

Sygn. akt: KIO/UZP 480/10

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: 1. RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz (lider Konsorcjum) i 2. Elektrobudowa S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice (członek Konsorcjum)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Energetyka Ciepła Opolszczyzna S.A., ul. Harcerska 15, 45-118 Opole** protestu z dnia 3 marca 2010 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: 1. Energoinstal S.A. (lider Konsorcjum) 2. Warbud S.A. (członek Konsorcjum)** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **Al. Roździeńskiego 188d, 40-203 Katowice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego**

2. kosztami postępowania obciąża **Energetykę Ciepłą Opolszczyzna S.A., ul. Harcerska 15, 45-118 Opole** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie; 1. RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz (lider Konsorcjum) i 2. Elektrobudowa S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice (członek Konsorcjum);**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Energetykę Ciepłą Opolszczyzna S.A., ul. Harcerska 15, 45-118 Opole** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie; 1. RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz (lider Konsorcjum) i 2. Elektrobudowa S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice (członek Konsorcjum)**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zaliczenia kosztów postępowania odwoławczego z kwoty z wpisu uiszczanego przez odwołującego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie; 1. RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz (lider Konsorcjum) i 2. Elektrobudowa S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice (członek Konsorcjum).**

U z a s a d n i e

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: 1. RAFAKO S.A., z siedzibą w Racibórz (lider Konsorcjum) i 2. Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach (członek Konsorcjum) (dalej: „*Odwołujący*”), złożyli odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Przebudowę źródła ciepła w Opolu – budowa układu wysokosprawnej kogeneracji*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Energetykę Ciepłą Opolszczyzny S.A. z siedzibą w Opolu (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym

zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 10 grudnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 238-341268).

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: ENERGOINSTAL S.A. z siedzibą w Katowicach i Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum”) oraz czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. O powyższym Zamawiający poinformował wykonawców, w tym Odwołującego, w dniu 24 lutego 2010 r. Protest w tym zakresie Odwołujący złożył do Zamawiającego w dniu 3 marca 2010 r. Zamawiający rozstrzygnął go poprzez oddalenie i częściowe odrzucenie w dniu 9 marca 2010 r. Odwołujący od rozstrzygnięcia protestu w dniu 17 marca 2010 r. (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego) złożył odwołanie kierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopię przekazał Zamawiającemu w tym samym dniu.

Biorąc pod uwagę treść środków ochrony prawnej złożonych w przedmiotowej sprawie Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego.

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący, tak w proteście, jak i w odwołaniu, wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców;
 - 2) art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum;
 - 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum;
- w samym odwołaniu Odwołujący dodatkowo wskazał na naruszenie:
- 4) art. 180 ust. 7, poprzez bezzasadne odrzucenie części zarzutów protestu, a także innych przepisów prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe w odwołaniu wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i czynności uznania jego oferty za odrzuconą;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jakom podjętej z naruszeniem prawa;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w jej wyniku wykluczenia z postępowania Konsorcjum i odrzucenia jego oferty;
- 4) wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań wskazał na następujące okoliczności:

- 1) Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób bezprawny odrzucił jego protest w części dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum zamiast jej odrzucenia. Podkreślił, że okoliczności związane z niespełnieniem warunku dotyczącego doświadczenia przez Konsorcjum, zostały podniesione w proteście innego wykonawcy, tj. przez Konsorcjum REMAK. Kopia tego protestu została przekazana Odwołującemu w dniu 2 marca 2010 r. Odwołujący podniósł, jednak, że faks zawierający kopię tego protestu został do niego nadany w dniu 2 marca 2010 r. o godz. 15.10, tj. po godzinach pracy Odwołującego, stąd też mógł on się z nim zapoznać dopiero dnia następnego (3 marca 2010 r.), jednak w tym czasie nadał już na pocztę przesyłkę zawierającą jego odrębny protest, podnosząc w nim wskazane okoliczności dotyczące wykonawcy Konsorcjum. Z tych też względów – w ocenie Odwołującego – nie znajduje w tym przypadku zastosowania art. 180 ust. 7 ustawy Pzp.
- 2) Konsorcjum nie przedłożyło referencji potwierdzających wymóg Zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na brak referencji w zakresie kotła w przedziale 30-70 t/h. Przedstawione przez Konsorcjum potwierdzenie referencji dokumentuje wydajność cieplną paleniska równą 79,9 MWt, co wskazuje, że referencje dotyczą kotła o wydajności powyżej 90 t/h. Potwierdzeniem tych okoliczności jest informacja umieszczona na stronie internetowej członka Konsorcjum (Energoinstal w Katowicach). Przedłożone referencje nie odpowiadają wymogom Zamawiającego zawartym w części I – Instrukcja dla Wykonawców, pkt 8.1 ppkt 2 lit. a, tym samym wykonawca ten powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona. Odwołujący podkreślił, że był wezwany we wskazanym zakresie do uzupełniania dokumentów - Listu

referencyjnego o informacje potwierdzające dotrzymanie parametrów w zakresie sprawności i wydajności robót, natomiast co do Konsorcjum takiej procedury Zamawiający nie zastosował.

- 3) Zarzut nie przedłożenia wymaganego rachunku zysku i strat za lata 2006 – 2008 zgodnie z art. 52 ust. 2 ustawy o rachunkowości. Zamawiający w tej mierze zmieniał swoje zdanie. W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazywał, że dokument w ogóle nie został złożony. W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny wymóg z art. 52 ust. 2 ustawy o rachunkowości sprowadza się do tego, że każdy element sprawozdania finansowego powinien być podpisany przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych kierownika jednostki. Odwołujący w tym zakresie zwrócił jednak uwagę na dotychczasową praktykę, która takiego wymogu nie żądała. Firma Rafko jako spółka giełdowa w 2006 r.- 2008 r. bieżąco składała sprawozdanie finansowe takim organom, jak: Komisja Nadzoru Finansowego, Urząd Skarbowy, Sąd Rejestrowy i w żadnym z wypadków nie spotkała się z odmową przyjęcia takiego dokumentu sprawozdania finansowego za poszczególne lata, ze względu na to, aby sprawozdania te były podpisywane w sposób sprzeczny z art. 52 ustawy o rachunkowości. Podkreślił, że przywołany art. 52 ustawy o rachunkowości odnosi się do podpisów pod sprawozdaniem finansowym, nie zaś do poszczególnych jego elementów, w tym rachunku zysku i strat. Podkreślił, że przywoływany przez Zamawiającego Komentarz do ustawy do rachunkowości odnosi się do roku 2009 zaś żądane dokumenty dotyczą okresów wcześniejszych co przemawia na korzyść stanowiska Odwołującego.
- 4) Zamawiający przy ocenie oferty najkorzystniejszej zastosował kryterium ocenne, nie wymienione w SIWZ. Zgodnie z SIWZ Zamawiający zobowiązany był do zastosowania w trakcie tej oceny wzoru z pkt 19 pkt 3) części I – Instrukcja dla Wykonawców (str. 15). Odrzucając ten wzór przy ocenie oferty najkorzystniejszej Zamawiający dokonał dowolnej oceny ofert, przyznając ofercie Konsorcjum maksymalną ilość punktów. Niepoważne jest – jego zdaniem – tłumaczenie, że gdyby oferty innych wykonawco nie podlegały odrzuceniu, to Zamawiający nie miałby problemów z oceną ofert według wzoru wynikającego z SIWZ.

II. Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający rozstrzygając protest Odwołującego odrzucił go w części dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum zamiast jej odrzucenia oraz oddalił protest w pozostałej części.

Co do odrzucenia protestu Zamawiający podniósł, że podstawą takiej decyzji Zamawiającego był art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 tego przepisu nie mogą następnie wnieść protestu powołując się na te same okoliczności. Podkreślił, że okoliczności dotyczące kwestii spełniania przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu co do doświadczenia były przedmiotem protestu wniesionego w dniu 2 marca 2010 r. przez Konsorcjum REMAK. Zamawiający w tym samym dniu przekazał kopię tego protestu pozostałym wykonawcom w tym Odwołującemu i wezwał ich do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu. Jego zdaniem w tym zakresie Odwołujący utracił uprawnienie do wnoszenia własnego protestu.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że po poprawieniu „innych omyłek” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp treść oferty Konsorcjum w pełni odpowiada treści SIWZ. Z tego też względu zarzuty wobec oferty Konsorcjum są chybione.

Co do pozostałych zarzutów Zamawiający podniósł, że Odwołujący w załączeniu do oferty przedłożył potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie rachunków zysku i strat Rafko S.A. za lata 2008, 2007 i 2006, które nie były przez nikogo podpisane. Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wezwał tego wykonawcę pismem z dnia 2 lutego 2010 r. do złożenia rachunków zysku i strat za lata 2006, 2007 i 2008 podpisane przez właściwe osoby i potwierdzające spełnianie warunku, wyznaczając termin na uzupełnienie do dnia 9 lutego 2001 r. godz. 11.00. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w wyznaczonym terminie przedłożył poświadczony za zgodność z oryginałem kopie sprawozdań finansowych Rafko S.A. za lata 2006, 2007, i 2008. Sprawozdania te były podpisane jedynie na ostatniej stronie informacji dodatkowych, ani bilanse, ani rachunki zysku i strat nie zawierały żadnych podpisów, ani nie były parafowane przez osoby, które złożyły podpisy na ostatniej stronie informacji dodatkowych. Zamawiający zauważył jednocześnie, że przedłożona kopia sprawozdania finansowego za rok 2006 liczy 57 stron, podczas gdy kopia rachunku zysku i strat za rok 2006 załączona na str. 109 oferty w stopce zawierała informację, że jest to strona 1/62. Powyższe wzbudziło wątpliwości Zamawiającego w związku z czym w dniu 10 lutego 2010 r. wezwał Odwołującego do przedstawienia oryginału sprawozdania finansowego za rok 2006. Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie w dniu 12 lutego 2010 r. przedstawił Zamawiającemu do wglądu oryginał sprawozdania finansowego za rok 2006, nieodpowiadający – zdaniem Zamawiającego - treści uprzednio przedłożonych i potwierdzonych za zgodność

z oryginałem kopii rachunku zysku i strat za rok 2006, ani też kopii sprawozdania finansowego za rok 2006. Zamawiający stwierdził, że również przedłożony oryginał rachunku zysku i strat za rok 2006 nie zawierał żadnych podpisów osób odpowiedzialnych za jego sporządzenie, nie był on też parafowany. Zamawiający powołał się na art. 45 ust. 2 ustawy o rachunkowości, wskazując, że na sprawozdanie finansowe składają się jego ściśle określone przez przepis części. Przywołał też art. 52 ust. 2 tej ustawy, zgodnie z którym sprawozdanie finansowe ma być podpisane przez odpowiednie osoby tak wymienione.

Zamawiający przywołał pogląd doktryny, zgodnie z którym sprawozdanie finansowe, w tym każdy z jego elementów podpisują odpowiednie osoby. (A. Wencel komentarz do art. 52 ustawy o rachunkowości pod redakcją W. Bojanowski znajdującego się w LEX 2009). Wskazał, że dla dochowania formy pisemnej danego dokumentu konieczne jest opatrzenie jego treści własnoręcznym podpisem zgodnie z art. 78 §1 1 Kc.. Zdaniem Zamawiającego podpisy na przedłożonych przez Odwołującego sprawozdaniach finansowych znajdujące się na ostatniej stronie uniemożliwiają przyjęcie, że zachowany został wymóg złożenia podpisów na dokumentach będących przedmiotem oceny Zamawiającego w ramach określonego w SIWZ warunku udziału. Podkreślił, że mimo wezwania do uzupełniania dokumentów Odwołujący nie przedłożył wymaganych dokumentów.

Na marginesie Zamawiający podkreślił, że zaistniała sytuacja nie przesądza jednoznacznie o konieczności zastosowania przez niego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Co do zarzutu dowolnej i nieuprawnionej oceny przez Zamawiającego poprzez przyznanie ofercie Konsorcjum maksymalnej liczby punktów Zamawiający podniósł, że:

- w kryterium A – cena, na podstawie obliczeń arytmetycznych przyznano ofercie maksymalną liczbę punktów tj. 70;
- w kryterium B – gwarancja, na podstawie obliczeń arytmetycznych przyznano ofercie maksymalną liczbę punktów tj. 5;
- w kryterium C – ocena techniczna przedmiotu zamówienia, przy wykonywaniu działań cząstkowych okazało się, że w przypadku dokonywania oceny tylko jednej oferty niepodlegającej odrzuceniu w pewnych miejscach należałoby podzielić 0 przez 0. Z matematycznego punktu widzenia wynik tego działania dążyłby do nieskończoności, dlatego też Zamawiający postanowił nie przyznawać Konsorcjum nieskończonej liczby punktów, a jedynie maksymalną do zdobycia w tym kryterium, tj. 25 punktów, w tym za poszczególne podkryteria: sprawność kotła – 6 pkt, sprawność skojarzeń – 16 pkt i 10 letni koszt serwisu turbozespołu – 3 pkt. Podkreślił, że podobna sytuacja nie miałaby miejsca gdyby ocenie podlegały co najmniej dwie oferty – co nie mogło mieć jednak w niniejszym przypadku miejsca.

III. Stanowisko Przystępującego (Konsorcjum).

W swoich przystąpieniach, zarówno do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jak i postępowania odwoławczego Konsorcjum wskazywało na niezasadność zarzutów Odwołującego.

Konsorcjum w pełni poprało formalne rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego co do określonych tam zarzutów. Odnosząc się natomiast do zarzutów podniosło, że w swojej ofercie przedstawiło 2 referencje spełniające warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia i Zamawiający w tym przedmiocie nie mógł dokonać innej oceny spełniania tego warunku aniżeli „spełnia”. W przedłożonym przez Konsorcjum liście referencyjnym od Koksowni Przyjaźń wskazano wyraźnie moc generatora 20 MW, co mieści się w zakresie wymagań Zamawiającego. Podana wielkość kotła w wysokości 67 t/h jest wielkością nominalną. Natomiast wynikające z materiałów informacyjnych Energoinstal S.A. oraz materiałów prasowych parametry informację wskazują na moc kotła i turbiny wynoszące odpowiednio 95 lub 92 t/h i 21 MWe, że stanowią one parametry maksymalne, możliwe do osiągnięcia w najbardziej korzystnych warunkach. W związku z powyższym – zdaniem Konsorcjum – podane w ofercie osiągnięte przez blok parametry są właściwymi z punktu widzenia SIWZ.

Konsorcjum podkreśliło też, że drugie przedłożone referencje również odpowiadają wymogom SIWZ, tj. instalacja do spalania biomasy w Eberswalde. Wartość tej referencji wynosi 7 500 000,00 EUR, co według przelicznika wg średniego kursu NBP na dzień złożenia oferty (1 EUR = 4,1 zł) daje wartość 30 750 000,00 zł, co z kolei potwierdza spełnianie warunku określonego w SIWZ. Wyjaśnił też omyłkę w dokonanym przeliczeniu podanym w ofercie, gdzie wpisano zamiast wskazanej kwoty wartość 20 750 000,00 zł. Moc turbiny w przedstawionym zamówieniu wynosi 20Mw, a wydajność kotła 68 t/h.

Konsorcjum podniosło także, że Odwołujący nie zareagował na wezwanie Zamawiającego do uzupełniania dokumentów w zakresie rachunków zysku i strat protestem na tę czynność, stąd też miał obowiązek zastosować się do żądania Zamawiającego.

Konsorcjum nie zgodziło się również z zarzutem Odwołującego co do nieprawidłowej oceny oferty Konsorcjum pod względem kryteriów określonych w SIWZ. Wskazało, że nawet gdyby Zamawiający przyznał mu najmniejszą ilość punktów oferta Konsorcjum byłaby uznana za najkorzystniejszą we wskazanych warunkach, w których ta ocena była przeprowadzana (jedna ważna oferta).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i w odwołaniu oraz w ramach przystąpień do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz do postępowania odwoławczego, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp, jak również rozporządzeń wydanych na podstawie przepisów tej ustawy (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) i rozporządzenie 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 ze zm.)) w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Na dzień składania protestu i odwołania, biorąc pod uwagę zakres określonych w treści tych środków ochrony prawnej zarzutów, Odwołujący miał potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Przy tej okazji wskazać należało, że Izba nie mogła za Zamawiającego dokonywać oceny oferty Odwołującego biorąc pod uwagę określone w SIWZ inne kryteria oceny ofert poza ceną ofertową, wyłącznie w celu stwierdzenia, że określona ocena tej oferty skutkowałaby uzyskaniem przez tego wykonawcę najmniejszej liczby punktów. Powyższe stanowiłoby nieuzasadnione ograniczenie w dostępie do środków ochrony prawnej przez wykonawców i wskazywałoby na niewłaściwy kierunek interpretacyjny przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem i przedłożonej do wglądu Izby w oryginale

w toku rozprawy, w szczególności z ofert Odwołującego i Konsorcjum, postanowień SIWZ dokumentów uzupełnionych w trybie wezwań Zamawiającego oraz Sprawozdań finansowych firmy Rafko S.A. przedkładanych w wyniku wezwania Zamawiającego oraz przedłożonych przez Zamawiającego w toku rozprawy w formie wydruku z Monitora Polskiego. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej i pism składanych do Izby oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą powyższego rozstrzygnięcia podjętego przez Izbę było potwierdzenie się jednego z zarzutów podniesionych w odwołaniu, a dotyczącego bezpodstawności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i w skutek tego, odrzucenia jego oferty z powodu nie przedłożenia dokumentu potwierdzającego – zgodnie z postanowieniami SIWZ - zdolności ekonomicznej wykonawcy, tj. rachunku zysku i strat.

Jak wynika z treści oferty Odwołującego w załączniku J do oferty (str. 096-112) przedłożone zostały dokumenty wymagane w SIWZ (pkt 8.3 lit a – Części I – Instrukcja dla wykonawców), tj. rachunki zysku i strat jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. firmy RAFAKO S.A. wraz z opiniami biegłego rewidenta za lata 2006, 2007 i 2008. Same rachunki zysku i strat jako odrębne dokumenty nie były podpisane przez nikogo, a jedynie potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osobę składającą w imieniu Odwołującego się wykonawcy ofertę w postępowaniu. W wyniku żądania uzupełnienia w tym zakresie dokumentów, skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego w piśmie z dnia 25 stycznia 2010 r. Odwołujący przy piśmie z dnia 5 lutego 2010 r. przedłożył sprawozdania finansowe z pozostałymi częściami, obok rachunków zysku i strat, które zostały podpisane na ostatnich stronach przez członków zarządu i głównego księgowego (w ilości stron za rok 2008 - 71, za rok 2007 - 54, za rok 2006 – 57).

Zamawiający dodatkowo stwierdził rozbieżność w numeracji stron sprawozdania za rok 2006 (w rachunku zysku i strat przedłożonym wraz z ofertą było wskazanie, iż jest to strona 1 z 62, zaś przedłożone w wyniku uzupełnienia dokumentów sprawozdanie za rok 2006 liczyło 57 str.). W związku z powyższym wezwał Odwołującego do przedłożenia oryginału sprawozdania za rok 2006 i na tej podstawie stwierdził, że oryginał również nie posiada podpisu pod dokumentem rachunek zysku i strat.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe okoliczności nie mogły stać się podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Nieprawidłowym było uznanie przez Zamawiającego, że przedłożone w wyniku uzupełnienia dokumentu dokumenty sprawozdań finansowych, tak za rok 2006, jak i 2007 i 2008, nie są właściwymi dokumentami, ponieważ nie zostały one podpisane na każdej stronie - w tym co do żądanego w SIWZ rachunku zysku i strat - przez osoby wskazane w art. 52 ust. 2 ustawy o rachunkowości. Wskazany przepis nakazuje podpisanie sprawozdania finansowego przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, i kierownika jednostki, a jeżeli jednostką kieruje organ wieloosobowy przez wszystkich członków tego organu. Takie podpisy znajdują się na uzupełnionych w wyniku wezwania Zamawiającego dokumentach sprawozdań finansowych. Przywoływany przepis ustawy o rachunkowości nie wskazuje wprost na konieczność podpisywania wszystkich części (elementów) sprawozdania finansowego, czy też - tym bardziej - parafowania, albo również podpisywania wszystkich stron sprawozdania. Wywodzenie takiego obowiązku z praktyki, a także ze stanowiska jednego z komentatorów tej ustawy – zdaniem składu orzekającego Izby - nie może obciążać wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro bowiem taki obowiązek wprost przez przepis prawa nie został nałożony na przedsiębiorców, to w trybie ustawy Pzp nie można wymagać od wykonawcy przedłożenia części sprawozdania finansowego - dokumentu żądanego w tym przypadku przez Zamawiającego – rachunek zysku i strat – podpisanego odrębnie przez osoby wskazane w ustawie o rachunkowości. Żądanie takie niewynikające wprost z obowiązujących przepisów prawa z negatywnym skutkiem dla wykonawcy, polegającym na konieczności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, byłoby nadużyciem prawa. Stosowana ewentualnie w tym zakresie praktyka podpisywania wszystkich stron sprawozdania, części sprawozdania, czy też nawet poszczególnych elementów częściowych sprawozdania, jak zestawienia tabelaryczne, nie może świadczyć o konieczności wypełniania takich obowiązków (co do konieczności podpisów) w kontekście dokumentu sprawozdania finansowego przedkładanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie istotne jest, aby – zgodnie z art. 52 ust. 2 ustawy o rachunkowości - sprawozdanie finansowe było w ogóle podpisane, co w niniejszej sprawie Odwołujący potwierdził przedkładając w wyniku uzupełnienia dokumentów całość sprawozdania podpisanego przez osoby określone we wskazanym przepisie ustawy o rachunkowości.

Co do wątpliwości Zamawiającego dotyczących różnicy w ilości stron sprawozdania finansowego za rok 2006 przedłożonego w ofercie - w części (rachunek zysku i strat) i w wyniku uzupełniania dokumentów - w całości, Izba stwierdza, że wiarygodnym jest twierdzenie Odwołującego, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, że owa różnica wynika

z dwóch rodzajów sprawozdań przygotowywanych przez Spółkę RAFAKO S.A. – jednego w tysiącach złotych, a drugiego w złotych. Treść obydwu sprawozdań nie różniła się, a jedyna różnica w formie nie może dyskwalifikować przedłożonego dokumentu co do jego treści.

Tym samym też Izba uznała, że ze wskazanych powyżej powodów Odwołujący nie powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta nie powinna być odrzucona.

W pozostałym jednak zakresie skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu.

Co do zarzutu nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego – tj. oceny w sposób niezgodny ze wzorami określonymi w SIWZ, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. W przypadku bowiem dokonywania oceny jednej ważnej oferty złożonej w postępowaniu, tj. oceny polegającej na porównaniu w ramach określonych w SIWZ (pkt 19) kryteriów oceny ofert danych zawartych w ofertach podlegających ocenie, nie jest możliwe dokonanie porównania określonych danych w różnych ofertach – badanej i innej oferty z najkorzystniejszymi parametrami (danymi). W przypadku dokonywania przez Zamawiającego ponownej oceny ofert w wyniku niniejszego rozstrzygnięcia odwołania Zamawiający, dysponując już ewentualnie dwoma ważnymi ofertami, będzie mógł takiego porównania w ramach kryteriów oceny ofert dokonać. Na dzień dokonywania czynności ocenianej aktualnie przez Izbę Zamawiający nie mógł takiego porównania dokonać, stąd też słusznym było przyjęcie przez niego przyznania w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert maksymalnej ilości punktów dla jedynej oferty przez niego ocenianej.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Pzp przy dokonywaniu rozstrzygnięcia protestu Odwołującego poprzez jego bezzasadne odrzucenie w części zarzutów Izba uznała, że formalnie zarzut ten nie był podniesiony na etapie protestu stąd też z uwagi na treść art. 191 ust. 3 ustawy Pzp nie może podlegać rozpoznaniu przez Izbę.

Co do zarzutów dotyczących konieczności wykluczenia z udziału w postępowaniu i w efekcie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego Izba uznała również, iż zarzuty te nie były przedmiotem protestu. Protest złożony w tym zakresie przez Odwołującego był bowiem niedopuszczalny w świetle art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany do wzięcia udziału w postępowaniu

toczącym się w wyniku wniesienia protestu przez innego wykonawcę, który podnosi określone zarzuty, nie może następnie wnieść samodzielnie protestu, powołując się na te same okoliczności.

Bezsporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz Przystępującym Konsorcjum jest okoliczność, iż przedmiotem zarzutów podniesionych przez innego wykonawcę w postępowaniu, tj. Konsorcjum, którego lidem była firma REMAK-ROZRUCH S.A., była kwestia dotycząca niespełnienia przez Przystępujące Konsorcjum warunku udziału dotyczącego doświadczenia w zakresie roboty, której przedmiotem było wykonanie jednego kotła i jednego turbozespołu stanowiących łącznie jeden blok energetyczny o mocy kotła od 30 do 70 ton pary/h. Protest taki został złożony do Zamawiającego w dniu 2 marca 2010 r. i w tej dacie została jego kopia przekazana Odwoływającemu. Protest Odwoływającego odnoszący się również do tego samego zarzutu, w którym Odwołujący podniósł te same okoliczności, został złożony do Zamawiającego w dniu 3 marca 2010 r., zatem w następstwie poinformowania o proteście innego wykonawcy i w wyniku wezwania Zamawiającego, o którym mowa w art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. Bez znaczenia dla oceny sytuacji Odwoływającego w tym przypadku, biorąc pod uwagę bezwzględne i jednoznaczne brzmienie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, jest okoliczność, iż zawiadomienie o proteście dotarło do Odwoływającego o godz. 15.10, tj. – jak twierdzi Odwołujący - po jego godzinach pracy. Zawiadomienie to należy traktować w kategoriach oświadczenia woli w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, które to oświadczenie jest przekazywane przez Zamawiającego wykonawcy. Tym samym wywoływało ono skutki z w chwili jego złożenia drugiej stronie w taki sposób, aby ta druga strona miała potencjalną możliwość zapoznania się z tym oświadczeniem. W ocenie Izby Odwołujący do popołudnia dnia następnego po skierowaniu do niego wezwania przez Zamawiającego, kiedy to złożył swój odrębny protest dotyczący również wskazanych okoliczności, miał możliwość zapoznania się z przekazaną mu informacją i uwzględnienia tej okoliczności w treści składanego samodzielnie protestu. Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący nie był w tym zakresie pozbawiony możliwości obrony swoich praw wynikającej z tytułu środków ochrony prawnej, z czego skorzystał zresztą składając w dniu 4 marca 2010 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez REMAK – ROZRUCH i wnosząc o uwzględnienie w tym zakresie tego protestu. Od rozstrzygnięcia tego protestu przez Zamawiającego nie złożył jednak odrębnego odwołania do Prezesa UZP, stąd też zarzut dotyczący Przystępującego został oddalony przez Zamawiającego w sposób ostateczny w drodze rozstrzygnięcia protestu REMAK-ROZUCH.

Mając powyższe na uwadze Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp orzekła jak w sentencji, uznając jednocześnie, że potwierdzenie się jednego z zarzutów dotyczącego bezpodstawności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego miało wpływ na wynik postępowania. Izba uznała, że dokonywanie przez skład orzekający Izby oceny ofert pod względem wszystkich kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ obok ceny, wobec braku takiej oceny przez Zamawiającego w tym zakresie co do oferty Odwołującego byłoby nieuprawnioną czynnością Izby. Stąd też konieczne jest dokonanie ponownej czynności badania i oceny ważnych ofert w postępowaniu przez samego Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....