

WYROK
z dnia 17 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Agnieszka Bartczak-Żuraw
Emil Kawa

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2012 r. przez wykonawcę **Sweco Hydroprojekt sp. z o.o. w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **DHV Hydroprojekt sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **DHV Hydroprojekt sp. z o.o. w Warszawie** w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wezwanie wykonawcy **DHV Hydroprojekt** do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt IV. 2 i IV. 3, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu**:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sweco Hydroprojekt sp. z o.o. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **Sweco Hydroprojekt sp. z o.o. w Krakowie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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. 113, 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

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

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „opracowanie dokumentacji technicznej wraz z wykonaniem usług towarzyszących dla przedsięwzięcia pn. Opracowanie uzupełniającej dokumentacji projektowej, aktualizację dokumentacji posiadanej przez Zamawiającego, sporządzenie przedmiarów robót, kosztorysów inwestorskich oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania Budowa stopnia wodnego Malczyce, zgodnie z załączonym Przedmiotem Zamówienia (PZ), stanowiącym integralną część umowy jako zał. Nr 1”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 101-168583 w dniu 30 maja 2012 r.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę DHV Hydroprojekt sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „Przystępującym”, zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Przystępującego, zaniechania czynności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie wobec zaniechania czynności unieważnienia postępowania wykonawca Sweco Hydroprojekt sp. z o.o. w Krakowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł w dniu 7 września 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4. art. 90 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 2) wykluczenia z postępowania Przystępującego,
 - 3) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najtańszej,
- alternatywnie,
o nakazanie unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Przystępujący próbował wykazać, że będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innego podmiotu, którym jest Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, al. Kasztanowa 18-20. Wywodził, że wykonawca, który wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotu trzeciego zobowiązany jest udowodnić

zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a jeżeli dowodem takim jest wymienione przykładowo w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu trzeciego, to musi ono jednoznacznie wskazywać co najmniej charakter, zakres i okres udostępnienia zasobów, co wprost wynika z przepisu. Wywodził, że z zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika że zasoby zostały udostępnione przystępującemu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Ponadto, podmiot trzeci nie wskazał w jaki sposób zamierza oddać zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia do dyspozycji Przystępującego.

W konsekwencji Odwołujący podniósł, że przystępujący nie wykazał, że będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innego podmiotu, a ponieważ nie wykazał, że sam tymi zasobami dysponuje, nie wykazał tym samym spełniania określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W konsekwencji Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a nie wykluczając go z postępowania, lecz wybierając złożoną przez niego jego ofertę jako najkorzystniejszą, Zamawiający naruszył wskazany wyżej przepis oraz przepis art. 91 ust. 1 ustawy.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że cena oferty złożonej przez Przystępującego (25.843.653,00 zł) stanowi 43,9% wartości zamówienia powiększonej o VAT (58.904.248,29 zł), oraz 44,2% ceny oferty złożonej przez Odwołującego (58.533.240,00 zł). W tej sytuacji, nie przesądzając, czy cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający obowiązany był wszcząć procedurę opisaną w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy mającą na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w szczególności w sytuacji, gdy inni wykonawcy zamierzający złożyć ofertę, lub którzy złożyli ofertę, jak Odwołujący, musieli uwzględnić w cenie oferty koszt nabycia autorskich praw majątkowych od Przystępującego do dokumentacji projektowej będącej w posiadaniu Przystępującego, praw niezbędnych do wykonania aktualizacji tej części dokumentacji, co wprost wynika z postanowienia § 14 ust. 3 wzoru umowy będącego załącznikiem nr 2 do SIWZ (ze zmianą wprowadzoną przez Zamawiającego pismem z dnia 11 lipca 2012 r.) a nie uczynił tego Przystępujący, co wprost wynika z treści pisma Przystępującego do Odwołującego z dnia 16 lipca 2012 r.

Uzasadniając zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący przywołał treść § 14 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do wzoru umowy,

który przewidywał, że Wykonawca zobowiązany jest uzyskać przeniesienie autorskich praw majątkowych do dokumentacji będącej obecnie w posiadaniu Zamawiającego (...). Przywołał wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ kierowane przez wykonawców do Zamawiającego na tle ww. postanowienia wzoru umowy, jak również odpowiedzi nr 1, 2, 3 jakie kierował do wykonawców odpowiadając na wspomniane pytania. Wskazał, że udzielając odpowiedzi nr 2 na pytanie Odwołującego ujawnił jego firmę czym naruszył art. 38 ust. 2 ustawy Pzp. Przywołał korespondencję jaką wymienili pomiędzy sobą Odwołujący i Przystępujący, a której celem było ustalenie warunków umowy przedwstępnej nabycia przez Odwołującego od Przystępującego autorskich praw majątkowych do dokumentacji.

W oparciu o powyższe Odwołujący wywodził, że Zamawiający w sposób wadliwy przygotował przedmiotowe postępowanie, prowadził je bez zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. Przystępującego oraz innych wykonawców, w tym Odwołującego. W tej sytuacji Zamawiający obowiązany był unieważnić postępowanie i uporządkować swe stosunki z Przystępującym w zakresie majątkowych praw autorskich do dokumentacji, która miała być aktualizowana, lub co najmniej przedłużyć termin składania ofert w celu dania sobie i Przystępującemu czasu na uporządkowanie tych stosunków. Tymczasem Zamawiający kontynuował postępowanie i dopuścił nie tylko do składania ofert, których ceny z oczywistych powodów są nieporównywalne (tj. porównywalne są z matematycznego punktu widzenia, natomiast obejmują różny zakres wyceny), ale wybrał najkorzystniejszą ofertę w sytuacji, gdy Przystępujący był i jest w zdecydowanie uprzywilejowanej pozycji.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ wraz z odpowiedziami Zamawiającego, korespondencję jaką prowadził Przystępujący z Odwołującym, ofertę Przystępującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania a także dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty okazały się zasadne.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do postanowienia IV SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

Pkt 2 – posiadania wiedzy i doświadczenia

– Wykonawca musi wykazać doświadczenie w pomiarach geodezyjnych związanych z rzekami lub zbiornikami wodnymi dla minimum jednego obiektu o długości 1 km, o wartości minimum 20 tys. zł. W wykazanym obiekcie muszą wystąpić co najmniej 2 prace z niżej wymienionych:

- w zakresie inwentaryzacji budowli hydrotechnicznych
- w zakresie sporządzania map dla celów projektowych rzek lub zbiorników wodnych
- w zakresie ustalania granic własności

Trzecia praca może być tematem oddzielnego opracowania. Jedne obiekt może zawierać wszystkie rodzaje wymienionych wyżej prac. Należy załączyć dokumenty potwierdzające, że ww. prace zostały wykonane należycie.

Pkt 3 - dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

- dysponowanie przez wykonawcę niezbędnymi do wykonania niniejszego zamówienia narzędziami i urządzeniami: jeden tachimetr elektroniczny, jeden niwelator, jedno stanowisko komputerowe wraz z oprogramowaniem w tym geodezyjnym (np. C-geo, MicroStation, AutoCad lub równoważne)
- wykazanie min. 1 osoby z wykształceniem geodezyjnym średnim lub wyższym, posiadającej uprawnienia zawodowe w dziedzinie geodezji i kartografii w zakresie geodezyjnych pomiarów sytuacyjno-wysokościowych, realizacyjnych i inwentaryzacji oraz rozgraniczenia i podziałów nieruchomości (gruntów) oraz sporządzanie dokumentacji do celów prawnych.

W celu wykazania opisanego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług. W wykazie tym w zakresie opracowań geodezyjnych wskazał na następujące usługi:

- a) nadzór projektowo-konstrukcyjny nad pracami ochrony przeciwpożarowej celem modernizacji systemu kanałów przeciwpowodziowych Miasta Wrocławia, wykonane w okresie od 11.5.2010 r. do 31.03.2011 r., na rzecz Scott Wilson sp. z o.o. w Warszawie,
- b) nadzór projektowo-konstrukcyjny nad pracami ochrony przeciwpożarowej celem modernizacji Wrocławskiego Węzła Wodnego wykonane na rzecz Grontmij Polska sp. z o.o. w Poznaniu, w okresie od 6.8.2010 r. do 30.4.2011 r.,
- c) obsługa budowy stopnia wodnego w Malczycach na rzece Odrze, wykonane na rzecz Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej we Wrocławiu w okresie od 5.1.2008 r. do 31.12.2010 r.

Do wykazu załączono referencje wystawione przez ww. zleceniodawców z odpowiednio: 9.5.2011 r., 9.5.2011 r., 23.5.2011 r. potwierdzające, że podmiot trzeci – PGK OPGK Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu wykonała ww. usługi z należytą starannością.

Przystępujący złożył ponadto wykaz narzędzi. W wykazie tym wskazał m.in. na dysponowanie tachimetrem Leica Smart TCR 1203, tachimetrem Trimble M3 DR2, niwelatorem Trimble DINI 0,310, niwelatorem cyfrowym Leica DNA03, oprogramowaniem CGEO – 50 szt., oprogramowaniem Microstation – szt. 6, teodolitem Wild T-3, Wild T-1600 – 3 szt., zestawami komputerowymi Arest, szt. 3, drukarką laserową A3 kolor, ploterem wielkoformatowym A0, samochodem terenowym z napędem na cztery koła. Jako podstawę dysponowania ww. narzędziami i urządzeniami wskazał „własność OPGK – zobowiązanie do udostępnienia zasobów”.

Przystępujący złożył także wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. W poz. 2 i w poz. 3 wskazał na dysponowanie osobą Pana H..... N..... i Pana W..... Mu....., zaś jako podstawę dysponowania wskazał „umowa o pracę OPGK – zobowiązanie do udostępnienia zasobów”.

Ustalono nadto, że Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego – Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego OPGK Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu z 9.7.2012 r. W zobowiązaniu tym podmiot trzeci oświadczył, że w przypadku podpisania przez Przystępującego umowy w przedmiotowym postępowaniu udostępni Przystępującemu zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, osoby zdolne do wykonania zamówienia oraz narzędzia i urządzenia niezbędne do wykonania opracowań geodezyjnych. Oświadczył jednocześnie, że wymienione w zobowiązaniu osoby zobowiązują się pełnić obsługę geodezyjną projektu zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Zamawiający nie kierował do przystępującego wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, iż zarzut potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Przystępujący wykazując spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu oparł się na wiedzy i doświadczeniu, potencjale osobowym i technicznym udostępnionym przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Przywoływany przepis, wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W przepisie tym wskazuje się dwukrotnie, iż zasoby te mają być niezbędne do realizacji zamówienia. Niezbędność ta oznacza, że wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że będzie uprawniony do polegania na zasobach podmiotu trzeciego w okresie realizacji zamówienia. Ponadto, w przypadku zasobu wiedzy i doświadczenia dostrzeżenia wymaga, że niezbędność ta nie dotyczy złożenia jedynie samych referencji podmiotu trzeciego, potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia oferty, ale konieczności zapewnienia sobie przez wykonawcę rzeczywistego wsparcia w postaci wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia. Powyższe oznacza, iż regulacja przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp związana się nierozłącznie z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Regulacja ta służy wykazaniu zamawiającemu, iż zamówienie uzyskają wykonawcy, którzy ze względu na swój potencjał techniczny, ekonomiczny, finansowy, posiadane uprawnienia, wiedzę i doświadczenie będą w stanie należycie wykonać zamówienia.

Nadto, stosownie do przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać stosownymi dokumentami, że spełnia warunki

udziału w postępowaniu. Na uwagę zasługuje okoliczność, iż stosownie do art. 26 ust. 2b w sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ustawy został wzmocniony poprzez obowiązek udowodnienia (por. Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34). Przedmiotem tego udowodnienia jest realne uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego jego zasobów. Koniecznym jest zatem udowodnienie zamawiającemu, że z zasobów tych wykonawca będzie mógł korzystać w przez cały okres realizacji zamówienia, w którym poleganie na tych zasobach będzie niezbędne.

Dodatkowo, w przypadku zasobu wiedzy i doświadczenia udowodnienie możliwości realnego polegania na tym zasobie nie może sprowadzać się jedynie do uzyskania samych dokumentów referencji podmiotu trzeciego celem ich złożenia zamawiającemu. Na uwagę zasługuje bowiem specyfika zasobu wiedzy i doświadczenia. O ile pojęcie „wiedza” wskazuje na teoretyczną stronę znajomości danego zagadnienia, to jednak pojęcie „doświadczenia” jest szersze i odnosi się nie tylko do znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającą z niej umiejętność reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, aniżeli wcześniej osobiście uczestnicząc w podobnych przedsięwzięciach. Doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac.

Udowodnienie możliwości polegania na zasobie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, o którym mowa w analizowanym przepisie powinno obejmować wykazanie zarówno, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe oddanie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Na uwagę zasługuje fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. „Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z

treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwyczajni oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.” „Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.” (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari).

Wskazane zobowiązanie, w zakresie zasobu wiedzy i doświadczenia, powinno zatem uwzględniać charakter i specyfikę zasobu wiedzy i doświadczenia i okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. Skoro oddanie przez podmiot trzeci zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, ponieważ nierozzerwalnie związane jest z tym zasobem, a zatem także uczestnictwo – w myśl przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp także jest objęte obowiązkiem udowodnienia. Fakt uczestnictwa w wykonaniu zamówienia musi zostać udowodniony przez wykonawcę, bowiem nie można oddać, ani zobowiązać się do oddania wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia.

Analiza zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego przez przystępującego nie pozwala uznać, że wykonawca ten udowodnił zamawiającemu, iż udostępnienie to nastąpiło na czas niezbędny do realizacji zamówienia. Nie można było zgodzić się z twierdzeniem przystępującego, że można domniemywać iż podmiot trzeci zobowiązał się udostępnić zasoby na czas realizacji zamówienia z samego tylko faktu, że dokument zobowiązania zawierał wyraźne nawiązanie do nazwy postępowania. Obowiązkiem wykonawcy w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest bowiem udowodnienie, a nie jedynie uprawdopodobnienie czasokresu na jaki zasób jest udostępniany.

Natomiast w zakresie zasobu wiedzy i doświadczenia nie udowodniono zamawiającemu iż wymagane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiedzę i doświadczenie w ogóle oddano wykonawcy, skoro zobowiązanie nie określało sposobu przekazania wiedzy i doświadczenia i nie nawiązywało w żaden sposób do uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia wprawdzie podnosił, że podmiot trzeci ma być jego podwykonawcą i realizować część

przedmiotu zamówienia. Wskazywał, że złożył dokumenty mające potwierdzać niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu tego podmiotu co miało świadczyć, że będzie on brał udział w realizacji zamówienia. W ocenie Izby, niewątpliwie taki sposób udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia świadczyłby o realności polegania na zasobie i odpowiadał wymogom z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jednakże w ocenie Izby przystępujący nie udowodnił tej okoliczności zamawiającemu, jak tego wymaga art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z samego faktu złożenia przez przystępującego dokumentów formalnych podmiotu trzeciego, nie wynika jeszcze, że podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Można bowiem sobie wyobrazić sytuację, gdy dokumenty takie są złożone, a jednak podmiot trzeci udziału w realizacji zamówienia nie bierze. Taki status tego podmiotu nie wynikał ani z dokumentu zobowiązania, ani z żadnego innego miejsca oferty przystępującego. Również określenie w pkt 13 formularza ofertowego części przedmiotu zamówienia jakie zostaną powierzone wykonawcy nie oznaczało jednak z całą pewnością, że niektóre z tych części zostaną powierzone podmiotowi trzeciemu - OPGK.

Nie zasługuje także na aprobatę stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że o realności polegania na zasobie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego miało świadczyć to, iż podmiot trzeci zobowiązał się oddać do dyspozycji dwóch swoich pracowników. W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp czym innym jest bowiem poleganie na cudzych zasobach osobowych a czym innym poleganie na zasobach wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Dysponowanie dwoma pracownikami podmiotu trzeciego nie oznacza przecież, że w ten sposób nastąpił transfer wiedzy i doświadczenia całego przedsiębiorstwa, w którym pracują. Wiedza i doświadczenie jako składnik przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ KC nie są tożsame z wiedzą i doświadczeniem jego poszczególnych pracowników.

Nie zasługuje na aprobatę także stanowisko zamawiającego, który oświadczył, że jest mu wiadomo, że podmiot trzeci współpracuje stale z wykonawcą. Należyta staranność w badaniu ofert nie może polegać na pozostawieniu pewnych wątpliwych kwestii własnym domysłem.

Reasumując Izba stwierdziła, że w dokumencie zobowiązania ani w żadnym innym dokumencie złożonym wraz z ofertą przystępującego nie wskazano czasu na jaki zasoby wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego zostały udostępnione, zaś w zakresie wiedzy i doświadczenia nie określono sposobu przekazania zasobu ani nie nawiązano do uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Przystępujący nie udowodnił zatem zamawiającemu w żaden sposób, w jakim okresie zasoby techniczne i osobowe zostaną wykorzystane przy realizacji zamówienia, a w przypadku wiedzy i

doświadczenia podmiotu trzeciego – w jaki sposób zostaną przez przystępującego wykorzystane na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie Izba, nie będąc związana wnioskami odwołującego, nie przychyliła się do żądania odwołującego, który domagał się wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że zamawiający nie wzywał jeszcze przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp musi być poprzedzona uprzednią procedurą z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Żądanie odwołującego było zatem przedwczesne.

A zatem zamawiający obowiązany będzie wezwać przystępującego do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, osobowego oraz wiedzy i doświadczenia, o których mowa w pkt IV. 2 i IV. 3 SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 58.904.248,29 zł brutto (s. 4 protokołu). Do upływu terminu składania ofert wpłynęły dwie oferty: oferta odwołującego z ceną brutto 58.533.240,00 zł i oferta przystępującego z ceną brutto 25.843.653 zł brutto (formularze ofertowe w ofertach obu wykonawców). Wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego (pkt XI SIWZ, § 6 wzoru umowy).

W poszczególnych częściach przedmiotu zamówienia zaoferowano następujące ceny:

Przedmiot zamówienia	Wycena Zamawiającego	Wycena Odwołującego	Wycena Odw. wobec wyceny Zam.	Wycena Przystępującego	Wycena Przyst. Wobec wyceny Zam.
I. Opracowania nowe (bez cofki)	9.924.626,48	23.921.000	241,03%	10.846.900	109,29%
II. Aktualizacje opracowań	108.414,18	2.046.000	1.887,21%	1.029.600	949,69%
III. Opracowania projektowe	30.597.682,50	18.646.000	60,94%	7.212.900	23,57%

na cofce od ST. Malczyce do ST. Brzeg Dolny					
IV. Nadzory autorskie i inne czynności	7.258.909,60	2.975.000	40,98%	1.921.700	26,57%
Razem	47.889.632,76	47.588.000	99,37%	21.011.100	43,87%

Zamawiający nie wzywał przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Oceniając ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, iż zarzut potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że odwołujący nie zarzucił zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Odwołujący zarzucił jedynie zamawiającemu zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej zmierzającej do ustalenia, czy taką cenę zaoferowano. Nie było zatem koniecznym wykazanie, że cena oferty przystępującego jest znacznie zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz zaistnienia takiej możliwości, która winna obligować zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.* Dopiero zaś skutkiem dokonanej oceny przez zamawiającego jest ustalenie lub nieustalenie zaoferowania ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem procedurę wyjaśnień dotyczących cen oferty należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy ceny w oczywisty sposób są zaniżone, ale także kiedy wydaje się czy też istnieje podejrzenie, że przedstawiają rażąco niskie ceny. Stanowisko takie przedstawił Europejski Trybunał Sprawiedliwości. *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają*

automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. Państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone”. [(Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”)].

W orzecznictwie Izby akcentuje się, że przy ocenie, czy nastąpiło podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny bierze się pod uwagę okoliczności danego przypadku badając m.in. stosunek ceny do wartości przedmiotu zamówienia powiększonej po podatek VAT, a także porównując ceny złożone przez wykonawców w postępowaniu, czy też ceny rynkowe. Zaistnienie kilku z ww. przesłanek powinno obligować zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, bo oznacza co najmniej możliwość (podejrzenie) zaoferowania ceny rażąco niskiej. Przykładowo, w wyroku KIO z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 794/08 Izba stwierdziła, że (...) *o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp powinien decydować następujący wynik analizy złożonych ofert:*

- 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez Zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę,*
- 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen,*
- 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że wystąpiły przesłanki, które obligowały zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Świadczyły o tym następujące okoliczności.

Cena oferty przystępującego była o ponad połowę niższa od wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek VAT i wyniosła niespełna 44% tej kwoty (25.843.653 zł brutto wobec 58.904.248,29 zł brutto). Zamawiający wyjaśnił, że wartość przedmiotu zamówienia ustalił na podstawie cen rynkowych obowiązujących na terenie województwa dolnośląskiego w marcu 2012 r. Brak było podstaw do przyjęcia, że od okresu w którym dokonywano szacunku w sposób istotny zmieniły się okoliczności mające wpływ na wysokość wyceny. Skoro szacunek zamawiającego oparty był o ceny rynkowe, to znaczna rozbieżność ceny ofertowej przystępującego względem tego szacunku powinna skłonić zamawiającego do wyjaśnienia tej kwestii.

Po drugie istotne rozbieżności wystąpiły pomiędzy cenami ofertowymi obu wykonawców (58.533.240,00 zł brutto w ofercie odwołującego wobec 25.843.653 zł brutto w

ofercie przystępującego). Oferty te składane były przez podmioty zawodowo trudniące się wykonywaniem przedmiotu zamówienia, nadto w zbliżonych okolicznościach i warunkach konkurencyjnych, a jednak szacunki ich w sposób znaczny różniły się pomiędzy sobą. Sama okoliczność, iż przystępujący, jako autor posiadanej przez zamawiającego dokumentacji która miała być aktualizowana, nie musiał kalkulować wartości nabycia autorskich praw majątkowych nie wyjaśniała aż tak dużej rozbieżności pomiędzy tymi ofertami. Z pewnością bowiem wartość tych praw nie wynosi ponad 20 mln zł, skoro zamawiający na aktualizację dokumentacji przewidział kwotę około 108.000 zł. Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że miał świadomość tego że na tej konkretnej inwestycji przystępujący, jako autor już posiadanej przez zamawiającego dokumentacji, miał znacznie większe doświadczenie, co skutkowało mogło możliwością obniżenia ceny ofertowej. Izba nie negując w żaden sposób tej możliwości, a nawet uznając ją za prawdopodobną, uznała jednak, że kwestii tej nie można pozostawić domysłom. Zamawiający wykazując należyłą staranność przy badaniu ofert i wydatkowaniu środków publicznych poprzez uzyskanie stosownych wyjaśnień od przystępującego powinien ustalić w jakim stopniu ten czynnik wpłynąć mógł na obniżenie ceny i czy nie grozi to nienależytym wykonaniem zamówienia.

Wreszcie czujność zamawiającego powinny wzmóc rozbieżności w wycenie poszczególnych części składających się na przedmiot zamówienia (występujące zresztą w obu ofertach) w stosunku do tej wyceny dokonanej przez zamawiającego, a zobrazowane w powyższej tabeli. Zestawienie wartości poszczególnych części w ujęciu zarówno kwotowym jak i procentowym wskazuje, że w stosunku do wyceny zamawiającego niektóre elementy w obu ofertach zostały rażąco niedoszacowane a inne znacznie przeszacowane. Nie negując tego, że być może różnice są wynikiem błędnego szacunku zamawiającego, okoliczność ta jednak powinna także skłonić zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 101-168583 w dniu 30 maja 2012 r. (ogłoszenie w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego).

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 30 maja 2012 r. (dokumentacja przekazana przez Zamawiającego)

Zgodnie z pkt II. ust. 2 SIWZ przedmiotem zamówienia było dokończenie projektowania stopnia wodnego Malczyce w zakresie:

- wykonania opracowań nowych (...),
- aktualizacji opracowań wykonanych, które wejdą do realizacji w latach 2012-2014 w zakresie niezbędnym z dostosowania do aktualnie obowiązujących przepisów,
- kompleksowego zaprojektowania rozwiązań technicznych i kompensacyjnych zabezpieczających przed szkodliwym wpływem piętrzenia (...).

Stosownie do postanowienia § 14 ust. 3 wzoru umowy Wykonawca zobowiązuje się uzyskać przeniesienie autorskich praw majątkowych do dokumentacji będącej obecnie w posiadaniu Zamawiającego, z zakresu objętego przedmiotem zamówienia, gdyby nastąpiła taka konieczność, w ramach wynagrodzenia wynikającego z niniejszej umowy.

W dniu 1 czerwca 2012 r. Przystępujący sformułował następujący wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ:

Ponadto, w odniesieniu do paragrafu 14 ust. 3 projektu umowy, stanowiącego część SIWZ w ww. postępowaniu przetargowym, prosimy o wyjaśnienie, jakie działania podejmie Zamawiający, jeżeli właściciel majątkowych praw autorskich, pozwalających na ingerowanie w istotę wymagających aktualizacji projektów stopnia wodnego Malczyce, odmówi odstąpienia od tych praw na rzecz Oferenta, który złożył najkorzystniejszą ofertę i podpisze umowę na realizację przedmiotu zamówienia? Czy w takiej sytuacji Zamawiający odstąpi od Umowy bez konsekwencji prawnych i finansowych dla Wykonawcy?”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„W odniesieniu do § 14 ust. 3 projektu umowy wyjaśniamy, że na obecnym etapie postępowania nie podlegają rozstrzygnięciu kwestie odpowiedzialności stron umowy w przypadku niewywiązania się przez którąkolwiek ze stron z postanowień umowy”* (odpowiedź nr 1 z 11 czerwca 2012 r.).

Jeden z wykonawców zadał zamawiającemu pytanie: *„w jaki sposób i kiedy Zamawiający zapewni Wykonawcy zgodę projektanta pierwotnego w zakresie autorskich praw osobistych polegającą na wprowadzeniu zmian lub modyfikacji w utworze pierwotnym i tym samym zapewnienie legalności naruszenia integralności projektu”* Zamawiający w odpowiedzi z dnia 11 lipca 2012 r. zmodyfikował treść § 14 ust. 3 wzoru umowy, który otrzymał brzmienie: *„Wykonawca zobowiązuje się uzyskać przeniesienie autorskich praw majątkowych do dokumentacji będącej obecnie w posiadaniu Zamawiającego oraz uzyskać zgodę twórcy tej dokumentacji na dokonywanie jej zmian lub modyfikacji, z zakresu objętego przedmiotem zamówienia, w sytuacji, gdy uzyskanie takiej zgody oraz praw majątkowych autorskich do dokumentacji okaże się niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy, w ramach wynagrodzenia wynikającego z niniejszej umowy.”*

Pismem z dnia 11 lipca 2012 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że interes Odwołującego został naruszony przez postanowienia wzoru umowy. Wskazał na postanowienie § 14 ust. 3 wzoru umowy podnosząc iż jego brzmienie stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wskazał m.in. że wymóg uzyskania od podmiotu, który dokumentację uprzednio na rzecz Zamawiającego wykonał w ramach zamówienia publicznego, praw majątkowych na dokumentację aktualizowaną powoduje uprzywilejowanie w postępowaniu tego właśnie podmiotu, i faktycznie gorszą pozycję innych oferentów. Wnioskował o dokonanie zmiany we wzorze umowy, aby wykonawca nie był obciążony uzyskiwaniem oświadczeń w zakresie zgody i przeniesienia praw autorskich do dokumentacji wykonanej uprzednio, która obecnie ma być przedmiotem aktualizacji.

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na ww. oświadczenie.

Izba ustaliła również, że przystępujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym zastrzegł *„W oparciu o zawartą z Państwem umowę nr 280/PT z 04.10.1996 r. Hydroprojekt - posiadając autorskie prawa osobiste i majątkowe do projektów związanych z inwestycją Stopień wodny Malczyce wykonanych w ramach tej umowy - nie wyraża zgody na zapisy zawarte we wzorze umowy par. 11 ust. 6 oraz par. 12 ust. 2, 3 i 4, a także w załączniku nr 3. dotyczące prawa Zamawiającego do dokonywania zmian, adaptacji i modyfikacji utworów. Do dnia dzisiejszego Zamawiający nie wystąpił do Hydroprojektu o zgodę na naruszenie prawa do integralności utworu (zmiana lub modyfikacja utworu), który jest chroniony zapisami art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Hydroprojekt nie wyraził zgody na naruszenie praw do integralności projektów stopnia wodnego Malczyce, znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, gdyż byłoby to działaniem na szkodę naszej firmy; prawo autorskie chroni nasze prawa i w przypadku ich naruszenia będziemy zmuszeni korzystać ze środków ochrony prawnej. Niezależnie od powyższego, zmiana lub modyfikacja dokumentacji projektowej spowodowałaby wygaśnięcie odpowiedzialności Hydroprojektu z tytułu rękojmi i gwarancji. Dokumentacja projektowa składa się z wielu zintegrowanych elementów> i naruszenie tej jedności zazwyczaj wiąże się z utratą jakości, co może mieć istotny wpływ na proces inwestycyjny.”*

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 11 lipca 2012 r. oświadczył, że *„Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie załącznika nr 3 do projektu umowy, usunięcie zapisu §11 ust. 6 projektu umowy, usunięcie zapisu §12 ust. 2, 3 i 4 projektu umowy, stanowiących w aktualnym brzmieniu integralną część SIWZ przedmiotowego zamówienia”*.

Ustalono nadto, że w dniu 10 lipca 2012 r., Przystępujący skierował do Odwołującego pismo o treści *„W związku z zainteresowaniem Pana firmy udziałem w ww. postępowaniu przetargowym (złożona u Zamawiającego prośba o umożliwienie wglądu do dokumentacji*

projektowej wymagającej uzupełnienia oraz będącej przedmiotem aktualizacji w ramach ww. zamówienia) uprzejmie prosimy o złożenie w nieprzekraczalnym terminie 5 dni od daty otrzymania niniejszego pisma Państwa oferty na odpłatne przeniesienie przez Hydroprojekt Sp. z o.o. autorskich praw majątkowych do dokumentacji będącej obecnie w posiadaniu Zamawiającego, dotyczącej zakresu objętego przedmiotem zamówienia. Majątkowe prawa autorskie stanowią własność naszej firmy, w związku z czym uzgodniona cena za odstąpienie od nich powinna zostać uwzględniona w cenie Państwa oferty, zgodnie z zapisem par. 14 ust. 3 projektu umowy. Brak odpowiedzi na niniejsze pismo do dnia 16 lipca 2012 lub złożenie oferty niekonkretnej świadczyć będzie o zamiarze naruszenia należnych nam praw, a tym samym pośrednio o nierzetelności oferty przygotowanej dla Zamawiającego”.

W dniu 16 lipca 2012 r. Przystępujący wystąpił do Odwołującego z pismem w którym wskazał, że oczekuje na przedstawienie projektu umowy przedwstępnej za uzgodnionym uprzednio wynagrodzeniem.

W odpowiedzi na powyższe pismo, Odwołujący w dniu 17 lipca 2012 r. przesłał do Przystępującego projekt umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych, w którym, w § 3 projektu, z tytułu przeniesienia tych praw zaproponował wynagrodzenie w kwocie 246.000,00 zł.

W kolejnych dwóch pismach skierowanych w dniach 17 i 18 lipca 2012 r. Przystępujący stwierdził *„W odniesieniu do przesłanego nam przez Państwa projektu umowy na zbycie praw autorskich dla projektu (...) prosimy o przedstawienie kalkulacji zaproponowanej przez Państwa oferty cenowej. Oczekujemy, że kalkulacja będzie sporządzona w odniesieniu do zakładanej przez Zamawiającego wartości kontraktu oraz w oparciu o powszechnie obowiązujące w Polsce cenniki Izby Projektowania Budowlanego na rok 2012”, oraz „ W związku z brakiem Państwa odpowiedzi na nasze pismo znak (...) z dnia 17.07.2012 r. i nie przedłożeniem kalkulacji wyceny wynagrodzenia za przeniesienie majątkowych praw autorskich do dotychczasowej dokumentacji projektowej sporządzonej przez Hydroprojekt dla stopnia wodnego Malczyce, niniejszym informujemy, że nie przyjmujemy Państwa oferty cenowej zamieszczonej w § 3 projektu „ Umowa przeniesienia majątkowych praw autorskich” przesłanego nam faksem w dniu 17.07.2012 o godz. 15 gdyż nie odpowiada ona wartości rynkowej tych praw”.*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i zaniechania unieważnienia postępowania

jest zarzutem spóźnionym. Odwołujący upatrywał konieczności unieważnienia postępowania w tym, że zamawiający poprzez postanowienie § 14 ust. 3 wzoru umowy nałożył na wykonawców obowiązek nabycia od przystępującego autorskich praw majątkowych do posiadanej dokumentacji, która miała być aktualizowana. Wywodził, że naruszono w ten sposób zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców albowiem przystępujący, jako autor przedmiotowej dokumentacji, nie musiał nabywać do niej praw i wliczać ich wartości do ceny ofertowej, do czego byli zmuszeni inni wykonawcy. W ocenie odwołującego zamawiający najpierw powinien nabyć we własnym zakresie autorskie prawa majątkowe do posiadanej przez siebie dokumentacji, a następnie dopiero wszcząć postępowanie, którego jednym z elementów była aktualizacja tej dokumentacji.

Tak sformułowany zarzut świadczył o tym, iż skierowany został przeciwko postanowieniom SIWZ, w których opisano wymóg nabycia autorskich praw majątkowych do dokumentacji, która miała być aktualizowana. Świadczyło o tym w sposób jednoznaczny i wyraźny postanowienie §14 ust. 3 wzoru umowy, który brzmiał: *Wykonawca zobowiązuje się uzyskać przeniesienie autorskich praw majątkowych do dokumentacji będącej obecnie w posiadaniu Zamawiającego, z zakresu objętego przedmiotem zamówienia, gdyby nastąpiła taka konieczność, w ramach wynagrodzenia wynikającego z niniejszej umowy.* Ponadto, jak przyznał sam odwołujący w trakcie rozprawy, przywołane postanowienie wzoru umowy, w zakresie autorskich praw majątkowych, nie uległo zmianie aż do upływu terminu składania ofert.

Wobec postanowień SIWZ odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego. SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 30 maja 2012 r. Odwołanie wobec czynności i zaniechania zamawiającego zostało wniesione zaś dopiero w dniu 17 września 2012 r.

Terminy określone w art. 182 ustawy Pzp są terminami zawitymi, których upływ powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jednakże wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części) w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się, bez merytorycznego ich rozpoznania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Wykazane naruszenie art. 26 ust. 3 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przypadku niezpełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przystępujący będzie podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Z kolei następstwem niezłożenia przez niego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp lub potwierdzenia w ich wyniku zaoferowania rażąco niskiej ceny, może być odrzucenie oferty przystępującego. A zatem wynik postępowania może ulec zmianie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....