

Sygn. akt KIO/UZP 1526/09

WYROK
z dnia 17 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **OMICRON'S S.R.L., Via Enrico Toti n.6, POLICORO (MATERA), Via Ostigliese n.45, 46030 Libiola Di Serravalle PO (MN)**, adres do korespondencji: **OM Steel Construction Sp. z o.o., ul. Chełmońskiego 3 B, 46-200 Kluczbork** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Radłów, ul. Oleska 3, 46-331 Radłów** protestu z dnia 25 września 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża OMICRON'S S.R.L., Via Enrico Toti n.6, POLICORO (MATERA), Via Ostigliese n.45, 46030 Libiola Di Serravalle PO (MN), adres do korespondencji: OM Steel Construction Sp. z o.o., ul. Chełmońskiego 3 B, 46-200 Kluczbork i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **OMICRON'S S.R.L., Via Enrico Toti n.6, POLICORO (MATERA), Via Ostigliese n.45, 46030 Libiola Di**

Serravalle PO (MN), adres do korespondencji: OM Steel Construction Sp. z o.o., ul. Chełmońskiego 3 B, 46-200 Kluczbork,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **OMICRON'S S.R.L., Via Enrico Toti n.6, POLICORO (MATERA), Via Ostigliese n.45, 46030 Libiola Di Serravalle PO (MN), adres do korespondencji: OM Steel Construction Sp. z o.o., ul. Chełmońskiego 3 B, 46-200 Kluczbork** na rzecz **Gminy Radłów, ul. Oleska 3, 46-331 Radłów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OMICRON'S S.R.L., Via Enrico Toti n.6, POLICORO (MATERA), Via Ostigliese n.45, 46030 Libiola Di Serravalle PO (MN), adres do korespondencji: OM Steel Construction Sp. z o.o., ul. Chełmońskiego 3 B, 46-200 Kluczbork.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Rozbudowa budynku Gimnazjum w Radłowie*”, zostało wszczęte przez Gminę Radłów, ul. Oleska 3, 46-331 Radłów zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 280316 - 2009 z dnia 16.08.2009 r.

W dniu 18.09.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty: Zakładu Techniczno-Budowlanego „*POLBAU*” Sp. z o. o., ul. Grunwaldzka 25, 45-054 Opole zwanego dalej: „*ZTB „POLBAU” Sp. z o. o.*”. Ponadto poinformował o odrzuceniu oferty **OMICRON'S S.R.L., Via Enrico Toti n.6, POLICORO (MATERA), Via Ostigliese n.45, 46030 LIBIOLA DI SERRAVALLE PO (MN), adres do korespondencji: OM Steel Construction Sp. z o.o., ul. Chełmońskiego 3 B, 46-200 Kluczbork** zwanego dalej: „*OMICRON'S S.R.L.*” albo „*Protestującym*” albo „*Odwolującym*” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 9 ust. 2 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „*Pzp*”. Dodatkowo Zamawiający wykluczył **OMICRON'S S.R.L.** z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 4 Pzp, którego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp uznaje za odrzuconą.

Względem odrzucenia Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp oraz postanowieniami zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” rozdz. VII pkt 2 „Forma dokumentów” ppkt 2 i rozdz. X pkt 1 ppkt 5 ofertę należało złożyć w języku polskim, a w przypadku dokumentów lub oświadczeń sporządzonych w językach obcych należy dołączyć tłumaczenie na język polski podpisane przez Wykonawcę. Wykonawca załączył do oferty na str. 33 - 37 kopie dokumentów, które nie zostały przetłumaczone na język polski, ani też nie zostały potwierdzone „za zgodność z oryginałem”. Z nie przetłumaczonej treści dokumentów nie można domniemywać czego one dotyczą, a zatem i nie można ich uznać za istniejące.

Z uwagi na ustaloną formę wynagrodzenia - ryczałt i sposób rozliczania się z wykonawcą za wykonane części robót, do oferty należało złożyć harmonogram rzeczowo - finansowy, który powinien być opracowany zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdz. IV pkt 5 ppkt 8 lit. a - e SIWZ. Brak wyodrębnienia części robot możliwych do odbioru uniemożliwi Zamawiającemu rozliczanie się z wykonawcą za wykonane części robót.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w SIWZ w rozdz. VII do oferty należało złożyć oświadczenia wymienione w pkt. 2 ppkt 2 lit. b-g. Wykonawca tych oświadczeń nie złożył. Wyjaśnił także, że uchybienia wymienione powyżej nie należą do tych, które Zamawiający może zgodnie z Pzp poprawić bądź wezwać do uzupełnienia, jako dokumenty brakujące lub zawierający błędy.

Względem wykluczenia Zamawiający stwierdził, że zgodnie z postanowieniami w rozdz. VIII SIWZ oferta powinna być zaopatrzona w wadium w kwocie 100.000 zł. Sposób wniesienia wadium oraz formy jego wnoszenia określone zostały w tym rozdziale SIWZ. W ofercie wykonawcy nie znajduje się dokument potwierdzający wniesienie wadium.

Ponadto, zgodnie z warunkami udziału określonymi w SIWZ rozdz. VI pkt. 1 ppkt 2 lit. a, wykonawca miał obowiązek udokumentować posiadanie doświadczenia, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał minimum dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (przez co należy rozumieć budowę sal gimnastycznych, sal wystawowych, handlowych, hal warsztatowych i innych hal wielkopowierzchniowych wraz z instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi), z których każda opiewała na minimum 4 mln zł netto. Wykonawca udokumentował wykonanie jednego obiektu budowlanego odpowiadającego wymaganiom (str. 8 - wykaz robot poz. 1). Drugi obiekt - budynek szkoły, nie odpowiada ww. wymaganiom.

Dodatkowo, zgodnie z rozdz. VI pkt 1 ppkt 2 lit. b wykonawca powinien dysponować m.in. kierownikiem robot elektrycznych z uprawnieniami w zakresie sieci i instalacji elektrycznych. Pan Jan S. wskazany do pełnienia tej funkcji posiada uprawnienia ograniczone wyłącznie do instalacji elektrycznych. Brak uprawnień w zakresie sieci

elektrycznych. Wyjaśnił także, że postanowił nie wzywać do uzupełnienia brakujących dokumentów z uwagi na odrzucenie oferty.

W dniu 25.09.2009 r. (email) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 i 2 Pzp firma: OMICRON'S S.R.L. złożyła protest na czynności Zamawiającego polegające na:

1. wykluczeniu Protestującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 4 Pzp,
2. odrzuceniu oferty złożonej przez Protestującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp,
3. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez ZTB „POLBAU” Sp. z o.o. pomimo, że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą,
4. nie wezwaniu Protestującego o uzupełnienie dokumentu i złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wadium, potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem, wyjaśnienia złożonego harmonogramu oraz oświadczeń wymienionych w pkt 2 ppkt 2 lit b-g na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp,
5. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp.

Protestujący wskazała, że Zamawiający naruszył Pzp, a w szczególności;

1. art. 7 ust. 1 Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust.1 pkt 10 Pzp , który nakazuje Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust.1 pkt 1-3 Pzp, co w tym przypadku nie ma zastosowania,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, który zobowiązuje do wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł wadium,
4. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp, gdyż nasza firma nie podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez Protestującego nie podlega odrzuceniu,
5. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez nie wezwanie Protestującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień,
6. art. 91 ust.1 Pzp poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Protestujący żąda:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Protestującego i odrzucenia jego oferty z postępowania,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez ZTB „POLBAU” Sp. z o.o.
3. wezwania Protestujące w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do złożenia dokumentu lub wyjaśnień w zakresie kwestionowanych przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń,
4. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
5. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej jaką jest oferta złożona przez Protestującego.

Po pierwsze, Protestujący wyjaśnił, że wadium zostało wniesione wraz z ofertą, czyli w terminie wymaganym przez Zamawiającego. W istocie jednak wadium to zostało

wniesione w gwarancjach ubezpieczeniowych nie w języku polskim. Jednakże nie złożenie tłumaczenia do oferty nie może powodować iż wadium nie zostało w ogóle wniesione jak również nie powodować odrzucenia naszej oferty. Tę tezę potwierdza, w ocenie Protestującego komentarz Pzp wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego str. 93. Dlatego też stwierdził, że wniósł wadium zgodnie z wymogiem Zamawiającego, natomiast ze względu na brak w ofercie tłumaczenia złożonej gwarancji wadialnej Zamawiający był zobowiązany art. 26 ust. 3 Pzp do wezwania nas do uzupełnienia tego dokumentu. Zaniechanie przez Zamawiającego tej czynności powoduje naruszenie przepisu zawartego w art. 26 ust. 3 Pzp i tym samym prowadzi do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Po drugie, stwierdził, że kwestionowanie posiadania przez Protestującego doświadczenia zawodowego twierdząc, że zrealizowany obiekt pn. *"Budowa nowego budynku szkoły w Folzano"* na kwotę 2.680.000,00 € nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego, nie uzasadniając wykluczenia, nie podając w jakim zakresie zrealizowana inwestycja nie odpowiada warunkowi niniejszego postępowania, utrudnia odniesienie się do tego zarzutu. Niemniej jednak, podniósł, że wymienione roboty odpowiadają wymaganiu Zamawiającego i tym samym spełniają warunek doświadczenia zawodowego. W związku z tym uznał, że w tym przypadku nie zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Po trzecie, odnośnie kwestionowanych uprawnień kierownika robót elektrycznych, Protestujący wyjaśnił, że jeżeli Zamawiający zamieszczone uprawnienia uznał jako niewystarczające to powinien zwrócić się o ich uzupełnienie, czym był zobowiązany art. 26 ust. 3 Pzp. Tą tezę potwierdza wyrok KIO z dnia 8.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 629/08. W związku z tym Protestujący stwierdził, że w tym przypadku nie zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający jeżeli uznał, że złożone w tym zakresie dokumenty nie spełniają wymaganego wymogu to był zobowiązany art. 26 ust 3 Pzp do wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Po czwarte, jeśli chodzi o zarzut dotyczący harmonogramu rzeczowo - finansowego Protestujący podniósł, że przedstawiony w ofercie harmonogram został sporządzony z uwzględnieniem uwarunkowań określonych w rozdz. IV pkt 5 ppkt 8 lit. a-e. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty podał, że w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym brak jest wyodrębnienia części robót możliwych do odbioru. Z taką interpretacją polemizuje, gdyż w przedłożonym harmonogramie wyszczególnił poszczególne roboty podając jednocześnie ich wartości. W związku z tym stwierdził, że przedłożony w ofercie harmonogram wypełnia wymóg Zamawiającego zawarty w rozdz. IV pkt 5 ppkt 8 lit a-e, jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do złożonego dokumentu to powinien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Po piąte, co do zarzutu dotyczącego oświadczeń wynikających z rozdz. VII pkt 2 ppkt 2 lit. b-g Protestujący wyjaśnił, że oświadczenia te zostały złożone przez akceptację projektu umowy, który zawiera niniejsze zobowiązania wobec Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający jednak twierdzi, że takich oświadczeń nie zostały złożone to w pierwszej kolejności był zobowiązany art. 26 ust. 3 Pzp do wezwania nas do ich uzupełnienia.

Po szóste, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 w związku z nie potwierdzeniem dokumentów za zgodność z oryginałem uznał za błędne, gdyż zgodnie ze stanowiskiem doktryny jest to tylko niezgodność co do formy, a nie co do treści. Dlatego też, stwierdził, że treść oferty w pełni odpowiada treści SIWZ, gdyż zaoferowany przez przedmiot zamówienia jest tożsamy z żądanym przez Zamawiającego i tym samym oferta nie podlega odrzuceniu.

Protestujący zaznaczył również, że wykonawcę nie mogą obciążać wadliwie lub nieprecyzyjnie skonstruowany opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków postępowania. Powołał się na Komentarz pod redakcją T. Czajkowskiego wydanie III, str. 128. Wskazał również, że do oferty zostało dołączone oświadczenie Protestującego składane w trybie art. 22 ust. 1 Pzp (załącznik nr 2 do SIWZ) z którego wynika, że Protestujący posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia. Oświadczenie składane przez wykonawców na podstawie art. 22 Pzp jest dokumentem prywatnym, wystawianym przez wykonawcę w stosunku do konkretnych warunków danego postępowania. Z faktem, że oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu jest dokumentem prywatnym wiąże się to, że nie korzysta ono z domniemania prawdziwości zawartych w nim oświadczeń. Ponadto oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie jest oświadczeniem woli, ale oświadczeniem wiedzy danego wykonawcy dotyczące tego, że spełnia on warunki udziału określone przez Zamawiającego w treści SIWZ. Protestujący przytoczył też wyroki KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 16/09 oraz z dnia 26.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1277/08.

Powyższe postępowanie Zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 7 ust.1 Pzp a tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów

W dniu 28.09.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 02.10.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Pzp ustanowiła kilka szczególnych zasad, których przestrzeganie jest obowiązkiem zarówno Zamawiających, jak i wykonawców ubiegających się o zamówienie. Naruszenie którejkolwiek z zasad przez Zamawiającego czyni postępowanie nieważnym, a przez wykonawcę skutkuje albo jego wykluczeniem, albo odrzuceniem oferty. Jedną

z zasad Pzp jest zasada prowadzenia postępowania w języku polskim, o czym stanowi art. 9 ust. 2. Prowadzenie postępowania w języku polskim oznacza, że żadne dokumenty i oświadczenia wymagane i składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być sporządzone w innym języku niż polski (str. 69 Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Autor Paweł Granecki, wyd. C.H.Beck, Warszawa 2009).

Podobne stanowisko zajęł zespół autorów w Komentarzu Pzp pod redakcją Prezesa UZP Tomasza Czajkowskiego (wyd. UZP Warszawa 2006 r. wyd. 2) na str. 71, gdzie w pkt 6. Przywołał też wyjaśnienia na str. 231 Komentarza w pkt 3.

Zamawiający w SIWZ w rozdz. VII pkt 2 „Forma dokumentów” ppkt 2 i rozdz. X pkt 1 ppkt 5 zawarł szczegółowe ustalenia dotyczące przygotowania i złożenia oferty. Ofertę należało złożyć w języku polskim, a w przypadku dokumentów lub oświadczeń sporządzonych w językach obcych należy dołączyć tłumaczenie na język polski podpisane przez Wykonawcę. Obowiązek złożenia oferty w języku polskim nakłada na wszystkich wykonawców Pzp w art. 9 ust. 2 i jest to norma bezwzględnie obowiązująca. Przepis ten nie tylko zawiera normę prawną o charakterze bezwzględnie obowiązującym, lecz jest też przepisem kazuistycznym, co nie pozwala na jego odmienną interpretację. Wszystkie dokumenty muszą być sporządzone w języku polskim lub przetłumaczone na ten język przez biegłego tłumacza, a wszystkie załączniki, jakie oferent dołącza do oferty stają się jej integralną częścią i również do nich stosuje się wymogi takie, jak do oferty.

Wykonawca na str. 33 - 37 załączył do oferty kopie dokumentów, które nie zostały przetłumaczone na język polski, ani też nie zostały potwierdzone „za zgodność z oryginałem”. Z nie przetłumaczonej treści dokumentów nie można wnioskować, ani też domniemywać czego one dotyczą, a zatem i nie można ich uznać za istniejące. Natomiast w wyniku badania oświadczeń i dokumentów składających się na ofertę stwierdzono, że oferta nie zawiera dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania nastąpiło na skutek stwierdzenia braku dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, a którego to nie wymienia ustawa w art. 26 ust. 3 Pzp, jako podlegającego uzupełnieniu. Gwarancja wadiumna nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tym samym nie znajduje do niej zastosowania dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp. Potwierdzenie wniesienia wadium nie jest częścią oferty rozumianej, jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia i nie znajduje do niej zastosowania art. 87 Pzp (podobnie wyrok KIO z dnia 05.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 202/09).

W art. 26 ust. 3 Pzp obowiązek dotyczy wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu,

o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Wadium jest zabezpieczeniem udziału w postępowaniu, dlatego Zamawiający nie ma prawa wezwać wykonawcy do uzupełnienia dowodu jego wniesienia. Wadium nie jest oświadczeniem ani też dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie jest też pełnomocnictwem. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w Pzp. Brak dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium jest podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zamawiający stwierdził także, że nie można również uznać za błąd brak tłumaczenia dokumentów załączonych do oferty, co sugeruje Protestujący i żąda jego naprawienia poprzez wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Nie podlega również uzupełnieniu ani też wyjaśnianiu harmonogram rzeczowo - finansowy, którego wymagał Zamawiający ze względu na sposób rozliczania wykonawcy za wykonane części robót. Sposób opracowania harmonogramu rzeczowo - finansowego szczegółowo i dla jakiego celu miał on służyć określono w rozdz. VI pkt 7, 8 ppkt 1 - 5 SIWZ. Wykonawca nie opracował harmonogramu w sposób wymagany przez Zamawiającego. Nie ma też możliwości uzupełnienia oferty o harmonogram rzeczowo-finansowy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż harmonogram ten nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu (podobnie wyrok z dnia 06.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 962/09).

Zauważył także, że obowiązek, jaki na Zamawiającego nakłada art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zachodzi tylko i wyłącznie wówczas, jeżeli uzupełnienie bądź wyjaśnienie dokumentów nie pozostaje w sprzeczności z wykluczeniem lub odrzuceniem oferty albo z unieważnieniem postępowania. W przedmiotowym sporze Zamawiający nie miał obowiązku stosowania przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, gdyż: 1) oferta wykonawcy z uwagi na złożenie nie przetłumaczonych dokumentów na język polski podlegała odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp); 2) wykonawca podlegał wykluczeniu z uwagi na brak dokumentów potwierdzających wniesienie wadium, a jego oferta podlegała odrzuceniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp).

W dniu 07.10.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Wnosił również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie KIO.

Wskazał, że, w jego ocenie, Zamawiający informując o oddaleniu protestu w całości, jednocześnie podtrzymał wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp oraz odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp. Porównując decyzje z dnia 18.09.2009 r. i z dnia 2.10.2009 r. co do okoliczności

wykluczenia z postępowania Odwołującego stwierdził, że Zamawiający podtrzymał wykluczenie, jak i odrzucenie oferty, co do kwestii nie przetłumaczonych dokumentów w związku złożonym wadium. Zamawiający w oddaleniu protestu opiera swoją decyzję na argumentach dotyczących nie wniesienia wadium, a nie jak to ma miejsce w tym przypadku wniesienia wadium w języku obcym bez załączonego tłumaczenia. Dlatego stwierdza, że cały wywód Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, dotyczy braku wniesienia wadium a nie załączenia do oferty jego tłumaczenia. Wadium bowiem zostało przez naszą firmę wniesione wraz z ofertą, czyli w terminie wymaganym przez Zamawiającego. W istocie jednak wadium to zostało wniesione w gwarancjach ubezpieczeniowych nie w języku polskim. Jednakże nie złożenie tłumaczenia do oferty nie może powodować iż wadium nie zostało w ogóle wniesione, jak również powodować odrzucenia oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w oddaleniu protestu w ogóle nie odniósł się do kwestii dotyczących zdobytego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, co do uprawnień kierownika robót elektrycznych, co do harmonogramu rzeczowo - finansowego i co do nie złożenia oświadczeń wymienionych w pkt 2 ppkt 2 lit. b-g SIWZ. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ do Kancelarii Zamawiającego).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z protestem, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania, zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 9 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty o tłumaczenie złożonej wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej, Izba uznaje za niezasadny. W tym kontekście należało odnieść się także do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na złożenie dokumentów nie potwierdzonych za zgodność z oryginałem.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. VIII SIWZ zawarł wymagania dotyczące wadium, ustalając m.in. jego wysokość w kwocie 100.000,00 zł, jak również sposób, termin i formy jego wniesienia. Z kolei w Rozdz. VII: *„Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie powinni złożyć Wykonawcy do oferty”* pkt 2: *„Forma dokumentów i oświadczeń”* w ppkt 2 SIWZ wskazał, że w przypadku dokumentów lub oświadczeń sporządzonych w językach obcych należy dołączyć tłumaczenie na język polski podpisane przez Wykonawcę. W Rozdz. X: *„Sposób przygotowania oferty”* w pkt 1 ppkt 5 SIWZ Zamawiający ustalił, że oferta winna być napisana w języku polskim, co dodatkowo podkreślił w pkt 3 ppkt 3 niniejszego rozdziału. Na str. 11 SIWZ na końcu Rozdz. VII zawarł także informacje, że: *„Kopie dokumentów muszą być potwierdzone „za zgodność przez Wykonawcę lub przez osobę posiadającą odpowiednie pełnomocnictwo”*. Powyższe wynika również z Rozdz. VI pkt 2 ppkt 4 SIWZ.

Odwołujący na str. 3 oferty (2 str. formularza ofertowego Wykonawcy) w pkt 5 zawarł poświadczenie wniesienia wadium w wysokości: 100.000,00 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Ponadto, w pkt 6 niniejszego formularza wymienił jako załącznik nr 10 - Wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący na str. od 33-37 oferty załączył dokument w formie przesyłki faksowej, który nie został przetłumaczony na język polski, ani też nie został potwierdzony *„za zgodność”*, a który - jak Odwołujący oświadczył w proteście, odwołaniu oraz na rozprawie - stanowi wadialną gwarancję ubezpieczeniową wystawioną w języku włoskim. Na powyższe wskazuje także kolejność załączników wymienionych w pkt 6 formularza ofertowego Wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że obowiązek złożenia oferty w języku polskim wynika z generalnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim, wyrażonej w art. 9 ust.2 Pzp. Obowiązek ten dotyczy wszystkich Wykonawców bowiem norma prawna wynikająca z przepisu art. 9 ust. 2 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Ten sam obowiązek Zamawiający jednoznacznie przewidział w SIWZ. Należy przy tym podkreślić, że nawet gdyby SIWZ nie zawierała wymogu złożenia

oferty w języku polskim, obowiązek ustawowy prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, w tym składania ofert w tym języku, wiąże uczestników postępowania. Norma z art. 9 ust. 3 Pzp dopuszcza wprawdzie wyjątek, ale wymaga on zgody Zamawiającego, co jak wskazano powyżej, nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie. Przepis art. 9 ust.2 Pzp nie tylko zawiera normę prawną o charakterze bezwzględnie obowiązującym, lecz jest też przepisem kazuistycznym, co nie pozwala na jego odmienną interpretację. (podobnie wyrok KIO z dnia 23.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 698/08).

Po drugie, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty przewidziane w art. 25 ust. 1 Pzp. Uwzględniając powyższe możliwość uzupełnienia dotyczy dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Zakres zaś dokumentów, jakich może żądać Zamawiający na potwierdzenie powyższego wyznaczają przepisy rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605), wydane na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp. W odróżnieniu od dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, wadium stanowi określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, będące zabezpieczeniem oferty, od wniesienia którego Zamawiający uzależnia dopuszczenie Wykonawcy do udziału w postępowaniu. Funkcja zabezpieczająca wadium polega przede wszystkim na możliwości zatrzymania wadium w wypadkach wskazanych w Pzp (podobnie wyrok KIO z dnia 24.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 160/09). W zawiązku z tym, że wadium nie jest dokumentem ani oświadczeniem, o których stanowi art. 25 ust. 1 Pzp, a de facto finansowym zabezpieczeniem oferty przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie będzie miał zastosowania wobec wadium, w tym również wadium wnoszonego w formie dokumentu gwarancyjnego. Tym samym też nie jest również możliwe żądanie uzupełniania oferty o brakujące tłumaczenie dokumentu wadialnego.

Po trzecie, Izba wskazuje, że w przedmiotowym stanie faktycznym, nie ma także zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż dotyczy on oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W konsekwencji argumentacja przedstawiona powyżej odnosi się również do niniejszego artykułu.

Po czwarte, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie nie ma zastosowania również art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż ewentualne wyjaśnienie treści dokumentu wadialnego - za który uważa plik dokumentów złożonych w języku włoskim Odwołujący - przez Wykonawcę nie będzie miało żadnego znaczenia dla gwarancji wadialnej, której wystawcą jest inny podmiot. Dodatkowo należy stwierdzić, że wadium nie zostało skutecznie wniesione w formie dokumentu, tj. wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej. Przedłożony dokument nie jest tylko i wyłącznie,

tak jak w wypadku wadium wniesionego w formie pieniężnej, potwierdzeniem wpłaty, czyli wniesienia wadium. Niniejszy dokument stanowi o wadium, a nie potwierdza tylko jego wniesienie, zatem wyłącznie z jego treści należy wywodzić określone zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Biorąc niniejsze pod uwagę, jak także mając na względzie efektywność postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, konieczność zabezpieczenia złożonej oferty, zasadne jest uznać, iż ewentualne uzyskane wyjaśnienia nie byłoby dla Zamawiającego żadną gwarancją zabezpieczenia finansowego oferty. Jednocześnie, Izba zauważa, że brak tłumaczenia powoduje dalsze reperkusje związane z brakiem wiedzy na temat zakresu przedłożonego dokumentu, jego adekwatności (biorąc pod uwagę różnice w prawie włoskim) do przepisów prawa polskiego oraz skuteczności dochodzenia ewentualnych roszczeń na podstawie przedłożonego do oferty faxu. Przy czym, w przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie Izby, forma przedłożonego dokumentu miała charakter drugorzędny wobec braku tłumaczenia.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 9 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnienia co do złożonego harmonogramu rzeczowo - finansowego i uznanie przedłożony harmonogram niezgodnym z SIWZ, w ocenie Izby został potwierdzony.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. VII SIWZ: „*Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie powinni złożyć Wykonawcy do oferty*” pkt 2: „*Dokumenty składające się na ofertę*” ppkt 4 wskazał, że harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji i rozliczania wykonanych robót ma zostać opracowany według wytycznych określonych w Rozdz. IV ust. 5. We wskazanym miejscu SIWZ Zamawiający zawarł m.in. w pkt 7 zapis, że przewiduje rozliczenia za wykonanie części robót, zaś podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie harmonogram rzeczowo-finansowy sporządzony przez Wykonawcę oraz protokół wykonania i odbioru częściowego (świadcstwo przejściowe). W pkt 8 zaznaczył, że harmonogram rzeczowo-finansowy wykonania robót opracowany przez Wykonawcę musi być sporządzony z uwzględnieniem uwarunkowań określonych w pkt 4 lit. a-d (str. 7 SIWZ). Powyższego odniesienia nie ma w SIWZ jest tylko zapis z Rozdz. IV ust. 5 pkt 8 lit. a-e (str. 7 SIWZ). Zgodnie z nim pierwsza faktura może być złożona do Zamawiającego po wykonaniu min. 50% robót przewidzianych do wykonania w 2009 r., następna faktura w 2009 r. – do 20.12.2009 r., kolejne faktury za poszczególne części zamówienia mogą być wystawiane za

wykonaną część (element) możliwą do odbioru z zachowaniem warunku zawartego w pkt 3 li. a, b, c oraz w Rozdz. V pkt 2 nie częściej niż jedna faktura na kwartał. Suma wartości poszczególnych części i faktur (ppkt a-b) nie może przekroczyć 90% całkowitej wartości oferty. Faktury za częściowe wykonanie robót budowlanych mogą być wystawiane zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, pod warunkiem, że poszczególne części wykonania zamówienia będą zakończone i będą tworzyć element możliwy do odbioru. Ostatnia faktura związana z ostatecznym zakończeniem i odbiorem robót (patrz ust. 4 pkt 3 SIWZ) nie może być wystawiona na kwotę większą niż 12% całkowitej wartości oferty z okresem rozliczenia do 30.11.2011 r. Ponadto, Zamawiający określił w SIWZ (str. 7) płatność za wybudowane obiekty w kolejnych latach: 2009 r. – nie więcej niż 12 % ceny ofertowej, 2010 r. – około 44% ceny ofertowej, 2011 – około 44% ceny ofertowej. Niniejsze zapisy zostały zawarte także w § 7 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ).

Odwołujący na str. 38 oferty zawarł harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji rozbudowy w rozbiciu na rok 2009, 2010 i 2011. W ramach poszczególnych lat wyszczególnił rodzaje realizowanych robót budowlanych z podaniem przewidywanych względem nich wartości oraz przewidywanych wartości w skali danego roku.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że decydujące znaczenie przy rozpatrywaniu niniejszego zarzutu miała okoliczność tego rodzaju, iż zapisy SIWZ w tym zakresie są ze sobą wewnątrznie sprzeczne. W konsekwencji należy przywołać za ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, że niejasne i sprzeczne zapisy SIWZ nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców, w tym wypadku Odwołującego. W tym zakresie Izba w szczególności zwraca uwagę na znajdujące się na str. 7 SIWZ odesłanie do nieistniejącego fragmentu specyfikacji (pkt 4 lit. a-d), jak również sprzeczność między zapisem dotyczącym płatności w roku 2009, a zapisem mówiącym, że pierwsza faktura może być złożona po wykonaniu min. 50% robót przewidzianych do wykonania w 2009 r. uznając zasadność argumentacji Odwołującego w tym zakresie. Dodatkowo należy wskazać, że w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający przywoływał w kontekście harmonogramu rzeczowo-finansowego rozdz. VI pkt 7, 8 ppkt 1- 5 SIWZ mimo, że nie ma takich zapisów w specyfikacji.

Po drugie, wskazywane powyżej zapisy SIWZ dopuszczały możliwość rocznego rozliczania, a przedłożony harmonogram nie wskazuje na konieczność rozliczania częściej niż jedną fakturą na kwartał. Izba wskazuje również, że pozostali uczestnicy postępowania złożyli harmonogramy rzeczowo- finansowe o różnym stopniu szczegółowości, tak w rozbiciu stopnia zawansowania i płatności w danym roku na miesiące, jak i kwartały. W konsekwencji w odniesieniu do przedłożonego harmonogramu nie można stwierdzić niezgodności co do

treści, co nie uzasadnia zastosowania przez Zamawiającego przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Reasumując, w ocenie Izby, przedłożony harmonogram rzeczowo-finansowy nie był sprzeczny zapisami SIWZ, tym bardziej, że same zapisy były wewnątrznie sprzeczne i niejasne. W konsekwencji brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność harmonogramu z SIWZ. W tym kontekście Izba podkreśla również - w ślad za dotychczasowym orzecznictwem - niedopuszczalność ewentualnego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do harmonogramu rzeczowo- finansowego, bowiem nie jest to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Tym samym też zastosowanie art. 26 ust. 4 Pzp w tym zakresie jest bezpodstawne.

Wobec powyższego, Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp za zasadny.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonej oferty o oświadczenia wymienione w Rozdz. VII w pkt 2 ppkt 2 lit. b-g SIWZ i uznanie wobec ich nie złożenia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, w ocenie Izby został potwierdzony.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. VII pkt 2 ppkt 2 lit. b-g SIWZ stwierdził, że na ofertę składa się również oświadczenie o zobowiązaniu do uporządkowania terenu po zakończeniu robót, oświadczenie o zobowiązaniu do sporządzenia dokumentacji powykonawczej, oświadczenie o zobowiązaniu do sporządzenia inwentaryzacji geodezyjnej, oświadczenie o zaakceptowaniu warunków rozliczenia określonych w Rozdz. IV ust. 5, oświadczenie o sporządzeniu „Książki Obiektu Budowlanego” zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie książki obiektu budowlanego (Dz. U. Nr 120 poz. 1134) zwanego dalej: *„Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie książki obiektu budowlanego”*, oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej w terenie. W ramach wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) zawarł w § 3 ust. 1 pkt 18-20 zapis, że do obowiązków Wykonawcy należy opracowanie inwentaryzacji geodezyjnej po wykonaniu robót, przygotowanie po wykonaniu robót wszelkich wymaganych dokumentów, w tym dokumentacji powykonawczej oraz likwidacja placu budowy i uporządkowanie terenu budowy. Zamawiający w opisie wykonania przedmiotu zamówienia nie zawarł warunku dokonania wizji lokalnej w terenie, w odróżnieniu od wskazanych wcześniej zobowiązań (str. 5 SIWZ). Zaś w Rozdz. VII pkt 2 ppkt 4 SIWZ wskazał, że harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji i rozliczania wykonanych robót ma zostać opracowany według wytycznych

określonych w Rozdz. IV ust. 5. Powyższe zasady zawarł także w § 7 wzoru umowy. Ponadto, we wzorze umowy w § 3 ust. 11 Zamawiający wskazał, że Wykonawca wykona i przygotuje oraz złoży w formie trwale spiętej wszelkie dokumenty dotyczące wykonania przedmiotowego zamówienia. Wymieniając następnie kilka przykładowo. Z kolei w § 3 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do wykonania robót budowlanych m.in. zgodnie z wytycznymi określonymi w SIWZ. Zgodnie zaś z Rozdz. IV ust. 1 pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, jako podstawę wykonywania zamówienia ustawę z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.) zwane dalej: „Pr. Budowlanym”.

Odwołujący nie załączył do oferty oświadczeń wymienionych w Rozdz. VII w pkt 2 ppkt 2 lit. b-g SIWZ.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby brak jest podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż zaistniały stan faktyczny tego nie wymaga, a sam fizyczny brak takich oświadczeń podpisanych i przedłożonych na odrębnych kartach załączonych do oferty Odwołującego, może stanowić co najwyżej niezgodność z SIWZ złożonej oferty co do formy, a nie co do jej treści.

Po drugie, wymagane oświadczenie z Rozdz. VII pkt 2 ppkt 2 lit. b, c i d SIWZ odpowiada obowiązkowi spoczywającym na Wykonawcy, a wynikającym z § 3 ust. 1 pkt 18-20 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ). Oświadczenie z Rozdz. VII pkt 2 ppkt 2 lit. e SIWZ stanowi *de facto* powielenie obowiązku złożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego, poza tym wynika także z § 7 wzoru umowy. Odnośnie oświadczenia dotyczącego wizji lokalnej Zamawiający nie zawarł w opisie wykonania przedmiotu zamówienia wyraźnego wymogu jej przeprowadzenia przed złożeniem oferty. W takiej sytuacji ryzyko jego nie przeprowadzenia spoczywa na danym Wykonawcy, w tym wypadku Odwołującym. Względem sporządzenia „Książki Obiektu Budowlanego” i złożenia oświadczenia w tym przedmiocie należy zauważyć, że art. 64. ust.1 Pr. budowlanego określa, iż właściciel lub zarządca obiektu jest obowiązany prowadzić dla każdego budynku oraz obiektu budowlanego niebędącego budynkiem książkę obiektu budowlanego, (...) stanowiącą dokument przeznaczony do zapisów dotyczących przeprowadzanych badań i kontroli stanu technicznego, remontów i przebudowy, w okresie użytkowania obiektu budowlanego. Zgodnie zaś z § 2 Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie książki obiektu budowlanego wydanego na mocy art. 64. ust. 4 Pr. Budowlanego: „Książka powinna być założona w dniu przekazania obiektu budowlanego, zwanego dalej "obiektem", do użytkowania i systematycznie prowadzona przez okres jego użytkowania”. Sporządzenie takiego dokumentu na etapie składania oferty nie jest zatem możliwe, a w konsekwencji

żądanie oświadczenia co do sporządzenia takiego dokumentu przez Wykonawcę jest bezprzedmiotowe i nie świadczy o sprzeczności treści oferty z SIWZ.

W konsekwencji, w ocenie Izby oświadczenia, które następnie znajdują się bezsprzecznie także we wzorze umowy, jak również harmonogramie rzeczowo-finansowym zgodnym w ocenie Izby z SIWZ, zostają potwierdzone poprzez fakt złożenia oferty przez Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie dotyczącym spełniania warunku wymaganego doświadczenia zawodowego i uznanie, że wykazane zadanie w poz. 2 wykazu nie spełnia warunku wymaganego w Rozdz. VI pkt 1 ppkt 2 lit. a SIWZ, w ocenie Izby nie został potwierdzony.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający określił w Rozdz. VI pkt 1 ppkt 2 lit. a SIWZ warunek wymaganego doświadczenia zawodowego. Wykonawca miał obowiązek udokumentować, że w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania (tj. w okresie 16.08.2004 – 16.08.2009), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w ciągu całego okresu prowadzenia działalności wykonał minimum dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (przez co należy rozumieć budowę sal gimnastycznych, sal wystawowych, handlowych, hal warsztatowych i innych hal wielkopowierzchniowych wraz z instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi), z których każda opiewała na minimum 4 mln zł netto. Na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku wymagał złożenia zgodnie z Rozdz. VII pkt 1 ppkt 9 SIWZ wykazu wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za cały okres prowadzenia działalności gospodarczej wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie.

Odwołujący złożył wraz z ofertą stosowny wykaz na str. 8 wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wykazane roboty te zostały wykonane należycie (referencje wraz z tłumaczeniami - str. 9-13 oferty). Zamawiający zakwestionował zadanie wskazane w poz. 2 wykazu, tj. „Budowę nowego budynku szkoły w Folzano” na kwotę 2.680.000,00 €, czyli nie wykazał się dwoma wymaganymi zamówieniami. Podczas rozprawy uściślił, że w jego ocenie „szkoła w Folzano” nie jest obiektem wielopowierzchniowym i nie odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby przedmiotowy stan faktyczny czynił zasadnym, aby zastosować art. 26 ust. 4 Pzp co do dokumentu, w którym Odwołujący wykazywał się budową szkoły w Folzano (nie wiadomo, czy w zakres tych robót budowlanych wchodziła – zgodnie z warunkiem udziału opisanym przez Zamawiającego - budowa sali gimnastycznej) , a w wypadku potwierdzenia się, że niniejsze zadanie nie spełnia wymaganego warunku zastosowanie tryby wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie, wobec potwierdzenia się zasadności odrzucenia oferty Odwołującego ewentualne zastosowanie przywołanych powyżej przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp jest nieuprawnione i bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie dotyczącym spełniania warunku wymaganego potencjału kadrowego i uznanie, że wykazane osoba w poz. 3 wykazu nie spełnia warunku wymaganego w Rozdz. VI pkt 1 ppkt 2 lit. b SIWZ, w ocenie Izby nie został potwierdzony.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający określił w Rozdz. VI pkt 1 ppkt 2 lit. b SIWZ warunek wymaganego potencjału kadrowego. Zgodnie z nim Wykonawca powinien dysponować m.in. kierownikiem robót z uprawnieniami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych. Na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku wymagał złożenia zgodnie z Rozdz. VII pkt 1 ppkt 4 SIWZ wykazu osób (kadry kierowania budową) lub pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie Wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia (krótkie CV zawodowe) oraz uprawnieniami i zaświadczeniami o wpisie na listę właściwej Izby Samorządu Zawodowego.

Odwołujący złożył wraz z oferta stosowny wykaz na str. 14 wraz z wymaganymi uprawnieniami i zaświadczeniami oraz CV zawodowym (od str. 15-28 oferty).

Zamawiający zakwestionował uprawnienia osoby wskazanej w poz. 3 wykazu, tj. Pan Jan S., które w jego ocenie mają charakter uprawnień ograniczonych wyłącznie do instalacji elektrycznych (str. 22 oferty). Brak zaś jest uprawnień w zakresie sieci elektrycznych.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła co następuje.

Wobec przyznania przez Odwołującego, że wskazana przez niego osoba nie spełnia warunku określonego przez Zamawiającego, Izba nie weryfikowała prawidłowości uprawnień wskazanej w wykazie Odwołującego osoby, uznając jednocześnie, że w niniejszym przypadku miałby zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 Pzp (jak oczekiwał Odwołujący), gdyby nie okoliczność zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, jak wskazano powyżej.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 9 pkt 2 Pzp co skutkowało oddaleniem odwołania, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Izba wyjaśnia, że mimo stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w odniesieniu do zarzutu dotyczącego harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz oświadczeń wymienionych w Rozdz. VII w pkt 2 ppkt 2 lit. b-g SIWZ odwołanie nie zostało uwzględnione. Wskazane naruszenia nie mają istotnego wpływu na wynik postępowania, wobec potwierdzenia się zasadności odrzucenia oferty Odwołującego (art. 191 ust.1 a Pzp).

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....