

Sygn. akt: KIO/UZP 445/09

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 20 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum: ENERGOINSTAL S.A., H2OPTIM Sp. z o.o., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188D od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Elektrownia Stalowa Wola S.A. Grupa Turon, 37-450 Stalowa Wola, ul. Energetyków 13 protestu ~~protestów~~ z dnia 18 marca 2009 r.

przy udziale wykonawcy SEEN Technologie Sp. z o.o., 04-394 Warszawa, ul. Siennicka 29 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty Wykonawcy wybranego.

2. kosztami postępowania obciąża Elektrownię Stalowa Wola S.A. Grupa Tauron, 37-450 Stalowa Wola, ul. Energetyków 13

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Konsorcjum: ENERGOINSTAL S.A., H2OPTIM Sp. z o.o., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188D,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Elektrownię Stalowa Wola S.A. Grupa Tauron, 37-450 Stalowa Wola, ul. Energetyków 13 na rzecz Konsorcjum: ENERGOINSTAL S.A., H2OPTIM Sp. z o.o., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188D stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum: ENERGOINSTAL S.A., H2OPTIM Sp. z o.o., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188D.

U z a s a d n i e n i e

Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2008/S 252 -337951 opublikowany w dniu 30.12.2008r.

Zamawiającym jest Elektrownia Stalowa Wola Spółka Akcyjna Grupa TAURON z siedzibą w Stalowej Woli (37-450), ul. Energetyków 13 zwany dalej również „Zamawiającym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia dotyczy "Modernizacji stacji przygotowania wody" -część 3,4,5,6,7,8 (technologia -zakup i montaż materiałów i urządzeń) w Elektrowni „Stalowa Wola” S.A.

Odwołującym jest Konsorcjum wykonawców: ENERGOINSTAL S.A. z siedzibą w Katowicach (40-203), Al. Roździeńskiego 188D (Lider Konsorcjum) i H20PTIM Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (61-608), ul. Boranta 17 (Partner Konsorcjum) zwane również dalej „Odwołującym”

Na podstawie art. 184 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j, Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” Odwołujący wniósł odwołanie.

Odwołujący w złożonym proteście podniósł, iż czynności dokonane przez Zamawiającego powodują naruszenie podstawowych zapisów ustawy, wskutek czego doznał uszczerbku interesu prawnego. Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 tj. dokonanie wyboru oferty SEEN Technologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (04-394), ul. Siennicka 29 zwany dalej również „Wykonawcą wybranym”, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;
3. art. 24 ust. 1 pkt 10 poprzez bezprawne nie wykluczenie (zaniechanie wykluczenia) wykonawcy opisanego w pkt 2;
4. w konsekwencji naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4;
5. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez bezprawne nie wykluczenie (zaniechanie wykluczenia) wykonawcy opisanego w pkt 2;
6. w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4;
7. kumulatywnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez bezprawne nie odrzucenie (zaniechanie odrzucenia) oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 wykonawcy na podstawie kolejnych przesłanek opisanego przepisu;

8.w konsekwencji na zasadzie związku przyczynowo -skutkowego spowodowałyby to naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 poprzez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa;

9. art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) poprzez takie naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, które miało wpływ na treść rozstrzygnięcia postępowania;

10. art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

11.Takowe działanie Zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

W uzasadnieniu Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego łamiąc wyżej wymienione artykuły ustawy, narusza jego interes prawny w sposób opisany w uzasadnieniu umotywowanego protestu z dnia 18 marca 2009r., a który jest załącznikiem do niniejszego odwołania i stanowi jego integralną część.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy SEEN Technologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:

1. W ofercie Wykonawcy wybranego brak dokumentów wymaganych w rozdz. VI p. B3 SIWZ (specyfikacja istotnych warunków zamówienia) w postaci aktualnych zaświadczeń o przynależności do Izby Inżynierów. Wykonawca wybrany dołączył jedynie kopie posiadanych uprawnień, jednak bez potwierdzenia przynależności do Izby Inżynierów. Nadmienić należy, że tylko osoby należące do Izby Inżynierów i posiadające terminowo opłacone składki mają prawo pełnić funkcje wynikające z nadanych uprawnień (np. kierownika budowy). Fakt, że Zamawiający nie wymienił szczegółowo, jakie dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganych uprawnień należy załączyć, nie zwalnia oferentów z prawidłowego przygotowania oferty i załączenia wszystkich dokumentów faktycznie potwierdzających posiadanie

wymaganych uprawnień, albowiem obowiązek ten wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a sposób ich ujęcia w SIWZ ma charakter wtórny.

2. W ofercie Wykonawcy wybranego brak dokumentów wymaganych w rozdz. VI p. B SIWZ potwierdzających wykonanie dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie.

Z SIWZ i załączonej dokumentacji projektowej jasno wynika, że zasadnicze elementy technologiczne zadania przetargowego to budowa stacji filtracji na filtrach żwirowych o wydajności 200m³/h oraz budowa instalacji odgazowania próżniowego.

Załączona przez oferenta lista referencyjna wykonanych zadań nie zawiera ani jednej inwestycji polegającej na dostawie i zamontowaniu nowej instalacji filtracji na filtrach żwirowych o zbliżonej wydajności oraz ani jednej inwestycji polegającej na dostawie i zamontowaniu instalacji odgazowania próżniowego, a nawet jakichkolwiek doświadczeń w zakresie instalacji odgazowania próżniowego.

Nie załączono również żadnego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie inwestycji polegającej na dostawie i zamontowaniu nowej instalacji filtracji na filtrach żwirowych o zbliżonej wydajności oraz ani jednej inwestycji polegającej na dostawie i zamontowaniu instalacji odgazowania próżniowego.

Na liście referencyjnej występują głównie inwestycje polegające na modernizacji stacji filtrów oraz zadania projektowe polegające jedynie na opracowaniu dokumentacji a nie dostawie i wykonaniu instalacji filtrów. Pozostałe referencje dotyczą instalacji dawkowania chemikaliów oraz dezynfekcji wody, które co prawda występują również w zadaniu przetargowym, ale nie są jego najważniejszym, konstytutywnym elementem.

Wykonawca wybrany nie posiada jakichkolwiek doświadczeń w zakresie instalacji odgazowania próżniowego. Zaznaczyć należy, że instalacje takie należą do najbardziej zaawansowanych technologicznie, wymagają dużego doświadczenia oraz praktyki obiektowej, których brak może skutkować niewłaściwym wykonaniem i funkcjonowaniem całego układu. Instalacje odgazowania próżniowego są instalacjami bardzo nowoczesnymi, zapewniającymi bardzo dobre efekty jakościowe i

ekonomiczne prace układu i niewątpliwie w interesie Zamawiającego jest, aby zostały one wykonane przez firmę posiadającą odpowiednie doświadczenie w tym zakresie. Dodatkowo zaznaczono, że Wykonawca wybrany przedstawia głównie doświadczenia z instalacji w zakładach wodociągowych, niewiele zaś inwestycji dotyczy szeroko rozumianych obiektów energetyki, jakimi są kotłownie, ciepłownie, elektrociepłownie i elektrownie.

Inwestycje wymienione w liście referencyjnej w poz. 20 i 21 dla ALSTOM Power dotyczyły, jak wynika z opisu, jedynie dozowania chemikaliów, nie zostały one zresztą potwierdzone, nie wiadomo, jaki był ich zakres i jaka była rola Wykonawcy wybranego.

Odwołujący wskazał, że czym innym jest doświadczenie handlowe firmy będącej dostawcą, nawet jeśli uczestniczy w projektowaniu, zamontowaniu i uruchomieniu urządzeń, których najczęściej jest dystrybutorem i/lub przedstawicielem producenta, a czym innym doświadczenie obiektowe jako generalnego wykonawcy lub kluczowego podwykonawcy instalacji w przemyśle.

Zamawiający, sam będący dużym zakładem w branży energetyki zawodowej, niewątpliwie zdaje sobie sprawę z odmienności obiektów energetycznych i specyfiki realizowanych w nich inwestycji, wymagających dużych doświadczeń z zadań wykonywanych w tej branży.

3. Dodatkowym potwierdzeniem braku doświadczenia w instalacjach odgazowania próżniowego, a jednocześnie nie spełnieniem wymagań SIWZ określonych w rozdz. VI p. E SIWZ jest brak załączenia opisu odgazowywacza próżniowego spełniającego wymagania projektowe tj:

-wydajność 50 m³/h

-średnica 1350 mm

-wysokość 3780 mm

-cechy konstrukcyjne -zbiornik stojący na 4 podporach (nogach)

Według załączonej przez oferenta karty katalogowej -max przepływ dla odgazowywacza VA 11B wynosi 22 m³/h, poza tym karta katalogowa przedstawia odgazowywacze wiszące na małe i średnie przepływy.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SEEN Technologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:

4. Brak specyfikacji dostarczanych urządzeń wymaganej w SIWZ w rozdz. VI p. E Oferent załączył jedynie karty katalogowe zasadniczych urządzeń, jednak nie wynika z nich pełen zakres dostawy. Między innymi brak jakichkolwiek informacji na temat dostawy, parametrów technicznych i producenta stacji przygotowania i dawkowania siarczynu sodu (w tomie I projektu -specyfikacja urządzeń, pkt 19. GBN21AF201, GBN2IBB701, GBN22AP701, GBN23AP701). W związku z powyższym należy domniemywać, że Wykonawca wybrany nie uwzględnił dostawy tego elementu, co jest kolejną podstawą do odrzucenia oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu;
2. wykluczenie z postępowania wykonawcy SEEN Technologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Wykonawca wybrany);
3. odrzucenia oferty wykonawcy SEEN Technologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
4. wybór oferty Konsorcjum wykonawców: ENERGOINSTAL S.A. z siedzibą w Katowicach (40-203), Al. Roździeńskiego 188D (Lider Konsorcjum) i H20PTIM Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (61-608), ul. Boranta 17 (Partner Konsorcjum) to jest Odwołującego i udzielenie jemu zamówienia.

Jednocześnie w złożonym proteście Odwołujący wykazał naruszenie swojego interesu prawnego jako wykonawcy. Działania Zamawiającego polegające na wybraniu oferty Wykonawcy wybranego, który winien zostać wykluczony, a jego oferta winna być odrzucona i która nie wypełnia znamion ustawowej definicji "oferty najkorzystniejszej" ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia Odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest zainteresowany.

Odwołujący podtrzymuje także pozostałe zarzuty opisane w umotywowanym proteście.

W złożonym proteście w dniu 18 marca 2009r. Odwołujący wnosił zarzuty i żądania jak w odwołaniu.

W uzasadnieniu podnosił i wywodził jak w odwołaniu, a w szczególności argumentował jak poniżej.

Dodatkowym potwierdzeniem braku doświadczenia w instalacjach odgazowania próżniowego a jednocześnie nie spełnieniem wymagań SIWZ określonych w rozdz. VI p. E SIWZ jest brak załączenia opisu odgazowywacza próżniowego spełniającego wymagania projektowe tj:

- wydajność 50 m³/h;
- średnica 1350mm;
- wysokość 378 mm;
- cechy konstrukcyjne -zbiornik stojący na 4 podporach (nogach).

Według załączonej przez oferenta karty katalogowej -max przepływ dla odgazowywacza VA 11B wynosi 22 m³/h, poza tym karta katalogowa przedstawia odgazowywacze wiszące na małe i średnie przepływy.

Brak specyfikacji dostarczanych urządzeń wymaganej w SIWZ w rozdz. VI p. E SIWZ. Wykonawca wybrany załączył jedynie karty katalogowe zasadniczych urządzeń, jednak nie wynika z nich pełen zakres dostawy. Między innymi brak jakichkolwiek informacji na temat dostawy, parametrów technicznych i producenta stacji przygotowania i dawkowania siarczynu sodu (w tomie I projektu specyfikacja urządzeń, pkt 19. GBN21AF201, GBN21BB701, GBN22AP701, GBN23AP701). W związku z powyższym należy domniemywać, że oferent nie uwzględnił dostawy tego elementu, co jest kolejną podstawą do odrzucenia oferty.

Zamawiającemu nie pozostaje zatem nic innego jak zgodnie z opisana podstawą prawną wykonawcę SEEN Technologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykluczyć z niniejszego postępowania, a ofertę odrzucić albowiem jest to jego obowiązek art. 24 i art. 89 ustawy.

Wobec powyższego, podążając za treścią art. 58 § 1 k.c., stwierdzić należy, iż "czynność prawna sprzeczna z prawem albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna." W świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby

sprzeczny ze społeczno -gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że "nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego".

Zamawiający rozstrzygając protest w dniu 26 marca 2009 r. postanowił oddalić protest w całości.

W uzasadnieniu odnosząc się do zarzutów, stwierdził, co następuje:

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w rozdz. VI p.B 3) Zamawiający wymagał, dla potwierdzenia dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, złożenia m.in. dokumentów stwierdzających, że "osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień".

Przedmiotowe postępowanie dotyczy dostaw, a nie robót budowlanych, co wynika jednoznacznie z ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający posłużył się jedynie ogólnie brzmiącym sformułowaniem ustawowym, nie wskazując na żadne konkretne uprawnienia.

Dla realizacji dostaw nie są wymagane żadne specjalne uprawnienia, w szczególności zaś uprawnienia budowlane.

Jeżeli niektórzy wykonawcy z ostrożności przedłożyli wraz ze swoimi ofertami uprawnienia budowlane wraz z zaświadczeniem o przynależności do odpowiedniej izby inżynierów budownictwa, to nie można wymagać od innych wykonawców tylko dlatego przedkładania takich dokumentów, w sytuacji, gdy Zamawiający nie stawiał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia takiego wymagania.

Stanowisko takie zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11.12.2007 roku (sygn. akt KIO/UZP/1399/07).

Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdza, że oferta SEEN Technologie Sp. z o.o. zawierała dokumenty potwierdzające posiadanie przez wskazane w nich osoby uprawnień budowlanych i spełniały one wymagania SIWZ.

Zamawiający nie żądał w Specyfikacji, aby były to dokumenty określonego rodzaju, w szczególności wydane w określonym okresie czasu, w określonej formie, przez właściwy organ (np. samorząd zawodowy), przeciwnie –w wyjaśnieniach przekazanych wykonawcom i zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego w dniu 29 stycznia 2009 r. stwierdzono, że: "w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zadania dokumenty potwierdzające, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, mogą być w formie oświadczenia".

W tej sytuacji decyzje wojewody potwierdzające posiadanie uprawnień budowlanych według stanu prawnego z dnia wydania tych dokumentów muszą być przez zamawiającego respektowane (zmiany prawa budowlanego przekazujące m.in. postępowanie kwalifikacyjne o nadanie uprawnień samorządowi zawodowemu i wprowadzające stosowny rejestr, nie zawierały przepisów pozbawiających automatycznie tych uprawnień osoby które nabyły je wcześniej, a Zamawiający nie miał podstaw zakładać, że wykonawca przedłożył dokumenty osób, które wskazanych w nich uprawnień już nie posiadają.

Tym bardziej za prawidłowy uznać należy złożony z ofertą dokument wydany przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego, który według aktualnych przepisów prowadzi centralny rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane (warunkiem wpisania do rejestru jest członkostwo w samorządzie zawodowym). Nawet więc w przypadku uznania argumentów protestu w stosunku do pozostałych dokumentów potwierdzających nadanie uprawnień budowlanych, przedłożenie przez wykonawcę decyzji o wpisaniu p. inż. Radosława Z. do Centralnego Rejestru Osób posiadających uprawnienia budowlane bez wątpliwości stanowi spełnienie warunku wykazania, że Seen Technologie dysponuje co najmniej jedną osobą posiadającą

wymagane przepisami kwalifikacje zawodowe do wykonania zamówienia, a tym samym nie ma podstaw do wykluczenia tej spółki z postępowania.

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdz. VI p. B zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia przedstawienia wykazu wykonanych dostaw lub usług (...) odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorów wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie.

Wykonawca SEEN Technologie Sp. z o. o. przedstawił w swej ofercie wykaz oraz dokumenty potwierdzające należyte zrealizowanie zamówień przedstawionych w wykazie, przez co spełnił postawiony warunek.

Zamawiający nie wymagał posiadania przez wykonawców szczególnego, specjalnego doświadczenia, o którym mowa w proteście, lecz oczekiwał wykazania doświadczenia w zakresie zamówień tego samego rodzaju, co nie oznacza, że zamówienia powinny być tożsame lub identyczne z przedmiotem zamówienia.

W tym kontekście należy stwierdzić, że wykonawca SEEN Technologie Sp. z o. o. oczekiwania te spełnił. Dodatkowo należy wskazać, że zamawiający prowadząc postępowanie na dostawę, nie mógł postawić warunków w zakresie doświadczenia przy realizacji robót budowlanych.

Zamawiający po analizie całej treści oferty łącznie z oświadczeniami złożonymi w druku oferty (w pkt. III Oświadczenie wykonawcy ppkt. 1, 2, 3 i 4), w szczególności zawierającymi następujące deklaracje:

"zobowiązujemy się zrealizować zadanie (...) zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia...",

"oświadczamy, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ Części II -Warunki techniczne specyfikacji istotnych warunków zamówienia",

"Oświadczamy, że posiadamy konieczne informacje potrzebne do właściwego wykonania zadania, zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wszystkimi materiałami i dokumentami mającymi wpływ na złożenie oferty i realizację zamówienia i przyjmujemy je bez zastrzeżeń",

"zobowiązujemy się, w przypadku wybrania naszej oferty, do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ...",

stwierdził, że biorąc pod uwagę powyższe oraz wyjaśnienia wykonawcy złożone w toku postępowania, wykonawca Seen Technologie Sp. z o. o spełnił wymagania rozdz. VI p. E SIWZ.

Wymieniony wykonawca zadeklarował jedynie zastosowanie filtrów żwirowych jako urządzenia równoważne wobec urządzeń zawartych w dokumentacji załączonej do SIWZ, dołączył określone przez zamawiającego dokumenty oraz udzielił dodatkowych zadowalających wyjaśnień na podstawie art. 87. ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 18.02.2009 r.), zatem zarzuty tej części protestu są bezzasadne

Ponadto informujemy, że w sprawach objętych protestem art. 25 ustawy oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.) ogólnie wskazują dokumenty których żąda zamawiający w postępowaniu. W tej części zamawiający sam określa rodzaj i formę dokumentów jakie wykazać mają spełnienie warunków i wiarygodność wykonawcy w ewentualnej przyszłej realizacji zamówienia.

Zamawiający w wyniku pytań i sugestii potencjalnych wykonawców sprecyzował wymagania postawione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zgodnie z art. 38 ustawy a treść pytań i wyjaśnień będących wykładnią dla Wykonawców została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego jako załącznik do SIWZ i była dostępna dla wszystkich wykonawców.

W kwestiach podniesionych w proteście Zamawiający opublikował m. innymi następujące wyjaśnienia:

co do zarzutów omówionych w Ad. 2: w dniu 3 lutego 2009 r.: "Zamawiający uzna Wykonawcy jako spełnienie warunku udziału w niniejszym postępowaniu określone w rozdz. VI.B.B1 SIWZ, że przedstawiony wykaz zawiera tematy wykonanych dostaw i usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia t.j. wykonanie dostaw i usług związanych z gospodarką wodną lub technologią uzdatniania wody (wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie) o wartości powyżej 80% ceny ofertowej.

Zamawiający uzna Wykonawcy jako spełnienie wymogu określonego w rozdz. VI E SIWZ oświadczenie, że zastosuje urządzenia zgodne z zestawieniami dołączonymi do SIWZ, w przypadku zastosowania urządzeń zgodnych z tymi zestawieniami."

w dniu 5 lutego 2009 r.: "Zamawiający uzna Wykonawcy jako spełnienie wymogu określonego w pkt. VI E. SIWZ oświadczenie, że zastosuje urządzenia zgodne z zestawieniami dołączonymi do SIWZ, w przypadku zastosowania urządzeń zgodnych z tymi zestawieniami.

Wymagany jest szczegółowy opis wszystkich dostarczanych urządzeń zamiennych, równoważnych do zaprojektowanych. Zgodnie z zapisem w punkcie 1b) Aneksu do SIWZ Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego".

Treść oferty firmy SEEN Technologie Sp. z o. o. w zupełności odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego wyszczególnionym w SIWZ i przytoczonych wyżej w wyjaśnieniach.

Pismem z dnia 15.04.2009 r. SEEN Technologie Sp. z o. o. ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa (Wykonawca wybrany), przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W toku postępowania protestacyjnego Wykonawca przystąpił, pismem z dnia 20.03.2009 r.

Przedstawiając swoje stanowisko Wykonawca wybrany stwierdził:

1. w rozdz. VI pkt. B 3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zapisał, że w celu udowodnienia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę

niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, należy złożyć w szczególności "dokumenty stwierdzające, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia", zastrzegając jednakże: „,jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień". Zważywszy, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, ustawa Prawo budowlane w tym zakresie nie nakłada żadnych obowiązków. Powoływanie się zatem Odwołującego na powszechnie obowiązujące przepisy prawa jest bezprzedmiotowe.

2. w rozdz. VI pkt. B I) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zapisał, że w celu udowodnienia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, należy złożyć w szczególności wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywanych dostaw lub usług w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia (...), odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie. Zamawiający nie zdefiniował, co będzie rozumiał za dostawy lub usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Wszystkie dostawy i usługi wykazane w ofercie, zawierają pewne elementy występujące w przedmiocie zamówienia, są one więc podobne do przedmiotu zamówienia i odpowiadają mu rodzajem.

Należy przyjąć, że wykazane przez Przystępującego doświadczenie jest wystarczające i odpowiadające ogólnemu wymaganiu Zamawiającego.

3i4. w tym zakresie Przystępujący również utożsamia się ze stanowiskiem Zamawiającego, a dodatkowo podkreśla, że z analizy poszczególnych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia zacytowanych trafnie przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu jednoznacznie wynika, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ustalił on za cały przedmiot zamówienia w formie ryczałtu. Świadczą o tym w szczególności takie zapisy w rozdz. XII. Opis sposobu

obliczenia ceny: "Cena podana w ofercie winna być wyrażona w walucie polskiej (zł) i sporządzona zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz powinna zawierać wynagrodzenie za wszystkie obowiązki przyszłego wykonawcy, niezbędne dla zrealizowania przedmiotu zamówienia. Cena powinna w szczególności zawierać wszystkie koszty związane z dostawą (transportem), ubezpieczeniem i opakowaniem. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie opłaty celne i wszystkie podatki (...). Podana cena ofertowa będzie obowiązująca w całym okresie ważności oferty i nie będzie podlegać zmianom w okresie realizacji zamówienia. Takie zdefiniowanie ceny za przedmiot zamówienia oznacza, że Zamawiający oczekiwał podania wynagrodzenia ryczałtowego.

Stanowisko to potwierdza dotychczasowe orzecznictwo, np. wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt. UZP/ZOIO-3242/05 z dnia 09.11.2005 roku, w którym arbitrzy uznali, że o wynagrodzeniu ryczałtowym nie decyduje użycie słowa ryczałt, lecz odpowiednie zapisy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz projekcie umowy, przesądzające o takim charakterze wynagrodzenia. Skoro Zamawiający ustalił wynagrodzenie ryczałtowe za cały przedmiot zamówienia, to bez znaczenia jest, czy w swej ofercie wykonawca szczegółowo i drobiazgowo powtórzył np. wymagania techniczne określonych urządzeń przedstawione przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też potwierdził to ogólnymi oświadczeniami, wymaganymi zresztą przez zamawiającego. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego bowiem, wykonawca zobowiązany jest zrealizować pełny przedmiot zamówienia, zgodny z oczekiwaniami zamawiającego, za niezmienną cenę przedstawioną w ofercie, ponieważ cena ryczałtowa, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem obejmuje wszystko, co dało się przewidzieć i nawet to, czego nie dało się przewidzieć, tak aby zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i umowie. Bezprzedmiotowe są zatem zarzuty Odwołującego odnośnie niespełnienia wymagań przedmiotowych przez ofertę Przystępującego, tym bardziej, że swe wnioski w tym zakresie w odwołaniu oparł on jedynie na domniemaniach. Tym i podobnymi stwierdzeniami nie odnoszącymi się jednakże do faktycznych zapisów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący się próbuje zaciemnić faktyczny stan rzeczy.

Jak z powyższego wynika, w pełni wywiązano się z wymagań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Zamawiający posiada gwarancję wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Reasumując, należy stwierdzić, że treść oferty w pełni odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli można mówić o jakiegokolwiek niezgodności, to jedynie w zakresie formy oferty, to jednak nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, gdyż nie przewiduje tego żaden przepis prawa. Nie można w takim przypadku odrzucić oferty w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2. Stanowisko takie jest zgodne z komentarzem zawartym w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych "Prawo Zamówień Publicznych -komentarz" -wydanie trzecie, pod red. Tomasza Czajkowskiego str. 304 pkt. 4 (komentarz do art. 89 ust. 1 pkt. 2): "Zważywszy, że rozważany przepis dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a contrario należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji".

Gdyby Zamawiający uwzględnił protest, co oznaczałoby decyzję o odrzuceniu oferty Przystępującego, naruszyłby art. 7 ust. 1 ustawy, ponieważ w sposób dyskryminujący potraktowałby ofertę, dokonując jej odrzucenia, mimo że nie było ku temu żadnych podstaw. Zamawiający, jako dysponent środków publicznych nie może bowiem eliminować na skutek tego z postępowania oferty, której treść jest zgodna z specyfikacją istotnych warunków zamówienia i której cena jest znacznie niższa od ceny oferty Odwołującego się.

Opowiadając się za oddaleniem odwołania Konsorcjum, Przystępujący posiada interes prawny, polegający na tym, że w przeciwnym przypadku zamówienie zostałoby przyznane temu wykonawcy, który zgodnie z warunkami przetargu, oraz na podstawie złożonej przez niego oferty w świetle przepisów prawa na to nie zasługiwał. Natomiast zostałaby pozbawiona zamówienia oferta Przystępującego, mimo że przedstawił ofertę najkorzystniejszą i przy prawidłowym stosowaniu przepisów ustawy i zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postępowanie powinna wygrać, gdyż nie ma żadnych powodów do jej odrzucenia.

Interes prawny Przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego polega również na tym, że efektem prawidłowych jak

dotychczas czynności Zamawiającego i w związku z tym oddalenia odwołania, powinno być dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Uwzględnienie natomiast odwołania musiałoby prowadzić do nieuzasadnionego uzyskania przedmiotowego zamówienia w toczącym się postępowaniu przez wykonawcę, który w rzeczywistości nie złożył najkorzystniejszej oferty. Należy przy tym podkreślić, że zarzuty zawarte w proteście jaki w odwołaniu są bezpodstawne, a wniesienie przedmiotowych środków ochrony prawnej w tej sytuacji, może stanowić jedynie próbę utrudnienia udzielenia zamówienia.

Dostrzegając prawidłowość postępowania Zamawiającego, oraz ze względu na powyższe uzasadnienie, Przystępujący popiera stanowisko Zamawiającego w całości poprzez przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z wnioskiem o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta zajęła drugie miejsce w trakcie oceny ofert (Oferta Wykonawcy wybranego uzyskała 100 pkt-ów, a oferta Odwołującego uzyskała 89,2 punkty i uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert). Naruszenie przepisów ustawy wskazanych w proteście i w odwołaniu powoduje uszczerbek w interesie prawnym, ponieważ w przypadku wykluczenia bądź odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego przez Zamawiającego, Odwołujący uzyskałby zamówienie, co wypełnia przesłankę z art.179 ust.1 ustawy.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w proteście i w odwołaniu Izba stwierdziła i zważyła co następuje.

1. Co do zarzutu naruszenia art.. 24 ust.2 pkt 3 ustawy w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zagadnienie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia reguluje art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: posiadają niezbędną wiedzę i

doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Z kolei zgodnie z § 1 ust.2 pkt 5 i 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006r. nr 87 poz. 605 zm. Dz. U. 2008r. nr 188, poz. 1155) zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów” w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Indywidualizacja warunków zamówienia określana jest w SIWZ na podstawie art.36 ustawy zgodnie z którego brzmieniem, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków (ust.1 pkt 5) i wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (ust.1 pkt 6). W SIWZ zamieszczone zostały następujące zapisy: Cz.V Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków pkt 1 lit.b O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy potwierdzający spełnienie warunków: b. Posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponujący potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; lub którzy przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Z kolei w cz. VI SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu

potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pkt B ppkt B3 zawarto zapis o treści W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia należy złożyć następujące dokumenty: stwierdzające, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Wobec tak sformułowanych warunków udziału w postępowaniu, przed złożeniem ofert do Zamawiającego zostało skierowane następujące pytanie w trybie art.38 ustawy: w związku z treścią Cz.VI pkt B ppkt B.3 SIWZ czy przedmiotowe dokumenty mają mieć formę oświadczenia stwierdzającego, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, czy ma być to wykaz osób uczestniczących w realizacji przetargu z załączonymi potwierdzeniami ich uprawnień. Na tak sformułowane pytanie oferenta, Zamawiający w dniu 29 stycznia 2009r. udzielił odpowiedzi o następującej treści: w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zadania dokumenty potwierdzające, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, mogą być w formie oświadczenia. W ofercie Wykonawcy wybranego, którego wykluczenia z postępowania domagał się Odwołujący znajduje się część pn. Wykaz podstawowej kadry wykonawczej. W części tej oferty Wykonawca wybrany zamieścił decyzje o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie dla: Pana mgr inż. budownictwa Andrzeja Z. kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno –budowlanej w zakresie ogólnobudowlanym, Pana inż. Radosława Andrzeja Z. uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej bez ograniczeń w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych, Pana mgr inż. elektryka Jana G. uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności: instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń

elektrycznych i elektroenergetycznych. W tej części oferty znajduje się również Decyzja dla Pana inż. Radosława Andrzeja Z. o wpisie do Centralnego Rejestru Osób Posiadających Uprawnienia Budowlane pod pozycją 988/03/U/C wydana przez Generalnego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Odwołujący w złożonym proteście i odwołaniu zakwestionował kompletność złożonych dokumentów, podnosząc, iż brak wśród nich zaświadczeń samorządu zawodowego to jest właściwych okręgowych izb inżynierów budownictwa, ponieważ takowe zaświadczenia stanowią podstawę do wykonywania zawodu i są dowodem na aktualność posiadanych uprawnień, z którymi bezpośrednio jest związany obowiązek opłacania składek członkowskich na rzecz samorządu. Zamawiający nie uwzględnił protestu, niemniej spowodował, że po wniesieniu protestu Wykonawca wybrany dostarczył zaświadczenia dla wyżej wymienionych osób potwierdzające, że osoby te są członkami właściwych izb inżynierów budownictwa. Izba zapoznając się z poszczególnymi ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu stwierdziła, że oferenci bądź zamieścili wykazy osób z decyzjami o nadaniu uprawnień i zaświadczeniami o przynależności do izb, bądź złożyli oświadczenia o charakterze ogólnym stwierdzającym o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W ocenie Izby wobec zawartych powyżej zapisów SIWZ odnoszących się do warunków dysponowania potencjałem kadrowym zdolnym do wykonania zamówienia, należy stwierdzić, że Zamawiający poprzestał na określeniu zapisów w SIWZ poprzez powielenie dyspozycji zawartych ustawie, które upoważniają zamawiających do określenia tychże wymogów od oferentów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, nie można stwierdzić, że Zamawiający określił jakiej rodzaju kadry i z jakimi uprawnieniami oraz w jakiej ilości oczekuje od oferentów do realizacji przedmiotowego zadania. Nie można w tym zakresie zgodzić się z poglądem reprezentowanym przez Odwołującego, że rodzaj kadry zwłaszcza posiadającej uprawnienia należy wywieść z opisu przedmiotu zamówienia, a w szczególności zawartego w dokumentacji projektowej. Reasumując zapisy o wymaganiach kadrowych zawarte w przedmiotowym SIWZ są zapisami nieistniejącymi i nie obligującymi oferentów, ponieważ nie zawierają żadnego opisu warunków udziału w postępowaniu (art.36 ust.1 pkt 5 ustawy) i żadnego wykazu

oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust.1 pkt 6 ustawy). Wyjaśnienie Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2009r. o możliwości złożenia oświadczenia jest bezprzedmiotowe, ponieważ nigdzie w SIWZ Zamawiający nie przedstawił jakich osób to jest z jakimi uprawnieniami oczekuje do realizacji zamówienia. Natomiast o przydatności przedstawienia do przedmiotowego postępowania osób ze stosownymi uprawnieniami budowlanymi zdecydowali we własnym zakresie, według posiadanej wiedzy oferenci, którzy z własnej inicjatywy zadeklarowali poszczególnych fachowców z uprawnieniami budowlanymi, ale nie według wymogów Zamawiającego, ponieważ takich wymogów nie sprecyzował. Natomiast w ocenie Izby nie ma podstaw do egzekwowania od oferentów wymogu doświadczenia zawodowego personelu wyznaczonego do realizacji zadania, ponieważ Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu takowego wymogu w SIWZ nie określił. Tym samym wystarczającym do spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w ocenie Izby jest złożenie ogólnego oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust.1 pkt 2 w związku z art. 44 ustawy, ponieważ Zamawiający nie żądał żadnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków kadrowych. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy i dalszych z nim związanych to jest art. 24 ust.1 pkt 10 i art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy jest bezpodstawny.

2. Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy w zakresie braku doświadczenia zawodowego.

Izba przywołuje ustalenia zamieszczone w powyższym punkcie, a odnoszące się co do zapisów ustawy i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, uzupełniając je o sformułowanie z rozporządzenia, że zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, - tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot

zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Tak samo jak w przypadku wymogów kadrowych zamawiający w SIWZ zamieścił zbieżny zapis z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów. Tym samym w ocenie Izby doświadczenie zawodowe nie zostało sprecyzowane w sposób konkretny, który by w sposób wymierny wskazywał na wymogi Zamawiającego co do oczekiwanego doświadczenia zawodowego i dawał pewność uczestnikom postępowania co do spełnienia, bądź nie spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego. Na złożone pytanie w trybie art.38 ustawy Zamawiający w dniu 3 lutego 2009r. udzielił wyjaśnienia, że dla spełnienia warunku doświadczenia zawodowego oczekuje w zakresie rodzaju dostaw i usług wykonania dostaw i usług związanych z gospodarką wodną lub technologią uzdatniania wody, a co do wartości to oczekuje dostawy lub usługi przekraczającej 80 % ceny ofertowej. Bezspornym w sprawie jest, że w zakresie doświadczenia w zakresie gospodarki wodnej i technologii uzdatniania wody Wykonawca wybrany posiada stosowne doświadczenie. Niemniej Izba po pierwsze powyższą odpowiedź nie traktuje jako modyfikację SIWZ, ponieważ forma i treść udzielonej odpowiedzi na to nie wskazuje. Po drugie wskazanie 80 % wartości ceny ofertowej narusza zasadę art.7 ustawy o równym traktowaniu wykonawców. W związku z powyższym Izba odpowiedź z dnia 3 lutego 2009r. traktuje jako stanowisko Zamawiającego co do rozumienia ustalonych przez siebie SIWZ. Izba nie podziela poglądu Odwołującego co do tego, iż Zamawiający w SIWZ wymagał doświadczenia zawodowego w zakresie technologii odgazowywania próżniowego, ponieważ z żadnych zapisów SIWZ nie wynika, że Zamawiający oczekuje doświadczenia, które ma stanowić lustrzane odbicie opisu przedmiotu zamówienia ujętego bądź to w Cz.II SIWZ - Warunki techniczne, bądź to w dokumentacji projektowej stanowiącej element SIWZ. Wobec tak sformułowanego SIWZ oraz nie kwestionowania przez Odwołującego posiadania doświadczenia przez Wykonawcę wybranego w zakresie gospodarki wodnej i technologii uzdatniania wody, zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ co należy rozumieć przez dostawy odpowiadające rodzajowi dostaw będących przedmiotem zamówienia. Izba, nie podzieliła

również stanowiska Odwołującego reprezentowanego na rozprawie, że nieskuteczna jest referencja na dokumencie z faksu, pomimo jej potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę wybranego, ponieważ w ocenie Izby potwierdzenie za zgodność z oryginałem dotyczy treści zawartej w dokumencie, więc zgodność z oryginałem może być potwierdzona na przesłanym fakcie. Reasumując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy i dalszych z nim związanych to jest art. 24 ust.1 pkt 10 i art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy jest bezpodstawny.

3. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy w zakresie sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł zarówno w proteście jak i w odwołaniu, że oferta Wykonawcy wybranego dotknięta jest wadą sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, ponieważ zaoferowano przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w rozdz. VI p. E SIWZ w zakresie braku załączenia opisu odgazowywacza próżniowego spełniającego wymagania projektowe to jest: wydajność 50 m sześć./h , średnicy 1350 mm, wysokości 3780 mm, cech konstrukcyjnych – zbiornik stojący na 4 podporach (nogach) oraz nie zaoferowano w ogóle dostawy stacji przygotowania i dawkowania siarczynu sodu (w tomie I projektu – specyfikacja urządzeń pkt19 GBN21AF201, GBN21BB701, GBN22AP701, GBN23AP701). Odwołujący podniósł, iż w zakresie odgazowywacza próżniowego według załączonej przez Wykonawcę wybranego karty katalogowej – maksymalny przepływ dla tego urządzenia VA11B wynosi 22m sześć/h, poza tym karta katalogowa przedstawia odgazowywacze wiszące na małe i średnie przepływy. Izba na podstawie SIWZ ustaliła, że Część VI Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Pkt E. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi, lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej SIWZ do oferty należy dołączyć szczegółowy opis (specyfikację) dostarczanych urządzeń oraz w miarę możliwości ich fotografie- zgodnie z wymogami zawartymi w Części II SIWZ - Warunki techniczne. Opis przedmiotu zamówienia w Cz.II – warunki techniczne pkt

XX Zakres modernizacji ppkt 1 Określenie przedmiotu zamówienia zawiera następujące zapisy: Dostawa i montaż urządzeń technologicznych w nowym budynku, wybudowanym w miejscu pozostałym po wyburzeniu istniejącego budynku pompowni szlamu, oraz na fundamencie wyburzonego akceleratora. Włączenie nowej technologii w istniejący układ. Całkowity zakres prac do wykonania według dokumentacji technicznej opracowanej przez firmę: "Megat" sp. z o.o. Łódź Systemy Uzdatniania Wody Łódź ul. Uniwersytecka 5 wyszczególnionej w pkt 4. W pkt 4 wymieniono następujące załączniki do części technicznej: Wykaz dołączonej dokumentacji technicznej: Projekt wykonawczy – instalacje technologiczne – nr arch.SW -099, projekt wykonawczy – stacja odgazowywania wody dla obiegu ciepłowniczego i kotłowego – nr arch. SW-100, projekt wykonawczy – instalacja powietrza technologicznego i sterowniczego – nr arch. SW -101 i projekt wykonawczy – rurociągi zewnętrzne – nr arch.102. W części II -Warunki techniczne pkt XX Zakres modernizacji ppkt 2 Szczegółowy zakres modernizacji 2.3. Dostawa i wykonanie instalacji próżniowego odgazowywania wody zasilającej obieg ciepłowniczy i kotłowy zawarto zapis o treści: Wykonanie obejmuje następujące instalacje : odgazowywanie próżniowe wody demi dla uzupełnienia obiegu kotłowego wraz z wcześniejszym podgrzewem tej wody(...)Przewiduje się zespół odgazowywania próżniowego firmy EurowaterPodgrzew wody demi dokonywany jest w podgrzewaczu bezprzeponowym typu ORK(...)Do odgazowania wody demi przewiduje się instalację o wydajności 50 m.sześć/h wody odgazowanej próżniowo.(...)Instalacja siarczynu sodu składa się ze zbiornika(...)Dokładny wykaz zastosowanej armatury znajduje się w dokumentacji technicznej. W dniu 19.01.2009r. Zamawiający zamieścił Aneks nr 1 do SIWZ, w którym w części II - Warunki techniczne , rozdział XX Zakres modernizacji dodał punkt 1 a o brzmieniu "1a) Dopuszcza się urządzenia równoważne do tych opisanych w dokumentacji przetargowej, tj. o takich samych parametrach technicznych i funkcjonalnych. Wszystkie urządzenia równoważne do urządzeń wyszczególnionych w dokumentacji technicznej, muszą być dopasowane do istniejących urządzeń i armatury, dopasowane do części projektu branży budowlanej (gabaryty, punkty mocowania itp.), branży technologicznej, muszą być dopasowane do projektu części elektrycznej oraz do projektu części AKPiA. Ponadto przez równoważność parametrów rozumie się te same wydajności, ciśnienia i temperatury pracy, taka sama lub lepsza jakość fizykochemiczna otrzymanej wody w poszczególnych

procesach od zakładanej w projekcie, nie gorsze parametry oddziaływania na środowisko (np.hałas) posiadać certyfikat CE.1b) Stosownie do art.30 ust.5 ustawy prawo zamówień Publicznych Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego(...). Z kolei na pytanie wykonawcy z dnia 02.02.2009r.(...) Czy w przypadku zastosowania urządzeń zgodnych z zestawieniami doręczonymi do SIWZ konieczne jest załączenie do oferty szczegółowych opisów (specyfikacji) urządzeń, Zamawiający w dniu 03.02.2009r. Udzielił odpowiedzi (...)

2.Zamawiający uzna Wykonawcy jako spełnienie wymogu określonego w pkt. VI E SIWZ oświadczenie, że zastosuje urządzenia zgodne z zestawieniami dołączonymi do SIWZ, w przypadku zastosowania urządzeń zgodnych z tymi zestawieniami. Natomiast w dniu 05.02.2009r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie stwierdził, że „ Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Skład orzekający Izby po zapoznaniu się z ofertą złożoną przez Wykonawcę wybranego stwierdził, że faktycznie załączona karta katalogowa odgazowywacza próżniowego nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie wymaganego przepływu wody w m. sześć. na godz. Tym samym potwierdził się zarzut Odwołującego zawarty w proteście, że maksymalny przepływ dla tego urządzenia VA11B wynosi 22m sześć/h, a nie wymagane w SIWZ 50m.sześć./h. Potwierdził się również zarzut, w oparciu o zbadanie treści oferty Wykonawcy wybranego, o braku w jego ofercie urządzenia stacji przygotowania i podania siarczynu sodu. Powyższe zarzuty Odwołującego znajdują uzasadnienie w powyżej cytowanych zapisach SIWZ – Część II Warunki Techniczne, które wymagają podania w ofercie stosownego parametru wydajności przepływu wody w odgazowywaczu próżniowym oraz wymagają zaoferowania stacji przygotowania i podawania siarczynu sodu. W ofercie Wykonawcy wybranego nie znajduje się również opisane powyżej oświadczenie, że oferowane są urządzenia, zgodna z SIWZ, a szczegółowo opisane w dokumentacji projektowej. W związku z powyższym skoro Wykonawca wybrany nie złożył oświadczenia o zaoferowaniu urządzeń tożsamyh z zestawieniem zawartym w SIWZ, a bezspornie wymagana w przypadku urządzeń równoważnych szczegółowa specyfikacja techniczna urządzeń zamiennych potwierdza nie spełnienie wymogu

wydajności przepływu na poziomie 50 m.sześc/godz. to potwierdził się zarzut Odwołującego o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ., czym wyczerpane zostało naruszenie przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Natomiast Izba nie uznała, iż sformułowania w formularzu ofertowym Wykonawcy wybranego o treści :

"zobowiązujemy się zrealizować zadanie (...) zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia...",

"oświadczamy, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ Części II -Warunki techniczne specyfikacji istotnych warunków zamówienia",

"Oświadczamy, że posiadamy konieczne informacje potrzebne do właściwego wykonania zadania, zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wszystkimi materiałami i dokumentami mającymi wpływ na złożenie oferty i realizację zamówienia i przyjmujemy je bez zastrzeżeń",

"zobowiązujemy się, w przypadku wybrania naszej oferty, do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ...",

stanowią podstawę do stwierdzenia, że oferta Wykonawcy wybranego jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ na tę okoliczność Zamawiający wymagał bądź oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny ze zestawieniami wynikającymi z SIWZ bądź w przypadku urządzeń zamiennych w stosunku do opisanych w SIWZ Zamawiający wymagał szczegółowego opisu urządzeń na potwierdzenie ich równoważności w myśl art. 30 ust.5 ustawy.

Tym samym nie można stwierdzić, że wykonawca Seen Technologie Sp. z o.o. (Wykonawca wybrany) powyższymi zapisami w formularzu ofertowym spełnił wymagania rozdz. VI p. E SIWZ.

Natomiast wyjaśnienia z dnia 24.03.2009r. Wykonawcy wybranego wraz z załączonym pismem producenta Eurowater, złożone po otwarciu ofert, a przywołane w trakcie rozprawy, świadczą o tym, że na dzień składania ofert Wykonawca wybrany nie złożył specyfikacji potwierdzającej, że odgazowywacz próżniowy posiada

wymaganą wydajność 50 msześc./h. Z wyjaśnień Eurowater wynika bowiem (...) potwierdzamy informacje że urządzenia o wydajności powyżej 28 m.sześc./h są projektowane i wykonywane według indywidualnych projektów, dlatego nie posiadamy karty katalogowej przedmiotowego urządzenia. (...) po uzyskaniu zamówienia na powyższe urządzenie, prześlemy komplet materiałów niezbędnych do wykonania prawidłowej dostawy”.

Tym samym nie można stwierdzić, że Wykonawca wybrany złożył ofertę zgodną z wymaganymi parametrami technicznymi urządzenia odgazowywacza próżniowego zgodnymi z Cz.II – Warunki techniczne SIWZ.

Reasumując powyższe odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ stwierdzone naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego ma istotny wpływ na wynik postępowania, co jest zgodne z art. 191 ust.1a ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 191ust.6 i7 ustawy, stosownie do wyniku sprawy zasądzając na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego uwzględniające kwotę zasadzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości kwoty 3.600,00zł.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....