

Sygn. akt KIO/UZP 835/09

WYROK
z dnia 16 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**
Jolanta Markowska

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BIS MainServ Sp. z o.o., ul. Augustówka 30, 02-921 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Vattenfall Heat Poland, ul. Modlińska 15, 03-216 Warszawa** protestu z dnia 28 maja 2009 r., wniesionego w dniu 29 maja 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., ul. Odlewnicza 1, 03-231 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża BIS MainServ Sp. z o.o., ul. Augustówka 30, 02-921 Warszawa 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 uiszczonego przez **BIS MainServ Sp. z o.o., ul. Augustówka 30, 02-921 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **BIS MainServ Sp. z o.o., ul. Augustówka 30, 02-921 Warszawa,** na rzecz **Vattenfall Heat Poland, ul. Modlińska 15, 03-216 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **BIS MainServ Sp. z o.o., ul. Augustówka 30, 02-921 Warszawa.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego - dostawy - na "Wymianę agregatów pompowych wody zasilającej 7PZ-1, 8PZ-1, 9PZ-1, 10PZ-1 kotłów blokowych w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie", prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, objętym rozpoznany odwołaniem, **Odwołujący- BIS MainServ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym zarzucił **Zamawiającemu –Vattenfall Heat Poland SA. z siedzibą w Warszawie,** dokonanie i zaniechanie czynności w sposób niezgodny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp, przez naruszenie:

- 1) zasady udzielania zamówień publicznych, określonej w art. 7 ust. 1, tj. przeprowadzenie postępowania przez zamawiającego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2, przez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie siwz,

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2, przez zaniechanie wykluczenia Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. z postępowania,
- 4) art. 24 ust 1 pkt 10, przez zaniechanie wykluczenia PETRO Eltech Sp. z o.o. z postępowania,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2, przez zaniechanie odrzucenia oferty PETRO Eltech Sp. z o.o., której treści jest niezgodna z treścią SIWZ,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 7, przez zaniechanie odrzucenia oferty PETRO Eltech Sp. z o.o.,
- 7) art. 91 ust. 1, przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez BIS MainServ Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert i jej powtórzenie oraz
- 2) wybór oferty najkorzystniejszej odwołującego lub alternatywnie o
- 3) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp.

Stwierdził, że wobec niezgodności czynności zamawiającego z obowiązującym prawem, prowadzącej w konsekwencji do bezprawnego uniemożliwienia odwołującemu uzyskania zamówienia, odwołanie jest w pełni zasadne.

Interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia i zawarciu ważnej umowy doznał w wyniku czynności zamawiającego uszczerbku. Odrzucenie oferty odwołującego, którego oferta nie podlega odrzuceniu, a która w świetle przyjętych kryteriów oceny, musiałaby być uznana za najkorzystniejszą oraz nie wykluczenie z postępowania pozostałych dwóch wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Podał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 stycznia 2009 r., nr 2009/5 21-030369.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił stanowisko, jak niżej.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty wykonawców:

- 1) BIS MainServ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (odwołujący),
- 2) Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Warszawie (przystępujący),
- 3) PETRO Eltech Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, który złożył ofertę z najwyższą ceną.

Oferta PETRO Eltech Sp. z o.o. uznana została za odpowiadającą treści SIWZ, a wykonawca ten po uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego odpisu KRS, uznany został za spełniający warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, ofertę Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. wskazując, że oferta spełnia wymagania opisane w siwz. W punktacji ofert przyznano tej ofercie 100 pkt w jedynym kryterium oceny ofert – cena, druga ważna oferta złożone przez firmę PETRO Eltech Sp. z o.o. uzyskała 92 pkt, a oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 29 maja 2009 r. odwołujący wniósł protest, w którym sformułował zarzuty i wnioski powtórzone następnie w odwołaniu.

W dniu 8 czerwca 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest:

1) oddalając go w części dotyczącej zarzutów:

bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PETRO Eltech Sp. z o.o.;

2) uwzględniając natomiast w części dotyczącej zarzutów:

zaniechania czynności uzupełnienia dokumentów i żądania wyjaśnień w zakresie treści dokumentów zawartych w ofertach wykonawców - Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. i PETRO Eltech Sp. z o.o.

Ponadto, Zamawiający poinformował, że po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, powtórzy czynność badania i oceny ofert.

Zdaniem odwołującego wynikającym z odwołania, zamawiający rozstrzygając protest uwzględnił zarzuty, których protest nie zawierał, w związku z tym trudno uznać, że protest został uwzględniony w jakimkolwiek zakresie.

Odwołujący zarzucił w proteście m.in. zaniechanie wykluczenia wykonawców - Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. i PETRO Eltech Sp. z o.o., wnosząc o unieważnienie czynności oceny ofert i jej powtórzenie oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej lub alternatywnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zamawiający powinien ustosunkować się do zarzutu zaniechania wykluczenia i żądania unieważnienia czynności badania i oceny ofert, nie zaś jak to uczynił, do czynności wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia treści oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów i żądań odwołującego, naruszając tym samym art. 183 ust. 5 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp.

Obowiązkiem zamawiającego, jak podał odwołujący, było rozstrzygnięcie wszystkich zarzutów przedstawianych w proteście i podjęcie wszelkich czynności zmierzających do ustosunkowania się do nich.

Jeżeli zamawiający uznał, że w celu rozstrzygnięcia, czy wykonawcy Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. i PETRO Eltech Sp. z o.o. podlegają wykluczeniu z postępowania, konieczne jest wcześniejsze ich wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, w gestii zamawiającego było podjęcie odpowiednich czynności. Powinny jednak one zmierzać do ustosunkowania się do zarzutów i żądań zawartych w proteście, czyli wykluczenia wykonawców.

Uwzględnienie protestu w zakresie zarzutów dotyczących wykluczenia z postępowania wykonawców Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. i PETRO Eltech Sp. z o.o. zostało rozstrzygnięte nie tylko nieprawidłowo, ale również pozbawia odwołującego możliwości korzystania w tym zakresie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący uznał, że protest został oddalony w całości, a zatem odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania zawarte w proteście, podając.

Zarzucana niezgodność treści oferty odwołującego z treścią siwz to:

- 1) zaproponowane w ofercie rozwiązanie przedstawiające dwa typy pomp zasilających: Pompa Sigma oraz Pompa Powen-Wafapomp, jest niezgodne z załącznikiem nr 2 - wymagania techniczne, do wzoru umowy oraz z Instrukcją dla Wykonawców, stanowiącą część siwz w punkcie 2.1, w którym zamawiający wymagał jednakowych agregatów pompowych.
Ponadto zgodnie z punktem 3 informacji ogólnych, określonych w instrukcji dla wykonawców, wykonawca zobowiązany był do złożenia jednoznacznie opisanej oferty,
- 2) przedstawiona w ofercie w załączniku nr 5 sprawność silnika - 96,9 %, jest niezgodna z wymaganiami technicznymi (załącznik nr 6 do siwz) z której wynika, że sprawność ta ma wynosić - 97%,
- 3) treść załącznika nr 6 pkt 3n oferty jest niezgodna z punktem 2.7. załącznika nr 6 do siwz.

I. Zdaniem odwołującego, jego oferta jest zgodna z treścią siwz, o czym świadczą następujące okoliczności.

Ad 1. Odwołujący zaproponował dostarczenie jednakowych pomp, jak wymagał tego zamawiający. Wskazanie w ofercie dwóch pomp zasilających: Pompa Sigma oraz Pompa Powen-Wafapomp nie oznacza, że wykonawca zamierza dostarczyć dwie różne pompy.

Odwołujący wskazał jedynie, że jest w stanie dostarczyć, zarówno pompy Sigma, jak również pompy PowenWafapomp - oba rodzaje pomp spełniają wymagania siwz. W specyfikacji nie zastrzeżono też, że oferta musi być złożona na jeden typ pompy. Oferta odwołującego jest jednoznaczna, zamierza ona do zaoferowania jednakowych pomp. Należy wskazać również art. 87 ust. 1 Pzp, który stwarza zamawiającemu możliwość wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, w przypadku uznania jej za niejednoznaczna.

Ad 2. Zgodnie z postanowieniami siwz, sprawność silnika zaoferowanego przez wykonawców powinna wynosić nie mniej niż 97%. Sprawność silnika była jednym z wielu parametrów, których spełnienia wymagał zamawiający. W ofercie odwołującego, został zaproponowany silnik o sprawności 96,9%, spełniający jednocześnie pozostałe wymagania zamawiającego.

W związku z tym, w ocenie odwołującego, należy uznać, że zaoferowanie silnika o sprawności 96,9% nie jest niezgodnością treści oferty z postanowieniami siwz, lecz jest inną omyłką niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający obowiązany był zatem, na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawić omyłkę, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę. Zamawiający zaniechał poprawienia omyłki naruszając tym samym art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, którego zastosowanie jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego.

Ad 3. Załącznik nr 6 pkt 3 lit.n oferty odwołującego nie jest niezgodny z treścią siwz. Odwołujący wskazał, że wykona prace "w niezbędnym zakresie", czyli w całym zakresie przewidzianym w siwz.

Wskazanie, że prace zostaną wykonane w niezbędnym zakresie oznacza, że obejmują swym zakresem wszystkie czynności niezbędne do realizacji zamówienia.

Oferta odwołującego zawiera najdokładniejszy opis warunków realizacji zamówienia, gdy oferty pozostałych wykonawców ograniczają się do sformułowań "obejmuje wszystkie dostawy i roboty montażowe zgodnie z wymaganiami siwz".

W związku z tym, bezzasadnym jest uznanie, że sformułowanie to stanowi niezgodność treści oferty z treścią siwz.

Odwołujący stwierdził, że przypadku uznania przez zamawiającego, że sformułowanie nie spełnia jego oczekiwań, mógł wyjaśnić treść oferty lub uznać tę część za omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący uznał zatem, że nie zachodzi istotna niezgodność treści oferty z treścią siwz, która mogłaby być podstawą odrzucenia oferty.

Zarzuty dotyczące pozostałych dwóch ofert.

II. Oferta PETRO Eltech Sp. z o.o.

Zamawiający, pismem z dnia 24 kwietnia 2009 r. wezwał wykonawcę - PETRO Eltech Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów na mocy art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie do uzupełnienia wskazywało jedynie na konieczność złożenia w terminie do dnia 30 kwietnia 2009 r. do godz. 12.00 "stron parzystych odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego."

Na wezwanie zamawiającego oferta PETRO Eltech Sp. z o.o. została uzupełniona o odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, a zamawiający oceniając ją uznał, że wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Wykonawca - PETRO Eltech Sp. z o.o. nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie powinien zostać wykluczony z postępowania.

Po pierwsze, nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 3 w zw. z punktem 4.1.3.siwz. W punkcie 4.1.3. siwz, zamawiający żądał, aby wykonawcy dołączyli do oferty aktualne zaświadczenie wydane, nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego, o niezaleganiu z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że wykonawca uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

PETRO Eltech Sp. z o.o. na stronie 9 oferty przedstawiła niepełny dokument (jedynie pierwszą jego stronę).

Załączony dokument nie mógł zostać uznany za potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie zawierał pełniej informacji niezbędnej do ustalenia, czy w stosunku do wykonawcy nie zachodzi któraś ze wskazanych przez zamawiającego przesłanek wykluczenia.

Ponadto, dokument nie został podpisany przez wystawcę, nie można w związku z tym ustalić, czy został wydany przez upoważniony do tego organ, a zatem jako taki, nie spełnia wymogów dokumentu.

Wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentu, a w przypadku jego nieuzupełnienia, wykluczony z postępowania.

W punkcie 4.1.4. SIWZ, Zamawiający wymagał przedstawienia aktualnego zaświadczenia wydanego, nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, przez właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Pismem z dnia 9 marca 2009 r. zamawiający zmienił pierwotne postanowienia siwz (w szczególności w punktach 2.14, 5 oraz 6.2.) w przedmiocie terminu składania ofert, wskazując, że oferty należy składać w siedzibie zamawiającego w Warszawie przy ul. Modlińskiej 15 w kancelarii Vattenfall Heat Poland S.A., do dnia 1.04.2009, do godziny 10.00.

Ostateczny termin składania ofert został zatem ustalony przez zamawiającego na dzień 1 kwietnia 2009 r. i do tej właśnie daty odnosi się określenie - nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca dołączył do oferty, zaświadczenie wydane w dniu 31 grudnia 2008 r. potwierdzające, że nie posiada zaległości na stan z tego dnia. W związku z tym dokument ten nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż został wydany wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia wskazanego dokumentu, z zastrzeżeniem, że w przypadku nieuzupełnienia dokumentu wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a złożone w postępowaniu wadium podlega zatrzymaniu.

Zgodnie z punktem 4.1.8 siwz, w celu potwierdzenia spełniania warunków określonych w pkt 3, wykonawca miał obowiązek załączyć do oferty następujące dokumenty i oświadczenia: wykaz na formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do Instrukcji dla Wykonawców, zrealizowanych (tylko zamówienia zakończone) w okresie ostatnich 3 lat, licząc do terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, w sposób należyty zamówień podobnych do niniejszego, tj. zamówień na montaż lub remont wraz z uruchomieniem agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych pracujących samodzielnie lub w zespole z innymi urządzeniami oraz dołączyć do tego załącznika potwierdzenie należytego wykonania tych zamówień wystawionego przez inwestora lub protokół odbioru końcowego prac.

W wyniku modyfikacji siwz, zamawiający zmienił warunek udziału w postępowaniu opisany w punkcie 3.2 lit b) wskazując, że "Wykonawca musi wykazać się zrealizowaniem (tylko zamówienia zakończone) w okresie ostatnich 3 lat, licząc do terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, w sposób należyty co najmniej jednego zamówienia podobnego do niniejszego. tj. zamówienia na montaż lub remont i wykonanie instalacji Układu Automatycznej Regulacji wraz z uruchomieniem agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych pracujących samodzielnie lub w zespole z innymi urządzeniami, o wartości co najmniej 500 000 PLN."

W załączniku nr 3 "Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat zamówień na montaż lub remont wraz z uruchomieniem agregatów pompowych wody zasilającej kotłów blokowych pracujących samodzielnie lub w zespole z innymi urządzeniami", zamawiający wymagał wskazania następujących informacji: zakresu zamówienia, typu agregatu pompowego, zamawiającego, wartości zamówienia oraz terminu jego realizacji.

W załączonym do oferty PETRO Eltech Sp. z o.o załączniku nr 3 stanowiącym wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat zamówień na montaż lub remont wraz z uruchomieniem agregatów pompowych wody zasilającej kotłów blokowych pracujących samodzielnie lub w zespole z innymi urządzeniami, wykonawca wskazał jedynie, że "Referencje potwierdzające zakres rzeczowy oraz finansowy oraz jakość wykonanych robót stanowią załączniki 3/1, 3/2, 3/3."

Po pierwsze, wskazane przez wykonawcę referencje nie zawierają wszystkich informacji wskazanych przez zamawiającego jako niezbędne, po wtóre nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia, o którym mowa w punkcie 3.2 lit b) siwz, w szczególności:

1. Referencja z dnia 17.03.2009 r. wystawiona przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. dotyczy jeszcze nie zakończonego zamówienia, nie w pełni odpowiadającego przedmiotowo wskazanemu przez zamawiającego w siwz.

Z dokumentu nie wynika, że prace (zamówienie) zostały zakończone, wręcz przeciwnie sformułowania użyte przez jego wystawcę wskazują na to, że jest ono nadal wykonywane: "związane z realizacją umowy (...) obowiązującej w latach 2005 -2009" oraz "powierzony do realizacji zakres robót firma (...) realizuje terminowo ...". Ponadto dokument ten potwierdza należyte wykonanie zamówienia przez PETRO EnergoRem Sp. z o.o., nie przez wykonawcę PETRO Eltech Sp. z o.o. (na fakt, że są to dwa różne podmioty prawa wskazuje różny nr wpisu do KRS - PETRO Eltech Sp. z o.o. - 0000129262; PETRO EnergoRem Sp. z o.o. - 0000136106).

Z dokumentu nie wynika również jednoznacznie, że wykonanie polegało m.in. na montażu lub remoncie wraz z uruchomieniem agregatów pompowych, wynika z niego jedynie, że jednym z elementów prac były bieżące usługi konserwacyjno - remontowe na urządzeniach "pompy", co nie jest wprost tożsame z przedmiotem zamówienia. W związku z tym dokument ten nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

2. Dokument z dnia 16 marca 2009 r. wydany przez PKN ORLEN S.A. potwierdza należyte wykonanie zamówienia przez PETRO EnergoRem Sp. z o.o. nie przez wykonawcę PETRO Eltech Sp. z o.o. (na fakt, że są to dwa różne podmioty prawa wskazują, jak wyżej, dwa różne numery wpisu do KRS).

Również z tego dokumentu nie wynika, że wykonanie polegało na montażu lub remoncie wraz z uruchomieniem agregatów pompowych. Do wskazanych referencji wykonawca dołączył umowę z dnia 13.05.2008 r. zawartą pomiędzy PKN ORLEN S.A., a PETRO EnergoRem Sp. z o.o. na wykonywanie prostych bieżących prac konserwacyjno - remontowych w niezbędnym zakresie. Umowa stanowi, jak zaznaczył wykonawca, potwierdzenie referencji. Jednakże okres obowiązywania umowy to 1.05. 2008 r. - 30.04.2009 r., a zatem umowa nie dotyczy, jak wymagał tego zamawiający, zamówienia zakończonego, w związku z tym, wskazane prace nie mogły zostać uznane za potwierdzające spełnianie warunku doświadczenia.

3. Ostatni z przedstawionych dokumentów - Referencje z dnia 24 listopada 2008 r. wystawione przez Vattenfall - potwierdza zrealizowanie prac polegających na modernizacji napędu pompy wody sieciowej 76, polegającej na zabudowie napędu regulowanego z zastosowaniem przemiennika częstotliwości.

Prace obejmowały m.in. dostarczenie materiałów i urządzeń, zabudowę i uruchomienie zdemontowanego napędu pompy wody sieciowej 7B.

Z dokumentu tego nie wynika spełnianie warunku udziału w postępowaniu, po pierwsze, dokument nie wskazuje jaka była wartość wykonanych prac, nie można zatem uznać, że były to prace o wartości co najmniej 500 000 PLN, po drugie, dokument ten nie potwierdza realizacji zamówienia polegającego na montażu lub remoncie i wykonaniu instalacji Układu Automatycznej Regulacji wraz z uruchomieniem agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych pracujących samodzielnie lub w zespole z innymi urządzeniami.

W związku z powyższym należało przyjąć, że również ta referencja nie potwierdza spełniania przez wykonawcę PETRO Eltech Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę PETRO Eltech Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 3.2. lit b siwz, a w przypadku nieuzupełnienia, wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, zatrzymując wadium.

O niezgodności oferty PETRO Eltech Sp. z o.o. z postanowieniami siwz, świadczy również Formularz cenowy załączony do oferty, który nie obejmuje swym zakresem prac opisanych w pozycjach 1.14-1.15, 2.14-2.15, 3.14-3.15 oraz 4.14-4.15. Wykonawca ten nie zaoferował, a przez to nie wycenił prac projektowych oraz innych kosztów związanych z realizacją zamówienia. W związku z tym, że wykonanie odpowiednich prac projektowych jest znaczącym elementem oferty oraz istotnym składnikiem wpływającym na jej cenę, niezaoferowanie tych prac, a przez to zaniechanie ich wyceny powoduje, że treść oferty

PETRO Eltech Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią siwz, a co za tym idzie oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Mając na uwadze ryczałtowy charakter ceny, zamawiający nie mógł również skorzystać z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w celu poprawienia oferty.

Zamawiający wskazał, że poprawia w ofercie PETRO Eltech Sp. z o.o. oczywiste omyłki rachunkowe, modyfikując jednocześnie Tabelę załącznika nr 4, przez dodanie odpowiednio pozycji 1.14-1.15, 2.14-.2.15, 3.14-3.15 oraz 4.14-4.15, bez wskazania jednak jej wyceny.

W piśmie tym zamawiający nie poinformował, że dokonuje czynności poprawienia oczywistych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Nawet w przypadku uznania czynności zamawiającego jako czynności dokonanej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to dla jej skuteczności wymagana jest zgoda wykonawcy. Jeśli wykonawca nie wyrazi zgody na poprawienie oferty w terminie trzech dni od otrzymania zawiadomienia, jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

III. Oferta Grupy POWEN WAFAPOMP S.A.

Zgodnie z przytoczonymi wcześniej postanowieniami siwz, jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie się zrealizowaniem (tylko zamówienia zakończone) w okresie ostatnich 3 lat, licząc do terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, w sposób należyty co najmniej jednego zamówienia podobnego do niniejszego, tj. zamówienia na montaż lub remont i wykonanie instalacji Układu Automatycznej Regulacji wraz z uruchomieniem agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych pracujących samodzielnie lub w zespole z innymi urządzeniami o wartości co najmniej 500 000 PLN.

Wykonawca - Grupa POWEN WAFAPOMP S.A., na potwierdzenie spełniania tego warunku przedstawił wykaz wykonanych zamówień, wskazując na szereg prac polegających na dostawie, remoncie, modernizacji oraz uruchomieniu pomp wraz z dodatkowymi usługami na obiekcie. Wykaz wykonanych prac, ani przedstawione w ofercie referencje nie potwierdzają jednak spełniania warunku, o którym mowa w punkcie 3.2. lit b siwz, w szczególności:

1. Wartość prac wskazanych w pozycjach 4, 14-18 oraz 23-28 jest mniejsza niż wymagana - 500 000 PLN, ponadto na potwierdzenie należytego wykonania prac opisanych w pozycjach 23-28 wykazu, wykonawca nie przedstawił dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie, w związku z tym nie potwierdzają one spełniania warunku udziału w postępowaniu.

2. Prace opisane w pozycji 1 wykazu jako "Nowy agregat + uruchomienie" o wartości 1 857 279 PLN nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zakres prac nie obejmuje wykonania czynności wymaganych w siwz.

Prace polegały na "Modernizacji układu wody zasilającej polegającej na wymianie na nowe agregatów pompowych EPZ-3 i EPZ-5 w Elektrociepłowni Żerań w Warszawie".

Na potwierdzenie należytego wykonania tych prac przedstawiono Protokół odbioru częściowego, co wskazuje na fakt, że zamówienie to nie zostało zakończone (czego wymagał zamawiający).

Również zakres prac wskazanych w protokole: "Wykonanie prób funkcjonalnych, rozruchu, testów oraz ruchu próbnego 72 - godzinnego i przekazanie do eksploatacji agregatu pompy zasilającej nr 5", świadczy o tym, że prace polegały jedynie na uruchomieniu agregatów, a nie na montażu lub remoncie i wykonaniu instalacji Układu Automatycznej Regulacji.

Należytego wykonania tylko tych prac dotyczy protokół odbioru częściowego przedstawiony przez wykonawcę.

Odwołujący podał, że z jego wiedzy wynika, że w Elektrociepłowni Żerań w Warszawie nie ma kotłów blokowych, w związku z tym wykonane nie polegały na uruchomieniu agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych.

Oznacza to, że prace opisane w pozycji nr 1 wykazu nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

3. W pozycji nr 2 wykazu wykonawca wskazał: "Nowy agregat + uruchomienie". Z referencji przedstawionej na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wynika, że prace polegały tylko na dostarczeniu do EC Siekierki dwóch zespołów pompowych wody zasilającej typu 15 Z33x10VSPA. W punkcie 3.2. lit b siwz, zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówienia na montaż lub remont i wykonanie instalacji Układu Automatycznej Regulacji wraz z uruchomieniem agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych pracujących samodzielnie lub w zespole z innymi urządzeniami. Z referencji nie wynika, że zrealizowane przez wykonawcę zamówienie dotyczyło agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych.

Z wiedzy odwołującego wynika, że pompy objęte tym zamówieniem nie zostały zainstalowane na kotłach blokowych, w związku z tym wykonane prace nie mogły dotyczyć, jak wymagał tego zamawiający, agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych.

4. W pozycji 3 wykazu wykonanych usług, jako zakres wykonanych prac wskazano "Nowy agregat + uruchomienie".

Również z przedstawionej przez wykonawcę referencji wynika, że prace wykonane w ramach tego zamówienia polegały jedynie na projektowaniu, wykonaniu i dostawie oraz montażu pomp. Zarówno wykaz, jak i referencja nie potwierdzają wykonania przez wykonawcę zamówienia, o którym mowa w punkcie 3.2. lit b siwz.

W szczególności wykonawca ten nie wykazał się wykonaniem instalacji Układu Automatycznej Regulacji.

5. W pozycjach 5 -12 wykazu wykonanych prac wykonawca wskazał czynności polegające na remoncie wraz z uruchomieniem oraz modernizacji wraz z uruchomieniem szeregu pomp o łącznej wartości 2 265 806 PLN.

Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia przedstawił pismo z dnia 24 lutego 2009 r. wystawione przez PGE Elektrownia Turów S.A., z którego wynika, że czynności wykonane w ramach tego zamówienia polegały jedynie na modernizowaniu lub remontowaniu pomp zasilających.

W związku z tym zakres zamówienia jest węższy niż wymagany w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto zarówno z referencji, jak i wykazu wynika, że łączna wartość wykonanych prac wynosi 2 265 806 PLN, nie można stąd wnioskować, że wartość poszczególnych prac (a przynajmniej prac dotyczących jednej z pomp zasilających) przekracza 500 000 PLN.

6. W pozycji nr 13 wykazu wykonanych prac wskazano "Modernizację + uruchomienie (zadanie pod klucz)" pompy typu 15Z28x7. Z referencji przedstawionej na potwierdzenie należytego wykonania tego zamówienia wynika, że wykonano prace obejmujące modernizację pompy oraz wszystkie prace mechaniczne, elektryczne i AKPiA związane z realizacją zadania na obiekcie. Ani wykaz, ani referencja nie potwierdza wykonania instalacji Układu Automatycznej Regulacji, nie wskazują również, że prace polegały na uruchomieniu agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych.

7. Pozycja 19 wykazu - wykonawca wskazał następujący zakres zamówienia: „Pompa + usługi na obiekcie”.

Z referencji wydanych wykonawcy przez BIS MainServ Sp. z o.o. wynika, że wykonawca dostarczył w II półroczu 2007 r. zespół pompowy wody zasilającej typu 15Z33x10VSPA wraz z niezbędnymi usługami.

Dostawa ta nie dotyczyła agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych, na co jednoznacznie wskazuje typ pompy, dostarczenia której dotyczy referencja; wystawca referencji wyraźnie wskazał, że dostawa i uruchomienie dotyczyły pompy 15Z33x10VSPA,

która stosowana jest w układach kolektorowych. Zakres nie obejmował również prac związanych z instalacją Układu Automatycznej Regulacji.

8. W pozycji 20 wykazu wykonanych usług wykonawca wykazał się doświadczeniem w dostawie agregatu pompowego obejmującego swym zakresem jego montaż, uruchomienie oraz wykonanie dokumentacji techniczno-ruchowej agregatu.

Prace wskazane w punkcie 20 wykazu oraz potwierdzone w referencji nie obejmują swym zakresem prac polegających na wykonaniu instalacji Układu Automatycznej Regulacji i nie dotyczą agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych, na co jednoznacznie wskazuje typ pompy –15Z33xl0SPA oraz wiedza odwołującego.

9. Również z pozycji 21 wykazu ani przedstawionej na potwierdzenie należytego wykonania referencji, nie wynika zrealizowanie przez wykonawcę prac, o których mowa w punkcie 3.2. lit b siwz.

Prace opisane w pozycji 21 polegały na modernizacji i uruchomieniu pompy oraz wszystkie prace mechaniczne, elektryczne i AKPiA związane z realizacją zadania na obiekcie.

Jak wynika z ww. dokumentów również te prace nie obejmowały swym zakresem wykonania instalacji Układu Automatycznej Regulacji i nie dotyczą agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych.

10. Ostatnia z rozpatrywanych pozycji wykazu (pozycja 22) oraz wydana na potwierdzenie należytego wykonania prac pozycja wskazuje, że wykonawca, Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. wraz z Innowacyjnym Przedsiębiorstwem Usługowo Wdrożeniowym EUREKA Sp. z o.o., wspólnie wykonał w EC Wybrzeże S.A. prace polegające na modernizacji pompy zasilającej typu 15Z28x7 wraz ze wszystkimi pracami na obiekcie w zakresie mechanicznym, elektrycznym i automatyki regulacyjnej AKPiA, wykonaniem instalacji UAR i uruchomieniem agregatu pompowego.

Zgodnie z referencją wydaną przez EUREKA Sp. z o.o., wystawca referencji realizował opisane w niej prace wspólnie z podmiotem, któremu referencje te wystawiono na rzecz EC Wybrzeże S.A.

Podmiotem legitymowanym do wystawienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia jest EC Wybrzeże S.A., która była drugą stroną umowy w ramach, której zamówienie zrealizowano. Usługa ta, jak wskazuje wystawca referencji, została "wykonana zgodnie z umową zawartą z inwestorem" co świadczy, że jedną stroną umowy była EC Wybrzeże S.A., a drugą, wspólnie realizujący wskazane prace Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. i EUREKA Sp. z o.o.

Nawet przy założeniu, że stroną umowy z inwestorem była tylko EUREKA Sp. z o.o., a Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. występowała w roli podwykonawcy, wskazać należy, że referencje wskazują na wspólne wykonanie określonych w nich prac, nie precyzując jaki zakres zamówienia został zrealizowany przez Grupę POWEN WAFAPOMP S.A.

Referencja nie potwierdza należytego wykonania prac opisanych w punkcie 3.2. lit b siwz, gdyż nie wskazuje jaki dokładnie zakres prac wykonał wystawca referencji, a jaki Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A.

Odwołujący podał, że zgodnie z jego wiedzą, prace wykonywane na obiektach EC Wybrzeże S.A., obejmujące swym zakresem przedmiot zamówienia opisany w referencjach, nie przekraczają wartości ok. 250 000 PLN. EC Wybrzeże S.A. nie zlecała wykonywania prac polegających na modernizacji jednej pompy (jak wynika z referencji) o wartości 510 000 PLN.

Zamawiający na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obowiązany jest do wezwania wykonawcy - Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 3.2. lit b siwz, a w przypadku nie potwierdzenia spełniania tego warunku - wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający - **Vattenfall Heat Poland SA. z siedzibą w Warszawie** rozstrzygnął protest pismem z dnia 8 czerwca 2009 r., w którym:

- 1) oddalił protest w części dotyczącej zarzutów bezpodstawnego odrzucenia oferty protestującego, naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PETRO Eltech Sp. z o.o.,
- 2) uwzględnił protest w części dotyczącej zarzutów zaniechania czynności uzupełnienia dokumentów i zażądania wyjaśnień w zakresie treści dokumentów w ofertach wykonawców Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. i PETRO Eltech Sp. z o.o. złożonych w postępowaniu.

Podał, że po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu powtórzy czynność badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający ustosunkował się do zarzutów następująco.

1. Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty protestującego.

1) Zamawiający w INSTRUKCJI DLA WYKONAWCÓW, w części INFORMACJE OGÓLNE zawarł wymagania ogólne dotyczące składanych ofert: "Każdy Wykonawca złoży tylko jedną ofertę, zawierającą jedną, jednoznacznie opisaną propozycję. Złożenie większej liczby ofert spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez danego Wykonawcę", "Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych".

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w piśmie zawiadamiającym o wyniku postępowania, że protestujący w ofercie przedstawił dwie propozycje dostarczenia pomp; wykonanie zamówienia z wykorzystaniem pomp SIGMA lub wykonanie zamówienia z wykorzystaniem pomp Wafa-Pomp, co protestujący potwierdził w złożonym proteście. Zamawiający żądał przedstawienia w ofercie jednej propozycji, uprzedzając o odrzuceniu oferty w przeciwnym przypadku. Protestujący pomimo wyraźnego zakazu postanowił przedstawić w ofercie dwa rodzaje pomp.

2) Przedstawiona w ofercie protestującego - załącznik nr 5 - sprawność silnika - 96,9% jest niezgodna z postanowieniami zamieszczonymi w załączniku nr 2 - Wymagania techniczne, do wzoru umowy (załącznik nr 6 siwz), stanowiącym część siwz ($\geq 97\%$) oraz odpowiedzią udzieloną na pytania wykonawców w dniu 16.02.2009 r. (pytanie 22), podtrzymując postanowienia siwz. Protestujący w złożonym proteście potwierdził, iż zaproponował silnik spełniający wymagania zamawiającego poza jednym parametrem, sprawnością silnika i stwierdził, że obowiązkiem zamawiającego było potraktowanie tego faktu jako oczywistej omyłki i poprawienie wartości podanej w ofercie z 96,9% na 97%. Dokonanie takiej zmiany byłoby ze strony zamawiającego zmuszeniem protestującego do zmiany treści oferty w zakresie oferowanego silnika, ponieważ silnik zaoferowany w ofercie posiada sprawność 96,9% , co zamawiający stwierdził na podstawie posiadanej karty katalogowej tego silnika.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w piśmie zawiadamiającym o wyniku postępowania.

Na podstawie powyższego, zamawiający stwierdził, że miał podstawy do odrzucenia oferty protestującego. Oddalił protest w tym zakresie.

2. Zarzut naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych określonej w art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający oddalił z uwagi na brak uzasadnienia tego zarzutu w proteście.

3. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty PETRO Elfech Sp. z o.o.:

1) ceny przedstawione w ofercie dotyczące wykonania wymiany poszczególnych agregatów pompowych wody zasilającej są cenami ryczałtowymi. Ceny pozycji składających się na cenę ryczałtową miały dla zamawiającego jedynie wartość informacyjną. Dlatego też zamawiający wyraził zgodę na prośbę jednego z wykonawców i dokonał poszerzenia tej informacji o dodatkowe pozycje. Z treści oferty wynika, że wykonawca zaoferował wykonanie całego zakresu prac. Z uwagi na ryczałtowy charakter zamówienia i zagwarantowanie w ofercie całego zakresu prac, zamawiający nie widział podstaw do odrzucenia oferty.

2) art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustawa nie zawiera przepisu zobowiązującego wykonawcę do wyrażenia zgody na dokonane przez zamawiającego poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Uzasadnionym jest więc przyjęcie przez zamawiającego milczącej zgody wykonawcy na dokonane poprawienie omyłki, jeśli wykonawca nie skorzystał z prawa jakie mu daje treść art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp i nie poinformował zamawiającego o braku jego zgody na poprawienie omyłki.

4. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, będącego wynikiem zaniechania zażądania od wykonawcy uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania się doświadczeniem w realizacji podobnego zamówienia, tj. zrealizowaniem (tylko zamówienia zakończone) w okresie ostatnich 3 lat, licząc do terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, w sposób należyty co najmniej jednego zamówienia podobnego do zamówienia będącego przedmiotem postępowania, tj. zamówienia na montaż lub remont i wykonanie instalacji UAR wraz z uruchomieniem agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych pracujących samodzielnie lub w zespole z innymi urządzeniami o wartości co najmniej 500 000 PLN. Zamawiający w świetle wątpliwości przedstawionych w treści protestu uznał, że należy wezwać wykonawcę Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. do złożenia uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienie treści dokumentów złożonych w ofercie, które dotyczą doświadczenia. Zamawiający w tym zakresie uwzględnił protest.

5. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy PETRO Eltech Sp. z o.o., jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, będącego wynikiem zaniechania zażądania od wykonawcy uzupełnienia dokumentów, tj. drugiej strony zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków, zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, potwierdzających wykazanie się doświadczeniem w realizacji podobnego zamówienia, tj. zrealizowaniem (tylko zamówienia zakończone) w okresie ostatnich 3 lat, licząc do terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, w sposób należyty co najmniej jednego zamówienia podobnego do przedmiotu zamówienia, tj. zamówienia na montaż lub remont i wykonanie instalacji UAR wraz z uruchomieniem agregatów pompowych wody zasilającej do kotłów blokowych pracujących samodzielnie lub w zespole z innymi urządzeniami o wartości co najmniej 500 000 PLN. Zamawiający uznał, że zachodzi potrzeba wezwania wykonawcy

do uzupełnienia drugiej strony zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków oraz zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o nie zaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne. Zamawiający w świetle wątpliwości przedstawionej w treści protestu uznał, że należy wystąpić do wykonawcy PETRO Eltach Sp. z o.o. o złożenie uzupełnienia tych dokumentów i wyjaśnienie treści dokumentów złożonych w ofercie, dotyczących doświadczenia. Zamawiający uwzględnił protest w tym zakresie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - **Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A.** wniósł o oddalenie odwołania. Potwierdził, że odwołujący zaoferował, wbrew postanowieniom siwz, dwie różne pompy, zamiast dwóch jednakowych, sprawność silnika niższą niż wymagał zamawiający, 96,9%, zamiast 97% oraz, że użycie określenia na str. 16 oferty „w niezbędnym zakresie” oznacza jej sprzeczność z postanowieniami pkt 2.7 załącznika nr 2 do umowy.

W zakresie swojej oferty stwierdził, że referencje mają potwierdzać należyte wykonanie zamówienia. Podał, że referencje dotyczące następujących pozycji wykazu – 3 (str. 36 oferty), 13 (str. 38 oferty), 19 (str. 42 oferty), 20 (str. 43 oferty), 21 (str. 44 oferty), potwierdzają spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu.

Podał, że na żądanie zamawiającego z dnia 2 czerwca 2009 r., złożył pismo z dnia 4 czerwca 2009 r., w którym przedstawił referencje EC Białystok wraz z innymi załącznikami w celu potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego wraz z ofertami oraz wyjaśnień stron, ich pełnomocników i przystępującego, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Przepis art. 191 ust. 3 Pzp stanowi, że KIO rozpoznaje odwołanie wyłącznie w granicach protestu (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście), co oznacza, że zarzuty podnoszone przez odwołującego, wykraczające poza granice protestu, a w szczególności dotyczące czynności zamawiającego polegających na wezwaniu pozostałych dwóch wykonawców do złożenia uzupełnionych dokumentów i wyjaśnień - w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, jako następstwo uwzględnienia protestu, nie stanowiły przedmiotu orzekania Izby.

Zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp, w przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej:

- 1) niezwłocznie – jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania;
- 2) po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione.

W rozpoznanej sprawie, zamawiający rozstrzygając protest oddalił go w części, tj. w zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, uznając, że odrzucenie było w pełni zasadne, gdyż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz, przy całkowitym braku możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co uzasadnia zastosowanie w tym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz w zakresie zarzutów naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, a także w zakresie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PETRO Eltech Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 7 Pzp.

Uwzględnił protest w części dotyczącej zarzutów zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców - Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. i PETRO Eltech Sp. z o.o., na podstawie art. 24 ust.1 pkt 10 (dwóch wykonawców) i również na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp wykonawcy - Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., uznając, że zachodzi potrzeba uzupełnienia dokumentów i zażądania wyjaśnień w zakresie treści dokumentów złożonych w ofertach wykonawców.

Zawiadomił wykonawców, że po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu powtórzy czynność badania i oceny ofert.

Odwołujący zakwestionował rozstrzygnięcie protestu w całym zakresie, twierdząc, że jest niezasadne w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego, odmówienia odrzucenia oferty wykonawcy PETRO Eltech Sp. z o.o. oraz wzywania pozostałych dwóch wykonawców do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów. Zakwestionował również już podjęte czynności przez zamawiającego polegające na zażądaniu wyjaśnień i dokumentów, a także złożone przez wykonawców dokumenty i wyjaśnienia, twierdząc, że nadal nie potwierdzają one spełnienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu.

KIO uwzględniła wyjaśnienia zamawiającego, że mimo dokonania czynności po rozstrzygnięciu protestu, opisanych wyżej, brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do negatywnej oceny tych czynności.

Po pierwsze, zamawiający jeszcze nie dokonał ani zaniechał dokonania czynności związanych z powtórzeniem oprotestowanych czynności, jako następstwa częściowego uwzględnienia protestu.

Po drugie, zamawiający nie może wykluczyć wykonawców, nawet uwzględniając protest, bez uprzedniego wyczerpania obligatoryjnego trybu wezwania wykonawców do złożenia

oświadczeń lub dokumentów oraz złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów – zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Po trzecie, na czynności zamawiającego, będące skutkiem powtórzenia oprotestowanych czynności, będą przysługiwały wykonawcom środki ochrony prawnej, o których mowa w dziale VI Pzp.

Po czwarte, zarzuty związane z czynnościami, jak wyżej, nie są objęte granicami protestu wniesionego w dniu 29 maja 2009 r., zatem ich rozpoznanie wiązałoby się z naruszeniem art. 191 ust. 3 Pzp.

Oceniając wniesione odwołanie w zakresie wymogu wykazania przez odwołującego doznania lub możliwości doznania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia przez naruszenie przepisów Pzp przez zamawiającego, KIO stwierdziła, że zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym na rozprawie, odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu protestu i odwołania, wyłącznie w zakresie kwestionowania czynności zamawiającego, dotyczących odrzucenia jego oferty, jako oferty, której treść nie odpowiada treści siwz – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W postępowaniu złożono 3 oferty z następującymi cenami, przy jedynym kryterium oceny ofert – cena ze znaczeniem 100%:

- 1) BIS MainServ Sp. z o.o. (odwołujący) - 29 565 741,08 zł,
- 2) Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. (przystępujący) - 29 974 912,00 zł,
- 3) PETRO Eltech Sp. z o.o. - 32 690 888,00 zł.

Cena oferty odwołującego jest najniższa, zatem, w razie wykazania przez niego bezzasadności decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty i przywróceniu jej do postępowania przez nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, ważność ofert pozostałych dwóch wykonawców (wykluczenie wykonawców, bądź odrzucenie ich ofert) nie miałyby żadnego znaczenia, gdyż nie wpłynęłyby na zmianę sytuacji faktycznej i prawnej odwołującego, co przesądza o braku interesu prawnego w tym zakresie po stronie odwołującego.

Brak jest także interesu prawnego w żądaniu przez odwołującego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W doktrynie i orzecznictwie utrwalony został pogląd, że wykonawca nie ma interesu prawnego w żądaniu unieważnienia postępowania, licząc na ewentualny korzystniejszy udział w następnym postępowaniu, które nie zostało wszczęte.

Reasumując, KIO stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w podważaniu ofert pozostałych dwóch wykonawców, które w wyniku oceny ofert uzyskałyby niewątpliwie niższą punktację niż oferta odwołującego. Zatem, nie została spełniona przesłanka skutecznego wniesienia odwołania w tym zakresie, co skutkuje jego oddaleniem, bez konieczności merytorycznego rozpoznania zarzutów odnoszących się do tych ofert (orzecznictwo m.in.– wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5.05.2008 r. sygn. akt IX Ga 44/08 i Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2.04.2009 r. sygn. akt V Ca 307/09).

Oceniając zarzuty odwołującego dotyczące bezprawnego odrzucenia jego oferty, KIO stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, iż odrzucenie oferty było niezgodne z przepisami Pzp w zakresie dwóch zarzutów – zaoferowania dwóch różnych pomp i silnika o sprawności niższej, niż wymagał tego zamawiający, co skutkuje zasadnością odrzucenia oferty i oddaleniem odwołania, mimo, że zamawiający nie udowodnił, że odrzucenie oferty z trzeciego powodu, tj. niezgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie załącznika nr 6 pkt 3 lit. n (str. 16 oferty) nie spełnia wymagań pkt 2.7 załącznika nr 2 do załącznika nr 6 siwz.

W powyższym zakresie KIO ustaliła.

W załączniku nr 2 do wzoru umowy – pkt 2.1 – tiret 2, zamawiający określił wymóg dla bloków wskazanych w tiret 1 (7, 8, 9, 10) o treści, że należy zastosować jednakowe agregaty pompowe. W ofercie odwołujący zamieścił oświadczenie, iż przedmiot zamówienia wykona zgodnie z wymogami zamawiającego (formularz oferty – pierwszy i drugi akapit oświadczenia, str. 2 oferty, odnoszące się do podpisania umowy). W załączniku nr 5 – wykaz urządzeń, odwołujący podał 2 typy pomp (str. 13 oferty, pozycje 1 i 2 wskazane w tabeli wykazu urządzeń, tj. pompa wody zasilającej typu CND5-12.1-150-8-001-FE, producent SIGMA – poz.1 wykazu oraz pompa wody zasilającej typu 15Z33x5VSPB, producent Grupa Powen-Wafapomp – poz. 2 wykazu). Nie ma najmniejszych wątpliwości, że zaoferowane pompy nie są pompami jednakowymi, co przyznał odwołujący w toku rozprawy (inne nazwy, inni producenci, a przede wszystkim różne parametry techniczne). Fakt, że obie pompy spełniają wymagania zamawiającego i odwołujący, jako potencjalny wykonawca zobowiązania, byłby w stanie dostarczyć w sumie jednakowe, uzgodnione z zamawiającym, pompy, nie ma żadnego znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią siwz, świadcząc o jej niezgodności.

W zakresie drugiego zarzutu, zamawiający żądał w siwz podania sprawności silnika o parametrach - minimum 97% (załącznik 2 do wzoru umowy, poz.3). Odwołujący podał w

ofercie we wskazanej tabeli wykaz urządzeń w pozycji 3 - sprawność trójfazowego silnika indukcyjnego typu Sfw710-2DF wynoszącą 96,9%.

Nie można uznać, jak wnosił odwołujący, że jest to inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z siwz, nie powodująca istotnych zmian w treści oferty, zobowiązująca zamawiającego do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co zostało wykazane przez obie strony postępowania na podstawie złożonych dwóch specyfikacji technicznych pochodzących z tego samego źródła (EMT Żychlin), dotyczących 3-fazowego silnika indukcyjnego. W pozycji 10 specyfikacji została określona sprawność silnika. Z porównania kolumny 1 i 2 tabeli specyfikacji złożonej przez odwołującego wynika, że moc silnika odnosi się w stosunku proporcjonalnym do sprawności silnika (100% mocy - sprawność silnika 97%, 75% mocy - sprawność silnika 96,6%, 50% mocy - sprawność silnika 95,5% i 25% mocy - sprawność silnika 92%).

W specyfikacji technicznej 3-fazowego silnika indukcyjnego (EMT Żychlin) złożonej przez zamawiającego, w pozycji 10 wskazano, że sprawność silnika typu oferowanego przez odwołującego, wynosi 96,9%.

KIO dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że ze specyfikacji technicznej złożonej przez odwołującego może wynikać pewna manipulacja danymi, tj. przedstawienie mocy znamionowej silnika z przełożeniem na jego sprawność. Jest to pozycja nr 10 specyfikacji, w której opis sprawności został rozbudowany przez wskazanie czterech zakresów mocy silnika. Pozostałe pozycje specyfikacji nie mają tak szczegółowego opisu. Zważywszy, że przy mocy 100% sprawność wynosi 97%, a przy mocy 75% sprawność wynosi 96,6%, łatwo jest stwierdzić, że niewielka różnica w sprawności silnika ma ogromne przełożenie na jego moc. Stąd też mniejsza sprawność silnika zaoferowana przez odwołującego, wynosząca zaledwie o 0,1%, świadczy o zaoferowaniu silnika o znacznie mniejszej mocy znamionowej niż 100%, co przesądza, że oferta odwołującego w tym zakresie nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego (treść oferty nie odpowiada treści siwz).

Odnosnie trzeciego zarzutu, że w załączniku nr 6 pkt 3 lit. n (str. 15-16 oferty) odwołujący podał, iż przeprowadzi wymianę agregatów wody zasilającej kotły blokowe w zakresie: (...) instalacji zasilania elektrycznego wraz z układami sterownia i zabezpieczeń w niezbędnym zakresie. Negatywna ocena zamawiającego dotyczy określenia „w niezbędnym zakresie”, które oznacza, w jego ocenie, niewystarczający zakres.

W załączniku nr 2 do wzoru umowy pt. wymagania techniczne, zamawiający w pkt 2.7, określił swoje wymagania dla pól w rozdzielniach blokowych 6 kV. W dwóch akapitach tego punktu opisał - wymagania w zakresie wykonania niezbędnych zmian w obwodach 6 kV pól, na odpowiednie do nowych układów napędowych oraz wymagania w zakresie wyposażenia

obwodów wtórnych. Zamawiający użył w pierwszym akapicie określenia „Należy wykonać niezbędne zmiany (...)”, stąd powtórzenie przez odwołującego w ofercie, że przeprowadzi wymianę agregatów wody zasilającej kotły blokowe w zakresie: (...) instalacji zasilania elektrycznego wraz z układami sterownia i zabezpieczeń **w niezbędnym zakresie**, nie oznacza, w ocenie KIO, niezgodności treści oferty z treścią siwz. Nie ma uzasadnienia by temu określeniu nadawać znaczenie inne, niż wynika z jego treści, na co wskazywali - zamawiający i przystępujący.

Zarzut ten okazał się zasadny. Jednak wobec nie potwierdzenia zarzutów pierwszego i drugiego odwołania w przedmiocie niezgodności treści oferty z treścią siwz, odwołanie zostało oddalone na podstawie art. 191 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie KIO, Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucając ofertę odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

KIO, uwzględniając wniosek zamawiającego o przyznanie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, przyznała koszty na podstawie przedłożonego rachunku do akt sprawy, ograniczając jednak wysokość wynagrodzenia do kwoty 3 600 zł, zgodnie z przepisami § 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. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....