementy oferty są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy nie wykazało. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest w tych okolicznościach nieskuteczne.
Każda tajemnica firmy stanowi informację poufną, ale nie każda informacja traktowana przez przedsiębiorcę jako poufna stanowi jego tajemnicę. Tajemnicę przedsiębiorstwa należy także odróżniać od specjalistycznej wiedzy, chociaż granica między tą wiedzą dostępną określonej

grupie osób, a tajemnicą jest nieostra. Aby daną informację zakwalifikować jako tajemnicę firmy, musi ona zawierać treści o szczególnym znaczeniu dla przedsiębiorcy.
W zakresie oferty konsorcjum LIMBA utajnione zostały między innymi informacje i dokumenty wymagane przez specyfikację istotnych warunków zamówienia jak:
a) pkt 8.6.1 lit. d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wykaz robót budowlanych wraz z referencjami. W sytuacji, gdy konsorcjum LIMBA posługuje się referencjami dotyczącymi robót budowlanych wykonanych w trybie zamówień publicznych, to nie są to informacje tajne,
b) pkt 8.6.1 lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wykaz dostaw wraz z referencjami,
c) pkt 8.6.1 lit. f) specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wykaz osób wraz z informacjami dotyczącymi kwalifikacji, uprawnień doświadczenia i wykształcenia. Informacje dotyczące kwalifikacji, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia są to informacje dotyczące konkretnych osób. Doświadczenie czy wykształcenie konkretnej osoby jest informacją dotyczącą danej osoby, a nie informacją będącą własnością przedsiębiorstwa,
d) pkt 9.3.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – karty katalogowe maszyn. Karty katalogowe są to karty tworzone przez producentów tych maszyn, które określają parametry techniczne tych maszyn. W sytuacji, gdy maszyny są dopuszczone do obrotu i dany przedsiębiorca handluje tymi maszynami, informacje dotyczące tych maszyn zawarte

w kartach katalogowych są jawne i są częścią oferty handlowej danego producenta maszyn. Karty katalogowe stanowią informacje producentów maszyn, a nie podmiotów wykonujących roboty budowlane i montujące te maszyny w toku realizacji inwestycji,
e) pkt 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia akapit przedostatni i informacje zawarte w formularzu oferty s. 30-34 – dokumenty potwierdzające, że oferowane urządzenia były już stosowane i nie są prototypowe. Odwołujący nie jest w stanie wskazać, w jaki sposób okoliczność, że dane urządzenie nie jest prototypowe i było już stosowane, ma stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

II Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 112/17
Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M. Sp. z o.o., M. S.A., SAGI-EKO Sp. z o.o., INENERGIA Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LIMBA Sp.

z o.o. i EKONOVA S.A., która powinna być odrzucona, a konsorcjum LIMBA wykluczone z postępowania,
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie za skuteczne dokonanych zastrzeżeń informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartych w treści złożonej oferty oraz dokumentach uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem wykluczenia konsorcjum LIMBA z postępowania z uwagi na brak załączenia informacji z KRK dla członków rady nadzorczej partnera konsorcjum, lub co najmniej brakiem wezwania do uzupełnienia tych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie ww. informacji z KRK. Powyższy brak skutkuje brakiem możliwości wyboru oferty konsorcjum LIMBA jako najkorzystniejszej z uwagi na brak weryfikacji wszystkich podstaw wykluczenia wynikających z przepisów prawa,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem spełniania warunków sytuacji ekonomicznej, tj. minimalnego obrotu z działalności gospodarczej za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości 20 mln zł,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem odrzucenia oferty konsorcjum LIMBA, pomimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia,
6. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z dokonaniem zmiany treści oferty konsorcjum LIMBA w sposób nie przewidziany w ustawie Prawo zamówień publicznych,
7. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brzmieniem art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego w związku ze złożeniem oferty przez podmiot nieuprawniony, ewentualnie zaniechaniem wezwania do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa do działania przez osobę podpisującą ofertę w imieniu konsorcjum, a nie jedynie LIMBA Sp. z o.o.,
8. innych przywołanych w treści odwołania.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia konsorcjum LIMBA z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, z ostrożności nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia brakujących lub wadliwych dokumentów, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem procedury odwróconej określonej w art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zatem w pierwszej kolejności jest zobowiązany do oceny ofert pod kątem ich treści, w tym również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że pewne dane zawarte w ofercie stanowią jej treść i nie mogą być zmieniane ani uzupełniane. Do niedozwolonej zmiany treści oferty doszło w stosunku do oferty konsorcjum LIMBA.
Zamawiający zobowiązał wykonawców m.in. do podania w formularzu ofertowym całkowitego zapotrzebowania na moc przyłączeniową. Wartość ta stanowiła element oceny oferty w ramach kryterium zapotrzebowanie na energię.
W ofercie konsorcjum LIMBA wskazało, że wartość ta wynosi 501,54 kW i taka wartość została podana w zbiorczym zestawieniu ofert z 1 grudnia 2016 r. 3 stycznia 2017 r. na stronie Zamawiającego pojawiło się skorygowane zbiorcze zestawienie ofert, w którym wpisano, że całkowite zapotrzebowanie na moc przyłączeniową w ofercie konsorcjum LIMBA wynosi 718,95 kW. W protokole postępowania nie wskazano natomiast, że Zamawiający przeprowadził jakąkolwiek procedurę poprawienia omyłki. W punkcie 15. protokołu znajduje się jedynie informacja o zastosowaniu procedury z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co zdaniem Odwołującego oznacza, że po złożeniu oferty doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty na skutek ewentualnych wyjaśnień. W dokumentacji postępowania, jaka została przekazana Odwołującemu, brak jest kopii wezwania do złożenia wyjaśnień co do tej wartości, brak również śladu po poprawieniu błędu lub omyłki. W związku z tym doszło do zmiany treści oferty w sposób nieuzasadniony. Sprawą nieujawnioną w dokumentacji pozostaje kto, w jakim trybie i na jakiej podstawie dokonał tej zmiany, czy sam Zamawiający, w jakim trybie i w oparciu o jakie informacje, czy też zmiana została dokonana na skutek wyjaśnień wykonawcy. Co istotne, wartość ta była wartością, jaką podstawiano do wzoru w ramach kryterium oceny ofert, a zatem stanowiła treść oferty. Dokonywanie w tym obszarze jakichkolwiek zmian miało wpływ na ilość przyznanych punktów w ramach kryterium oceny ofert, jak również na wybór oferty najkorzystniejszej.
Odwołujący podniósł też zarzut bezprawnego zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym w szczególności:
• treści zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających zasoby celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy, jak również zdolności zawodowej personelu wykonawcy,
• JEDZ (Jednolity Europejski Dokument Zamówienia) podmiotów udostępniających zasoby,
• wykazu robót budowlanych, o których mowa w pkt. 7.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia lit. A-D,
• wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym w szczególności w sytuacji, gdy wykonawca korzystał z tego samego doświadczenia i kadry podmiotu trzeciego co Odwołujący, tj. firmy Sutco-Polska Sp. z o.o., a w stosunku do tych

informacji podmiot ten nie zobowiązał swoich ewentualnych współpracowników do zastrzeżenia przekazywanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym w szczególności doświadczenia osób, doświadczenia w zakresie zrealizowanych robót i dostaw, JEDZ oraz treści zobowiązania (Sutco-Polska Sp. z o.o. uczestniczy jako podmiot udostępniający zasoby również w ofercie Odwołującego, w związku z czym Odwołujący posiada wiedzę co do jakich informacji SUTCO zobowiązało swoich przyszłych współpracowników do ich utajnienia).
Skoro w postępowaniu złożono oferty z informacjami przekazanymi przez ten sam podmiot i w jednej z nich informacje są jawne, a w drugiej zostały zastrzeżone, to oznacza, że Zamawiający nie dokonał zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum LIMBA i nie zweryfikował podstaw prawnych i faktycznych do takiego działania. Informacje te, w szczególności dotyczące kadry, stanowiły istotny element, na podstawie którego Zamawiający dokonywał oceny w ramach kryterium oceny ofert „Kryteria osobowe". Jeśli zatem w ofercie konsorcjum LIMBA jako Kierownika montażu linii technologicznej sortowni lub specjalistę ds. rozruchów sortowni podano tę samą osobę co w ofercie Odwołującego, to konsorcjum LIMBA podało nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Po pierwsze konsorcjum LIMBA bezprawnie utajniło informacje uniemożliwiając weryfikację innym podmiotom, a ponadto na podstawie nieprawdziwego oświadczenia co do ilości linii otrzymało większą niż powinno liczbą punktów, co dodatkowo może stanowić podstawę do wykluczenia z postępowania na

podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zamawiający w punkcie 15.1 ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób czytelny opisał, iż wybierając ofertę najkorzystniejszą zastosuje kryteria oceny ofert z przypisanym im znaczeniem. Zamawiający będzie oceniał wyłącznie kwalifikacje, wiedzę i doświadczenie osób wyznaczonych przez wykonawców do realizacji zamówienia poza wymagane doświadczenie minimalne personelu wyznaczonego do montażu i uruchomienia linii do przetwarzania odpadów komunalnych.
Posiadanie doświadczenia przez osoby wskazane w wykazie nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, również z tego powodu, że jeśli nie wszystkie realizacje, to bez wątpienia ich przeważająca większość były realizowane jako zamówienia finansowane ze środków publicznych. Tak więc osoby te na etapie realizacji zamówień, którymi się obecnie posługują, nie były anonimowe, a wiedza o tym, że to właśnie te osoby odpowiadały za nadzór nad uruchamianiem linii lub kierowaniem nad ich montażem jest informacją publiczną.
Wskazane powyżej okoliczności uzasadniają twierdzenie o naruszeniu art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia oferty, pomimo że w sprawie nie występują przesłanki do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady Prawa

zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 8 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnioną odmowę Zamawiającego co do ujawnienia dokumentów. Brak odtajnienia wadliwie zastrzeżonych informacji uniemożliwienia Odwołującemu dokonanie weryfikacji oceny oferty, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W konsekwencji, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione przesłanki ustawowe. W ocenie Odwołującego informacje zastrzeżone przez konsorcjum LIMBA nie spełniają tych przesłanek. Zgodnie z orzecznictwem KIO, nie mogą być zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące realizacji takich prac, które wykonywane były w oparciu o umowę w sprawie zamówienia publicznego. Trudno zakładać, aby fakt realizacji zamówienia publicznego został objęty poufnością, a zatem informacja możliwa do pozyskania przez zainteresowany podmiot w zwykły sposób nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Bez wątpienia zakres robót budowlanych, jakie należało wykazać w ramach posiadanego doświadczenia wyklucza, aby doświadczenie to było realizowane na rzecz prywatnego podmiotu. Także dane techniczne obiektów na etapie realizacji musiały być ujawnione. Jawna powinna być także treść poświadczeń i innych dokumentów złożonych na potwierdzenie należytego wykonania umów, albowiem tego typu dokument nie zawiera żadnych innych niż jawne z mocy prawa informacji. W ocenie Odwołującego celem konsorcjum było wyłącznie ograniczenie możliwości weryfikacji oceny ofert przez konkurencję, a nie ochrona rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa.
Poza wykazem robót budowlanych i osób utajniona została również treść zobowiązań podmiotów trzecich, które na zasadzie art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych udostępniły konsorcjum LIMBA zasoby, oraz JEDZ odnoszące się do podmiotów trzecich i wskazujące na ich tożsamość. Fakt współpracy z podmiotami trzecimi w zakresie udostępnianych zasobów oraz podwykonawstwa wynika z treści formularza ofertowego i JEDZ lidera konsorcjum LIMBA, zatem za nieuzasadnione należy uznać dokonane utajnienie. Tym bardziej, że konsorcjum LIMBA argumentując swoje rzekome prawo do utajnienia ww. dokumentów powołuje się na to, że podmioty te zobowiązały konsorcjum do zachowania w tajemnicy przekazywanych informacji. Odwołujący jednak posługuje się tym samym podmiotem trzecim – Sutco-Polska Sp. z o.o., jest zatem w posiadaniu prawdopodobnie identycznych oświadczeń i dokumentów jak Odwołujący. Przy tym

w oświadczeniu Sutco-Polska Sp. z o.o. o tym, co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, brak jest zastrzeżenia co do JEDZ, zobowiązania czy doświadczenia osób. Sutco-Polska Sp. z o.o. jako tajemnicę prawem chronioną wskazuje jedynie informacje techniczne, technologiczne, konstrukcyjne i materiałowe dotyczące sortowni. Zdaniem Odwołującego utajnione informacje nie mogą stanowić wartości gospodarczej ani *know-how* danego przedsiębiorstwa. Warunki finansowe i ekonomiczne spełniali poszczególni członkowie konsorcjum, a nie podmioty trzecie, a pozycja na rynku tych podmiotów wszystkim działającym w branży jest znana i niekwestionowana.
Zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym – w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego konsorcjum LIMBA nie udowodniło swoich oświadczeń o tajemnicy, tym bardziej, że zastrzeżone informacje podmiotów trzecich nie dotyczą zasad współpracy z podmiotami trzecimi, wzajemnych rozliczeń ani warunków, na których nastąpić ma udostępnienie potencjału, nie są to zatem informacje wrażliwe. Informacje, które zostały zastrzeżone, są powszechnie dostępne lub też tworzone i wydawane są w celu przedstawienia ich innym podmiotom (referencje), a tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które mogą być zainteresowane ich treścią. Gdyby wystawiający referencje nie był zainteresowany ujawnieniem określonych informacji podawanych w treści referencji, wówczas nie wystawiałby referencji określonej treści lub też w treści tych referencji zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione.
Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujący wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien być stosowany w drodze analogii także do sposobu postępowania przez wykonawców i zamawiającego w sytuacji, gdy dokumenty zawierające informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa są składane na innym etapie

niż etap terminu składania ofert. Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy.
Brak możliwości zbadania treści zobowiązań, które mogą okazać się wadliwe, lub wykazów doświadczenia osób, co jest punktowane i przesądza o wyborze najkorzystniejszej oferty, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie prowadzenia postępowania. Podmiot trzeci, który udziela doświadczenia ma kluczową rolę w postępowaniu, nie mniejszą niż rola partnera konsorcjum. Informacja o tym, który podmiot udzieli doświadczenia danemu wykonawcy, jest informacją kluczową, która co do zasady musi być ujawniona, ponieważ stanowi element podstawowy związany z prymatem zasady jawności w postępowaniu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter oświadczenia, które należy traktować na równi z oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w kontekście możliwości jego ujawnienia, które co do zasady nie są tajne. Tak jak nie powinien być tajny JEDZ podmiotów trzecich i podwykonawców.
Użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej niż samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za takie wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie,

sprowadzające się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum LIMBA z postępowania w związku z brakiem wykazania braku podstaw do wykluczenia partnera konsorcjum w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych lub co najmniej zaniechania wezwania w tym zakresie Odwołujący wskazał, że pismem z 15 grudnia 2016 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał konsorcjum LIMBA do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W dacie wskazanej w wezwaniu wykonawca nie uzupełnił zaświadczeń z KRK dla członków rady nadzorczej partnera konsorcjum.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13. Brak uzupełnienia dokumentów na wezwanie skutkuje prawdziwością zarzutu, że wybór najkorzystniejszej

oferty został dokonany z naruszeniem prawa, a Zamawiający pomimo ewidentnego braku wszystkich dokumentów podmiotowych wybrał ofertę nie badając, czy zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zdaniem Odwołującego konsorcjum Limba podlega również wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem spełniania warunków dotyczących zdolności ekonomicznej wskazanej w punkcie 7.2.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku dot. minimalnego obrotu w punkcie 8.6.1 a) wskazał, że oczekuje sprawozdania finansowego potwierdzającego 20.000.000,00 zł minimalnego rocznego obrotu z działalności gospodarczej za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeśli okres prowadzonej działalności jest krótszy – za ten okres. W trakcie postępowania w odniesieniu do tego warunku zostało zadane pytanie nr 6, na które Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Zgodnie z art. 22c ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma prawo wymagać, aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem.
W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów konsorcjum LIMBA załączyło kopię sprawozdania finansowego partnera konsorcjum Ekonova S.A.
Zamawiający nie dokonał weryfikacji tego warunku, skoro warunek miał być odnoszony do brzmienia art. 22c ustawy Prawo zamówień publicznych, to spółka EKONOVA, co wynika z KRS, nie jest spółką realizującą roboty budowlane w obszarze związanym z gospodarką odpadami. Głównym obszarem działalności spółki jest wykonywanie wszelkiego rodzaju prac związanych z konstrukcjami żelbetowymi oraz projektowanie i montaż ekranów akustycznych na potrzeby drogownictwa, infrastruktury kolejowej, przemysłu i budownictwa kubaturowego. Tak więc Zamawiający, posiadając informację z KRS oraz dokumenty, że warunek obrotu ma zostać spełniony właśnie za pomocą partnera konsorcjum, winien co najmniej wezwać do złożenia wyjaśnień, czy obrót, którym się legitymuje, jest obrotem uzyskanym w obszarze objętym zamówieniem. Zamawiający nie zbadał oferty pod kątem prawidłowości wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego podmiot ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W kolejnym zarzucie Odwołujący wskazał, że oferta konsorcjum LIMBA została podpisana przez osobę nie posiadającą pełnomocnictwa do jej złożenia udzielonego przez konsorcjum, a P.T., pracownik firmy Limba Sp. z o.o., posiada jedynie pełnomocnictwo do reprezentowania firmy w niniejszym postępowaniu.
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani są na mocy art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do ustanowienia pełnomocnika. Umocowanie do działania musi być bezsporne. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący,

zatem wola udzielenia pełnomocnictwa do działania w imieniu konsorcjum musi zostać

wyraźnie wyartykułowana w składanym pełnomocnictwie.
Oferta złożona przez konsorcjum LIMBA została podpisana przez P.T., który nie został umocowany do podpisania oferty w imieniu całego konsorcjum. W złożonej przez konsorcjum ofercie znajduje się udzielone mu pełnomocnictwo, z którego wynika, że został on upoważniony do reprezentowania i podpisania oferty jedynie w imieniu spółki LIMBA Sp. z o.o., a zatem pełnomocnictwo to jest wadliwe, a złożona oferta została podpisana przez osobę nieuprawnioną.
Zdaniem Odwołującego oferta konsorcjum LIMBA powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił szczegółowo wymagania dotyczące instalacji sortowni i kompostowni, dla kompostowni określił, że ma się ona składać z 9 systemów funkcjonalnych. Opis wymagań dotyczących kompostowni wynosi 128 punktów, jakie należy wykazać celem spełnienia wymagań. Wymagania te powinny być wykazane w treści złożonej oferty. Przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem prowadzonym zgodnie z brzmieniem art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem wszelkie dowody stanowią treść oferty. Łączna ilość wymaganych załączników to 63 dokumenty, w tym karty katalogowe i deklaracje zastosowania w istniejących i działających przynajmniej od 12 miesięcy instalacjach. Dowodem spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego są załączniki wyszczególnione w rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Formularz oferty z załącznikami".
W ofercie technicznej wymieniono podstawowe załączniki, według których Zamawiający może dokonać podstawowej oceny, czy oferowana linia do sortowania/kompostowania jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia i nie zawiera urządzeń/maszyn o charakterze prototypowym. Jednym z załączników zgodnie z punktem C „Opis projektowanej instalacji do stabilizacji tlenowej odpadów" pkt 3a jest „Wykaz maszyn i urządzeń".
Zgodnie z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów i/lub złożenia wyjaśnień z 15 grudnia 2016 r. Zamawiający wskazał, iż konsorcjum LIMBA nie załączyło w swej ofercie ww. dokumentu, co potwierdza zestawienie szczegółowych brakujących dokumentów pkt 22a. Fakt ten potwierdza odpowiedź na ww. wezwanie z 27 grudnia 2016 r., która w swej treści zawiera informację o uzupełnieniu oferty o dokument wskazany w punkcie 22a – wykaz maszyn i urządzeń zastosowanych w oferowanej linii do kompostowania komunalnych odpadów organicznych.
W związku z powyższym konsorcjum LIMBA nie sprecyzowało swojego zobowiązania w ofercie w zakresie instalacji do kompostowania. Brak wykazu podstawowych maszyn/urządzeń do linii kompostowania uniemożliwia Zamawiającemu identyfikację instalacji, a co za tym idzie – ocenę oferty. Brak podstawowych danych odnoszących się do

przedmiotu zamówienia stanowi uchybienie nie dające się zakwalifikować jako uchybienie formalne.
Kolejnym argumentem stanowiącym o tym, iż proponowana przez konsorcjum LIMBA instalacja do kompostowania jest niekompletna, niespójna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie spełnia jej wymagań, jest wykaz pozostałych brakujących dokumentów wyartykułowanych w wezwaniu Zamawiającego.
Kompostownia została szczegółowo opisana w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia warunków proponowanej instalacji to 63 dokumenty. Konsorcjum LIMBA załączyło wyłącznie 16 załączników, które nie wiadomo do czego przyporządkować, gdyż nie wykazało podstawowego dokumentu, tj. wykazu maszyn i urządzeń.
Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mógł być podstawą do uzupełnienia tego rodzaju uchybień, ponieważ w takiej sytuacji może zmienić treść złożonej oferty, np. zmianę koncepcji instalacji do kompostowania poprzez zastosowanie innych „lepszych" urządzeń, które spełnią wymogi dokumentów przetargowych, a które na etapie składania ofert zostały celowo ukryte, aby pozostawić możliwość wyboru urządzeń podczas składania wyjaśnień. Wyjaśniać można bowiem to, co w ofercie się znajduje, nie zaś to, czego w niej nie ma.
Sam Zamawiający w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia – Szczegółowa Specyfikacja Wymagań Technicznych Rozdział II ppkt 1.4 stwierdził iż „zastrzega sobie prawo odrzucenia ofert, które nie spełniają wymagań

określonych dla przedmiotu zamówienia lub które będą niekompletne lub niespójne”. Konkurencja ma prawo mieć wątpliwości co do kompletności takiej oferty oraz co do tego, że ewentualne uzupełnienia mogą stanowić zmianę zawartości oferty w zakresie elementów, a przede wszystkim ilości i jakości odbiorników elektrycznych, które stanowią kryterium oceny ofert.
Wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą zestawienia odbiorników energii elektrycznej w urządzeniu. W formularzu ofertowym należało podać całkowite zapotrzebowanie na moc przyłączeniową – zgodnie z ofertą techniczną. Konsorcjum LIMBA w ofercie zamiast mocy przyłączeniowej (znamionowej) podaje moc zapotrzebowaną, co myli nie tylko Zamawiającego, ale wszystkich oferentów biorących udział w procedurze przetargowej. Zamawiający skorygował ww. moc z 501,54 kW na 718,95 kW w celu porównania odpowiedniej mocy do pozostałych ofert i przyznania odpowiednich ilości punktów każdemu wykonawcy. Jednakże nawet po korekcie Zamawiającego podanej mocy znamionowej nie da się porównać do pozostałych ofert, gdyż jest ona niekompletna. Zamawiający wskazał, że na poprawioną moc składa się wyłącznie instalacja sortowni 600 kW i wyłącznie instalacja kompostowni 118,95 kW, co daje łącznie 718,95 kW. Natomiast

pod wzorem załączonym przez Zamawiającego „Odbiorniki energii elektrycznej” jest informacja, która mówi o tym, iż „Wykonawca uwzględni także: - moc i sprawność przetwarzania energii elektrycznej na światło wszystkich źródeł światła zainstalowanych w obiektach linii sortowania i kompostowni oraz na poszczególnych urządzeniach i maszynach tych linii; - moc i sprawność wszystkich innych odbiorników energii elektrycznej przetwarzających energię elektryczną na ciepło (np. grzejniki, podgrzewacze)”, do której konsorcjum LIMBA się nie odniosło.
W związku z powyższym niemożliwe jest poprawne przyznanie punktów odnośnie zapotrzebowania na energię elektryczną ze względu na brak ujęcia w ofercie konsorcjum LIMBA pozostałych odbiorników energii elektrycznej.

III Stanowisko Zamawiającego
Odwołanie o sygn. KIO 90/17
W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że wobec wykonania przez niego części czynności, o które wnosił Odwołujący w odwołaniu, rozpoznawanie zarzutów odnoszących się do tych czynności jest bezprzedmiotowe, ewentualnie podlegają one oddaleniu.
W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Zamawiający wskazał, że 24 stycznia 2017 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nie dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.
Zamawiający nie uznał zarzutu dotyczącego niezgodności oferty konsorcjum LIMBA ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zarzut ten związany jest z informacjami zawartymi w części tajnej oferty konsorcjum, zatem przedstawienie kontrargumentacji możliwe jest jedynie z wyłączeniem jawności posiedzenia.
W zakresie zarzutu dotyczącego nieodtajnienia oferty konsorcjum LIMBA wskazał, że 24 i 25 stycznia 2017 r. oferta konsorcjum w części wskazanej przez Odwołującego została odtajniona, a odtajniona część została przekazana Odwołującemu. Odtajnienie dotyczy punktu 8.6.1) lit. d-f IDW, zatem w tym zakresie zarzut jest obecnie bezprzedmiotowy.
Pozostałe żądania objęte zarzutem dotyczą odtajnienia kart katalogowych maszyn (pkt 9.3.7 IDW) oraz informacji, że oferowane urządzenia były już stosowane i nie są prototypowe (pkt 9.3.9 ostatni akapit IDW oraz s. 30-37 rozdz. III specyfikacji istotnych warunków zamówienia) – w tym zakresie Zamawiający podtrzymał zasadność utajnienia informacji, wskazując, że pomimo tego, iż karty katalogowe maszyn będących w obrocie handlowym są w większości jawne, to dobór maszyn i urządzeń przez każdego z wykonawców może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dobór odpowiednich maszyn i urządzeń jest właściwy dla technologii oferowanej przez poszczególnych wykonawców. Oferowana w niniejszym postępowaniu technologia została zastrzeżona skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zatem elementy tej technologii także nie podlegają ujawnieniu. To samo odnosi się do informacji

potwierdzających, że oferowane urządzenia nie są prototypowe. Informacje te odnoszą się

bowiem do urządzeń, które są częścią technologii oferowanej przez wykonawcę. Wobec powyższego Zamawiający uznał zarzut w tej części za niezasadny.

Odwołanie o sygn. KIO 112/17
Zamawiający wskazał, że wobec wykonania części czynności, o które wnosił Odwołujący, rozpoznawanie zarzutów odnoszących się do tych czynności jest bezprzedmiotowe, ewentualnie zarzuty te powinny zostać oddalone.
W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.
Zamawiający nie uznał zarzutu niedozwolonej zmiany oferty konsorcjum LIMBA, dokonał bowiem poprawienia nieistotnej omyłki w punkcie 2.1 formularza oferty konsorcjum „Całkowite zapotrzebowanie na moc przyłączeniową". Poprawa polegała na zamianie wartości 501,54 kW na wartość 718,95 kW. Zamawiający dokonał poprawienia wartości całkowitego zapotrzebowania na moc przyłączeniową zgodnie z danymi zawartymi w części tajnej oferty konsorcjum, z pominięciem wyników obliczeń, w których wykonawca zastosował tzw. współczynniki jednoczesności.
Zgodnie z określonym w punkcie 15.1.2) lit. a rozdz. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w kryterium zapotrzebowania na energię, określonego za pomocą kryterium cząstkowego (podkryterium) „oferowana moc nominalna", należało podać moc nominalną urządzeń niezbędnych do skompletowania linii technologicznych do sortowania odpadów komunalnych i kompostowania frakcji organicznych tych odpadów, bez stosowania tzw. współczynników jednoczesności. Konsorcjum LIMBA w załączonym w części tajnej oferty zestawieniu urządzeń podało zarówno wartość mocy nominalnej urządzeń, jak i moc przyłączeniową z zastosowaniem współczynnika jednoczesności. Wobec powyższego Zamawiający dokonał w punkcie 2.1 formularza oferty poprawy poprzez przepisanie łącznej wartości oferowanej mocy nominalnej podanej w części tajnej oferty. Wartość tę wzięto pod uwagę podczas klasyfikacji ofert na podstawie zastosowanych kryteriów oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Potwierdzeniem tego jest ogłoszenie 3 stycznia 2017 r. na stronie Zamawiającego skorygowanego zbiorczego zestawienia ofert. To właśnie dane z tego zestawienia były podstawiane do wzoru w kryterium zapotrzebowania na energię.
Zamawiający nie zgodził się też z argumentacją co do tego, że na ww. obliczoną łączną moc składa się wyłącznie instalacja sortowni: 600 kW + wyłącznie instalacja kompostowni 118,95 kW, co daje łącznie 718,95 kW, a pod wzorem załączonym przez Zamawiającego w formularzu „Odbiorniki energii elektrycznej" jest informacja, która mówi o tym, iż „Wykonawca uwzględni także: - moc i sprawność przetwarzania energii elektrycznej na światło wszystkich źródeł światła zainstalowanych w obiektach linii sortowania i kompostowni oraz na poszczególnych urządzeniach i maszynach tych linii; - moc i sprawność wszystkich innych

odbiorników energii elektrycznej przetwarzających energię elektryczną na ciepło (np. grzejniki, podgrzewacze)." Zamawiający nie wzywał konsorcjum LIMBA do udzielenia wyjaśnień, lecz poprawił moc z 501,54 kW na 718,95 kW zgodnie z informacjami zawartymi wprost w części zastrzeżonej oferty. Czynność poprawienia tego parametru nie wymagała żadnych wyjaśnień ze strony wykonawcy. W uzasadnieniu powyższego pisma Zamawiający nie wskazywał wyłącznie na moc sortowni i kompostowni, lecz moc nominalną urządzeń niezbędnych do skompletowania linii technologicznych do sortowania odpadów komunalnych i kompostowania frakcji organicznych tych odpadów. W punkcie 15.1.2) lit. a rozdz. I specyfikacji istotnych warunków zamówienia mowa jest także o urządzeniach pomocniczych niezbędnych do sortowania i kompostowania. Zapis ten brzmi: „a) podkryterium całkowitej mocy nominalnej (znamionowej) P_n niezbędnej do zasilenia wszystkich poszczególnych urządzeń składających się na oferowane przez Wykonawcę systemy: - stacjonarną linię sortowania odpadów komunalnych zmieszanych, - instalację stabilizacji tlenowej w zamkniętym systemie do przetwarzania frakcji biologicznej odpadów komunalnych, oraz - urządzeń pomocniczych niezbędnych do działania tych instalacji, wymienionych w ofercie technicznej. Całkowitą moc niezbędną wyraża się sumą wszystkich mocy poszczególnych urządzeń wymienionych w ofercie technicznej". Ponadto umieszczone przez Zamawiającego zestawienie odbiorników energii zastosowanych w instalacjach stanowi jedynie przykładową wskazówkę zestawienia odbiorników energii, określa tylko ogólnie sposób sporządzenia przez wykonawców zestawień własnych, odpowiadających zaprojektowanym przez nich instalacjom. Przy czym użycie przez Zamawiającego słowa „uwzględni" nie oznacza nakazu

drobiazgowego wyliczenia przez wykonawców wszystkich odbiorników energii. Powyższy zapis należy czytać łącznie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj.:
1) rozdz. 1 pkt 15.1. 2) lit. b: „W przypadku, gdy Wykonawca w formularzu oferty technicznej obliczy całkowite zapotrzebowanie mocy oraz uśrednioną sprawność energetyczną dla poszczególnych elementów instalacji przemysłowej, takich na przykład jak: - kabina sortownicza, - separator optopneumatyczny itp. do wzoru na $n_{śr}$ wstawi w miejsce wielkości Pi, n_i i te obliczone dla tych wydzielonych elementów wielkości.”,
2) rozdz. III formularz oferty z załącznikami – Wymagane Formularze Maszyn i Urządzeń, pod tabelą: „W przypadku, gdy dla danego elementu wyposażenia nie da się wyodrębnić wszystkich źródeł energii, Wykonawca obliczy całkowite zapotrzebowanie na moc instalacyjną i obliczy dla tego elementu wyposażenia uśrednioną sprawność energetyczną. Obie wielkości będą charakteryzować ten i-ty (zagregowany) element wyposażenia i zostaną uwzględnione jako wielkości: Pi oraz n_i i we wzorze na całkowitą moc instalacyjną oraz na uśredniony wskaźnik sprawności energetycznej zaoferowanych systemów i urządzeń pomocniczych do przetwarzania odpadów komunalnych. Dotyczy to w szczególności: - kabin

do sortowania odpadów, która wymaga zaopatrzenia w energię elektryczną i cieplną,
- separatora separacji optopneumatycznej wymagającego zastosowania wielu źródeł światła itp.”,
3) rozdz. III. formularz oferty z załącznikami – Wymagane Formularze Maszyn i Urządzeń: „W przypadku, gdy Wykonawca w formularzu oferty technicznej obliczy całkowite zapotrzebowanie mocy oraz uśrednioną sprawność energetyczną dla poszczególnych elementów instalacji przemysłowej, takich na przykład jak: - kabina sortownicza, - separator separacji optopneumatyczny itp. do wzoru na $n_{śr}$ wstawi w miejsce wielkości Pi, n_i i te obliczone dla tych wydzielonych elementów wielkości.”
Zamawiający pozostawił więc wykonawcom wolną rękę w zakresie sposobu i szczegółowości sporządzenia zestawień odbiorników pobierających energię i dopuścił możliwość w skład grupowania (agregowania) odbiorników energii wchodzących poszczególnych modułów lub zespołów instalacji według własnego uznania. Z tego powodu Zamawiający nie ma podstaw do uznania, że w wybranej ofercie nie uwzględniono wszystkich zaoferowanych odbiorników energii. Urządzenia pomocnicze i źródła światła, zgodnie z wolą wykonawcy, mogły być np. uwzględnione w bilansie mocy dla kabiny sortowniczej, separatora lub innych zagregowanych elementów linii technologicznych zarówno sortowni, jak i kompostowni. W przypadku na przykład kabiny sortowniczej, która ma być oświetlona, wentylowana, dogrzewana – Zamawiający nie wymagał, by pokazywać zestawienie wszystkich odbiorników zainstalowanych w kabinie. Wystarczyło podać całkowitą moc kabiny jako elementu zagregowanego. W przypadku separatora optopneumatycznego, który ma być napędzany, wentylowany, oświetlany – Zamawiający me wymagał, by zestawienie wszystkich pokazywać odbiorników zainstalowanych w separatorze. Wystarczyło podać całkowitą moc całego separatora jako elementu zagregowanego.
Zamawiający na skutek przeoczenia nie przekazał konsorcjum LIMBA pisma informującego go o dokonaniu poprawienia jego oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przed skorygowaniem zbiorczego zestawienia ofert, lecz dopiero po tej korekcie. Wtedy też dokonał sprostowania protokołu ZP-PN. Okoliczność ta nie miała jednak wpływu na wynik podstępowania, bowiem Zamawiający dokonując oceny w kryteriach podstawił do wzoru dla podkryterium „oferowana moc nominalna” sumę mocy nominalnej urządzeń z części tajnej oferty. Zatem zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, a uchybienia wskazane przez Odwołującego nie miały wpływu na wynik postępowania.
Co do zarzutu dotyczącego bezprawnego zastrzeżenia części oferty konsorcjum LIMBA jako tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wskazał, że wobec faktu, iż 24 i 25 stycznia 2017 r.

oferta w części wskazanej przez Odwołującego została odtajniona, a odtajniona część została przekazana Odwołującemu, zarzut jest bezprzedmiotowy.
W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania braku podstaw do wykluczenia

z postępowania Zamawiający wskazał, że wobec unieważnienia 24 stycznia 2017 r. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwania konsorcjum LIMBA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na postawie art. 24 ust 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. informacji z KRK dla członków rady nadzorczej EKONOVA SA, Zamawiający spełnił oczekiwanie Odwołującego w tym zakresie. Konsorcjum LIMBA 26 stycznia 2017 r. udzieliło odpowiedzi dołączając dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia. Wobec powyższego zarzut ten jest bezprzedmiotowy.
W zakresie zarzutu dotyczącego zdolności ekonomicznej Zamawiający wskazał, że nie zmienił zapisu pkt 7.2.1) rozdz. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warunek ten brzmiał: „Wykonawca potwierdzi, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia. W szczególności wykaże: 1) minimalny roczny obrót z działalności gospodarczej za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeśli okres prowadzonej działalności jest krótszy – za ten okres w wysokości 20.000.000 zł (dwadzieścia milionów) złotych; 2) ubezpieczenie (...)". Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału Zamawiający nadal wymagał przedstawienia sprawozdania finansowego albo jego części, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio z opinią o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty oraz aktywa i zobowiązania – za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.
Co do zarzutu dotyczącego pełnomocnictwa Zamawiający wskazał, że oferta konsorcjum LIMBA została podpisana przez P.T. – dyrektora handlowego Limba Sp. z o.o. Upoważnienie do dokonania takiej czynności bezsprzecznie wynika ze złożonych wraz z ofertą pełnomocnictw, w tym pełnomocnictwa z 4 listopada 2016 r. udzielonego przez Limba Sp. z o.o. oraz EKONOVA S.A. dla lidera konsorcjum, tj. Limba Sp. z o.o. Pełnomocnictwo to zostało podpisane przez osoby uprawnione. Z pełnomocnictwa wynika, że lider konsorcjum, tj. Limba Sp. z o.o. upoważniony jest m.in. do podpisania, parafowania i złożenia wspólnej oferty wraz z załącznikami, poświadczenia dokumentów, za zgodność z oryginałem, udzielania dalszych pełnomocnictw, w tym radcom prawnym i adwokatom, ściśle w zakresie niniejszego pełnomocnictwa.

Na postawie powyższego pełnomocnictwa, 10 listopada 2016 r. Limba Sp. z o.o., jako lider konsorcjum upoważniła P.T. do podpisania oferty składanej przez konsorcjum: Limba Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz EKONOVA S.A. z siedzibą w Warszawie, formularzy oraz innych dokumentów dotyczących złożenia oferty pt. „Budowa Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych".
Powyższe pełnomocnictwa uprawniały zatem P.T. do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a zarzut jest niezasadny.
Zamawiający nie uznał też zarzutu niezgodności oferty konsorcjum LIMBA ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że zarzut związany jest z informacjami zawartymi w części tajnej oferty konsorcjum, zatem przedstawienie kontrargumentacji możliwe będzie jedynie z wyłączeniem jawności.

IV Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Podniesione w odwołaniu Odwołującego Strabag Sp. z o.o. zarzuty dotyczą dwóch kwestii: zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum LIMBA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na jej niekompletność w stosunku do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zaniechania nieodtajnienia oferty konsorcjum LIMBA, w zakresie dokumentów potwierdzających doświadczenie wykonawcy oraz potwierdzających, że proponowane przez wykonawcę rozwiązania nie są prototypowe i były już zastosowane co najmniej w jednym obiekcie.
Pozostałe zarzuty są jedynie konsekwencjami powyższych i nie mają samodzielnego bytu.

Podniesione w odwołaniu Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. Sp. z o.o., M. S.A., SAGI-EKO Sp. z o.o., INENERGIA Sp. z o.o. (zwanych dalej „konsorcjum M.") zarzuty dotyczą następujących kwestii:
1. zaniechania ujawnienia informacji przedstawionych przez konsorcjum LIMBA, pomimo że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa,

2. zaniechania wykluczenia konsorcjum LIMBA z postępowania z uwagi na brak załączenia informacji z KRK dla członków rady nadzorczej spółki EKONOVA S.A. lub braku wezwania do ich uzupełnienia,
3. zaniechania wykluczenia konsorcjum LIMBA z postępowania z uwagi na brak spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, tj. minimalnego obrotu z działalności gospodarczej za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości 20.000.000 zł,
5. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum LIMBA, pomimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia ze względu na brak wszystkich wymaganych dokumentów,
6. dokonania zmiany treści oferty konsorcjum LIMBA w sposób nie przewidziany w ustawie Prawo zamówień publicznych,
7. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum LIMBA w związku ze złożeniem jej przez podmiot nieuprawniony, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa.
Pozostałe zarzuty są jedynie konsekwencjami powyższych i nie mają samodzielnego bytu.

Zamawiający przed rozprawą dokonał czynności wezwania konsorcjum LIMBA, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia informacji z KRK dla członków rady nadzorczej EKONOVA S.A., Przystępujący te dokumenty uzupełnił, a Odwołujący konsorcjum M. nie wskazywał na ich nieprawidłowe uzupełnienie. W związku z powyższym Izba uznała, że orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Biorąc pod uwagę treść zarzutów i żądań Odwołującego Strabag Sp. z o.o., a także argumentacji przedstawionej podczas rozprawy Izba uznała, iż pod pojęciem „dokumentów potwierdzających doświadczenie wykonawcy" Odwołujący rozumiał dokumenty wymienione w zarzucie, tj. w punktach: 8.6.1 lit d), e) i f); pkt 9.3.7; pkt 9 akapit przedostatni specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz formularz oferty – rozdział III specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Zamawiający przed otwarciem rozprawy ujawnił część ww. dokumentów, tj. dokumenty wskazane w punkcie 8.6.1) lit. d-f IDW. W tej części Odwołujący Strabag Sp. z o.o. wycofał odwołanie, zatem Izba nie rozpoznawała zarzutu w tym zakresie.
Zamawiający ujawnił też dokumenty, których dotyczył zarzut postawiony przez Odwołującego konsorcjum M., zatem orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Izba uznała za słuszny zarzut Odwołujących dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum LIMBA w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze

względu na jej niekompletność w stosunku do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym jej niezgodność z tą specyfikacją.
Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega obowiązkowemu odrzuceniu.
Zamawiający wymagania w kwestionowanej w odwołaniach części opisał m.in. w miejscach

powołanych przez Odwołujących, tj. w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tabela nr 1 (dokumenty oznaczone symbolem „S" oraz kolejnym numerem), a także w punkcie C (brak numeracji stron specyfikacji). Ww. wymagania nie były sporne – dokumenty te miały zostać przedstawione wraz z ofertą.

Z założenia każda oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być kompletna. Zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca co do zasady może złożyć tylko jedną ofertę (wyjątki przewidziane tym przepisem nie dotyczą niniejszego przypadku), a treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3). Aby oferta została złożona skutecznie, musi zostać złożona przed upływem terminu składania ofert – do tego momentu może zostać zmieniona lub wycofana (art. 84 ust. 1), a od upływu terminu składania ofert wykonawca zostaje nią związany (art. 85 ust. 5), sama zaś treść oferty nie może ulec zmianie, w tym niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących treści tej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).
Wskazanie, iż oferta musi zostać złożona przed upływem terminu składania ofert, nie oznacza jedynie, że do tej chwili musi zostać fizycznie przekazana zamawiającemu, ale też, że do tego momentu jej treść musi zostać ostatecznie ustalona i pozostaje niezmienna (poza drobnymi korektami przewidzianymi przepisami, jak art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Ten system ma na celu zapewnienie przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Powoduje on bowiem nie tylko to, że wykonawcy mają ten sam czas na przygotowanie ofert, ale też nie mogą formułować swoich ofert po uzyskaniu dostępu do ofert innych, konkurujących wykonawców, które są dla nich dostępne od chwili dokonania oficjalnego otwarcia ofert.
Ustawa Prawo zamówień publicznych daje możliwość czy to wyjaśnienia treści ofert, czy to ich pewnego uzupełnienia (art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), jednak – nawet jeśli nie jest to wyraźnie wyartykułowane w przepisach – nie może ona prowadzić do naruszenia ww. zasad przejrzystości postępowania oraz uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania, a także nie może być pretekstem do, *de facto,* przywrócenia wykonawcom terminu do składania ofert.

Izba też zwraca uwagę, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia – nie można jej traktować jak układanki, którą ma sobie ułożyć sam zamawiający, dopasowując elementy według własnego uznania. Bowiem to nie zamawiający ma oświadczenie wykonawcy kształtować – powinien on je tylko przyjąć w istniejącym, niezmienionym kształcie. Tymczasem w niniejszej sprawie taka sytuacja zaistniała – to Zamawiający doszukiwał się w ofercie istniejących lub nieistniejących treści i miało to miejsce zarówno w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kiedy to Zamawiający nie mógł zidentyfikować około 50 dokumentów, które powinna była zawierać oferta (wykaz dokumentów zawarty w piśmie z 15 grudnia 2016 r.), jak i podczas rozprawy, kiedy to Zamawiający a nie Przystępujący usiłował wykazać, że oferta jest kompletna oraz w którym miejscu znajdują się wymagane informacje, rysunki, wyliczenia itp. a Przystępujący konsorcjum LIMBA pozostawał bierny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zażądał od wykonawców przedstawienia szeregu dokumentów obrazujących opracowaną przez nich koncepcję wykonania przedmiotu zamówienia, podając ich szczegółową listę. Przystępujący konsorcjum LIMBA nie przedstawił wszystkich wymaganych dokumentów przedmiotowych, także po wezwaniu przez Zamawiającego pismem z 15 grudnia 2016 r.
Ze względu na to, że dokumenty te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba, na wniosek Odwołujących, podczas rozprawy dokonała sprawdzenia zawartości oferty i stwierdziła, że w zakresie dokumentów wskazanych przez Odwołującego Strabag Sp. z o.o. brak jest aksonometrii, o której mowa w wymogu co do dokumentu oznaczonego jako S-3.4 (schemat rozwiązania systemu wentylacji boksów i hali z aksonometrią oraz wykazem wydajności pneumatycznych m ^{3} /godz.) oraz wykazu elementów konstrukcyjnych rurociągów, o którym mowa w wymogu co do dokumentu oznaczonego jako S-3.5 (projekt systemu wentylacji z wykazem elementów konstrukcyjnych rurociągów). Przy czym, w ocenie Izby,

aksonometria ewentualnie mogłaby podlegać uzupełnieniu (ze względu na to, że – jak oświadczył Zamawiający – wszystkie dane do sporządzenia tego rysunku wynikają z danych zawartych w ofercie), natomiast wykaz elementów konstrukcyjnych rurociągów nie (brak danych w tym zakresie w pierwotnej ofercie).
Powyższy brak wykazu elementów konstrukcyjnych rurociągów powoduje niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tym samym konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba wskazuje też, iż – zgodnie z brzmieniem zarzutu – badała jedynie, czy w ofercie znajdują się kwestionowane dokumenty, natomiast nie oceniała ich wartości merytorycznej. Pozostałe dokumenty – w mniej lub bardziej rozwiniętej formie – w ofercie się znajdowały.

Ewentualne ujęcie więcej niż jednego schematu, rysunku itd. w jednym dokumencie Izba uznała za formalną niezgodność z wymaganiami specyfikacji, nie powodującą konieczności odrzucenia oferty – ewentualnie podlegającą uzupełnieniu w postaci przedstawienia dwóch lub kilku odrębnych dokumentów (z założeniem, że wymagana merytoryczna treść oferty się w niej znajduje od początku).
Izba przyjęła też wyjaśnienia Zamawiającego, iż określenie „wyliczenia” – w przeciwieństwie do również użytego określenia „kalkulacja”, które, zdaniem Izby, oznacza wynik wraz z działaniami, które do niego doprowadziły – miało oznaczać konieczność podania jedynie wyniku tych wyliczeń, bez przedstawiania obliczeń matematycznych i fizycznych, które do tego wyniku doprowadziły. Gdyby jednak uznać brakujące obliczenia za konieczne, jest to w ocenie Izby treść ewentualnie podlegająca uzupełnieniu, gdyż można założyć, że wymagana merytoryczna treść oferty się w niej znajduje od początku).

Potwierdził się także zarzut przedstawiony przez Odwołującego konsorcjum M., iż konsorcjum LIMBA nie przedstawiło dokumentu wymaganego w punkcie C specyfikacji istotnych warunków zamówienia (nazwa punktu „w zakresie Instalacji do stabilizacji/kompostowania intensywnego”). W punkcie tym Zamawiający wskazał, ze wykonawcy mają przedstawić m.in.:
1. schemat technologiczny,
2. opis rozwiązań technicznych, technologicznych, konstrukcyjnych i materiałowych zastosowanych maszyn i urządzeń,
3. opis projektowanej instalacji do stabilizacji tlenowej odpadów, w tym wykaz maszyn i urządzeń,
4. obliczenia bilansowe przepływu (…),
5. wykaz maszyn i urządzeń oraz wyposażenia z podaniem producenta, typu urządzenia, mocy zainstalowanej, nominalnej sprawności energetycznej w typowych warunkach pracy, określonej stosunkiem energii użytecznej do energii pobieranej itp.,
6. formularze maszyn i urządzeń dla oferowanych urządzeń i wyposażenia,
7. rysunki instalacji do stabilizacji tlenowej,
8. „ponadto” w formie zestawienia wszystkie oferowane typy maszyn, urządzeń czy wyposażenia, rozwiązania technologiczne i techniczne (konstrukcyjne), w sposób pozwalający na jednoznaczną ocenę możliwości spełnienia wszystkich postawionych wymagań i posiadania w tym względzie niezbędnych doświadczeń; wymagane są szczegółowe opisy, rysunki, schematy, zdjęcia i dowody, ze oferowane elementy nie są prototypami,
9. formularze z parametrami dla wszystkich oferowanych maszyn i urządzeń, w tym parametry określające moc minimalną i sprawność energetyczną określona dla typowych

warunków pracy – przy czym Zamawiający zawarł zastrzeżenie, iż jeżeli w formularzu nie ujęto parametrów, które wykonawca podaje w celu potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, wykonawca zostanie wezwany do uzupełnienia dokumentów,
10. dodatkowe dane dotyczące zgodności parametrów oferowanych urządzeń z wymaganiami,

11. specyfikację oferowanych urządzeń obejmującą informacje o miejscach ich zastosowania (lokalizacji instalacji).

Z powyższych wymagań wynika, że Zamawiający kilkukrotnie wskazywał na konieczność przedstawienia wykazu maszyn i urządzeń, w tym w podpunkcie 5. punktu C opisał szczegółowo, że ma to być wykaz maszyn i urządzeń oraz wyposażenia z podaniem producenta, typu urządzenia, mocy zainstalowanej, nominalnej sprawności energetycznej w typowych warunkach pracy, określonej stosunkiem energii użytecznej do energii pobieranej itp.
Konsorcjum LIMBA takiego dokumentu nie przedstawiło, nawet pomimo wezwania Zamawiającego z 15 grudnia 2016 r., w którym w punkcie 22a wskazano na „wykaz maszyn i urządzeń zastosowanych w oferowanej linii do kompostowania komunalnych odpadów organicznych", w którym Zamawiający powołał się na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawę wezwania. Z związku z powyższym brakiem uzupełnienia – nawet abstrahując od stwierdzenia, czy takie wezwanie było w ogóle dopuszczalne – należy stwierdzić, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (konsorcjum LIMBA co prawda przedstawiło częściowy wykaz, ale nie zawiera on wszystkich wymaganych danych).
Nie ulega wątpliwości, że przewidziany przez wykonawcę do zastosowania wykaz maszyn i urządzeń oraz wyposażenia tego typu zakładu jest istotnym elementem oferty, a sam Zamawiający w widoczny sposób przywiązywał do niego wagę na etapie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o czym świadczy fakt, że wielokrotnie go przywoływał. Nie można tez dopuścić sytuacji, w której Zamawiający będzie sam sobie takie zestawienie ustalał na postawie np. kart katalogowych (nie wiadomo też, czy kompletne i czy Zamawiający dobierze właściwe urządzenia spośród kilku opisanych w danej karcie).

W zakresie uzupełniania dokumentów Izba co do zasady podzieliła argumentację Odwołujących – art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od uznania, czy jego treść pozornie na to pozwala, nie zmienia zasady niezmienności treści oferty ani takich naczelnych zasad postępowania jak jego przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równe traktowanie. Zatem co do zasady,

i z zachowaniem dużej dozy ostrożności, można uzupełnić brakujące lub wadliwe dokumenty, pod warunkiem, że nie wpłynie to na treść oferty – w szczególności nie spowoduje jej zmiany oraz *a contrario* – pod pretekstem uzupełnienia dokumentów nie można doprowadzić do zmiany treści oferty. (Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż zagadnienie, czy treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w której *expresiss verbis* pominięto zakaz zmiany treści oferty przy uzupełnianiu dokumentów, nie narusza prawa unijnego, będzie przedmiotem rozstrzygnięcia TSUE w sprawie C-131/16).
Należy też zwrócić uwagę, że zgodnie z zasadą przejrzystości postępowania, zamawiający powinien się stosować do wskazań w zakresie uzupełniania dokumentów, które zawarł we wcześniejszych dokumentach, np. specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu. Zatem, skoro w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, iż wezwie do uzupełnienia danych dokumentów przedmiotowych, należy uznać to za dopuszczalne, a nawet konieczne (jak np. w powyżej przytoczonym punkcie 9. – w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie z punktu C, bez numeracji).

Co do zarzutów dotyczących nieuprawnionego nieujawnienia dokumentów złożonych przez konsorcjum LIMBA, Izba stwierdziła, że ujawnienie ww. dokumentów przez Przystępującego, a następnie przez Zamawiającego wskazuje, że zarzuty Odwołujących były słuszne. Co do dokumentów nieujawnionych przez Zamawiającego – Izba również uznała, że nie powinny one być zakwalifikowane jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.
Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.
Jedną z kluczowych zasad zamówień publicznych jest ich jawność, która stanowi jedno

z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych, jaki i działania państwa. Znalazła ona swój wyraz w przepisach art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 8 ust. 1 i 2 stanowią bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (nowo dodany ust. 2a jest tu nieistotny). Ustęp 3. art. 8 wskazuje w dalszej kolejności, iż „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4." Pomimo braku takiego wskazania w ww. przepisie te same zasady *per analogiam* stosuje się także do innych niż oferta i wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentów składanych przez wykonawców.
To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie; zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica została zastrzeżona i czy została zastrzeżona prawidłowo. Ustawodawca, chcąc ukrócić nadmierne i nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawców wszelkich informacji, które nie mają przymiotu tajemnicy, wskazał w ww. przepisie, że samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić – i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać" – iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Przede wszystkim Izba stwierdziła, że Przystępujący konsorcjum LIMBA w sposób przekonujący nie wykazało, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawione uzasadnienie, zdaniem Izby, zawiera jedynie ogólnikowe i sztampowe stwierdzenia, którymi posługuje się ogół wykonawców w takich przypadkach, a których nie można uznać za „wykazanie" wystąpienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z doświadczenia Izby wynika, że wykonawcy tego typu informacje utajniają, ujawniają, omawiają itd. kiedy jest to wygodne dla ich sytuacji w postępowaniu przetargowym czy też postępowaniu odwoławczym. Tak było również w niniejszej sprawie, w której Przystępujący konsorcjum LIMBA, a w ślad za nim i Zamawiający, zdecydowali się jednak ujawnić część informacji. Oznacza to, że, pomimo dokonanych zastrzeżeń, przedmiotowe informacje nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, która powinna mieć jednak wymiar bardziej obiektywny.
Lista producentów sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia oraz oferowane przez nie modele urządzeń i ich parametry techniczne, a także lista realizacji obiektów tego typu jest wykonawcom prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie budowy zakładów zagospodarowania odpadów ogólnie znana albo może być poznana przy dołożeniu stosunkowo niewielkich starań. Owszem, wykonawcy – albo na ich zlecenie inne podmioty, np. producenci sprzętu – każdorazowo dokonują doboru odpowiednich urządzeń, które w najlepszy lub najbardziej korzystny dla wykonawcy sposób (np. najtańszy) spełnią wymagania danego zamawiającego, jednak nie oznacza to, że taki dobór można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa w ramach oferty. Oczywiste jest, że informacje te będą poufne przed złożeniem ofert, kiedy to trwa konkurencja pomiędzy wykonawcami, jednak po ich złożeniu i otwarciu oferty wykonawców zostają już ustalone, „przybite" i są niezmienne, zatem konkurencja nie może wykorzystać tej wiedzy dla budowy swoich ofert. Takie

zestawienia sprzętu niekoniecznie też są przydatne przy kolejnych realizacjach ze względu na to, że oferta taka nie jest uniwersalna, lecz każdorazowo budowana jest z uwzględnieniem indywidualnych wymagań danego zamawiającego, zatem w swojej istocie jest jednorazowa. Gdyby takie informacje rzeczywiście były wyznacznikiem możliwości wygrania kolejnego przetargu, ranking wykonawców w każdym przetargu byłby taki sam – tymczasem jest on zmienny właśnie z tego powodu, że każda oferta każdego wykonawcy jest konstruowana indywidualnie do każdego przetargu. Nawet w obecnym przetargu co

najmniej dwóch wykonawców posłużyło się podobnymi urządzeniami (konsorcjum LIMBA oraz konsorcjum M. urządzeniami firmy Sutco-Polska Sp. z o.o.), a ich pozycja w rankingu ofert była różna.
Na marginesie Izba wskazuje – w stosunku do powtarzanej przez wykonawców argumentacji o podkupowaniu personelu, podwykonawców itd. – że po pierwsze argument o łatwości podkupienia stoi w opozycji do oświadczenia o dysponowaniu daną osobą, podmiotem, sprzętem itd., gdyż widocznie więź obligacyjna, na którą powołuje się wykonawca, nie jest wystarczająca, by wykonawca mógł nimi dysponować na potrzeby realizacji zamówienia. Po drugie, w takiej sytuacji może okazać się, że swoje zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiący o zakłócaniu konkurencji między wykonawcami.
W związku z powyższym dokumenty te powinny podlegać ujawnieniu. Izba jednak nie nakazała Zamawiającemu w sentencji wyroku odrębnie dokonania tej czynności ze względu na ekonomikę postępowania przetargowego – aby nie mnożyć dodatkowych czynności Zamawiającego, biorąc pod uwagę fakt, że oferta konsorcjum LIMBA, w ocenie Izby, podlega odrzuceniu, a tym samym treść tej oferty przestaje mieć tak istotne znaczenie dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Co do zarzutu odnoszącego się do wpisania przez konsorcjum LIMBA w formularzu ofertowym wartości 501,54 kW i jej zmiany przez Zamawiającego na wartość 718,95 kW (przyjęcia tej wartości do obliczeń w kryterium oceny ofert) Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się, tj. dokonana czynność nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty.
Zamawiający, jak przyznał, dokonał poprawienia wartości całkowitego zapotrzebowania na moc przyłączeniową zgodnie z danymi zawartymi w części tajnej oferty konsorcjum LIMBA, z pominięciem wyników obliczeń, w których wykonawca zastosował tzw. współczynniki jednoczesności.
Z treści oferty konsorcjum LIMBA rzeczywiście wynika, że wykonawca ten zawarł tabelę z obliczeniami, w której wskazał obie wartości (wartość mocy nominalnej urządzeń, jak i moc przyłączeniową z zastosowaniem współczynnika jednoczesności), a w formularzu ofertowym wpisał nie tę wartość, którą powinien – i ta błędna wartość została odczytana podczas

otwarcia ofert. Natomiast Zamawiający, po zapoznaniu się z całą treścią oferty, dostrzegł błąd wykonawcy, dlatego do obliczeń w ramach kryterium oceny ofert przyjął wartość, którą uznał za prawidłową, tj. moc nominalną urządzeń niezbędnych do skompletowania linii technologicznych do sortowania odpadów komunalnych i kompostowania frakcji organicznych tych odpadów, bez stosowania tzw. współczynników jednoczesności.
Ze względu na to, że przyjęte przez Zamawiającego dane wynikają bezpośrednio z treści oferty w jej brzmieniu istniejącym już w chwili złożenia oferty, Izba uznała takie działanie Zamawiającego za uzasadnione i prawidłowe. Nielogiczne i nieprawidłowe byłoby bowiem działanie Zamawiającego, w ramach którego przyjąłby do obliczeń błędną, zaniżoną wartość (notabene byłoby to niekorzystne dla pozostałych wykonawców), nie miał on też podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum LIMBA ani uznania jej za nieporównywalną, skoro zawarto w niej również dane prawidłowe.
W związku z powyższym, zdaniem Izby, nie było potrzeby odwoływania się do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawy prawnej do poprawienia omyłki w treści oferty.
Co do stwierdzenia, czy wartość 718,95 kW została obliczona prawidłowo – Izba, w braku dowodów na poparcie twierdzenia przeciwnego, przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego, iż według jego opinii jest to wartość odzwierciedlająca kompletne zapotrzebowanie energetyczne, do której nie było potrzeby naliczać dodatkowych elementów i uznała tym samym, że jest to wartość prawidłowa.

Izba uznała także, że nie potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum LIMBA ze względu na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej.
Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca miał potwierdzić, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia poprzez wykazanie minimalnego rocznego obrotu z działalności gospodarczej za ostatnie

trzy lata obrotowe, a jeśli okres prowadzonej działalności jest krótszy – za ten okres w wysokości 20.000.000 zł i przedstawić sprawozdanie finansowego albo jego część, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio z opinią o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty oraz aktywa i zobowiązania – za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.

Odpowiedź na pytanie wykonawcy odnoszące się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (a w zasadzie jego wniosek o zmianę tego warunku udziału w postępowaniu – pytający wskazał, że wymóg jest łagodniejszy dla wykonawców, którzy nie prowadzą działalności przez 3 lata) nie zmieniła tego warunku, a już z pewnością nie wskazała, że działalność gospodarcza musiała dotyczyć jedynie gospodarowania odpadami. Zamawiający stwierdził w niej, że zgodnie z art. 22c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ma prawo wymagać, aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem.
W swojej odpowiedzi Zamawiający przywołał więc jedynie brzmienie przepisu, co w zasadzie można uznać za odpowiedź nie do końca na temat, gdyż, w ocenie Izby, nie było celem pytania zarzucanie mu niezgodności jego działania z przepisami prawa, a właśnie wniosek o zmianę warunku. W każdym razie owej odpowiedzi nie można uznać za zmianę warunku. Ma też rację Zamawiający, że zmiana taka wymagałaby dopełnienia formalności proceduralnych, jak zmiana ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także sprecyzowanie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem obszaru objętego zamówieniem, np. budowę zakładów zagospodarowania odpadów (na marginesie – jest to nieco zbyt wąski obszar, by co roku budować taki zakład) albo ogólnie roboty budowlane.

Co do zarzutu dotyczącego pełnomocnictwa udzielonego przez Limba Sp. z o.o. P.T., Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.
W ocenie Izby być może nie jest to wzorcowe pełnomocnictwo, ale w jego treści nie wskazano, że Limba Sp. z o.o., na podstawie odrębnego pełnomocnictwa będąca też pełnomocnikiem Ekonova S.A. jako konsorcjanta, działa wyłącznie we własnym imieniu – wskazano za to, że pełnomocnik uprawniony jest do działania i podpisania oferty składanej przez konsorcjum Limba Sp. z o.o. i Ekonova S.A. , co identyfikuje umocowanie do złożenia oferty w imieniu obu tych podmiotów występujących wspólnie.
Co prawda niektóre z dalszych punktów uszczegóławiających zakres działania pełnomocnika wprost odnoszą się tylko do spółki Limba, jednak nie ma przeszkód prawnych, by w jednym dokumencie zawrzeć zarówno umocowanie dotyczące konsorcjum , jak i samej spółki Limba.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: ……..…