

Sygn. akt: KIO 1112/14

WYROK

z dnia 12 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Katarzyna Brzeska

Protokolant:

Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 czerwca 2014 r. przez **wykonawcę AWBUD S. A. z siedzibą w Fugasówce (Ogrodzieniec)** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. w Wągrowcu**

przy udziale **ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Budzynie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę AWBUD S. A. z siedzibą w Fugasówce (Ogrodzieniec) i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę AWBUD S. A. z siedzibą w Fugasówce (Ogrodzieniec)** tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od **wykonawcy AWBUD S. A. z siedzibą w Fugasówce (Ogrodzieniec)** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. w Wągrowcu** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. w Wągrowcu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Kontynuacja Budowy Zakładu Zagospodarowania Odpadów Nowe -Toniszewo - Kopaszyn*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 marca 2014 r. pod numerem 2014/S 058-096624.

Wykonawca AWBUD S. A. z siedzibą w Fugasówce (Ogrodzieniec) (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 2 czerwca 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ATA Technik Sp. z o.o. S. K. A. i naruszenia tym samym art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ATA - Technik Sp. z o.o. S. K. A.;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ATA - Technik Sp. z o.o. S. K. A. z uwagi na niewniesienie przez tego wykonawcę wadium w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ATA - Technik Sp. z o.o. S. K. A., z uwagi na niespełnienia warunku zdolności finansowo-ekonomicznej.
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ATA - Technik Sp. z o.o. S. K. A., z uwagi na niespełnienie warunku wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A.;
- 2) wykluczenia ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania;
- 5) wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. na skutek błędnego uznania, że oferta w. w. wykonawcy była zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej również „SIWZ”);
- 6) zaniechanie wezwania wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. do uzupełnienia dokumentu ubezpieczenia oraz wykazu osób dedykowanych do realizacji zamówienia w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 7) zaniechanie wykluczenia wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu wniesienia nieprawidłowej gwarancji ubezpieczeniowej.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności faktyczne:

W ocenie Odwołującego zaoferowany przez wykonawcę ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. separator opto-pneumatyczny Pellenc Mistral M2800T NIR nie spełnia wymogów opisanych w SIWZ (a ściślej w Wykazie urządzeń technologii zakładu stanowiącym załącznik nr 12 do SIWZ). Według pkt 6 załącznika nr 12 do SIWZ separator optyczny (3-frakcyjny) miał być wyposażony w skaner, zapewniający jednoczesne skanowanie całej szerokości przenośnika. Jak wskazał Odwołujący w judykaturze sądów powszechnych oraz administracyjnych silnie akcentowana jest ranga języka powszechnego jako źródła znaczenia wyrażen tekstów prawnych. Rangę języka powszechnego wyraża formułowane domniemanie: „tak daleko jak to jest możliwe, nadajemy zwrotom prawnym znaczenie występujące w języku potocznym.” (Wyrok NSA z dnia 11 marca 2003r., sygn. I SA/Bd 164/03, POP 2003/5/141). Jest to – jak zaznaczył Odwołujący - tzw. dyrektywa języka potocznego. Grupę narzędzi służących do ustalania znaczenia „potocznego” stanowią zwłaszcza słowniki językowe. Według Odwołującego urządzenie separator opto-pneumatyczny Pellenc Mistral M2800T NIR nie skanuje w tym samym czasie całego przenośnika, a jedynie jego część (w tym samym momencie cały przenośnik nie jest skanowany). Rozwiązanie urządzenia oferowanego przez wykonawcę ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. nie spełnia tego wymogu, gdyż używa odchylanego lustra do skanowania całej szerokości przenośnika, a następnie multipleksuje sygnał, co widać w oficjalnych materiałach producenta. Brak jest równocześnie – w ocenie Odwołującego - podstaw do poprawienia

zaistniałej nieprawidłowości w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ich ewentualne poprawienie nie mogłoby bowiem nastąpić bez uzyskania wyjaśnień ze strony wyłonionego wykonawcy a nadto spowodowałyby zniekształcenie treści oświadczenia woli, zawartego w jego ofercie (co naruszałoby art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a jednocześnie oznaczałoby konieczność odrzucenia oferty w powołaniu na art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Nadto, zaferowanie przez wykonawcę ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. urządzeń niezgodnych z SIWZ było – w ocenie Odwołującego - wynikiem działania zamierzonego i umyślnego, a nie wynikiem omyłki. Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w ocenie Odwołującego wykonawca ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. złożył gwarancję ubezpieczeniową, która nie zabezpieczała prawidłowo oferty. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt VIII.5. SIWZ (str. 23 SIWZ), z treści gwarancji powinno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w okresie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Gwarancja ubezpieczeniowa wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. obejmowała natomiast zobowiązanie gwaranta do wypłaty wadium zgodnie z wymogami SIWZ. Zgodnie zaś z utrwalonym orzecznictwem KIO postanowienia SIWZ wskazujące na wymagane przez Zamawiającego warunki wadium nie mogą być traktowane wyłącznie jako instrukcyjne, ale stanowią wytyczne, które wykonawcy zobowiązani są zachować, a „wadium nieodpowiadające treści SIWZ, nie jest wadium określonym w art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Inne rozumienie tego przepisu oznaczałoby nierówne traktowanie uczestników postępowania przetargowego" (tak KIO w wyroku z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt KIO 366/13). Odwołujący wskazał, że składana gwarancja wadialna musiała zawierać albo nawiązanie do dwóch wskazanych przepisów, albo opisowo wymieniać przesłanki zatrzymania wadium w nich wymienione, albo w sposób ogólny odsyłać do wszystkich podstaw zatrzymania wadium, jakie ustawa Pzp przewiduje (podobnie zob. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2013 r., KIO 1413/13). Gwarancja, która zawiera jedynie odwołanie do SIWZ jest wadliwa, a co za tym idzie nie zabezpiecza prawidłowo oferty wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że dokumenty opracowywane przez każdą ze stron będą czytelne i konsekwentne, zaś składana przez wykonawcę oferta, składające się na nią dokumenty - będą odpowiadały wymaganiom stawianym w SIWZ. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający był zatem zobowiązany do wykluczenia wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. z postępowania.

Brak odrzucenia oferty wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. z mocy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp narusza przywołany przepis.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący zauważył, że wykonawca ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. złożył polisę ubezpieczeniową, z której nie wynika, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 30 mln zł (pkt VI. 1.4. str. 20 SIWZ). Tymczasem polisa OC wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. obejmowała nie działalność gospodarczą związaną z przedmiotem zamówienia, a przedmiot zamówienia. Celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. Odwołujący podzielił w tym zakresie wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (tak: wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO 2512/10; wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10; wyrok z dnia 21 maja 2010r. sygn. akt: KIO/UZP 814/10; wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; wyrok z dnia 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09). Dla żądania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla wykonania przedmiotu umowy, zamawiający powinien sformułować stosowane wymagania umowne lub inne postanowienia SIWZ, które zobowiążą wybranego wykonawcę do zawarcia stosowanej umowy ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO/UZP 62/12; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1206/10). Celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem : (1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.); (2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich

sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11). Poza wszelkim sporem jest, że inne warunki ma polisa OC obejmująca cały przedmiot działalności danego wykonawcy (znacznie bardziej rygorystyczne zasady ubezpieczenia), a inne polisa OC obejmująca realizację wyłącznie jednego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Na podstawie polisy OC, która obejmuje wyłącznie ubezpieczenie przetargu nie sposób zweryfikować, czy wykonawca ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. spełnia wymogi w zakresie zdolności finansowo-ekonomicznej. Treść tego dokumentu – w ocenie Odwołującego - sugeruje, że została ona wystawiona wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania (świadczą o tym zasady płatności składki - składka 500,00 zł płatna przed terminem składania ofert, druga składka w wysokości 17.500,00 zł płatna po terminie składania ofert; sformułowanie: „Niniejsza polisa OC jest polisą dedykowaną pod kontrakt i dotyczy wyłącznie prowadzenia czynności wykonawczych w jego ramach”). Oznacza to, że ubezpieczyciel nie badał tzw. zdolności ubezpieczeniowej wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. w zakresie całej działalności gospodarczej. Co więcej, złożona do oferty polisa OC na kwotę 20.000.000,00 zł (wystawiona przez ERGO HESTIA) sugeruje, że ubezpieczyciel nie może ubezpieczyć wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. na wyższą kwotę. Dodatkowo Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował kierownikiem robót elektrycznych (1 osoba) posiadającym wykształcenie wyższe, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń bądź też odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, doświadczenie w montażu urządzeń sterowania procesami technologicznymi sortowni odpadów komunalnych (pkt VI. 1.3.e - str. 19 SIWZ). W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawca ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. wskazał Pana K. K.. Jego zakres uprawnień określiła następująco: „Uprawnienia budowlane bez ograniczeń nr UAN-8435/1097/87 z dnia 04.05.1987 r. -uprawnienia budowlane projektanta i kierownika budowy robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych”. Jak zauważył Odwołujący uprawnienia Pana K. K. obejmują jedynie zakres instalacji elektrycznych, a nie instalacji oraz sieci elektrycznych. Do oferty nie została dołączona interpretacja uprawnień Pana K. K., dokonana przez Okręgową Izbę Inżynierów

Budownictwa, w której wprost byłoby stwierdzone, że Pan K. K. posiada uprawnienia również w zakresie sieci elektrycznych. Ponadto Odwołujący dodał, że w wyroku KIO z dnia 29 sierpnia 2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1737/11, Izba uznała (na gruncie uprawnień budowlanych w zakresie instalacji elektrycznych wydanych pomiędzy 1975 r. a 1989 r. - a takie uprawnienia posiada Pan K. K.), że: „W treści uprawnień przedłożonych przez odwołującego z dnia 19 kwietnia 1988 r. wydanych przez Urząd Wojewódzki w Skierniewicach wskazano wyłącznie instalacje elektryczne z pominięciem sieci. Uprawnienia budowlane nadawane w okresie od dnia 1 kwietnia 1975 r. do dnia 12 stycznia 1989 r. przez wojewodów w formie stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w specjalności instalacyjno - inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych - nie obejmowały sieci elektrycznych. Dopiero od 13 stycznia 1989 r. wojewodowie otrzymali prawo do nadawania uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjno - inżynieryjnej w zakresie sieci elektrycznych. Zgodnie z § 13 ust. 3 wskazanego powyżej rozporządzenia z dnia 20 lutego 1975 r. jedynie zakłady pracy posiadały uprawnienia do stwierdzenia uprawnień budowlanych w zakresie sieci elektrycznych. Znajduje to potwierdzenie w treści rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988 r., zmieniającego rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1988 r., Nr 42, poz. 334), w którym w § 2 stwierdza się, iż: »Osoby, które przed dniem wejścia w życie rozporządzenia pełniły samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w zakresie sieci gazowych i elektrycznych na podstawie stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego, dokonanego przez zakład pracy, zachowują prawo do ich pełnienia w tych zakładach przez 6 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia«. Podsumowując za orzecznictwem KIO, Odwołujący wskazał, że z obowiązujących w momencie nadania uprawnień przepisów wynika, że w dniu 19 kwietnia 1988 r. możliwe było stwierdzenie przez zakład pracy uprawnień osoby w zakresie robót w specjalności sieci elektrycznych. Nie były to więc uprawnienia o najszerszym przedmiotowo zakresie branży elektrycznej, jakie można było w dacie wydania decyzji o nadaniu uprawnień uzyskać. Uprawnienia te w szczególności nie obejmują sieci elektrycznych, a co za tym idzie stanowią uprawnienia nieodpowiadające obecnie wydawanym uprawnieniom w specjalności elektrycznej bez ograniczeń". Co istotne i zasługuje na szczególne podkreślenie, także Wojewódzkie Sądy Administracyjne uznają, że uprawnienia budowlane do instalacji elektrycznych nie obejmują sieci elektrycznych. Uprawnień tych nie modyfikuje rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988 r., zmieniające rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. W wyroku WSA w Warszawie z dnia 7 listopada 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1321/08, czytamy, że: „z kolei zapis § 2 rozporządzenia nowelizującego z 1988r. wskazuje, że uprawnienia w zakresie sieci

elektrycznych nie mieściły się w specjalności instalacyjno -inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych i były nadawane przez zakłady pracy jako uprawnienia nie określone dla kompetencji wojewodów (...) Reasumując uprawnienia stwierdzone decyzją z dnia [...]05.1980 r. wynikają z zapisu rozporządzenia wykonawczego z dnia 20.02.1975 r. i tak też winny być interpretowane, zaś nie mogą być - jak chciałby skarżący - dostosowane do zapisów rozporządzenia nowelizującego z 1988 r., kształtującego stan prawny począwszy od 13.01.1989 r.". Zaistniały zatem przesłanki do wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (por. min. wyrok KIO z dnia 25 lutego 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 108/08 - „Złożenie dokumentu wskazującego na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p; wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 603/10"). Nie ulega także wątpliwości, że instytucja wezwania do uzupełnienia dokumentacji jest instytucją obligatoryjną. Taką konkluzję można wywieść zarówno z konstrukcji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym brak jest takich sformułowań jak „może" czy Jest uprawniony do", jak i z szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO w wyroku z dnia 29 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2505/10; w wyroku z dnia 26 sierpnia 2010 r. w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1748/10, 1749/10; w wyroki z dnia 7 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1819/10). Odwołujący podkreśla w tym miejscu, że to do obowiązków Zamawiającego jako gospodarza postępowania, należy szczegółowe określenie jakich dokumentów brak jest we wniosku lub które trzeba uzupełnić. Zastosowanie przez Zamawiającego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wymagało wezwania do złożenia wszystkich brakujących dokumentów, (tak ZA w wyroku z dnia 9 czerwca 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1256/05). To Zamawiający w wezwaniu określa jakich dokumentów we wniosku brakuje lub jakie nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 14 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 826/09). Jego bezwzględnym obowiązkiem jest zawsze dokładne opisanie dlaczego uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Wezwania nie czyniące zadość takim wymogom nie wywołują skutku prawidłowego wezwania do złożenia dokumentu (zob. wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1971/09, KIO/UZP 1980/09). Zatem – w ocenie Odwołującego - Zamawiający z sobie tylko znanych powodów, zaniechał obligatoryjnego wezwania wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. do uzupełnienia omawianych dokumentów.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 ustawy Pzp Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych

przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych (por. wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2011 r., KIO 1771/11). Jeśli Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, nie mając pewności, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie podlega odrzuceniu, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji (tak np. KIO w wyroku z dnia 18 kwietnia 2011 r., KIO 733/11) W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dokonał wyboru oferty, która była niezgodna z SIWZ, a nadto została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania. W ocenie Odwołującego bez znaczenia jest, czy brak odrzucenia oferty wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. był efektem niedopatrzenia czy brakiem pewności Zamawiającego, bo w każdej z tych sytuacji, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę AWBUD S. A. z siedzibą w Fugasówce (Ogrodzieniec).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 3 czerwca 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6

czerwca 2014 r.) wykonawcy ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Budzynie (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Opis przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 12 – Wyciąg z SIWZ:

Pkt 8 Separator optyczny (3-frakcyjny) – Skaner – zapewniający jednoczesne skanowanie całej szerokości przenośnika.

Rozdział VI „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”:

Pkt 1.O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

Ppkt 4) Sytuacji ekonomicznej i finansowej:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

c) posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 30 mln zł.

Rozdział VII „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie powinni złożyć Wykonawcy do oferty”:

Pkt 1.2 W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, Zamawiający żąda złożenia m. in. następujących dokumentów:

Ppkt 7) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony z tytułu odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Pkt 3. Inne dokumenty:

2) W zakresie potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć:

- a) Wypełniony załącznik nr 8 do SIWZ. Oświadczenie Producenta/Dostawcy;
- b) Wypełniony załącznik nr 9 do SIWZ. Wykaz głównych parametrów techniczno-technologicznych kompostowni stabilizacji tlenowej w bioreaktorach;
- c) Karty katalogowe lub specyfikacje techniczne producenta potwierdzające, że oferowane urządzenia i maszyny spełniają wymagania parametrów techniczno-użytkowych, jakie zostały określone w załącznikach nr 12 i nr 11 do SIWZ;
- d) Zdjęcia lub foldery obrazujące oferowane urządzenia i maszyny wymienione w załącznikach nr 12 i nr 11;
- e) Wykaz punktów serwisowych, które mogą świadczyć obsługę dostarczanych urządzeń i maszyn wymienionych w załącznikach nr 12 i nr 11;
- f) Wypełniony wykaz parametrów maszyn wg załącznika nr 17.

W niniejszym postępowaniu ofertę złożył m. in. wykonawca ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Budzynie.

Zamawiający pismem z dnia 20 maja 2014 r. wezwał wykonawcę ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Budzynie o wyjaśnienie treści oferty, w związku z wniesioną informacją o nieprawidłowościach dotyczących właściwości technicznych urządzeń technologicznych budowanego Zakładu. Wykonawca składający informację wskazał na niezgodności parametrów separatora optycznego i rozdrabniacza, jakie ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Sp. K.A przedstawił w swojej ofercie w stosunku do parametrów wymaganych w SIWZ. Wyjaśnienie wraz z dokumentami (jeżeli wykonawca uważa, że argumenty wyjaśniające należy dodatkowo udokumentować) należy dostarczyć do Zamawiającego do dnia 23.05.2014r. do godziny 11:00 w formie poczty elektronicznej w formacie pdf lub faxem, a następnie przysłać pismem.

Wykonawca ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Sp. K.A pismem z dnia 21 maja 2014 r. złożył stosowne wyjaśnienia. W ocenie wykonawcy system skanowania Peilenc Selectw Technologies gwarantuje skanowanie całej szerokości taśmy przenośnika przyspieszającego, Konstrukcja skanera zapewnia pozyskiwanie danych z całej szerokości taśmy bez występowania luk w momencie detekcji. Linie pomiarowe następują po sobie bez występowania przerw w detekcji, zgodnie z prędkością przenośnika przyspieszającego. Technologia Peilenc Selectrve Technologies zapewnia połyskiwanie całego spektrum, co odpowiada 256 kanałom dla spektrometru przemysłowego wysokiej jakości. Pozyskiwanych jest 100 000 spektrów na sekundę, co stanowi więcej niż 25 000 000 punktów pomiarowych na sekundę i jest zgodne ze Specyfikacją. Ponadto wraz z wyjaśnieniami złożył stosowne

oświadczenie producenta z dnia 21 maja 2014 r. wyjaśniające, m. in. iż system skanowania Pellenc Selective Technologies gwarantuje skanowanie całej szerokości taśmy przenośnika przyspieszającego. Konstrukcja skanera zapewnia pozyskiwanie danych z całej szerokości taśmy bez występowania luk w momencie detekcji. Linie pomiarowe następują po sobie bez występowania przerw w detekcji, zgodnie z prędkością przenośnika przyspieszającego.

Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Budzynie w dniu 23 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba oceniając zarzut - zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - dotyczący niezgodności treści oferty z SIWZ – uznała, że zarzut Odwołującego nie potwierdził się. Krajowa Izba Odwoławcza dokonując oceny stanu faktycznego wzięła pod uwagę następujące okoliczności.

Po pierwsze Izba oceniając zasadność postawionego zarzutu wzięła pod rozwagę argumentację przedstawioną przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienia - skierowane do wykonawcy ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Budzynie – oparte było na wątpliwościach i zarzutach ze strony Odwołującego. Powyższe wezwanie Zamawiający skierował do wykonawcy ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Budzynie z ostrożności, z uwagi na stanowisko wyrażone w piśmie Odwołującego.

Po drugie Izba zwróciła uwagę, że złożone przez Odwołującego odwołanie w niniejszej sprawie oparte jest wyłącznie na wezwaniu Zamawiającego o wyjaśnienia (pismo Zamawiającego z dnia 20 maja 2014 r.). Wątpliwości Odwołującego stanowiło wyłącznie stwierdzenie zawarte w oświadczeniu producenta, z którego to oświadczenia nie wynikała – według Odwołującego - istota wymogu postawionego przez Zamawiającego, czyli wymogu jednoczesnego skanowania. Jednak wykonawca Odwołujący się zarówno w odwołaniu, jak również na rozprawie nie wskazał dokładnie – w którym miejscu – oferta złożona przez Przystępującego jest niezgodna z SIWZ.

Po trzecie – Izba dokonując oceny czynności dokonywanych przez Zamawiającego w toku postępowania – wzięła pod uwagę oświadczenia wykonawcy ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Budzynie, zawarte w załączniku nr 8 i 12, które należało złożyć wraz z ofertą. Z oświadczeń tych wynikało – co było przedmiotem oceny Zamawiającego – że

oferowane urządzenia spełniają wymagania SIWZ (załącznik nr 12, str. 321 oferty) oraz oświadczenie, że skaner zapewnia jednoczesne skanowanie całej szerokości przenośnika (pkt 14 załącznika nr 8, str. 344 oferty).

Po czwarte w ocenie Izby dodatkowo jakiegokolwiek wątpliwości rozwiła oświadczenie z dnia 10 czerwca 2014 r. złożone przez Zamawiającego na rozprawie, z którego wynikało, że *„urządzenie separator opto-pneumatyczny typu MISTRAL M2800T NIR zaoferowany firmie ATA -TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w ramach realizacji zadania pod nazwą „Kontynuacja budowy zakładu zagospodarowania odpadów Nowe-Tomiszewo-Kopaszyn” (Nr ogłoszenia o zamówieniu 2014/S 058-096624 z dnia 22 marca 2014r. Znak MSOK. ZP. 271. 1. 2014) spełnia warunek wyposażenia w skaner, zapewniający jednoczesne skanowanie całej szerokości przenośnika (wymóg Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, załącznik nr 12 do SIWZ - Wykaz urządzeń technologii zakładu). Efekt ten uzyskiwany jest dzięki zastosowaniu dwóch niezależnych luster obejmujących zakresem swego działania łącznie całą szerokość przenośnika. W przypadku realizacji przez firmę ATA -TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. tego zadania i zlecenia nam dostawy zaoferowanego urządzenia zapewniamy, że będzie ono w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ”.*

Ponadto należy zgodzić się z Przystępującym, że oświadczenie z dnia 21 maja 2014 r. złożone na wezwanie Zamawiającego nie wskazuje w sposób jednoznaczny, że oferta Przystępującego w spornym zakresie jest niezgodna z SIWZ, a jak wskazano powyżej jakiegokolwiek wątpliwości w tej materii rozwiewa oświadczenie producenta z dnia 10 czerwca 201 r. złożone na rozprawie w dniu 11 czerwca 2014 r.

Odnosząc się do przedłożonej na rozprawie przez Odwołującego opinii z dnia 9 czerwca 2014 r. *„Analiza rozwiązania systemu skanowania separatora Pellenc mistral NIR pod kątem jednoczesnego skanowania całej szerokości przenośnika”*, opracowanej przez Pana W. H., Izba uznała, że powyższa opinia sporządzona na zlecenie Odwołującego nie podlega ocenie jako dowód z opinii biegłego, a jedynie może być potraktowana przez Izbę jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez Odwołującego. Opinia taka jako dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2001 r., sygn. akt I PKN 468/00, oraz wyrok z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt I CSK 199/09).

Krajowa Izba oceniając złożone dowody wzięła pod uwagę głównie okoliczność, t.j. jakie dokumenty i oświadczenia należało złożyć wraz z ofertą, gdyż w ocenie Izby złożone dokumenty wraz z ofertą i jej treść podlegały ocenie Zamawiającego (gdyż tych dokumentów wymagał Zamawiający), a Odwołujący się nie wykazał, gdzie owa niezgodność treści oferty Przystępującego z SIWZ – jak twierdził - wynika ze złożonych przez niego dokumentów wraz z ofertą. Ponadto w ocenie Izby złożone przez Odwołującego dokumenty – dowody – opinia pn. „*Analiza rozwiązania systemu skanowania separatora Pellenc mistral NIR pod kątem jednoczesnego skanowania całej szerokości przenośnika*”, analiza urządzeń Pellenc (str. 10 opisująca sposób skanowania urządzeń Pellenc) wraz z tłumaczeniem str. 10 tej analizy, wyciąg z patentu wraz z tłumaczeniem odpowiedniej jego części potwierdzające sposób skanowania i brak jednoczesności skanowania, - nie odnoszą się do przedmiotu, który ma być zaoferowany przez wykonawcę ATA -Technik Sp. z o.o. S. K. A. z siedzibą w Budzyniu w niniejszym postępowaniu. Wobec powyższego w ocenie Izby nie można oprzeć twierdzenia Odwołującego wyłącznie na oświadczeniu z dnia 21 maja 2014 r.

W ocenie Izby odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy, gdyż – zgodnie z przyjętą regułą - przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie może – odrzucając ofertę – opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim – w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty – spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia.

Ponadto niewywiązanie się przez wykonawcę z zobowiązania zawartego w treści oferty skutkuje innymi konsekwencjami w postaci np. zapłaty kar umownych czy też innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa. Czym innym jest etap badania i oceny ofert, którego to Zamawiający dokonuje w oparciu o wymagane oświadczenia czy też dokumenty, a czym innym jest etap realizacji zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza badając czynności podjęte przez Zamawiającego pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp dokonuje oceny tych czynności w granicach przedmiotowego postępowania oraz postawionych w nim wymagań, co do żądanych dokumentów oraz składanych oświadczeń.

Dodatkowo odnosząc się do wniosku Odwołującego o powołanie biegłego, Odwołujący – co zostało wskazane powyżej – nie wskazał która część oferty Przystępującego jest niezgodna z SIWZ, a wskazana przez niego strona 337 oferty

Przystępującego wskazuje jedynie wykaz miejsc użytkujących separator optyczny, wobec powyższego w ocenie Izby należało wniosek dowodowy o powołanie biegłego oddalić, gdyż w zaistniałym stanie faktycznym nie ma wymogu uzyskania wiadomości specjalnych, a istotą rozstrzygnięcia jest analiza dokumentów złożonych wraz z ofertą, które to dokumenty miały być poddane analizie pod kątem zgodności oferty z SIWZ w spornym zakresie. Brak wskazania przez Odwołującego konkretnej niezgodności oferty (strony oferty wskazującej na jej niezgodność z SIWZ) uniemożliwia Izbie – jak również biegłemu – ocenę w jakim zakresie i czy w ogóle owa niezgodność miała miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej – t.j. złożonej przez Przystępującego polisy należy zgodzić się z Zamawiającym, że skoro Zamawiający nie wymagał złożenia polisy w zakresie wszystkich dziedzin takiego ubezpieczenia (t.j. w pełnym zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej) to nie ma obowiązku złożenia takiej polisy w pełnym zakresie – jak twierdzi Odwołujący. Złożona przez Przystępującego polisa związana jest z przedmiotem zamówienia oraz została opłacona na dzień składania ofert. Analogiczne stanowisko wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt X Ga 213/11, w którym stwierdzono, iż *„w ramach powyższego zagadnienia wskazać należy, iż w ocenie Sądu Okręgowego związek przedmiotowy został wykazany w polisach poprzez odwołanie się do konkretnego zamówienia publicznego, zaś posłużenie się dokładnym sformułowaniem użytym przez zamawiającego pozostaje w tym stanie rzeczy bez znaczenia, bowiem istnieje ubezpieczenie w całości pokrywające się z przedmiotem zamówienia publicznego. Zauważyć trzeba, iż wymogiem stawianym przez Zamawiającego było posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przede wszystkim podkreślenia wymaga okoliczność, że zamawiający w stawianych warunkach nie wymagał, aby wykonawca posiadał ubezpieczenie obejmujące swym zakresem wszystkie dziedziny, w ramach których spółka prowadzi działalność gospodarczą – wymogiem było powiązanie przedmiotowe z przedmiotem zamówienia i zdaniem Sądu warunek ten został spełniony (...)*”. Wobec powyższego powyższy zarzut – w ocenie Izby - również należało oddalić.

Odnosząc się jeszcze do zarzutu Odwołującego dotyczącego złożonej przez Przystępującego gwarancji wadialnej, w ocenie Izby powyższy zarzut również nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Nie można zgodzić się z postawionym przez Odwołującego zarzutem, że złożona gwarancja, zawiera jedynie odwołanie do SIWZ, zatem jest wadliwa, a co za tym idzie nie

zabezpiecza prawidłowo oferty wykonawcy ATA-Technik Sp. z o.o. S.K.A. Krajowa Izba Odwoławcza dokonując analizy postawionego zarzutu wzięła pod uwagę treść złożonej gwarancji. Z § 1 „Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium”, nr PO/00591216/2014 z dnia 29 kwietnia 2014 r. wynika, że jest ona nieodwoalna i bezwarunkowa. Ponadto z § 5 ust. 2 tej gwarancji wynika, że opisane zostały wszystkie przesłanki zatrzymania wadium, dlatego też nie można zgodzić się z Odwołującym, że nie odniesiono się do przesłanek zatrzymania wadium zawartych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia, powyższy zarzut – zgodnie ze złożonym przez Odwołującego oświadczeniem – został przez niego cofnięty, zatem nie był on przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W konsekwencji mając na względzie wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....